

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
DELLA
UNIVERSITÀ DI PALERMO

VOLUME XXIX



PALERMO
TIPOGRAFIA MICHELE MONTAINA
MCMLXII

BERNARDO ALBANESE

LA STRUTTURA
DELLA *MANUMISSIO INTER AMICOS*

CONTRIBUTO ALLA STORIA DELL'*AMICITIA* ROMANA

1. Anche se non mancano, intorno ad esso, ricerche di particolare valore (¹), il tema delle c. d. manumissioni pretorie è — in più di un aspetto — lontano dall'aver ricevuto, nella scienza romanistica, una sistemazione soddisfacente. Anzi, direi che l'ultimo contributo a carattere generale — quello, del resto risalente al 1939, del Biscardi — ha, almeno per quello che interessa di più il nostro attuale stu-

(¹) Ci limitiamo, qui, a citare solo tre scritti, i quali, in definitiva, sono gli unici di reale importanza in ordine alla struttura della *manumissio inter amicos*: WЛАССАК, *Die prätorischen Freilassungen*, in *ZSS*, 26 (1905), p. 367 e segg. (con abbondante bibliografia precedente); EISELE, *Studien zur römischen Rechtsgeschichte* (Tübingen, 1912), pp. 67-89 (si tratta di un ampio squarcio di uno studio più generale: *Nochmals die Zivilität der Cognitum*); BISCARDI, *Manumissio per mensam e affrancazioni pretorie* (Firenze, 1939), spec. pp. 5-16.

La letteratura manualistica ha, in genere, cura di adottare un modo d'esposizione tanto generico da evitare ogni compromissione. Tra le eccezioni, citeremo: ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹³ (Napoli, 1957), p. 485 n. 1; SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford, 1951), p. 83 e segg.

dio, raggiunto dei risultati particolarmente discutibili, pur se, da quel momento in poi, per le sempre strane vicende della 'fortuna' dei temi di indagine, l'interesse dottrinale per le questioni in discorso sembra essersi affievolito, se non del tutto addirittura spento.

Per conto nostro, qui, tenteremo di raggiungere qualche conclusione in ordine alla struttura della *manumissio inter amicos*, istituto il cui interesse storico è, si potrebbe dire, inversamente proporzionale alla quantità delle notizie — purtroppo estremamente scarsa — conservateci dalle fonti giuridiche ed extragiuridiche; ed in ogni caso, trascende di molto, come si vedrà, le apparenze prime.

2. Le tesi dottrinali più rilevanti, circa la struttura della classica *manumissio inter amicos* sono: a) si tratta di un vero e proprio atto formale che esige una dichiarazione orale fatta dal *dominus* al servo presente, davanti a testimoni (WЛАССАК); b) si tratta di un atto non formale, realizzato nella cerchia domestica, nel quale è essenziale solo, oltre la presenza del servo, la *voluntas* — comunque manifestata, anche tacitamente — del *dominus* nel senso che il servo *sit* (o *moretur*) *in libertate*; l'intervento in occasione di tale dichiarazione, di *amici*, testimoni *ad probationem*, cioè, è solo un complemento dell'atto a fini probatori, «nach besetztem Brauch und Herkommen», per garantire allo schiavo la serietà e l'efficacia della dichiarazione dominicale: i testimoni, infatti, sarebbero l'unica concreta garanzia per lo schiavo manomesso in questa guisa, per il caso di un pentimento del *dominus* (dottrina tradizionale ripresa e sistemata specialmente dall'EISELE); c) si tratta di una denominazione convenzionale — nella quale l'espressione *inter amicos* deve tradursi semplicemente con «all'amichevole, come si fa tra amici» — per ogni manifestazione (tacita o espressa; orale o scritta; alla presenza del servo o in sua assenza; con o senza testimoni), dalla quale sia possibile

evincere la *voluntas* dominicale che il servo *sit* (o *moretur*) *in libertate* (BISCARDI).

Le conseguenze di queste diverse concezioni del valore della *manumissio inter amicos* sono evidenti, sia sul piano storico generale (ad es., giudizio circa la tutela della *nuda voluntas* da parte del pretore, e poi della *lex Junia*); sia su piani più particolari, ma non meno importanti (ad es., rapporti tra *manumissio inter amicos* e altri modi di affrancazione, come la c. d. *manumissio per epistulam* o *per mensam*, ovvero forme del tipo di quelle ricordate da Giustiniano nella sua famosa costituzione C. 7, 6, 1, che vedremo meglio più avanti: consegna al servo, o distruzione, dei documenti dominicali di proprietà; partecipazione al *domini funus*, *ex voluntate domini vel heredis*, dei *servi pileati*, o mentre *in ipso lectulo stantes cadaver ventilare videntur*; manumissione del servo affrancato testamentariamente *sub condicione*, da parte dell'erede, *pendente adhuc condicione*; costituzione di dote e *collocatio in matrimonio homini libero* della propria *ancilla*...).

3. Ci porteremo nel vivo dei nostri problemi se cominceremo ad esaminare brevemente la tesi del Biscardi, che è, senza dubbio, del resto, quella più grave di conseguenze. Dopo aver assunto posizione nei confronti della tesi del Biscardi, ci troveremo infatti automaticamente già in possesso di sufficienti dati per tentare una ricostruzione della struttura della *manumissio inter amicos*, e contemporaneamente, per valutare adeguatamente le dottrine del Wlassak e dell'Eisele.

Contro la tesi del Biscardi, che pure ha avuto, il suffragio del consenso di un critico dell'autorità di Fritz Schulz (2), sorge spontanea, innanzi tutto, la obiezione estrin-

(2) *Classical Roman Law*, cit., l. c.

seca, ma solo in apparenza, che nasce dalla difficoltà di considerare soddisfacente, per l'espressione *inter amicos*, una traduzione del tipo di quella proposta dal chiaro studioso (e resa esplicita da Schulz, al modo seguente: « *Inter dominum et servum, ut inter amicos* »).

In realtà, questo modo di tradurre sembra inammissibile formalmente e sostanzialmente⁽³⁾: la tradizione romana ci mostra che l'idea cui si riferisce il Biscardi si sarebbe, se mai, meglio espressa con una formula del tipo: *cum amico*, a simiglianza di quello che avviene nella denominazione della c. d. *fiducia cum amico*. E poi, il risultato della traduzione che qui rifiutamo è sostanzialmente paradossale: non è concepibile, « tra amici » nel senso accennato, una manumissione, atto che presuppone una immensa distanza tra il manumissore e il manomesso (persona l'uno, cosa l'altro, in definitiva). Un rapporto di *amicitia* tra padrone e schiavo è impensabile per lunghissimo tempo a Roma — e ciò risulterà meglio dal seguito del presente lavoro. Tanto più impensabile, nell'epoca (risalente, a quanto sembra, alla bassa Repubblica) a cui va ascritto il sorgere della *manumissio inter amicos*.

Ma — questo è quel che più conta — per quale argomentazione giunge il Biscardi alla sorprendente sua conclusione?

Egli, innanzi tutto, osserva che, prima della *l. Junia*, non è possibile parlare — per le manifestazioni di volontà dirette all'affrancazione di un servo, ma non estrinsecate nei tre negozi civili delle manumissioni *vindicta*, *censu*, *testamento* — di manumissione, pur in presenza dei noti effetti della *tuitio praetoria* (cfr. Gai. III, 56; *Fragm. Dosith.* 5)⁽⁴⁾.

⁽³⁾ È doveroso, in questo stesso senso, citare una riserva, espressa con un semplice punto interrogativo, del KRELLER, in una sua breve rassegna del lavoro del Biscardi citato, in *ZSS*, 60 (1940), p. 313.

⁽⁴⁾ Il BISCARDI, *op. cit.*, p. 6 n. 2, cita anche *Cic.*, *top.* 2, 10: *si neque censu, neque vindicta nec testamento liber factus est, non est liber.*

Ciò premesso, il Biscardi rileva — in ciò sulle precise orme dell'Eisele⁽⁵⁾ — che, dopo la *l. Junia*, le fonti, (Ulp. 1, 10; *Fragm. Dosith.* 6; Gai. I, 41 e 44; *F. V.* 261; *SEN. dial.* 7, 24, 3), cominciano a parlare di *manumissio inter amicos*, e solo di questa, per designare quella che, dopo la sistemazione appunto della legge Giunia, è ormai divenuta una vera e propria *manumissio* ad effetti minori rispetto a quelle civili. Il fatto — continua il Biscardi — che le fonti citate parlino soltanto di *manumissio inter amicos* ignorando altre cosiddette manumissioni pretorie, come quella *per epistulam* o quella *per mensam* — congiunto con il fatto che, nei primi due secoli dell'Impero, il conferimento della *latinitas Juniana* poteva certamente avvenire *o verbis* (cfr. *MART.* 9, 87; *APP. bell. civ.* 4, 135), o *per epistulam* (cfr. *Fragm. Dosith.* 15; *D.* 41, 2, 38 pr.), o mediante distruzione — ovvero consegna al servo — dei documenti di proprietà (cfr. *C.* 7, 6, 1, 11), si può spiegare nella maniera più ovvia con l'affermazione che l'espressione *manumissio inter amicos* è comprensiva di ogni « sottospecie » di manifestazione, non civile, di volontà liberatoria del *dominus*.

Giunto a questa conclusione, che, — diciamo subito — non possiamo condividere, il Biscardi deve necessariamente inferirne ulteriormente nel senso, già enunciato da noi più su, che l'espressione *inter amicos* non può affatto alludere all'intervento di testi all'atto (intervento non pensabile per ciascuna delle « sottospecie » elencate). Quindi, deve es cogitare il valore: « all'amichevole », già criticato.

Abbiamo sintetizzato — ed abbiamo cercato di farlo con scrupolosa fedeltà — l'argomentazione del Biscardi, in modo che la nostra divergenza possa essere esposta nel modo più breve e più persuasivo possibile. Prima, però, di esporre le ragioni della nostra divergenza, è doveroso premettere che,

⁽⁵⁾ *Op. cit.*, p. 69.

nel lavoro del Biscardi, la tesi di cui stiamo occupandoci ha un posto certamente non centrale, se pure indubbiamente importante. Cosicchè, il dissenso che cerchiamo di giustificare non significa, da parte nostra, affatto, disconoscimento del valore complessivo del bel contributo rappresentato dal saggio del romanista toscano. Possiamo, ora, passare senz'altro all'esposizione del nostro dissenso in ordine all'argomentazione riassunta.

L'osservazione iniziale del Biscardi — che, cioè, prima della *l. Junia*, non si possa parlare di altre forme di *manumissio* all'infuori di quelle legittime — non è rilevante ai nostri fini. Pure, ci fermeremo un istante su di essa per notare che le prove addotte dal Biscardi non ci sembrano affatto decisive. Infatti, il tenore del passo gaiano (III, 56) citato dal Biscardi, e che gli è sembrato significativo per la mancanza di ogni accenno ai termini: *manumissio*, *manumittere* e simili, non poteva essere diverso da com'è. E cioè, non poteva non essere estremamente generale, giacchè quel passo non si riferisce solo agli affrancati in forme non legittime, bensì esplicitamente a *eos qui nunc Latini Juniani dicuntur*, e precisamente — come spiega lo stesso passo — a *eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur*. Nel numero dei quali non v'è dubbio che fossero — cfr. Gai. I, 17; 35 e 167; Ulp. 11, 16; *Par. Theoph.* 1, 5, 4 — anche almeno coloro che eran stati manomessi in forma civile da chi non fosse *dominus ex iure Quiritium* (per tacere — data l'incertezza dei rapporti cronologici tra la *l. Junia* e la *l. Aelia Sentia* — di coloro che siano stati manomessi in forma civile, ma in violazione di alcune norme della *l. Aelia Sentia*: cfr., ad es., ancora Gai. I, 17; 29 e 31; Ulp. 1, 12). Sicchè, il fatto che in Gai. III, 56 non si accenni esplicitamente alla *manumissio* non può essere considerato significativo.

Tanto meno probante è — e, del resto, il Biscardi stesso ne qualifica come «meno rigoroso» l'autore — la testimonianza di *Fragn. Dosith.* 5, ove, a più riprese, si parla

di *manumittere*, *manumissores* e *manumissus*, in relazione all'affrancazione non formale pregiuniana (6). Come che sia di questo punto, esso è, tuttavia, ripetiamo, poco importante ai nostri fini.

Assai più importante, è, invece, per noi, prendere posizione circa il successivo, e decisivo, passaggio dell'argomentazione del Biscardi. La frequenza di un richiamo esclusivo alla *manumissio inter amicos*, in contrapposizione alle manumissioni civili ed in connessione alla *l. Junia*, frequenza che ha colpito il Biscardi, è un fatto innegabile. Essa aveva colpito già — e non mancammo di rilevarlo poco più su — altri studiosi, come, ad esempio, l'Eisele. Debbo, anzi, notare che, alle fonti addotte come significative dal Biscardi, se ne possono aggiungere anche altre: così, per es., Ulp. 1, 18; *Fragn. Dosith.* 7; 10; 14, testi tutti ove, chiaramente, la *manumissio inter amicos* è posta da sola in antisí, esplicita o implicita, alle manumissioni civili.

Peraltro, è pur da tenere presente come in due testi di sicuro contenuto classico — e precisamente in *Fragn. Dosith.* 15 e *P. S.* 4, 12, 2, sui quali torneremo — si parli di *manumissio per epistulam* (sebbene, per vero, in *Fragn. Dosith.* 15 non ricorra questa precisa formulazione), in contrapposizione alla *manumissio vindicta*. E questo è un fatto che diminuisce la forza del rilievo su cui si fonda il Biscardi almeno in ciò, che non si può parlare senz'altro di un'assoluta costanza ed esclusività del riferimento alla *manumissio inter amicos*, ma solo di una sua assoluta prevalenza.

Comunque — e ciò ci pare l'essenziale — questa assoluta prevalenza di riferimenti alla *manumissio inter amicos*, nelle fonti citate, non può, senza arbitrio, essere spiegata nel modo adottato dal Biscardi (e cioè, optando per un va-

(6) Dato il suo tenore, neppure grande significato ha la testimonianza di Cicerone, di cui *supra* a n. 4.

lore assolutamente generico, in sè improbabile, dell'espressione *inter amicos*), se prima non si escludono altre possibili spiegazioni.

Tali altre possibili spiegazioni potrebbero rinvenirsi — e questa è appunto la via tenuta, a nostro avviso esattamente, dall'Eisele, che, come si disse, rilevò la stessa circostanza sulla quale si fonda l'argomentazione del Biscardi — in due direzioni convergenti. E precisamente, facendo leva sull'ipotesi di una priorità storica della *manumissio inter amicos* (naturalmente, come istituto specificamente caratterizzato); e contemporaneamente, sull'ipotesi di una prevalenza pratica della stessa *manumissio inter amicos* (sempre come istituto specifico), nei confronti di altre forme di manumissioni pretorie. Anzi, dato che è assolutamente pacifico in dottrina — anche per merito delle ricerche dello stesso Biscardi — che la *manumissio per mensam* è istituto assai tardo, il problema si semplifica parlando di una priorità cronologica e di una prevalenza pratica della *manumissio inter amicos*, nei confronti di quella *per epistulam*.

In questo senso, parla già da sola la circostanza per cui, a quanto sembra, in tutto il Digesto, non esiste alcuna testimonianza riferibile alla *manumissio per epistulam* (7). E in questo stesso senso depone, ancor più decisamente, il fatto che nel solo testo classico che ci parli con una relativa ampiezza della *manumissio per epistulam* — il *Fragm. Dosit. 15*, già citato e sul quale torneremo tra breve — si rinviene notizia preziosa di contrasti sull'efficacia di questa forma di manumissione tra Giuliano e Nerazio, contrasti risolti solo per via legislativa da una costituzione imperiale, altrimenti ignota.

(7) Su D. 41, 2, 38 pr., che si vuole quasi universalmente riferire alla *manumissio per epistulam*, diremo tra poco.

Dalle due circostanze ora addotte sembra lecito arguire, appunto, sia la posteriorità storica della *manumissio per epistulam*, rispetto alla *manumissio inter amicos*; sia la sua minore importanza pratica. E anzi, in quest'ultimo senso, può anche addursi una terza circostanza non meno significativa: e cioè, l'assenza totale, almeno a nostra conoscenza, d'una qualunque testimonianza relativa alla *manumissio per epistulam* nelle fonti extragiuridiche, le quali, per contro, ci conservano un certo numero di riferimenti alla *manumissio inter amicos*. Tale assenza non può non apparire singolarmente significativa, se si riflette, in particolare, alla ricchezza di esempi di «epistole» che il mondo romano ci ha fortunatamente conservato. Già, il fatto che, a tacer d'altro, i due copiosi epistolari di Cicerone e di Plinio il Giovane non ci conservino neppur un esempio di *manumissio per epistulam* deve necessariamente essere assunto come una prova di notevole valore per la tesi di un tardo affermarsi e di un raro applicarsi di siffatta forma di manumissione.

Tutto concorre, in definitiva, a mostrare come sia possibile rendersi ragione della prevalente menzione, nelle fonti, della *manumissio inter amicos* come prototipo delle manumissioni pretorie — prevalenza dalla quale era stato colpito il Biscardi — per una diversa, e, ci sembra, assai più plausibile via.

4. Prima di tornare agli ultimi sviluppi dell'argomentazione del Biscardi, ci sembra opportuno, anche per conferire maggiore persuasività alla nostra precedente osservazione, affrontare brevemente le fonti che ci restano circa la *manumissio per epistulam* (della *manumissio per mensam*, ripetiamo, data la sua certa origine postclassica, non mette conto di discorrere qui).

Tali fonti — a parte testi di minore importanza, perché tardi e di carattere elencatorio (Ep. Gai. 1, 2; 2, 1; 2, 3;

P. S. 4, 12, 2; J. 1, 5, 1; Par. Theoph. 1, 5, 1) — sono pochissime.

E in primo luogo, ci resta e deve essere considerato il già citato § 15 del c. d. *Fragmentum Dositheanum*. In esso, per vero, non si parla espressamente di *manumissio per epistulam*, come già notammo; bensì si fa il caso, a proposito della *mulier* che non abbia il *ius liberorum* e quindi abbia bisogno della *auctoritas tutoris*, di una *epistula* con il *iussus: servum liberum esse*. Ed, in relazione a questo caso, di discute se, perchè al servo competa la libertà giuniana, basti l'*auctoritas tutoris* prestata al momento della redazione dell'*epistula*. Si riporta il parere di Giuliano, il quale nega che la libertà competa. Ci sembra certo che questo parere giulianeo equivalga ad una negazione più generale d'ogni possibilità di una efficace *manumissio per epistulam* da parte di chi sia soggetto alla *auctoritas tutoris*. E ciò in quanto l'opinione di Giuliano — secondo la quale *eo tempore debere auctoritatem praestari, quo peragitur libertas*⁽⁸⁾, *tunc enim*⁽⁹⁾ *peragi intellegi, cum servus cognoverit dominiae voluntatem* — non può certo significare che si possa interporre l'*auctoritas tutoris* al momento della ricezione della lettera da parte del servo; l'*auctoritas*, naturalmente, dev'essere interposta ad un atto del soggetto sottoposto a tutela. Tale atto, ovviamente, è costituito già dalla lettera nel momento della sua redazione. Ridicolo ed assurdo — è appena il caso di notarlo — sarebbe concepire una prestazione dell'*auctoritas*, da parte del tutore, presente anche il soggetto sottoposto a tutela, al momento della ricezione della lettera: in tal caso, non saremmo più, ovviamente, di fronte ad una *manumissio per epistulam* (= *inter*

absentes), bensì ad una *manumissio inter amicos* (= *inter praesentes*) (o meglio, come vedremo più avanti, ad un momento della *manumissio inter amicos*).

La posizione di Giuliano — che è, quindi, in modo palese, fortemente restrittiva circa l'efficacia della *manumissio per epistulam* — si fonda su una concezione tutt'altro che sorprendente dell'essenza della comunicazione epistolare. È noto che i Romani tendono — e ciò risulta chiaramente dall'uso grammaticale comune in ordine ai tempi del verbo nello stile epistolare — a conferire importanza decisiva al momento della ricezione d'una lettera, piuttosto che al momento della sua redazione.

Questa tendenza è confermata, proprio per lo stesso Giuliano, da un noto passo delle Pandette, nel quale si suol vedere un'altra testimonianza relativa alla *manumissio per epistulam*⁽¹⁰⁾.

D. 41, 2, 38 pr. (Jul. 44 dig.): *Qui absenti servo scribit, ut in libertate moretur, non eam mentem habet, ut statim velit servi possessionem dimittere, sed magis destinationem in id tempus conferre, quo servus certior factus sit.*

Che il trascritto frammento si riferisca alla *manumissio per epistulam* noi non crediamo, in ciò seguendo il Wlassak⁽¹¹⁾: l'osservazione in contrario, resa particolarmente esplicita dall'Eisele⁽¹²⁾, che le parole *ut in libertate moretur* costituirebbero espressione tecnica per designare la manumissione pretoria — come emergerebbe da *Frags. Do-*

⁽⁸⁾ Così, i mss.; gli editori emendano: *manumissio*.

⁽⁹⁾ Così, i mss.; gli editori più recenti, sulle orme di Cuiacio, emendano: *autem*.

⁽¹⁰⁾ Il riferimento, ammesso tradizionalmente, è registrato, ad esempio, nelle note di richiamo delle moderne edizioni di *Fontes*, tutte le volte che si incontra la menzione della *manumissio per epistulam*; cfr. anche EISELE, *op. cit.*, p. 81 e segg.; BISCARDI, *op. cit.*, p. 11; ARANGIO-RUIZ, *l. c.*; KASER, *Das römische Privatrecht*, I (München, 1955), p. 254 n. 21.

⁽¹¹⁾ *Op. cit.*, p. 420 n. 2.

⁽¹²⁾ *Op. cit.*, p. 82.

sith. 4 — non convince. Non convince, sia perchè la lettura del § 4 del frammento pseudodositeano mostra chiaramente che l'*in libertate morari* è solo l'effetto dell'atto affrancatorio del *dominus* e non già l'atto stesso, che è designato come *manumittere*; sia perchè, il frammento giulianeo, *in sede materiae* di acquisto e perdita del possesso, tanto nell'opera giustinianea quanto negli originari *digesta* di Giuliano, mostra con evidenza, di per sè, la sua estraneità ai problemi dell'affrancamento. In realtà, Giuliano parla di *possessionem servi dimitttere*, espressione che sembra implicare come, anche dopo una tale *dimissio*, il servo resti servo. Inoltre, una terminologia qual'è quella dell'*in libertate morari*, per descrivere l'effetto d'una manumissione pretoria, si giustifica soltanto — come, del resto, risulta chiaramente dallo stesso *Fragm. Dosith. 4*, citato dall'Eisele — solo per l'epoca precedente alla *l. Junia*. Per l'età successiva, e quindi anche per l'età giulianea, l'effetto della manumissione pretoria — e, naturalmente, la stessa direzione della *voluntas dominicale* che ne costituisce la sostanza prima — è di ben diversa portata: si tratta di latinità, cioè di vera e propria libertà, non già d'un semplice *morari in libertate*.

Queste considerazioni — anche a prescindere dall'appoggio che verrà loro dal seguito del presente lavoro, ed in particolare da quanto avremo occasione di dire proprio in ordine al *morari in libertate*, in fonti come *PLIN.*, *epist. 4, 10* — ci sembrano decisive per escludere che *D. 41, 2, 38 pr.* si riferisca alla materia specifica delle manumissioni.

Ma, anche escluso un tale riferimento, resta intatto il valore del nostro testo ai fini d'una conferma della posizione giulianea testimoniataci da *Fragm. Dosith. 15*, dal cui esame siamo partiti. Giuliano rinvia l'efficacia d'ogni manifestazione di volontà realizzata in via epistolare (manumissione, in *Fragm. Dosith. 15*; concessione d'una libertà di fatto, in *D. 41, 2, 38 pr.*), al momento della ricezione del-

epistula da parte del destinatario, non già al momento della redazione dell'*epistula* stessa.

Quanto al caso specifico della manumissione della donna sottoposta a tutela, all'opinione giulianea si contrappone quella di Nerazio, confortata da un'ignota costituzione imperiale. Quanto, in codesto conferimento di efficacia ad una *epistula* affrancatoria redatta, *tutore auctore*, dalla donna, abbia influito una diversa concezione, in genere, dell'efficacia della comunicazione epistolare; o quanto, invece, un affievolimento d'importanza della tutela muliebre; o quanto, infine, vi abbia contribuito il *favor libertatis*, non è certo questo il luogo di tentar di indagare, e può ben rimanere da parte.

Sembra chiaro, comunque, per ritornare al nostro tema, che — a parte l'ipotesi particolare della donna senza *ius liberorum* e sottoposta a tutela — tanto Giuliano che Nerazio riconoscono senz'altro la possibilità d'una *manumissio per epistulam*. Tuttavia, il fatto che su una applicazione importante di essa vi fosse un contrasto così netto tra i due giuristi è, in aggiunta a quello derivante dalla scarsità di testimonianze, un indizio di più tardo riconoscimento del nostro istituto. E questa conclusione è solidamente confortata da una osservazione inconfutabile dell'Eisele (13), il quale rilevava come la posteriorità della *manumissio per epistulam* nei confronti di quella *inter amicos* debba ammettersi già solo per il fatto che la prima trova applicazione nel caso, non certo il più consueto, d'un servo assente, mentre la seconda presuppone il caso, più normale, del servo presente.

Prima di lasciar da parte il *Fragm. Dosith. 15* — dal quale ci sembra non si possa ricavare altra conoscenza intorno alla *manumissio per epistulam* — è da aggiungere ancora un'osservazione. Una lettura di questo paragrafo, nella

(13) *Op. cit.*, p. 83.

redazione di esso che è, di solito, accolta nelle moderne collezioni di *Fontes* (ad es. Krüger; Seckel e Kübler; Girard; Baviera), può lasciar l'impressione che, in quel testo, la *manumissio per epistulam* sia considerata — proprio come voleva la tesi del Biscardi, che disattendiamo — come una 'sottospecie' della *manumissio inter amicos*.

In effetti, allorchè si legge, all'inizio del § 15: *Mulier sine tutoris auctoritate inter amicos manumittere non potest, nisi ius liberorum habeat: tunc enim et vindicta sine tutore potest manumittere. Unde si mulier absens liberum esse iusserit...* (segue il problema del quale ci siamo, poco più su, occupati), sembrerebbe, più che lecita, necessaria, l'illazione che il caso dell'*epistula* sia un'applicazione (cfr., specialmente: *unde*) del principio secondo cui la *mulier sine tutoris auctoritate inter amicos manumittere non potest*. Da qui, poi, a concludere che la fatispecie dell'*epistula* sia ricompresa, senz'altro, nella denominazione *manumissio inter amicos*, il passo è breve, e facile.

Senonchè, è da avvertire subito che la menzione della *manumissio inter amicos* all'inizio del § 15 è soltanto il frutto di una — immettatamente fortunata, a nostro avviso — integrazione del Huschke, laddove, nei manoscritti, la parte iniziale suona, mutila senza apparenti lacune, così: *Mulier sine tutoris auctoritate(m) nisi ius liberorum habeat: tunc enim ex vindicta sine tutore potest manumittere.*

Che un'integrazione, in questa frase iniziale, sia necessaria è evidente. Ma che questa integrazione, non possa essere, semplicemente, un *manumittere non potest*, o, ancora più probabilmente, un *Latinum facere non potest* (¹⁴), sarebbe temerario affermare. In ogni caso, l'integrazione di Huschke è assolutamente arbitraria. Il contrapposto con la

(¹⁴) A somiglianza di quanto, nello stesso *Fragm. Dosith.*, si legge, ad esempio, nei §§ 11; 13 e 16.

manumissio vindicta, che segue nel testo (*tunc enim-manumittere*), reso, del resto, dagli stessi editori moderni, più evidente, attraverso la, per noi parimenti ingiustificata, correzione in *et vindicta*, dell'*ex vindicta* dei manoscritti (¹⁵), conserva, con l'integrazione *Latinum facere non potest*, da noi proposta, l'intera sua portata.

Così precisato l'effettivo stato di *Fragm. Dosith.* 15, è evidente che la tesi per cui l'*epistula* costituisca solo un modo d'essere della *manumissio inter amicos*, perde ogni appiglio in quel testo.

Con ciò, abbiamo terminato il nostro *discorso su Fragm. Dosith.* 15, vale a dire sull'unica fonte classica relativa alla *manumissio per epistulam*. Un cenno è ora da fare, in secondo e ultimo luogo, circa C. 7, 6, 1, 1 c; cioè, circa il paragrafo della celebre costituzione giustinianea abolitiva della libertà giuniana, relativo appunto alla *manumissio per epistulam*.

Le prescrizioni contenute in quel paragrafo — e precisamente quelle per cui l'*epistula* deve essere completata con le firme di cinque testi — sono universalmente considerate giustinianee. Tuttavia, di ciò è lecito dubitare, atteso l'andamento del discorso giustinianeo, che, in questo come in molti altri paragrafi della costituzione, non sembra aver di mira innovazioni circa la forma dei *modi*, *ex quibus ante latina competebat libertas* (che l'imperatore si limita ad *eligere* tra molti altri); bensì soltanto innovazioni profonde circa l'effetto di quei *modi*, ormai considerati produttivi di libertà piena. Non è improbabile che, per il requisito dei cinque testimoni, le cose stiano, per la *manumissio per epi-*

(¹⁵) Non è inutile osservare al riguardo che, tutte le volte che nei mss. del Dositeano, ricorre un accenno alla *manumissio vindicta*, l'espressione corrisponde a quella da noi mantenuta: § 5: *ex vindictis*; § 13: *exti dicta*; § 14: *ex vindicta*; § 15: *ex vindicta*.

stulam, negli stessi termini che vedremo doversi ammettere, a nostro avviso, per la *manumissio inter amicos*: che, cioè, si tratti di un requisito classico recepito da Giustiniano; cosa, in sè, tutt'altro che improbabile, solo che si pensi alla posteriorità, da noi sostenuta, della *manumissio per epistulam* ed alla naturale illazione che si può fare da questa posteriorità: un modellarsi, nei limiti del possibile, della forma più recente (*inter absentes*) su quella più antica (*inter praesentes*).

Comunque, tutto questo avrebbe bisogno di più ampia trattazione, che qui non sarebbe opportuno svolgere. Pare certo — per quel che qui più ci interessa di mettere in luce — che, tanto da *Fragm. Dosit.* 15, quanto da C. 7, 6, 1, 1 c, sia lecito ricavare (conformemente, del resto, a quel che emerge anche dalle più brevi fonti postclassiche, a carattere per lo più elencatorio, che più su richiamammo) l'esistenza d'una autonoma forma di *manumissio pretoria*, in diritto classico, consistente nella comunicazione, mediante *epistula*, ad un servo assente, della volontà affrancatoria da parte del *dominus*. Si son già viste le ragioni che inducono a ritenere come questa forma — *manumissio per epistulam*, appunto — debba considerarsi più tarda e di uso meno frequente, nei confronti della *manumissio inter amicos*.

5. Giunti a questo punto, potremo ben concludere — rispetto alla parte dell'argomentazione del Biscardi che fin qui ci ha impegnati — nel senso che, della circostanza, giustamente rilevata anche dal Biscardi, della frequenza d'un richiamo esclusivo alla *manumissio inter amicos*, nelle fonti, in contrapposto alla manumissioni civili ed in relazione alla *tuitio praetoris* ed alla *l. Junia*, può fornirsi una plausibile e persuasiva spiegazione storica, senza addivenire alla sorprendente ed improbabile interpretazione delle parole *inter amicos*, proposta dal Biscardi medesimo.

Considerato tutto questo, va da sè che decisa posizione negativa deve essere presa, a nostro parere, nei confronti dell'ultima affermazione, nella quale si sintetizza l'argomentazione del Biscardi. E cioè, nei confronti dell'affermazione per la quale, nei primi due secoli dell'Impero, manifestazioni affrancatorie *verbis*, *per epistulam* o mediante distruzione (o consegna al servo) di documenti dominicali dovrebbero essere concepite come 'sottospecie' di un'unica *manumissio inter amicos*, intesa nel senso generico già discusso, e non già concepite come forme separate.

Oltre tutto, va osservato qualche cosa anche circa gli esempi addotti dal Biscardi, e già da noi, più su, riportati.

Non vi è dubbio che di una manumissione (pretoria) compiuta mediante una dichiarazione verbale del *dominus* al servo, vi sono tracce nelle fonti, per il periodo indicato dal Biscardi, anche se, dei due esempi da lui addotti (MART., 9, 87; APP., *bell. civ.* 4, 135), il secondo non è, come si vedrà più avanti a suo luogo, pertinente, per mancanza — nel testo appianeo — d'ogni accenno a *verba*; ed il primo, e cioè il famoso epigramma di Marziale, che vedremo pure a suo luogo, merita un approfondimento.

Nè, parimenti, v'è dubbio — l'abbiamo mostrato or ora — circa l'esistenza, nello stesso periodo, d'una affrancazione pretoria *per epistulam* al servo assente, forma, per noi, successiva e meno frequente della precedente.

Ma che si possa, sempre per i primi due secoli dell'Impero, affermare senz'altro l'esistenza d'una forma d'affrancazione pretoria consistente nella distruzione (o consegna al servo) dei documenti di dominio, non sembra, senza una dimostrazione ed un inquadramento storico generale che il Biscardi non offre. Mostreremo più avanti come l'affermazione del Biscardi, nella sua sostanza, sia tutt'altro che da rifiutare recisamente, a nostro avviso. Qui, volevamo soltanto metterne in luce la non sufficiente dimostrazione, nel sistema del Biscardi stesso. Tanto più che, procedendo sulla

strada scelta da questo studioso, non si capisce perchè non siano stati addotti, sullo stesso piano, altri *modi*, di cui è cenno nella stessa costituzione giustinianea (sempre: C. 7, 6, 1), dalla quale il Biscardi desume il caso della distruzione (o consegna) dei documenti.

Comunque, riservandoci di tornare su questi ultimi fenomeni, ci pare ormai inutile — ed inopportuno ai fini dell'esposizione ordinata dei nostri risultati — continuare in una presa di posizione dettagliata nei confronti della tesi del Biscardi. Basti rilevare che, per originali e acute che siano, le conclusioni di questo studioso circa la *manumissio inter amicos* classica non possono, per i motivi addotti fin qui, considerarsi accettabili.

Per rintracciare il valore della *manumissio inter amicos* bisogna, quindi, battere altre strade.

6. E, innanzi tutto, sembra necessario tornare al significato tradizionale ed unanimemente accettato (salve le eccezioni del Biscardi e dello Schulz) dell'espressione *inter amicos*, come equivalente a: «tra, con l'intervento di, amici»; anche se siffatta equivalenza è ben lungi, naturalmente, dal risolvere tutti i problemi relativi al nostro istituto.

Nel senso accennato, parla, in primo luogo, la più ovvia e naturale traduzione delle parole *inter amicos*. Una conferma viene, inoltre, dalla costante traduzione greca di quelle parole con: *μεταξὺ φίλων* (cfr., ad es., *gloss. iurispr. cod. Paris.* 1357^a: *Ιντεραμίκον μεταξὺ φίλων*)⁽¹⁶⁾; *Par. Theoph.* 1, 5, 1; il dittico egiziano ripubblicato da ultimo nei *Negotia* di Arangio-Ruiz⁽¹⁷⁾; *P. Oxy.* IX, 1205⁽¹⁸⁾, tutti conformi, sul punto rilevato.

⁽¹⁶⁾ Trovo la citazione nel *Thesaurus linguae Latinae*, s. v. *amicus*.

⁽¹⁷⁾ *Fontes iuris romani anteiusustiniani III - Negotia* (Firenze, 1943), p. 23 e segg.

⁽¹⁸⁾ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Negotia*, cit., p. 23 n. 3.

Ma la prova più importante può desumersi meglio da uno, in particolare, dei testi ora citati; e precisamente dal dittico egiziano bilingue, datato del 221 d. C., nel quale l'attestazione d'una avvenuta *manumissio inter amicos* è corredata, sulla parte destra della *scriptura exterior*, dai sigilli di cinque testimoni (oltre che da quelli del manumissore e di un *redemptor*, intervenuto all'atto con il pagamento di due mila e duecento dramme), accompagnati da *adscriptiones* autografe. Che queste cinque persone siano gli *amici*, *inter* i quali il negozio è compiuto, è più che evidente.

Tanto più che, a questa testimonianza egiziana, se ne può aggiungere con frutto un'altra. Il famoso epigramma di Marziale, cioè, da noi più su più volte ricordato brevemente, e che ora è venuto il momento di considerare più da vicino.

MART., 9, 87:

*Septem post calices Opimiani
denso cum iaceam triente blaesus,
adfers nescio quas mihi tabellas
et dicis: «Modo liberum esse iussi
Nastam — servulus est mihi paternus —
signa». Cras melius, Luperce, fiat:
nunc signat meus anulus lagonam.*

Il *Lupercus* amico del poeta — alla stessa stregua del Marco Aurelio Ammonio, figlio (coincidenze!) di un altro Luperco di cui al dittico egiziano — ha poco prima espresso la volontà liberatoria al servo presente (*modo liberum esse iussi Nastam*); successivamente, richiede a Marziale (ed anche ad altri amici, certo) di *signare* le *tabellae* che documentano l'atto. Ne viene un quadro della *manumissio inter amicos*, per cui i momenti costitutivi dell'istituto sarebbero: a) la manifestazione di volontà del *dominus* al servo (*liberum esse iussi*, in Marziale; *inter amicos manumisit liberamque esse iussit*, nel dittico egiziano); b) la comunicazione di ciò agli *amici*.

Da notare che la presenza degli *amici* è chiesta, a quanto sembra dalle due fonti utilizzate or ora, non già al momento della manifestazione della volontà liberatoria dal servo, bensì in un momento successivo (19). E questo è un punto di singolare importanza che sembra, inspiegabilmente, esser stato del tutto trascurato dalla dottrina.

Naturalmente, i rilievi che precedono lasciano aperto l'importante problema della natura e della portata dei due momenti individuati: se cioè, in particolare, la dichiarazione dominicale abbia, da sola, già il valore d'una efficace *manumissio* (pretoria), o se tale valore le provenga solo dal compimento del secondo momento, attraverso la redazione di un documento, ovvero attraverso il semplice intervento di *amici* cui il *dominus* renda nota l'avvenuta manifestazione di volontà.

Questo, che è poi il problema essenziale del nostro istituto, sarà affrontato più tardi.

Per ora, intanto, è opportuno vedere l'unico passo delle nostre fonti giuridiche, nel quale, con qualche dettaglio, si discorre delle modalità di realizzazione della *manumissio inter amicos*.

Si tratta di C. 7, 6, 1, 2 — desunto dalla più volte ricordata costituzione giustinianea del 531, che abolì la latinità giuniana. Nel nostro passo — dopo che, nei paragrafi precedenti, eran state enunziate sia le ragioni di politica legislativa e di giustizia che sollecitano l'abolizione della latinità giuniana, sia la concreta abolizione di essa e la risoluzione di *certos...modos eligere, ex quibus antea quidem latina compelebat libertas, in praesenti autem Romana defertur condicio*,

(19) A questa circostanza allude certo il rilievo dell'ARRANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 485 n. 1, il quale, però, a nostro parere, trae una conseguenza ingiustificata (natura di testi *ad probationem*, degli *amici*), in relazione alla manca individuazione dei due momenti separati della *manumissio inter amicos*.

sia infine le norme relative (da noi già viste: cfr. § 4) alla *manumissio per epistulam* — si soggiunge:

C. 7, 6, 1, 2: *Sed et si quis inter amicos libertatem dare suo servo maluerit, licebit ei quinque similiter* (a ciò che è detto per la *manumissio per epistulam*, cioè) *testibus adhibitis suam explanare voluntatem et quod liberum eum esse voluit dicere: et hoc sive inter acta fuerit testificatus sive testium voces attestationem sunt amplectae et litteras tam publicarum personarum quam testium habeant, simili modo servi ad civitatem producantur Romanam, quasi ex codicillis similiter libertatem adipiscentes.*

E' opportuno, innanzi tutto, rilevare come, nella nostra costituzione, la *manumissio inter amicos* si presenti con gli identici tratti che abbiamo visto ricorrere sia nell'epigramma di Marziale che nel documento egiziano del 221. Anche questa volta, il requisito della presenza degli *amici*, cioè, si riferisce indubbiamente ad un momento successivo a quello della comunicazione della volontà liberatoria al servo. Ciò emerge nettamente dal fatto che il testo giustinianeo parla di un *explanare voluntatem*, da parte del *dominus*, *quinque testibus adhibitis et quod liberum eum esse voluit dicere*: la dichiarazione ai testi, palesemente, si riferisce ad un evento già realizzato (*voluit*) (20).

Questa concordanza è un punto di notevolissima importanza che non sfuggirà certo al lettore. Sotto questo profilo, Giustiniano non innova per nulla, dunque, rispetto al diritto precedente.

La partecipazione degli *amici* — da Marziale a Giustiniano — si presenta, quindi, stabilmente, come un momento successivo alla manifestazione di volontà affrancatoria parte-

(20) Analogi rilievi può farsi in relazione ai *κατόπιδας* della nostra costituzione conservatoci nei Basilici 48, 14, 1 (= HEIMS. 4, p. 752).

cipata al servo: *liberum esse iussi* (Marziale); *inter amicos manumisit liberamque esse iussit* (dittico egiziano); *liberum esse voluit* (C. 7, 6, 1, 2).

E' bene, in via preliminare ed al fine ora enunziato, premettere — ribadendo quanto avemmo occasione d'accennare poco più su, allorchè parlammo del paragrafo della stessa costituzione relativo alla *manumissio per epistulam* — un rilievo non privo di importanza. Nulla — ecco il rilievo preliminare — nel testo intero di C. 7, 6, 1 permette di attribuire a Giustiniano intenti innovatori quanto alla forma dei *modi* (come egli li chiama) di conseguire la libertà da lui elencati. L'intento innovatorio è nettamente sottolineato per quel che riguarda l'effetto di quei *modi*, non già per quel che riguarda la forma di essi. Al contrario, l'insistenza con la quale Giustiniano si riferisce a tali *modi* come a *modi antiquae latinitatis*; la ripetuta affermazione che egli non fa che *elgere* alcuni di questi *modi* (cfr. C. 7, 6, 1, 1 a; C. 7, 6, 1, 11; C. 7, 6, 1, 12); il tenore stesso del riportato § 2, per quel che qui ora più ci interessa, rendono sicuro che, anche per quanto riguarda la forma — così come s'è già visto per quanto riguarda l'intrinseca struttura, divisa in due momenti — della *manumissio inter amicos*, Giustiniano non fa che riportare norme di gran lunga precedenti al suo tempo.

Del resto, in questo senso, si può addurre un indizio estrinseco, ma, per questo, non meno probante. Vogliamo accennare alla circostanza che, tanto nelle Istituzioni di Giustiniano (J. 1, 5, 3), quanto nella Parafrasi teofilina (1, 5, 3 e 4), quanto, infine, nel commento di Taleleo alla costituzione giustinianea, conservatoci insieme con il *κατὰ πόδας* della stessa nei Basilici (21) — e cioè in tutti i testi nei quali, se vi fosse stata, sarebbe certamente stata rilevata un'ino-

(21) Cfr. la nota precedente.

vazione giustinianea anche per quanto riguarda la forma della *manumissio inter amicos* — manca assolutamente ogni accenno all'origine giustinianea delle prescrizioni formali contenute in C. 7, 6, 1, 2.

Infine, noi possediamo un altro indizio incontrovertibile che ci permette di ritenere fondato il giudizio di conformità piena tra le norme giustiniane ed il diritto precedente, per quel che attiene alla forma della *manumissio inter amicos*. Ci riferiamo alla circostanza per cui i testimoni sono cinque nella costituzione giustinianea, come erano cinque nel documento egiziano, poco più su studiato.

L'affermazione comune in dottrina (22) di un'origine giustinianea dei requisiti formali per la *manumissio inter amicos* contenuti in C. 7, 6, 1, 2, si rivela arbitraria quindi, sotto due punti di vista fondamentali: la struttura duplice dell'atto, cioè, che risulta di una dichiarazione dinanzi a testimoni successiva alla manifestazione, del *dominus* al servo, della volontà liberatoria; ed il numero dei testimoni richiesti.

E' ovvio che, data l'esiguità delle testimonianze su cui operiamo, non possiamo pretendere un'assoluta sicurezza, specialmente per quanto riguarda quest'ultimo requisito del numero degli *amici*. Tuttavia, nei limiti dello stato delle fonti, la concordanza rilevata è piena, e doveva esser sottolineata.

Il seguito delle prescrizioni formali contenute in C. 7, 6, 1, 2 — e, cioè, quanto è contenuto nel periodo, piuttosto oscuro del resto, *et hoc sive inter acta fuerit testificatus, sive testium voces attestationem sunt amplectae et litteras tam pu-*

(22) Citiamo, ad esempio: BISCARDI, *op. cit.*, p. 12 n. 5; KASER, *Das römische Privatrecht*, II (München, 1959), p. 93 n. 2 e p. 49. Le citazioni potrebbero agevolmente moltiplicarsi.

blicarum personarum quam testium habeant (23) — allude con evidenza alla forma nella quale sarà consacrato l'avvenuto adempimento del secondo momento strutturale del nostro negozio. Le relative prescrizioni, che sembrano conformi al generale indirizzo giustinianeo circa la documentazione degli atti privati (24), non lasciano decidere con certezza assoluta se si tratti d'un semplice documento probatorio (come noi crediamo), ovvero di un documento addirittura essenziale alla validità stessa del negozio. Tutto questo però — su cui avremo occasione di tornare (cfr. *infra*, § 9) — può ben rimanere qui da parte, anche attesa l'incertezza che tuttora regna in dottrina, in ordine a questo fenomeno della documentazione negoziale nel diritto giustinianeo. Anche se queste prescrizioni circa la redazione del documento sono, come è naturale, informate a principi postclassici e giustinianei, si tratta sempre di un fenomeno marginale, che non intacca certo la sostanziale corrispondenza, ormai verificata dai rilievi precedentemente esposti, tra la *manumissio inter amicos* classica e quella giustinianea, per quanto attiene alla struttura dell'atto ed alla struttura dei due momenti che lo integrano.

7. Giunti a questa fase della nostra ricerca, è inevitabile ormai avvicinarsi a quella questione, che già più su considerammo come centrale per il chiarimento dell'istituto

(23) Par certo che questo periodo debba interpretarsi come un'autorizzazione alla stesura dell'atto o con una dichiarazione *apud acta a cura esclusiva del dominus (hoc...inter acta fuerit testificatus)*, o con una relazione scritta con l'intervento e la firma dei testi e di un funzionario pubblico (*testium voces attestationem sunt amplexae et litteras tam publicarum personarum quam testium habeant*).

(24) Rinviamo, per tutti, alle indicazioni bibliografiche esaurienti ed alla citazione dei testi essenziali, fornite da KASER, *Das röm. Privatrecht*, II, cit., p. 47 e sgg.

studiatu. E cioè, all'analisi della portata e del rapporto mutuo tra le due fasi delle quali abbiamo visto constare la *manumissio inter amicos*.

E, innanzi tutto, per quanto attiene al primo momento — quello del *liberum esse iubere* del *dominus* al servo — ci pare che, pur nell'ineleggibile scarsezza dei dati in nostro possesso, si debba affermare che siffatto *iussus* va concepito come una comunicazione di volontà fatta direttamente dal *dominus* al servo presente, anche se non necessariamente realizzata (come pur sarà stato, naturalmente, il caso più frequente nella pratica) mediante una comunicazione orale.

Infatti, per quanto attiene alla necessità d'una comunicazione siffatta al servo presente, ci pare che essa consegua ineliminabilmente dalla distinzione che si viene a stabilire, come vedemmo, in età classica e dura fino all'età giustinianea, tra *manumissio inter amicos* e *manumissio per epistulam*.

Noi non possiamo, in questa sede, affrontare più di quanto abbiamo fatto i problemi della *manumissio per epistulam*. Tuttavia, par certo — ed in questo senso parla in modo particolarmente netto, ancora una volta, la costituzione di Giustiniano da noi più volte utilizzata (C. 7, 6, 1), specie se si considerino parallelamente i due squarci contigui relativi alla *manumissio per epistulam* e alla *manumissio inter amicos* (C. 7, 6, 1, 1 c e C. 7, 6, 1, 2) — che la ragion d'essere di una autonoma *manumissio per epistulam* sia stata sostanzialmente la necessità di provvedere alla realizzazione della volontà dominicale liberatoria nei confronti di un servo assente.

Che, poi, il *iussus*, nei confronti del servo presente, *iussus* al quale si riduce per noi il primo momento essenziale della *manumissio inter amicos*, non debba esser necessariamente una comunicazione orale, mi sembra debba dedursi sia dall'inverosimiglianza di requisiti del genere in istituti non civillistici, sia dalle stesse fonti a nostra disposizione.

Vi sono dei testi, infatti, dai quali risulta che la *manumissio inter amicos* è consentita al muto. Si tratta soprattutto del già citato *P. S. 4, 12, 2*: *Mutus et surdus servum vindicta liberare non possunt: inter amicos tamen et per epistulam manumittere non prohibentur*.

Che tale principio, sebbene proveniente da una raccolta tarda, possa ben considerarsi sostanzialmente classico (25) sembra doversi ammettere, oltre che per l'intrinseca credibilità del principio, per la garanzia che ad esso proviene dalla contrapposizione tra gli istituti civilistici (*manumissio vindicta*) con i loro caratteristici requisiti di oralità, e gli istituti non civilistici (*manumissio inter amicos* e *manumissio per epistulam*), contrapposizione impensabile per un innovatore postclassico.

Almeno per una parte, poi, il principio ora visto è confermato da *D. 40, 2, 10* (*Marcian. 3 reg.*): *Surdi vel muti patris filius iussu eius manumittere potest: furiosi vero filius non potest manumittere*.

Il testo trascritto, per il fatto d'esser ricompreso nel titolo dei Digesti relativo alla *manumissio vindicta*, sembra mostrare che la regola in esso contenuta abbia la sua ragion d'essere nell'impossibilità del muto (e del sordo) a procedere

(25) Diverso avviso, naturalmente, ha espresso il BISCARDI, *op. cit.*, p. 49 e segg., per il quale il testo, come quello che presenta una distinzione tra *manumissio inter amicos* e *manumissio per epistulam*, e quindi contrasta con l'ipotesi d'una *manumissio per epistulam* intesa come sottospecie non autonoma della *manumissio inter amicos*, è da giudicarsi sostanzialmente postclassico. Tuttavia, si tratta d'un giudizio basato soltanto sull'accennato convincimento del BISCARDI; e quindi, per noi, non fondato. Sul testo, cfr. anche WЛАSSAK, *op. cit.*, p. 426 e segg., rispetto al quale è da dire che le difficoltà contro le quali egli si batte nascono soltanto dall'assunto, per noi inaccettabile, che la *manumissio inter amicos* sia costituita da una dichiarazione orale innanzi a testimoni.

re egli stesso al negozio orale della *manumissio vindicta*, giusta quello che si desume da *P. S. 4, 12, 2*.

Ed è anche da rilevare che la disciplina giusiinianea in ordine alle manumissioni del sordo e del muto non sembra affatto coincidere con quella attestata dal citato passo delle *Sententiae* di Paolo: si veda, infatti, *C. 6, 22, 10*, nel cui principio è escluso che il sordomuto dalla nascita possa *libertatem sive vindicta sive alio modo imponere*, mentre il semplice muto è, nel § 5, facultato ad *omnia facere*, per iscritto. Così che, anche per questa via, la classicità del principio di cui a *P. S. 4, 12, 2* risulta rafforzata.

Sembra chiaro, quindi, che la *manumissio inter amicos* non richiede necessariamente, nel suo primo momento costitutivo, una dichiarazione orale.

E forse, un esempio di un *iussus* senza parole si potrebbe rinvenire nel già citato passo di Appiano (*bell. civ. 4, 135*) se — come è comunemente ritenuto (26) e come è probabile — esso ci riferisce effettivamente, a proposito della morte, dopo la sconfitta di Bruto a Filippi, di Pacuvio Labeone (27), padre di Antistio Labeone e giurista non mediocre egli stesso, di una manumissione *inter amicos* compiuta, poco prima del suicidio, da quello sfortunato seguace degli anticesariani.

Il passo appianeo, infatti, dopo averci narrato dei preparativi di suicidio di P. Labeone (scavo della fossa; disposizioni ai servi; raccomandazioni e lettere per la moglie e i figli lontani), così continua: *τοῦ δὲ πιστοτάτου* (scil.: dei servi) *τῆς δεξιᾶς λαβόμενος, καὶ περιστρέψας αὐτὸν, ὃς ἔθος*

(26) Cfr. ad esempio: WЛАSSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS*, 28 (1907), pp. 2 n. 4, e 4 n. 1; BISCARDI, *op. cit.*, p. 11.

(27) Su di lui, cfr. già PERNICE, *Labeo*, I (Halle, 1873), p. 7 e segg.; e, da ultimo, KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (Weimar, 1952), p. 32 e segg..

Ἐστὶ Πομαλοῖς ἐλευθεροῦν, ἐπιστρεφομένῳ ξίφος ἔδωκε καὶ τὴν σφαγὴν ὑπέσχε.

Dovendosi escludere che qui ci si trovi di fronte ad una manumissione civile (*vindicta*), il compimento di uno dei gesti che solitamente accompagnavano il ceremoniale civile (*vertigo*) può essere interpretato come una manifestazione di volontà liberatoria del tipo di quelle che dovevano integrare la prima fase della *manumissio inter amicos*. E si potrebbe pensare che, nelle lettere di cui è cenno nella parte precedente del passo appianeo, P. Labeone avesse provveduto — dopo l'intervento dei necessari *amici* — alla redazione di un documento probatorio del negozio, secondo gli schemi che abbiamo precedentemente veduto. O che, soltanto, avesse comunicato agli *amici* il compimento del *iussus* operato mediante la *vertigo* medesima.

Tuttavia, il racconto appianeo è troppo sommario e diretto a fini troppo distanti da quelli di un'informazione precisa circa il punto che ci interessa, perché se ne possa desumere alcunchè con sicurezza. A di più, Plutarco (*Brut.* 51, 2) dà un diverso racconto della morte di P. Labeone, giacchè lo fa cadere in battaglia prima di Bruto. Pertanto, non sappiamo cosa pensare neppure dell'esattezza storica generale della narrazione di Appiano.

Se il *liberum esse iubere* sembra, comunque, potersi manifestare in modo vario, non è impensabile che tra questi modi possa essersi fatta luce quella tale distruzione (o consegna al servo) dei documenti dominicali, di cui è cenno soltanto in C. 7, 6, 1, 11, e della quale già il Biscardi — come si vide — voleva fare una 'sottospecie' della *manumissio inter amicos* (28).

(28) Il BISCARDI, *op. cit.*, p. 11, cita, a proposito della sua ipotesi di ricomprensione nella *manumissio inter amicos* del *modus* di cui a C. 7, 6, 1, 11, da un lato, la qualificazione di Giustiniano: *antiquae latinitatis modus*; dall'altro, una nota del PEROZZI (*Istitu-*

Se il quadro generale della costruzione del Biscardi sembra a noi da rifiutare come mostrammo, non fosse che per l'inammissibilità di ridurre la *manumissio per epistulam* a sottospecie della *manumissio inter amicos*, l'ipotesi del Biscardi relativa alla fatispecie in questione, non è, e già lo rilevammo, da escludere. E ciò, anche se le prescrizioni contenute nel tratto successivo della costituzione giustinianea (C. 7, 6, 1, 11a) — e che hanno l'aria, questa volta, di una cautela voluta dall'imperatore — sembrano rendere questa forma, in età giustinianea, certamente diversa strutturalmente dalla *manumissio inter amicos* (di cui a C. 7, 6, 1, 2). In realtà, per la fatispecie in questione, la presenza dei testi

zioni di diritto romano, I, p. 253 n. 1). E' da dire, però, che — mentre ovviamente né l'uno né l'altro dei richiami possono concorrere minimamente alla tesi (come si dice nel testo, del resto, non improbabile) d'una ricomprensione della fatispecie della consegna (o distruzione) dei documenti dominicali nella *manumissio inter amicos* — neanche, a rigore, i due richiami possono valere per l'obiettivo più limitato cui forse il Biscardi si volgeva, e cioè per provare che si tratta d'una forma usata nei primi due secoli dell'Impero. E infatti, per quanto riguarda il primo richiamo, Giustiniano non parla, come sembrerebbe dalla citazione del Biscardi, di *antiquae latinitatis modus* in assoluto; ma dice, piuttosto, avviandosi al termine del suo discorso: *Ille etiam novissimus antiquae latinitatis modus...* Il che basta a mostrare come, per Giustiniano, anche gli altri modi elencati prima di quest'ultimo (*novissimus*) erano *antiquae latinitatis*. E cioè, eran modi per cui si veniva alla, superata ormai (*antiqua*), latinità giuniana. Del resto, di richiami espressi — e stilizzati — all'*antiquitas* e simili, la costituzione giustinianea è prodiga (cfr. § 1; § 3; § 6; § 8; § 12), sicchè, a basarsi solo su simili espressioni, anche altri casi il Biscardi avrebbe dovuto considerare come inclusi nella *manumissio inter amicos* classica.

Per quanto riguarda, poi, la citazione del Perozzi, è da dire che quello studioso — contrariamente alla più esatta presa di posizione del Biscardi — sostiene, secondo noi a torto, addirittura l'origine postclassica del *modus* di cui a C. 7, 6, 1, 11.

è richiesta contestualmente alla distruzione (o consegna al servo) dei documenti dominicali, sicchè non sussiste quella distinzione strutturale in due momenti caratteristica della vera *manumissio inter amicos* classica e giustinianea.

Tuttavia, non siamo in grado né di escludere né di affermare che effettivamente i classici abbiano considerato come un efficace *liberum esse iubere*, ai fini della *manumissio inter amicos*, la distruzione o consegna dei documenti dominicali. In ogni caso, se è possibile congetturare che i classici abbiano realmente considerato tale comportamento come un sufficiente primo momento d'una *manumissio inter amicos*, è necessario, d'altra parte, ipotizzare contemporaneamente una trasformazione dell'istituto ed una sua autonomizzazione in età postclassica e giustinianea.

Aggiungiamo qui che, egualmente, non vi è cenno alcuno, nelle fonti, che possa far considerare come fattispecie sufficienti ad integrare il primo momento della *manumissio inter amicos* classica quelle ricordate nella costituzione giustinianea del 531 (C. 7, 6, 1), rispettivamente ai §§ 5, 8, 9 e 10.

L'unica cosa che possiamo dire con sicurezza, in definitiva, è che i classici dovettero considerare con estrema latitudine il *iussus* del *dominus* al servo. Oltre che per gli argomenti fin ora visti, questa affermazione è da ritenere giustificata anche per altri motivi. E precisamente, per l'insistenza con la quale le fonti accennano alla *voluntas* come dato essenziale della *manumissio inter amicos*. Che questa accentuazione della *voluntas* derivi direttamente dal tenore della *l. Junia*, come da alcune fonti (cfr. particolarmente *Fragm. Dosith.* 7; ma anche le due *declamationes* 340 e 342 dello Ps. Quintiliano⁽²⁹⁾), per scarsa che sia la loro

⁽²⁹⁾ Sulle quali, per tutti, WЛАСАК, *Die prät. Freilassungen*, cit., p. 374 e segg.. Sono da vedere, nello stesso senso, anche §§ 4 e 5 del *Fragm. Dosith.*; e Ulp. 1, 12.

importanza) si potrebbe dedurre, ed è stato sostenuto; ovvero derivi semplicemente, come non si può affatto escludere in definitiva⁽³⁰⁾, dalle elaborazioni giurisprudenziali, è, in fondo, di scarsa importanza, ai nostri fini attuali. Certo è che il principio, secondo il quale in *his qui inter amicos manumittuntur voluntas domini spectatur*, è ben saldo e di grande importanza.

Esso ci conforta nel giudizio per cui il primo momento costitutivo della *manumissio inter amicos* consiste essenzialmente soltanto in una manifestazione libera e seria della volontà affrancatoria da parte del *dominus*, direttamente al servo.

8. Quanto s'è detto ci permette di cominciare a prender partito, ormai, relativamente alle posizioni che enunzia-

⁽³⁰⁾ Concordi nel riferire al testo della *l. Junia* un accenno esplicito alla volontà dominicale (seppure, poi, discordi circa il tenore effettivo di questo accenno): WЛАСАК, *op. cit.*, p. 375 e segg.; EISELE, *op. cit.*, p. 70 e segg. (del quale meritano particolare attenzione i richiami a p. 71 n. 32).

La nostra esitazione nei confronti di questo punto di sostanziale concordia tra i due romanisti nasce dal fatto che Gaio (III, 56), a proposito della *l. Junia*, dice che *per legem Juniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur liberos esse coepisse...* il che, mentre potrebbe costituire addirittura un cenno alla dizione usata dalla legge, è, in ogni caso, mal conciliabile con l'ipotesi secondo la quale la stessa legge richiamava espressamente la volontà dominicale. In effetti, nelle dizioni legislative presunte dal Włassak e dall'Eisele non sarebbe possibile ricomprendere *omnes quos praetor in libertate tuebatur*: non foss'altro, sarebbero rimasti fuori i servi affrancati a non domino, dei quali non si può certo dire che *dominus liberos esse voluit*, o che *domini voluntate in libertate sunt*.

Comunque, il punto è senza rilievo ai nostri fini; e ci pare, obiettivamente, di impossibile soluzione, allo stato attuale delle fonti.

vamo in principio — accanto a quella già discussa del Bi-scaldi — in ordine alla struttura della *manumissio inter amicos*, e connesse alle dottrine, rispettivamente, del Wlassak e dell'Eisele.

Nei riguardi di entrambe è da dire, innanzi tutto, che esse, ai nostri occhi, hanno il difetto irrimediabile di non avere affatto distinto i due momenti, anche cronologicamente oltre che strutturalmente diversi, che concorrono a formare la *manumissio inter amicos*: manifestazione della volontà liberatoria, in primo luogo; e poi, attestazione davanti agli *amici* di quel *liberum esse voluisse et iussisse*. Con il che, entrambi gli autori si sono preclusi — come, del resto a nostra conoscenza, è accaduto a tutta la dottrina — una retta visione di base.

Ciò precisato, e limitandoci ancora, per ora, solo al primo dei due momenti poco più su ricordati, è agevole giudicare come più assai nel vero appaia la posizione dell'Eisele rispetto a quella del Wlassak. Ciò nel senso che, di una manifestazione di volontà anche lontanamente 'formale', per il primo momento della *manumissio inter amicos*, non è assolutamente possibile parlare. Se ci fermiamo a questo primo momento costitutivo della *manumissio inter amicos*, l'Eisele ha ragione, e ha buon gioco, allorchè afferma: « dass.... bei diesen prätorischen Freilassungen die *voluntas domini* irgendwie zum Ausdruk kommen musste ist zweifellos dafür, dass in bestimmter, förmlicher Weise zu äussern war, fehlt jeglicher Anhalt in den Quellen. Auch dafür, dass der Freilassungswille in Worten sich äussern musste, m. a. W. dass eine ausdrückliche Erklärung notwendig war, ist kein Beweis beizubringen » (*op. cit.*, p. 67 e segg.).

Le cose, a nostro parere, si volgono, in modo diverso — e precisamente, in modo da esigere l'adesione al punto di vista del Wlassak, al quale così, andrà riconosciuta, questa volta, una parte di ragione nei confronti dell'Eisele — allorchè si passi a considerare il secondo momento costitutivo della *manumissio inter amicos*: l'attestazione, cioè, che il *dominus* fa dell'avvenuto *iussus* (nel senso del *liberum esse*), al proprio servo, alla presenza di *amici*.

Per procedere chiaramente nella nostra ricerca, è, a questo punto, necessario di tentar di vedere più a fondo la natura di questo secondo momento del nostro istituto.

I passi delle fonti, dal cui esame è scaturito il nostro convincimento di una bipartizione strutturale della *manumissio inter amicos*, sono tutti tali da implicare una documentazione scritta della comunicazione agli amici dell'avvenuto *iussus*. Ciò emerge chiaramente dalle *tabellae* e dal « *signa* » dell'epigramma di Marziale; dall'esistenza stessa e dal tenore del dittico egiziano relativo alla manumissione della schiava Elena; nonchè dal testo giustinianeo di C. 7, 6, 1, 2.

Tuttavia, in nessuno di questi passi, e in nessun altro delle nostre fonti relative alla *manumissio inter amicos*, si contiene alcun indizio, dal quale possa desumersi che una forma scritta sia indispensabile, *ad substantiam* cioè, in occasione di questo secondo momento della *manumissio inter amicos*. Tale eventuale requisito *ad substantiam*, del resto, urterebbe contro la quasi totale irrilevanza della scrittura — come elemento *ad substantiam* dei negozi — caratteristica del diritto romano preclassico e classico. Si aggiunga che la stessa costituzione di Giustiniano, che è la nostra fonte più ricca sulla *manumissio inter amicos*, per chiari segni, mostra di attribuire alla documentazione scritta del secondo momento costitutivo del nostro negozio un semplice valore probatorio. Si noti, infatti, come il testo imperiale (C. 7, 6, 1, 2) si esprime: *Sed et si quis inter amicos libertatem dare suo servo maluerit, licebit ei quinque similiter testibus adhibitis suam explanare voluntatem et quod liberum eum esse voluit dicere...* L'essenziale, sembra, è, per quel che attiene al momento che più ci interessa, *explainare voluntatem et quod liberum eum esse voluit dicere*. Il fatto che, per il documento scritto, l'imperatore prescriva, poi,

cune modalità, a scelta, sembra confermare che siamo di fronte ad un atto non legato, per la sua validità, alla forma scritta, la quale avrà solo natura di elemento *ad probationem*. E, se questo è vero per il diritto giustinianeo, sembra che, *a fortiori*, si possa definitivamente concludere con certezza nello stesso senso per il periodo classico, non certo ricco di casi di forme scritte *ad substantiam*.

Ma, negato che la forma scritta sia indispensabile ed afferente alla sostanza dell'atto complessivo — il che deve ritenersi certo, almeno per l'età classica — deve, al contrario, affermarsi che indispensabile ed afferente alla sostanza dell'atto è la comunicazione — come che sia — agli *amici*, dell'avvenuto *iussus*.

Questa necessità, che emerge già indiscutibilmente dalla costituzione giustinianea (in ciò, s'è visto, conforme al diritto classico), non ha bisogno di altra prova oltre quella che emerge inconfutabilmente dal nome stesso dell'istituto. In tanto il negozio può esser stato denominato *manumissio inter amicos*, in quanto la comunicazione agli *amici* ne sia parte costitutiva essenziale.

Ecco che — prima di procedere ad altri rilievi — appare chiaro come fosse nel torto Eisele nel negare ogni valore di elemento *ad substantiam* all'intervento degli *amici*. Non si tratta affatto di un eventuale (anche se praticamente affermato « nach befestigtem Brauch und Herkommen ») corollario probatorio d'una, in sè indipendente ed autonoma, *manumissio pretoria* legata solo alla *nuda voluntas* del disponente. Si tratta, invece, di un vero e proprio elemento — o momento costitutivo — sostanziale della *manumissio inter amicos* stessa. Quel che l'Eisele dice per l'adibizione degli *amici*, se mai, potrà dirsi solo per l'uso abituale di una documentazione scritta successiva.

E, parimenti, appare chiaro, come, pur tra molti frattendimenti dovuti all'insufficiente analisi del negozio, avesse

ragione il Wlassak, allorchè, a proposito della *manumissio inter amicos*, parlava di un negozio 'formale'.

Certo, il Wlassak — e con lui il Mitteis che ne approvò le conclusioni — non era nel vero, allorchè riferiva la formalità del negozio alla dichiarazione del *dominus* indirizzata al servo. E ancor meno nel vero era, allorchè pensava che questa dichiarazione doveva esser fatta davanti ai testi (31). Tuttavia, è doveroso osservare che questi punti di vista, che noi riteniamo erronei, non sono praticamente esclusivi del Wlassak, ma piuttosto sono comuni, sostanzialmente, a tutta la dottrina romanistica. Questa, pur dividendosi tra sostenitori della tesi di testi *ad probationem* e sostenitori di quella di testi *ad substantiam*, nonché tra sostenitori della tesi di un atto formale e sostenitori della tesi di un atto non formale, concorre, in ogni modo, nella concezione di una *manumissio inter amicos* unitaria. E' invece — e va sottolineato — merito esclusivo del Wlassak avere affermato la natura sostanziale dell'intervento dei testi.

9. Abbiamo, a questo punto, abbastanza netto il profilo strutturale della *manumissio inter amicos* per poter tentare una ulteriore ricerca. E precisamente, quella relativa al rapporto esistente tra i due momenti distinti da noi nell'atto. È, cioè, pensabile che abbiano efficacia, ai fini dell'acquisto della latinità giuniana, e già prima ai fini della *tuitio praetoria*, solo il primo, o solo il secondo, di quei momenti?

La risposta a questa domanda non sembra ardua. Il fatto che il negozio si sia atteggiato come composito di due momenti, e che esso addirittura prese il nome dalla adibizione degli *amici*, dovrebbe essere un argomento decisivo per l'insufficienza del solo primo momento in sè considerato. D'altra parte, la circostanza per cui il secondo momento

(31) *Op. cit.*, p. 422.

consiste essenzialmente in una comunicazione agli *amici* della già avvenuta realizzazione di un primo momento (*liberum esse volui, iussi*) dovrebbe essere un argomento decisivo per l'impensabilità di un secondo momento isolato, non preceduto, cioè, da una manifestazione, effettivamente avvenuta, della volontà affrancatoria del *dominus*, direttamente al servo.

Ora, se del problema attinente all'eventuale autosufficienza di un secondo momento non preceduto realmente dal primo, non è possibile dir altro, se non che la conclusione cui ora siamo pervenuti s'accorda perfettamente con la natura non astratta né solenne della forma — pretoria — attinente al nostro negozio; per quanto, invece, si riferisce al primo problema (e cioè, quello dell'eventuale sufficienza di una semplice volontà affrancatoria, direttamente comunicata al servo, e non seguita da una comunicazione agli *amici*), v'è necessità d'ulteriore indagine.

Ciò perchè, basandosi su alcune testimonianze delle fonti, alcuni autori, e l'Eisele in particolare (32), hanno voluto sostenere tale sufficienza d'una qualunque manifestazione di volontà liberatoria, a prescindere da ogni altro ulteriore incombente. Contro questa posizione, come è noto, è rivolta gran parte dello studio del Wlassak più volte citato.

Ora, nel considerare queste testimonianze delle fonti, ci sia consentito, per brevità, metter da parte quelle relative al più probabile tenore testuale della *I. Junia*, sulle quali abbiamo già fornito più su qualche cenno, e che comunque sono sostanzialmente insignificanti per la soluzione della nostra questione. Lasceremo pure da parte altri testi palesemente non decisivi ai nostri fini, su cui pure s'è esercitata

(32) Per la letteratura più antica, v. le indicazioni di WЛАССАК, *op. cit.*, p. 367 e segg. (che combatte questo punto di vista); per l'accettazione, invece, di questo punto di vista, da parte dell'Eisele, cfr. tutto lo scritto citato di quell'autore.

la critica del Wlassak e, in senso opposto, dell'Eisele. E cioè, testi come quelli relativi alla oscura adozione-manumissione del servo (FEST., s. v. *manumitti* [P. 159]; GELL., *n. a.* 5, 19, 13 e segg.; J. 1, 11, 12; C. 7, 6, 1, 10; *Par. Theoph.* 1, 11, 12), o come Ulp. 1, 10, d'ambigua interpretazione, pur relativo alla *manumissio inter amicos* e alla *I. Junia* (33).

Piuttosto, con maggior frutto, qualche considerazione è da svolgere, innanzi tutto, sui testi che l'Eisele — in disaccordo aperto rispetto al Wlassak — considera probanti ai fini dell'efficacia della *nuda voluntas* (*ut servus in libertate moretur o sit*).

Il disaccordo tra Wlassak e Eisele è netto per quanto riguarda

D. 40, 12, 24, 3 (Paul. 51 *ad. ed.*): *Sed si quas actiones inferat dominus, quaeritur an compellendus sit suspicere iudicium, et plerique existimant, si in personam agat, suspicere ipsum* (34) *ad litis contestationem, sed sustinendum iudicium, donec de libertate iudicetur: nec videri praeiudicium libertati fieri aut voluntate domini in libertate eum morari: nam ordinato iudicio interim pro libero habetur, et sic ut ipse agere, ita cum ipso quoque agi potest. Ceterum ex eventu aut utile iudicium erit aut nullum, si contra libertatem pronuntiatum fuerit.*

(33) Il *nominativus* può (col WЛАССАК, *op. cit.*, p. 379 e segg.) connettersi con la parola *manumissi*; ovvero (con il LACHMANN, in *Zeitschrift für gesch. Rechtswiss.* 9, p. 183 e segg. e con l'EISELE, *op. cit.*, p. 80) connettersi con *latini fuit*. Certo è che il richiamo, operato dal Lachmann e ripreso dall'Eisele, al valore di *nominativus* in Ulp. 20, 14 è insufficiente a provare la connessione sostenuta da questi autori, dato che esso può esser facilmente neutralizzato da richiami ad altri paragrafi della stessa opera (ad es. Ulp. 1, 25), in cui invece il *nominativus* ha il valore sostenuto dal Wlassak.

(34) Mommsen integra: *debere*.

Il Wlassak esclude che la frase *nec videri...voluntate domini in libertate eum morari* possa alludere al rischio di un effetto affrancatorio del fatto che il *dominus* — nelle more di un giudizio di libertà instauratosi tra lui e il suo servo — abbia iniziato un'azione contro il servo. Esclude, cioè, che, agendo contro di lui, il *dominus* possa esser comunque sospettato di aver riconosciuto (anzi, voluto) la libertà del servo.

L'Eisele, invece, accettando senz'altro quanto il Wlassak esclude, ritiene che la frase citata di D. 40, 12, 24, 3 intenda proprio riferirsi al rischio che il comportamento processuale del *dominus* possa esser considerato una *nuda voluntas* affrancatoria, e quindi una *manumissio pretoria*.

Per provare l'assurdità della tesi che egli combatte, il Wlassak si basa su un'osservazione invincibile; osserva, cioè, che è impensabile, proprio nel corso di una controversia *de libertate* tra servo e *dominus*, che qualsiasi atto processuale di quest'ultimo (che non sia naturalmente, la rinunzia alla lite *de libertate*) possa costituire in qualche modo, indizio d'una volontà favorevole alla libertà di quel servo contro il quale, proprio contemporaneamente, egli sta in giudizio *de libertate*.

L'Eisele ignora del tutto questa che è la base sostanziale del ragionamento del Wlassak, ai fini del punto essenziale della questione.

Per noi, è indiscutibile l'esattezza della posizione del Wlassak, basata com'è su tanto solido fondamento. Come, poi, debba giudicarsi — una volta esclusa l'ipotesi combatuta dal Wlassak e condivisa dall'Eisele — il tratto di D. 40, 12, 24, 3 in discussione, è opinabile. Il Wlassak sostiene che il tratto *nec videri...voluntate domini in libertate morari* alluda al problema dell'eventuale dispensa dalla prestazione di cauzione da parte dell'*adseritor libertatis* (35). Il che

(35) Per un cenno più preciso, cfr. *infra*, nel testo, tra poco, a proposito di D. 40, 12, 28.

è ben possibile, anche se noi, per nostro conto, riteniamo che si tratti (precisamente per le parole: *aut voluntate domini in libertate eum morari*) di un glossema inintelligente (36). Non si può, in effetti, attribuire a Paolo il pensiero ipotizzato dal Wlassak, in quanto, al momento della proposizione dell'azione *in personam* contro il servo (intrapresa, per ovvie ragioni di cautela, nel corso di un giudizio di libertà), la lite di libertà è già — secondo la posizione della fatispecie — in corso; e certo Paolo non può esser tenuto responsabile di questo non senso (37).

Pure diviso è il giudizio dei due grandi romanisti su D. 40, 12, 28 (Pomp. 12 ad Q. M.): *Non videtur dominus voluntate in libertate esse, quem dominus ignorasset suum esse: et est hoc verum: is demum voluntate domini in libertate est, qui possessionem libertatis ex voluntate domini consequitur.*

Il dissenso, oltre che sul punto di fondo illustrato a

(36) Si noti anche, a conforto dell'ipotesi del glossema, che l'*eum* è campato in aria, senza riferimento grammaticale.

(37) Su D. 40, 12, 24, 3, oltre a WЛАССАК (*op. cit.*, p. 391 e segg.) ed ЕИЗЕЛЕ (*op. cit.*, p. 71 e segg.), cfr. soprattutto: NICOLAU, *Causa liberalis* (Paris, 1933), p. 95 e segg.; p. 246 e segg.; p. 260 (ové il testo è citato, per errore, come D. 40, 12, 24, 2, e dove, senza conoscere il pensiero dell'Eisele, il Nicolau perviene alla stessa valutazione del nostro tratto fornita dal romanista tedesco); MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, in *Annali Palermi*, 24 (1955), p. 342 n. 639 (che non tratta, però, specificamente il punto che qui ci interessa); FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano* (Napoli, 1961), p. 240 e segg., il quale giunge sostanzialmente alle conclusioni dell'Eisele, pur senza conoscerle. È doveroso notare che quest'ultimo studioso rivolge (p. 242 n. 180) al Wlassak un rimprovero che è del tutto immeritato e che, anzi, a chi conosce l'esemplare ricerca di questo autore — pur citata dal Franciosi — non può non suonare paradossale: il rimprovero cioè, di ignorare, nientemeno, *Fragm. Dosit.* 5.

proposito del testo precedente — e cioè, se, nell'espressione *domini voluntate in libertate esse*, debba, o no, vedersi una allusione alla *manumissio inter amicos*, per la quale sarebbe, o no, sufficiente la *nuda voluntas* del *dominus* — verte, in generale, già sull'interpretazione stessa del frammento.

Per il Wlassak, infatti, D. 40, 12, 28, accennerebbe al caso di un *dominus* che, ignorando di esser tale, abbia concesso ad un servo di godere di fatto della libertà. Per l'Eisele, invece, il testo prevederebbe il caso di un servo, il quale gode d'una libertà di fatto, autonomamente assunta, mentre il *dominus*, poichè ignora di esser tale, non si oppone.

Come che sia di questo punto (38), difficilmente risolubile dato il tenore del frammento, ancora una volta è da osservare che l'Eisele non tiene alcun conto (anzi, non la menziona neppure) della più decisiva delle considerazioni del suo avversario. Il Wlassak, infatti, per negare che, nel nostro testo, il rilievo del *domini voluntate in libertate esse* possa avere avuto un riferimento qualsiasi alla libertà giuniana ed alle manumissioni pretorie, osservava come il frammento di Pomponio sia stato, dai compilatori, incluso nel titolo del Digesto dedicato alla causa liberale, e non già — come ci si sarebbe atteso, vera l'ipotesi da lui avversata (e poi difesa dall'Eisele) — in uno dei titoli relativi alle manumissioni. Così che, ancora una volta, noi dobbiamo necessariamente schierarci con il Wlassak, del quale accettiamo pienamente l'avviso, espresso con esauriente dottrina, secondo il quale il testo pomponiano abbia avuto originariamente — e conservi nell'attuale sistemazione del Digesto — riferimento, non già al tema delle manumissioni, bensì al

(38) Che è importante per decidere se l'eventuale interpretazione del *domini voluntate in libertate esse* come fatispecie rilevante per il conseguimento della libertà giuniana, sarebbe, o meno, in contraddizione con D. 40, 2, 4, 1 (su cui, v. *infra*, tra poco, nel testo).

tema della causa liberale. E precisamente, abbia avuto riferimento alla nota questione della determinazione dei ruoli processuali: se il servo si trovava *in libertate sine dolo malo* — e su questo verteva il caso discusso da Q. Mucio e Pomponio in D. 40, 12, 28, onde l'accenno alla *voluntas dominii* era rilevante ai fini dell'identificazione, o meno, di un dolo malo del servo — l'*adseritor libertatis* godeva del ruolo di convenuto nell'*ordinatio liberalis iudicii*; il contrario, se il servo era *in libertate dolo malo* (39).

L'Eisele adduceva, infine, non considerato sotto questo profilo dal Wlassak, il già da noi citato D. 40, 2, 4, 1, nel quale — secondo rilievi del Mitteis (40) — si sarebbe contenuto originariamente un riferimento alla *manumissio inter amicos* (e non già, come risulterebbe dalla rubrica giustinianea al titolo D. 40, 2, alla *manumissio vindicta*); e dove le parole *voluntate domini manumissum*, due volte, sarebbero un'interpolazione giustinianea in luogo d'un presunto originario: *voluntate domini in libertate esse*. La diagnosi del Mitteis è, però, assolutamente inattendibile, dato che non si capisce affatto per quale ragione una simile alterazione sarebbe stata realizzata. In ogni caso, anche ammessa per ipotesi la diagnosi del Mitteis, nessun argomento di rilievo — è ovvio — ne verrebbe per la tesi dell'autonoma rilevanza, ai fini dell'acquisto della libertà giuniana, e a prescindere da ogni ulteriore incombente formale, di codesto *voluntate domini in libertate esse*.

(39) L'importanza dell'*in libertate sine dolo malo morari* per il giudizio liberale può anche desumersi espressamente da D. 38, 2, 16, 2 (Ulp. 45 ad ed.), non citato dal Wlassak.

(40) EISELE, *op. cit.*, p. 75, cita MITTEIS, in ZSS, 21 (1900), p. 205 e segg.. La stessa alterazione il Mitteis ammette per D. 40, 2, 4 pr..

Se questi sono i testi ai quali si riduce il dissenso tra il Wlassak e l'Eisele, e se, in questa divergenza di dottrina, ci si deve — come s'è visto — decidere per la posizione del Wlassak, almeno nel senso, il solo interessante ai nostri fini, d'una irrilevanza della *nuda voluntas* ai fini dell'acquisto della latinità giuniana, esistono altri testi, dai quali emerge — senza possibilità di dubbio — lo stesso risultato ora posto in rilievo.

E, prima di tutto, una lettera di Plinio il Giovane (4, 10) assai importante, cui già accennammo, e che pure è stata utilizzata soltanto dal Wlassak, e da lui stesso solo di sfuggita e in una nota (41), anche se con giudizio rettissimo.

La lettera è indirizzata a Stazio Sabino, coerede dello autore, e così dice :

Scribis mihi Sabinam, quae nos reliquit heredes, Modestum servum suum, nusquam liberum esse iussisse, eidem tamen sic adscripsisse legatum : « Modesto, quem liberum esse iussi ». Quaeris quid sentiam. Contuli cum prudentibus. Convenit inter omnes nec libertatem deberi, quia non sit data, nec legatum, quia servo suo dederit. Sed mihi manifestus error videtur, ideoque puto nobis, quasi scripserit Sabina faciendum, quod ipsa scripsisse se credidit. Confido accessurum te sententiae meae, cum religiosissime soleas custodire defunctorum voluntatem, quam bonis heredibus intellexisse pro iure est. Neque enim minus apud nos honestas quam apud alios necessitas valet. Moretur ergo in libertate sinentibus nobis, fruatur legato, quasi omnia diligentissime caverit. Cavit enim, quae heredes bene elegit. Vale.

(41) *Op. cit.*, p. 398 n. 2. Niente di particolare nel lavoro di PULCIANO, *Il diritto privato romano nell'epistolario di Plinio il Giovane* (Torino, 1913), p. 151 e segg., che pure, riferendo fedelmente il pensiero del Wlassak ed aderendovi, si occupa diligentemente dei nostri problemi.

La lettera è significativa, ai nostri fini, per più di un motivo. Anzitutto, la disposizione testamentaria riferita, e che suona : « *Modesto, quem liberum esse iussi...* », contiene testualmente quella stessa disposizione che abbiamo visto integrare la dichiarazione *inter amicos* : come quella, si riferisce al passato e di quel passato costituisce una dichiarazione.

Il fatto che, per consenso di tutti i giuristi consultati da Plinio, *nec libertatem deberi, quia non sit data* implica già — a nostro parere — che, da solo, il momento del *iubere servum liberum esse* — o, che è lo stesso, la semplice *voluntas* comunicata al servo — non ha rilevanza giuridica ai fini dell'acquisto della libertà (giuniana).

Nè si dica che questa soluzione concorde dei giuristi si appoggia su un dato di fatto speciale, e cioè sulla circostanza effettiva per cui, come comunicava Stazio a Plinio (e Plinio riporta), *nusquam liberum esse iussisse*. Giacchè, nessuno meglio della testatrice sapeva se questo *iussus* era stato dato ; e certo Modesto non avrà, contro se stesso, negato l'avvenuto *iussus*, il quale, come, è indubbiamente, poteva ben essere avvenuto con la sola presenza dell'affrancante e del servo interessato.

Allora, il *nusquam liberum esse iussisse* si riferisce ad una mancata integrazione negoziale di quella *nuda voluntas* (*iussus*) realizzata da Sabina ; e cioè, o alla mancata realizzazione di una dichiarazione *inter amicos*, o alla mancata realizzazione di una forma civile (*vindicta*).

Abbiamo, quindi, per questo aspetto, un forte indizio dell'insufficienza della *nuda voluntas* di render libero comunicata al servo. E ciò, tanto più — cosa che sarà da tener presente anche a proposito delle considerazioni ulteriori che faremo — in quanto, come è notissimo, Plinio conosce bene la *manumissio inter amicos*, dato che un'altra sua famosa lettera (7, 16 ; cfr. 7, 23 e 7, 32 che completano un carteggio, sullo stesso argomento, di Plinio, con il suo prosuocero) resta un documento importante tra le non molte te-

stimonianze a noi pervenute circa la *manumissio inter amicos*.

Ma la lettera riportata è significativa per altri riguardi. Se la *voluntas*, in sè e per sè, fosse stata decisiva per la realizzazione d'una manumissione pretoria (ed in particolare di quella *inter amicos*, che qui ci occupa), come vuole quella parte della dottrina che ha il suo rappresentante più agguerrito nell'Eisele, non vi sarebbe stato bisogno della consultazione di tanti giuristi per ritenere sufficiente, ai fini della latinità giuniana, almeno la dichiarazione testamentaria di Sabina. Anche atteso che mai effettivamente Sabina avesse, in vita, espresso a Modesto il suo *iussus*, la sua volontà di affrancare è chiarissima, non fosse che in base alla riportata disposizione testamentaria. D'accordo che, dato il rigore del *ius civile*, la disposizione riportata non può valere come una *manumissio (iusta) testamento*; pure, che cosa si opporrebbe a considerarla come valida manumissione pretoria, se questa effettivamente fosse consistita solo in una semplice manifestazione di volontà nel senso della libertà? Eppure, la decisione unanime di molti giuristi, attestata da Plinio, non sfiora neppure la possibilità d'una efficacia pretoria della disposizione di Sabina.

Un ultimo rilievo deve farsi. Plinio decide — e suggerisce al suo coerede Stazio Sabino — di dar corso, in qualche modo, all'evidente volontà di Sabina. Ma come, ciò? In via di mero fatto, come emerge chiaramente dall'ultima parte della lettera — la quale, sia detto per inciso, malgrado la (magari reale, sebbene certo un po' troppo ostentata) nobiltà d'animo di Plinio, può apparire in una certa contraddizione con le elevate premesse. Dice, infatti, Plinio: *moretur ergo in libertate sinentibus nobis, fruatur legato*. (Ci si sarebbe aspettato che Plinio avesse proposto al suo coerede di affrancare, insieme a lui, Modesto, dopo le nobili premesse: *puto nobis, quasi scripserit Sabina faciendum, quod ipsa scripsisse se credidit; religiosissime... custodire defunctorum voluntatem*). Ma, in ogni caso, le parole non sem-

brano dar luogo a dubbi: l'effetto, che Plinio si ripromette dal *sinere* proprio e di Stazio, non è già quello dell'acquisto, per Modesto, della latinità giuniana, bensì solo quello concretantesi in un mero stato di fatto⁽⁴²⁾. Ed allora, ancora per un altro aspetto, abbiamo un forte indizio che il semplice *voluntate domini in libertate morari* (o *esse*) non è una manumissione (pretoria), bensì soltanto concessione di uno stato di fatto.

Nè mancano, d'altra parte, come s'accennava, ancora altri testi, dai quali si è forzati a pervenire al medesimo risultato. Un testo significativo — tra l'altro, in ragione del suo autore, in quanto la coincidenza rafforza la nostra interpretazione della testimonianza precedente — è appunto un'altra lettera di Plinio (8, 16). Sebbene essa non sia stata, a nostra conoscenza, utilizzata⁽⁴³⁾ — e pure si tratta di una delle più belle e più umane lettere del nostro autore — questa testimonianza presenta un certo rilievo.

In questa lettera, infatti, Plinio, rivolgendosi all'amico Plinio Paterno⁽⁴⁴⁾, nel comunicargli l'estrema pena provata per un'epidemia che ha menato strage tra i propri servi (*confecerunt me infirmatales meorum, mortes etiam et quidem iuvenum*), soggiunge d'aver avuto, in tanta pena, due soli conforti: *unum, facilitas manumittendi...; alterum, quod permitto servis quoque quasi testamenta facere eaque ut legitima custodio. Mandant rogantque, quod visum; pareo ut iussus. Dividunt, donant, relinquunt dumtaxat intra domum....*

Come che si voglia intendere il primo conforto — ed io penso che si alluda alla possibilità nella quale Plinio s'è tro-

⁽⁴²⁾ Conforme, in ciò, il WLASSAK, *l. c.*

⁽⁴³⁾ Un cenno rapido, ad es., in PULCIANO, *op. cit.*, p. 144.

⁽⁴⁴⁾ Su di lui e i suoi rapporti con Plinio il Giovane, cfr., per tutti, LAMBERTZ, in *PWRE*, XXI, 1 (1951), c. 270.

vato, per la presenza di *amici*, di procedere a molte *manumissiones inter amicos* (45) — il fatto importante, ai nostri fini, è che Plinio distingue nettamente tra il manomettere e il lasciare di fatto i servi inferni in uno stato di libertà, cosa che costituisce, appunto, il suo secondo *solanum*. Il lasciar di fatto che i servi *in libertate morentur* non realizza affatto, quindi, un'affrancazione. Questo risultato rafforza tutto ciò che s'è fin qui sostenuto.

Altra testimonianza significativa nello stesso senso, infine, è costituita dalle soluzioni che si diedero, via via nel tempo, a Roma, circa una fattispecie singolare, nella quale si può ravvisare egualmente una specie di concessione della libertà (di fatto) *nuda voluntate*.

La fattispecie, ben nota, è quella di una compravendita d'un servo con patto espresso tra le parti, nel senso che, a partire da un termine stabilito, il servo stesso *in libertate moretur*. Orbene, da siffatta clausola, che pure implica la *voluntas del dominus*, non nasce libertà per il servo (libertà giuniana, si intende), se non in età classica avanzata ed in forza di una espressa costituzione di Marco Aurelio, costituzione che innova rispetto ad una precedente di Adriano, nella quale si ribadiva che i servi *si manumissi non sint, liberos non esse*.

I testi relativi all'accennata questione — testi rispetto ai quali non vi sono sospetti di rilievo, per la sostanza — sono: D. 18, 10, 70 (Scaev. 7 dig.), che ci dà ampie notizie, riferendoci le due costituzioni, a noi altrimenti non pervenute; e C. 4, 57, 3 di Alessandro Severo (224). Allo stesso Marco Aurelio appartiene una decisione, parimenti in-

(45) Diverso avviso in PULCIANO, *l. c.*, il quale pensa alla *manumissio vindicta*, opponendosi giustamente alla tesi di autori meno recenti da lui citati che pensavano alla *manumissio censu*.

novativa, ed ispirata allo stesso principio, per la quale si concede per la prima volta la libertà (giuniana) (46) a colui cui l'erede ha concesso di *in libertate morari* sulla base di un codicillo irrito: noi abbiamo notizia di tutto questo attraverso D. 40, 5, 30, 17 (Ulp. 5 *fid.*), certamente genuino nella sostanza (47), cui va avvicinato il caso, diverso perché accompagnato da una vera manumissione, di D. 37, 14, 23 (Tryph. 15 *disp.*).

In definitiva, dunque, vi sono prove esaurienti, nelle fonti, circa l'insufficienza, ai fini della libertà giuniana di una semplice *voluntas del dominus* nel senso che il servo *in libertate sit* (o *moretur*). Ne deduciamo legittimamente che il primo momento della *manumissio inter amicos*, in diritto classico (e, del resto, ancora in diritto giustinianeo), è del tutto legato, perché possa avere efficacia, alla successiva attestazione di esso *inter amicos*.

10. A questo punto, possiamo sostanzialmente ritenere conclusa la nostra ricerca volta a raggiungere una soddisfacente conoscenza della *manumissio inter amicos*. Ne è risultata una ricostruzione dell'istituto che ci ha permesso di prender posizione — in modo, ci pare, coerente — rispetto alle fonti e alle precedenti correnti dottrinali; e che ci ha posto dinanzi agli occhi un istituto nel quale le ragioni della volontà individuale e le ragioni, più alte, dell'ordinamento giuridico si equilibrano mirabilmente.

Un ultimo passo, per vero, resta da compiere, passo che porterà, oltre tutto, alla possibilità di una valutazione conclusiva dello svolgimento storico dell'istituto da noi stu-

(46) Il testo a noi riferito dal Digesto parla di *iusta libertas*, ma si tratta certamente, come ha già visto la dottrina (cfr., per tutti, LENEL, *Palingenesia*, ad h. *l.*), di una interpolazione giustinianea, in conformità alla innovazione disposta da C. 7, 6, 1.

(47) Salvo per quanto si è rilevato nella nota precedente.

diato ed all'inquadramento suo nel sistema, dall'origine fino a Giustiniano.

Vogliamo accennare all'indagine che ci si presenta come possibile sul valore dell'intervento degli *amici* in questa forma di affrancazione pretoria.

È in realtà, un fatto singolare questa assunzione, nella sfera espressa e tecnica della giuridicità, di un valore (*amici*) che, a prima vista, potrebbe sembrare meramente sociologico.

Tuttavia, appena ci si ponga sulla via di indagare su questo punto, ricorre alla mente, ovviamente, un altro istituto, anch'esso di diritto classico, nel quale egualmente, nella denominazione usuale, ricorre il medesimo termine: la c. d. *fiducia cum amico*, di cui soprattutto al famoso Gai. II, 60.

E' sorprendente il fatto che, almeno a nostra conoscenza, da parte dei romanisti, non si sia rilevata mai questa coincidenza, sotto il profilo di un comune riferimento all'*amicitia*, tra due istituti così importanti. Tanto sorprendente, anzi, è questa mancata avvertenza, che noi siamo convinti che a qualche studioso sarà certamente apparsa la vicinanza che si deve stabilire tra *fiducia cum amico* e *manumissio inter amicos*; e che soltanto la nostra imperfetta conoscenza della letteratura non ce ne ha fatto rinvenire traccia (48).

Comunque, stabilito l'avvicinamento possibile tra i due istituti, sorge il sospetto che l'*amicitia* abbia rappresentato,

(48) In corso di stampa, rinvengo prova dell'esattezza della convinzione espressa nel testo. In effetti, l'accostamento tra *fiducia cum amico* e *manumissio inter amicos* (con qualche rilievo esatto e generale sull'*amicitia* privata), sotto il profilo dell'*amicitia*, è segnalato dal COGLIOLO, nelle sue note alla *Storia del diritto romano* del PADELETTI, con rinvio ad una, come sempre acuta, intuizione di VOROT, *Die XII Tafeln*, I, p. 326 n. 10, per me, in atto, irraggiungibile: cfr. PADELETTI-COGLIOLO, *Storia del diritto romano* (Firenze, 1886), p. 77 nota m.

almeno in alcune fasi della storia del diritto romano privato, qualcosa di assai più determinato, e di assai più importante, anche sul piano tecnico, di quanto non si possa credere a prima vista; di quanto non si creda effettivamente in dottrina; e di quanto, infine, non abbiano intravvisto anche quei pochissimi studiosi, che hanno dedicato qualche attenzione al tema dell'*amicitia*, comuneamente trascurato.

Alludiamo, soprattutto, tra i romanisti, allo Schulz — cui va il merito d'aver scritto alcune bellissime e dotte pagine sull'*amicitia* privata, intesa come fonte della *fides*, e quindi come fattore importante nell'ambito del diritto privato (49); al Partsch — che sembra aver intuito la rilevanza dell'*amicitia*, nel settore particolare della *negotiorum gestio* (50); e, più di recente, al Debbasch — il quale ha rettamente colto il valore dell'*amicitia* in tema di tutela (51).

Eppure, mentre gli ultimi due studiosi citati si sono comprensibilmente ristretti in limiti rigidamente connessi agli istituti che studiavano, anche lo Schulz — che affrontava un problema di più vasto respiro — non è uscito da un piano estremamente generico. Tanto vero, che, ad esempio, non gli è venuto fatto di menzionare per nulla, a proposito dell'*amicitia*, l'esistenza della *fiducia cum amico* e quella della *manumissio inter amicos*. E tanto vero che, come s'è già visto, proprio lo Schulz — fatto inspiegabile e incredibile

(49) *I principii del diritto romano* (tr. ARANGIO-RUIZ, Firenze, 1946), pp. 202-204. Largamente valorizzato dallo Schulz è, tra gli altri scritti di storici generali, soprattutto il bel lavoro del GELZER, *Die Nobilität der römischen Republik* (Leipzig, 1913), specialmente p. 51 e segg.. Al Gelzer, meglio che ad altri, va dato il merito di avere — in buona parte, tuttavia, sulle orme del Fustel de Coulanges, da lui ampiamente utilizzato e citato — colto e documentato l'importanza sociale dell'*amicitia* privata a Roma.

(50) *Studien zur negotiorum gestio* (Heidelberg, 1913), p. 14.

(51) *Excusatio tutoris*, in *Varia. Études de droit romain* (Paris, 1956), p. 68 e segg..

per colui che aveva scritto le belle pagine or ora citate — ha, solo tra i recenti romanisti, accettato espressamente, di recente, quella spiegazione della denominazione della *manumissio inter amicos* proposta dal Biscardi, che sbiadisce, anzi distrugge in radice, ogni rilievo dell'*amicitia* come qualificazione, in qualche modo, tecnica, cui pure egli stesso aveva mostrato — nei suoi *Principii* — di essersi avvicinato.

E' inutile dire che, nella letteratura più antica, ben poco di preciso e di utile si rinvie a questo proposito. L'unico contributo di un certo peso è costituito da una *Abhandlung* di Dirksen (52), sul tema *amici*, conosciuta anche dal Wlassak e dall'Eisele, e che conclude per il valore generico (ed equivalente a *testes*) della parola *amici*, nella denominazione della *manumissio inter amicos*, senza, peraltro, nessun ulteriore approfondimento dei problemi cui accenniamo.

E' strano che l'unica citazione d'un rilievo di qualche utilità che abbiamo rinvenuto debba riferirsi, piuttosto che ad un romanista, ad uno storico generale. Alludo ad un cenno suggestivo, sebbene fugacissimo, del Maskin, in una sua ricerca sul principato augusteo (53). Il Maskin, mentre insiste sul valore politico (e quindi non propriamente interessante per i nostri problemi di diritto privato) della categoria degli *amici*, fa un riferimento prezioso — se pure intimamente contraddittorio — al nostro preciso tema, allorchè scrive che « l'*amicitia* era un legame non formale, anche se il diritto considerava gli *amici* un istituto e se una delle maniere di liberare gli schiavi era la *manumissio inter amicos* ».

Il vero è che, mentre l'*amicitia* romana è stata ampiamente studiata dal punto di vista filosofico (54), dal punto

(52) *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen der römischen Rechts* (Leipzig, 1823), p. 88 e segg.

(53) *Il principato di Augusto*, I (Roma, 1956), p. 7 e segg..

(54) Cfr., per un primo orientamento, le indicazioni bibliografiche fornite da SCHULZ, *op. cit.*, p. 202 n. 58.

di vista politico (55), dal punto di vista del diritto internazionale (56) e dal punto di vista del diritto costituzionale (57), manca ogni sviluppo dal punto di vista del diritto privato.

Queste considerazioni giustificheranno, speriamo, il nostro proposito — e soprattutto i limiti nei quali forzatamente ci manterremo nell'adempierlo — di tentare di fare qualche sondaggio in un campo che si rivela subito d'una insospetata ricchezza.

11. È stato rilevato già da altri che l'*amicitia* tra i privati a Roma « si instaura e si scioglie non senza l'osservanza di certe forme » (58).

Questo formalismo, di cui vedremo subito le più significative testimonianze che c'è riuscito di rintracciare nella letteratura romana, dà impressione di una caratterizzazione ben concreta e determinata del nostro istituto; impressione,

(55) Tra gli autori successivi allo Schulz (al quale ultimo rinviamo, per la letteratura precedente, tra la quale, comunque, deve esser ricordato particolarmente lo scritto del Gelzer già citato a n. 49), oltre al già segnalato scritto del Maskin, ci limitiamo a citare, perché, per noi, più importanti: SVME, *La rivoluzione romana* (Torino, 1962), p. 14 e segg.; e specialmente, LEPORE, *Il princeps ciceroniano* (Napoli, 1954), pp. 111 e segg.; 242 e segg.; 306 e segg.; 370, da tenere in conto per la notevole acutezza.

(56) E' inutile, anche qui, moltiplicare le citazioni. Indichiamo, per tutti, l'ottima trattazione sintetica del Ciccotti, nel *Dizionario epigrafico* del DE RUGGIERO, sotto le voci *amici* e *amicitia*; la moderna, documentata e acuta analisi del DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II, 1 (Napoli, 1954), p. 24 e segg.; e, soprattutto per indicazioni bibliografiche, da ultimo, v. LÜBTOW, *Das römische Volk* (Frankfurt, 1955), p. 642.

(57) Ci limitiamo a rinviare, per tutti, alla voce del Ciccotti, nel *Dizionario epigrafico* del DE RUGGIERO.

(58) SCHULZ, *op. cit.*, p. 202; e già BRISSONIUS, *De formulis, et sollemnibus populi Romani verbis* (Parisiis, 1583), p. 846; PITISCO, *Lexicon antiquitatum romanarum* (Venezia, 1719), s. v. *amicitiam*; DIRKSEN, *op. cit.*, p. 88.

la quale concorre con quella analoga, già rilevata, che sorgeva dal semplice fatto dell'esistenza di una *fiducia cum amico* e di una *manumissio inter amicos*.

Prima di accennare ai fenomeni della costituzione e della dissoluzione della *amicitia*, sembra tuttavia, opportuno rilevare un fenomeno assai interessante. E precisamente, il fatto che, in un numero elevatissimo di testimonianze, i Romani insistono sulla circostanza che esiste, e anzi deve esistere, una *causa* della *amicitia* privata. Ciò, nel senso che occorre che l'*amicitia* tra due privati sia giustificata da dati obiettivi, obiettivamente rilevabili, sottratti alle mere sfumature psicologiche. Si insiste, infatti, sulla circostanza che la *amicitia* tra due privati sia fondata sulla *cognatio* ⁽⁵⁹⁾, sulla *adfinitas* e sulla *vicinitas* ⁽⁶⁰⁾, sulla *necessitudo* ⁽⁶¹⁾, sui *mutua officia* ⁽⁶²⁾, sulla comune gestione di cariche o magistrature ⁽⁶³⁾, sulla *paterna necessitudo* ⁽⁶⁴⁾, sul fatto d'esser coeredi ⁽⁶⁵⁾, e su simili circostanze ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁵⁹⁾ Ad es.: *Rhet. ad Her.*, 4, 56; cfr. *Cic.*, *de fin.* 4, 17.

⁽⁶⁰⁾ Cfr., ad es.; *Cic.*, *de fin.* 2, 78 e segg.; 5, 65; *de inv.* 2, 35; *ep.* 13, 58.

⁽⁶¹⁾ Cfr., ad es.: *Cic.*, *ep.* 8, 6, 1; 13, 17, 1; 13, 76, 1.

⁽⁶²⁾ Cfr., ad es.: *Cic.*, *pro Roscio Am.* 38, 111 e segg.; *ep.* 13, 65, 1; 13, 66; 15, 14, 2.

⁽⁶³⁾ Al riguardo, è da consultare con attenzione l'*epistolario (ad familiares)* di Cicerone, specialmente nel libro 13, di cui segnaliamo, ad esempio, in particolare l'*ep.* 10 (fondamentale per i rapporti tra console e questore, con richiamo espresso ai *mores maiorum*; nonché alla *causa communis ordinis*; cfr., sullo stesso tema, anche l'*ep.* 26; è da segnalare, per i rapporti di *amicitia* tra console e questore, anche *PLIN.*, *ep.* 4, 15: sul problema, con citazione di fonti diverse e di bibliografia, cfr., per tutti, *GELZER*, *op. cit.*, p. 83 e segg. e *SCHULZ*, *op. cit.*, p. 201); *ep.* 29.

⁽⁶⁴⁾ Cfr., ad es.: *Cic.*, *ep.* 13, 29, 1; 13, 38; 13, 40; *pro Flacco* 14.

⁽⁶⁵⁾ Cfr., ad es.: *Cic.*, *ep.* 13, 46.

⁽⁶⁶⁾ Un attento studio del *Thesaurus linguae latinae*, s. v. *amicitia* e *amicus*, offrirà una grande massa di testimonianze o identi-

Questa insistenza dà luogo a credere, già da sola, all'esistenza, in Roma, d'un concetto d'*amicitia* privata con un valore assai più formale e obiettivo di quanto non avvenga in altre società antiche e moderne. E l'impressione si rafforza, allorchè si passa a considerare il momento costitutivo ed il momento risolutivo di codesta *amicitia*.

Da alcune fonti, infatti, emerge, come s'accennò, una specie di formalismo esplicito nella costituzione dei rapporti d'*amicitia*. Da un lato, vi è, addirittura, qualche indizio di ceremonie pubbliche o religiose, sia per costituire che per ricostituire l'*amicitia* tra privati.

Alludo a testimonianze del tipo di quella di Valerio Massimo (4, 2, 1): M. Emilio Lepido, appena eletto censore, avendo a collega il suo feroce avversario privato Fulvio Flacco, *inimicitias... in campo deposuit*; cioè, alla presenza dello stesso comizio centuriato ⁽⁶⁷⁾. O anche a testimonianze come quella dello stesso Valerio Massimo (4, 2, 3), relativa a Scipione Africano e Tiberio Gracco: i due celebri avversari *ad cuius mensae sacra odio dissidentes venerant, ab ea et amicitia et adfinitate iuncti discesserunt*. E, nello stesso luogo, Valerio Massimo soggiunge che *Scipio auctore senatu in Capitolio Iovis epulo cum Graccho concordiam com-*

che o dello stesso tipo di quelle che abbiamo riportato, come esempi particolarmente significativi, nelle note precedenti. Qui ripeteremo solo, riportandone il tenore, la citazione straordinariamente evidente di *Cic.* *ep.* 13, 46: *L. Nostius Zoilus est coheres meus, heres autem patroni sui. Ea re utrumque scripsi, ut et mihi cum illo causam amicitiae scires esse, et hominem probum existimares...* Testo che mostra, come meglio non si potrebbe, il rilievo della *causa amicitiae*. Cfr. anche: *Cic.*, *ep.* 13, 76, 1; *Phil.* 2, 40, 104.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. *GELL.*, *n. a.*, 12, 8, 5-6; e soprattutto *Liv.*, 40, 46, con accenno espresso alla stretta delle destre ed al rito in Campidoglio; v. anche *Cic.*, *de prov. consul.* 9, 20. Altri esempi possono ricavarsi da citazioni del *GELZER*, *op. cit.*, p. 52 e segg..

municasse⁽⁶⁸⁾. Ed è lo stesso Valerio Massimo (2, 1, 8), che ci dà notizia della festa della *Charistiae*, dedicata espresamente al ristabilimento della concordia⁽⁶⁹⁾.

Da un altro lato, vi sono — specialmente nelle lettere di Cicerone, ma anche in altre fonti — testimonianze di un espresso *recipere in amicitiam*, e simili. Così, ad esempio, CIC., ep. 13, 16, 2: *mihi etiam dignior visus est quem in fidem atque amicitiam recipere*rem; ep. 13, 78, 2: *peto ... ut... recipias eum in tuam fidem*; cfr. anche ad Att. 2, 20, 1; ad Att. 2, 22, 7; ep. 5, 7, 3; 7, 17, 2; 13, 51; 13, 69; Q. CIC., de pet. 25 e 30. Gellio, a sua volta, riporta alcune parole d'una orazione di Q. Metello Numidico, contro un certo tribuno della plebe, del quale l'oratore diceva: *quem ego mihi neque amicum recipio neque inimicum respicio* (n. a. 7, 12, 3). Non sorprende, di fronte a queste testimonianze, che, nei casi più solenni di costituzione d'*amicitia* privata, si giunga a parlare d'una specie di *foedus*: cfr. ad es. CIC., ep. 5, 8, 5.

Nè si può trascurare, sempre restando nel tema delle modalità di costituzione dell'*amicitia* privata, l'impressione di particolare solennità e formalismo che danno le moltissime *commendationes* in nome dell'*amicitia*, fatte al fine che il destinatario contragga, a sua volta, *amicitia* con il raccomandato. Di tali *commendationes* ci forniscono esempio, ancora una volta, le lettere di Cicerone, e specie quelle contenute nel l. 13 della raccolta *ad familiares*. Citeremo soltanto, oltre a molte di quelle or ora ricordate per altro aspetto: ep. 13, 6; 13, 17; 13, 40; 13, 77; 13, 78, let-

(68) Sull'episodio, cfr. anche LIV., 38, 53 e 57; GELL., n. a. 12, 8, 1-4 (ove è cenno anche della stretta di mano).

(69) Cfr. anche: OVID., *Fasti* 2, 617 e segg.; MART., 9, 55; TERT., *de idol.* 10, 3. Sul rito, di recente, cfr. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis* (Roma, 1959), p. 161; LATTE, *Römische Religionsgeschichte* (München, 1960), p. 274 n. 3; p. 339 n. 2.

tere nelle quali, spesso, ricorrono formule di solenne garanzia del raccomandante, come ad esempio: *spondeo in meque recipio* (ep. 13, 17); *promitto* (ep. 13, 77). Si veda anche ep. 13, 10, 3: *promitto in meque recipio*.

E tale impressione di solennità e di formalismo s'accentua specialmente se confrontata al tono, assai più dimesso, di altre *commendationes* fatte al fine di impetrare cose diverse dall'*amicitia* — benevolenza, protezione, singoli favori, etc. — delle quali pure abbonda l'epistolario ciceroniano⁽⁷⁰⁾.

A questi indizi — di vario peso, certo, e, in ogni caso, purtroppo, parziali — possono aggiungersene altri, altrettanto interessanti e meritevoli di attenzione, i quali concorrono nel determinare l'impressione d'una consuetudine ben precisa nella prassi costitutiva dell'*amicitia*.

Vogliamo parlare degli indizi che si accentrano sulla singolare circostanza secondo la quale gli *amici*, di privati sempre, erano, in qualche modo, regolarmente registrati e classificati.

Al riguardo, non si può prescindere, dalla famosissima testimonianza di Seneca (*de ben.* 6, 34, 2) — così spesso citata da tutti quegli autori che, fin dall'età intermedia, hanno parlato dell'*amicitia* romana — secondo cui *apud nos primi omnium C. Gracchus et mox Livius Drusus instituerunt segregare turbam suam et alios in secretum recipere, alios cum pluribus, alios universos. Habuerunt itaque isti amicos primos, habuerunt secundos, nusquam veros*.

La precedente testimonianza è resa più generale, e più significativa, dal fatto che — cosa generalmente trascurata da coloro che pur citano lo squarcio riportato — lo stesso Seneca, poco prima, parla, addirittura, di un uso di liste scritte

(70) Sulle *commendationes*, in generale, cfr. anche GELZER, *op. cit.*, p. 54 e segg., con altre citazioni.

di *amici* (*de ben.* 6, 33, 4): *Quid? istos tu libros, quos vix nomenclatorum complectitur aut memoria aut manus, amicorum existimas esse?*

Che questo fosse l'uso, in primo luogo, di personaggi politicamente impegnati o addirittura di titolari di poteri, è ben certo — ne abbiamo la prova attraverso l'uso stesso dei *nomenclatores* (⁷¹) da parte dei candidati alle elezioni; e ce ne danno conferma le notizie, note queste e già elaborate dalla dottrina, circa gli *amici Augusti* (⁷²). Ma non è da escludere affatto che qualcosa di simile avvenisse anche a livelli sociali diversi.

A riprova, può citarsi — tanto più interessante, quanto più, a nostra conoscenza, passata inosservata — una testimonianza di Plinio il Giovane. Accenniamo alla lettera terza del settimo libro dell'epistolario di quell'autore, nella quale si parla di *amicitiae tam superiores quam minores* del corrispondente di Plinio, Presente. Nè sembra che si alluda, con questa espressione, a discriminazioni derivanti da mancanze di buon gusto e di buona educazione, del tipo di quelle che Plinio stesso rimprovera, in un'altra lettera (2, 6, 2: *gradatim amicos habet!*), ad un suo ospite, che in un banchetto trattava in modo offensivamente diseguale i suoi convitati.

Del resto, è notissimo — e basta per persuadersene subito, senza che occorra far sfoggio di citazioni, rileggere tanto il *de petitione consulatus* di Q. Cicerone, quanto il *Laelius* di M. T. Cicerone — che i Romani distinguevano molto accuratamente le *amicitiae vulgares*, o comuni, da

quelle *iustiores*, anticipando, nel piano privato, quella che sarà la distinzione imperiale, celebre, tra gli *amici (Augusti) primae, secundae...admissionis*.

In sostanza, e ponendo qui termine a questo sommario tentativo di trarre indizi relativi ad una certa formalità e solennità nella costituzione delle *amicitiae* private, sembra potersi affermare, senza temerità, che i Romani, almeno in qualche fase della loro storia, mostrano di concepire l'*amicitia* come un rapporto ben qualificato e determinato, sottoposto a controlli e regole piuttosto rigorosi.

Una conferma di ciò, naturalmente, si otterrà, se si potrà documentare l'esistenza di simili formalità, solennità e regole, anche per quanto riguarda l'altro momento essenziale del rapporto che ci interessa: e cioè — oltre al momento della costituzione — il momento della dissoluzione dell'*amicitia*. A questo riguardo, siamo, per le testimonianze delle fonti, più fortunati, in quanto che, sebbene tutt'altro che numerose, le fonti relative sono particolarmente esplicite ed interessanti.

Cominciamo da una notizia importante che può desumersi da un breve passo di Svetonio. Questi, nel corso della sua vita di Caligola, essendo venuto a parlare, in termini encomiastici, di Germanico (padre, appunto, di Caligola), narra che egli era, anche nei confronti di coloro che l'avversavano, *lenis adeo et innoxius*, che, perfino quando ebbe accertato che il suo amico Pisone attentava alla sua vita mediante tentativi di beneficio e pratiche di magia nera, non ne trasse maggior vendetta se non *ut amicitiam ei more maiorum renuntiaret* (SVET., *Cal.* 3 in fine).

Svetonio, in tutta l'opera sua a noi nota, non offre nessuna altra diretta testimonianza circa questa *renuntiatio amicitiae more maiorum*, espressione già in sè, per altro, abbastanza chiara ed interessante, come quella che testimonia dell'esistenza di antichi procedimenti formali per la rottura dell'*amicitia* privata.

(⁷¹) Cfr. per tutti, con bibliografia essenziale, BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia, 1953), sub h. v.

(⁷²) Cfr. CICCOTTI, voce citata, in *Dizionario epigrafico del DE RUGGIERO*. Agli *amici Augusti* possono ben assimilarsi gli *amici* delle donne imperiali (cfr. Livia, su cui DIO. CASS. 57, 12; Agrippina, su cui ancora DIO. CASS. 60, 33).

Per fortuna, qualche maggiore precisazione ci è dato trarre da altri passi. E' da mettere a contributo, così, subito, un importante tratto di Tacito. Lo storico contemporaneo di Svetonio dà anch'egli, infatti, notizia di quell'evento della vita di Germanico, or ora riferito. E così s'esprime (*ann. 2, 70*): *composuit epistulas, quis amicitiam ei renuntiabat*.

Mentre è sintomatica la coincidenza terminologica tra Tacito e Svetonio, dalla quale è lecito arguire un valore tecnico della *renuntiatio amicitiae*, il brano di Tacito ci soccorre in quanto aggiunge all'importante notizia di Svetonio (che il procedimento di intimazione della rottura del vincolo di *amicitia* era *more maiorum*) la notizia della forma nella quale ciò era stato fatto da Germanico, e cioè attraverso una lettera.

Conferma preziosa delle due notizie fin qui addotte proviene da un ulteriore passo degli Annali di Tacito (6, 29). Questa volta, lo storico narra di Tiberio, e, per metterne in luce l'ipocrita ferocia, a proposito dei suicidii cui egli costringeva — attraverso il *metus carnificis* — personaggi illustri e facoltosi, racconta come, dopo il suicidio, appunto, di Pomponio Labeone e della moglie di lui Paxea, Tiberio, con lettere dirette al senato, abbia tentato di giustificarsi. Tacito spiega: *sed Caesar missis ad senatum litteris disseveruit morem fuisse maioribus, quotiens dirimerent amicitias, interdicere domo cumque finem gratiae ponere: id se repetivisse in Labeone, atque illum....culpam invidia velavisse, frustra conterrata uxore....*

In questo brano, magistrale di truce ironia (*disseruit!*), seppure non ricorre il termine, pur noto a Tacito, come si vide, della *renuntiatio amicitiae*, vi è, insieme con la conferma preziosa del *mos maiorum* al riguardo, un nuovo, assai importante elemento: l'*interdicere domo*, che certamente

rappresentava la sostanza più precisa e più grave della *renuntiatio amicitiae* (73).

Messi su questa via dalle notizie riferite, saremo in grado di conferire un senso specifico e tecnico ad altre testimonianze storiche che, diversamente, avrebbero potuto sfuggirci. Così, ad esempio, sapremo quale valore dovrà darsi all'espressione di Svetonio (*Aug. 66, 3*), a proposito di un provvedimento di Augusto contro Salvidieno Rufo, cui *ob ingratum et malivolum animum domo et provinciis suis interdixit*. Ed egualmente comprenderemo meglio il senso di un passo di Plinio il Vecchio (*n. h. 9, 35 = 58, 118*), ove si narra di un episodio analogo a quello già visto, riportato da Tacito in *ann. 6, 29*. Questa volta, è Caligola che punisce M. Lollo, *interdicta amicitia*, a cagione di grandi ruberie che, per altro, erano state fonte di enormi e splendidi gioielli di cui s'adornava Lolla Paulina, una delle mogli dello stesso Caligola. Nè diverso valore va, ormai, attribuito ad espressioni come quella di *prohibere amicitia*, che si ritrova ancora in Tacito (*ann. 3, 24*).

E' da notare, perchè significativo per la tecnicità delle espressioni usate a proposito della costituzione e della rottura delle private *amicitiae*, che queste espressioni corrispondono puntualmente alla terminologia tecnica usata dai Romani — e testimoniata, in particolare, da notissimi e frequenti passi di Livio — per l'*amicitia populi Romani* nei rapporti

(73) Non è inopportuno notare come l'espressione *finem gratiae ponere*, usata da Tacito, contenga, nel riferimento alla *gratia*, un concetto e un termine spesso congiunti, in maniera stereotipa, nelle nostre fonti, al concetto e al termine di *amicitia* privata. Cittiamo, come esempio tipico, *GELL. n. a. 6, 19, 6: Tiberius Sempronius Gracchus inravit palam in amicitiam inque gratiam se cum Publio Africano non redisse*. Su questo concetto di *gratia*, da altro punto di vista e con larghe citazioni, cfr. *GELZER, op. cit.*, p. 61 e segg., il quale però, dati i limiti cronologici della sua indagine, non utilizza i testi di Tacito e di Svetonio de noi studiati.

con altri popoli, nonchè per la *fides* internazionale. Non v'è bisogno di citare molte fonti al riguardo, poichè il tema è abbastanza noto e le testimonianze si ritrovano agevolmente attraverso gli scritti specifici della dottrina⁽⁷⁴⁾. Comunque, la tecnicità e la costanza di espressioni come quelle di *recipere in amicitiam populi Romani*, di *renuntiare amicitiam*⁽⁷⁵⁾ e simili è fuori discussione, e allude ad espresse attività diplomatiche.

E neanche insisteremo — tanto più che il tema meriterebbe un separato approfondimento — nel rilevare come, tanto in riferimento a relazioni private quanto in riferimento a rapporti tra popoli, le fonti usino spesso un analogo linguaggio per quel che attiene al *hospitium*, del quale sovente è menzione, addirittura, in forme endiadiche o stereotipe, accanto al termine, che qui più ci interessa, di *amicitia*⁽⁷⁶⁾. Solo, non ci dispensiamo dal sottolineare la circostanza per cui, proprio in riferimento al nostro fenomeno dell'*amicitia*, sembra verificarsi puntualmente un altro di quei singolari casi di 'parallelismo' tra diritto pubblico e diritto privato, in Roma, già per molti aspetti interessante, noto alla dottrina e largamente studiato⁽⁷⁷⁾.

(74) Rinviamo, per tutti, alla citata voce del CICCOTTI, nel *Dizionario epigrafico del De RUOGIERO*; e, da ultimo, LOMBARDI (L.); *Dalla fides alla bona fides* (Milano, 1961), p. 47 e segg..

(75) Per *renuntiare amicitiam*, cfr. ad es., LIV. 36, 3; 42, 20; 42, 25.

(76) Sul *hospitium*, cfr., tra gli altri, SCHULZ, *I principii....*, cit., p. 201; e, con bibliografia più recente, BERGER, *Encycl. Dict.*, cit., ad h. v.; qualche cenno anche, più di recente, in CRIPÒ, *Ricerche sull'exilium nel periodo repubblicano* (Milano, 1961), pp. 84 n. 19; 93 e ss.. Interessantissimo è il fenomeno della *tesserae hospitales*, in caso di *hospitium privatum*; su di esso — oltre la bibliografia citata da Berger — qualche brevissimo cenno in NYBAKKEN, *Hospitium privatum and tesserae hospitales*, in *Trans. of the American Philological Association*, vol. 74 (1943), pp. XXII-XXIII.

Importante è LIV. 25, 18, 9, ove si accenna al *renuntiare hospitium*; su questo passo, cfr., da ultimo, CRIPÒ, *op. cit.*, p. 96 n. 52.

(77) Rinviamo, per tutti, al noto articolo del COLI, in *SDHI*, 4 (1938).

Alle conclusioni che — ai fini della caratterizzazione di un'*amicitia* privata, come istituto nettamente ed obiettivamente determinato — possono desumersi da quanto s'è detto, concorrono anche quelle testimonianze, frequenti nelle fonti ed anch'esse malauguratamente sfuggite, nelle quali si parla di *ius* (o *iura*) *amicitiae*, in relazione appunto all'*amicitia* privata. E' chiaro, infatti, ormai, che a simili espressioni bisogna conferire un valore preciso, e non, come altrimenti si sarebbe potuto pensare, un valore generico e sfumato.

Singolare importanza, per l'applicazione di siffatte espressioni, ha, in primo luogo, tutta la celebre operetta ciceroniana dedicata all'*amicitia*, il cui compiuto valore, è, almeno a nostro avviso, misconosciuto se la si riduce ad una elaborazione moralistica, mentre, al contrario, si tratta anche, e forse soprattutto, di un palpitante e drammatico documento politico a cui Cicerone affida alcune delle sue convinzioni ed alcune delle sue speranze nell'estrema fase della sua vita⁽⁷⁸⁾. Il *Laelius*, infatti, contiene più volte l'espressione *ius amicitiae* (cfr. ad es., c. 10 e c. 17). Ed una lettura attenta del trattatello, inoltre, mostra come, in concordanza anche con i rilievi già da noi fatti, a questa espressione Cicerone conferisca ben più che un valore generico.

Ma, anche in altre fonti, si ritrovano analoghe, e perfino più importanti, testimonianze in ordine a questo *ius amicitiae*. Ci limiteremo a citare, dello stesso Cicerone: *pro Sulla* 52; *pro Quinctio* 16, 53; *ad Att.* 10, 88, 1; *ep. 14*, 4, 2 (*hospitii et amicitiae ius officiumque*). Ed inoltre: *VAL. MAX.* 4, 7, 7: *iure amicitiae*; *PLIN. epist.* 6, 8, 5: *pro iure amicitiae*. Nè v'è dubbio che una ricerca meno rapida della presente saprebbe rintracciare ancora altre testimonianze equivalenti.

(78) Qualche cenno sul valore di questo scritto ciceroniano si troverà nel prossimo paragrafo.

Pure, già queste sole fonti citate confermano come, nella coscienza romana, un che di 'giuridico' — pur nell'ampiezza di valori che, a Roma, può conferirsi a questo aggettivo — inerisca saldamente all'*amicitia* tra privati (79).

Un ultimo aspetto, infine, sotto il quale l'istituto dell'*amicitia* privata appare caratterizzato in qualche modo determinato e netto, è quello che si manifesta attraverso le fonti che ci avvertono dell'esistenza e della frequente adibizione di un *consilium amicorum* per assistere il *pater familias* nel compimento di varii atti importanti anche giuridicamente.

Tralasciando le testimonianze di un simile consiglio in occasione dei famosi, e discussi, giudizi domestici (80), ci limiteremo ad addurre la testimonianza interessante e meno nota contenuta nelle *noctes atticae* di Gellio (14, 2, 9), circa l'esistenza di un *consilium amicorum* attorno al *iudex privatus* nel procedimento formulare (81). Essa ha un precedente illustre in Cicerone (*top.* 17, 65), ancorchè in que-

(79) Anche qui è da notare l'equivalenza con il linguaggio del diritto pubblico: cfr., ad es., LIV. 26, 24: *iure amicitiae*.

(80) Su questo istituto, cfr. già: LIEBENAM, in *PWRE*, IV (1901), c. 918; DE RUGGIERO, *Diz. epig.* II (1900), p. 609 e segg.; e, più di recente: VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *RISG*, 85 (1948), p. 103 e segg.; ORESTANO, v. *Consilium*, in *Nov. Dig. Ital.* IV (Torino, 1959), p. 221 e segg.

Fonti fondamentali, per il richiamo espresso agli *amici*, sono: VAL. MAX. 2, 9, 2; 5, 8, 2 e 3 (cfr. anche: 5, 9, 1; 6, 3, 7 e 8; e GELL. n. a. 17, 21, 44).

(81) A torto, il LIEBENAM (*l. c.*) include il nostro caso tra quelli del *consilium* dei magistrati. Gellio (*n. a.* 14, 2, 1) dice chiaramente: *Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia quae appellantur privata susciparem...*

Il Liebenam cita anche *n. a.* 12, 13, 2 e così anche MOMMSEN, *Droit public romain*, I (Paris, 1887), p. 363 n. 1. Ma questa seconda testimonianza di Gellio attiene invece al processo *extra ordinem*; come si ricava facilmente da *n. a.* 12, 13, 1.

sto passo non si parli espressamente di *amici* (82). Nè c'è bisogno particolare di insistere qui sulla singolare importanza che questo istituto del *consilium amicorum* attorno al *iudex* ha, ai fini della nostra dimostrazione (83).

Terminata questa sommaria rassegna di testimonianze, resta, prima, di riportare il discorso al centro principale di gravità della presente ricerca, un'ultima considerazione da fare.

Si sarà notato come la maggior parte delle fonti messe a contributo nel presente paragrafo siano relative ad un periodo storico abbastanza nettamente delineato: si può dire, dalla crisi repubblicana (cui si riferiscono, ad esempio, le notizie della distinzione in categorie degli *amici*, da parte di C. Gracco e L. Druso) ai primi imperatori, fino a Traiano (sotto il quale scrive Plinio il Giovane).

Non è improbabile che, allargandosi la ricerca più ampiamente di quanto non sia stato a noi consentito, questi limiti cronologici debbano risultar variati. Tuttavia, non ci si può sottrarre alla netta impressione per cui, almeno, entro gli accennati termini di tempo, il fenomeno dell'*amicitia* privata, a Roma, deve, comunque, aver raggiunto e mantenuto un suo massimo di caratterizzazione.

E se questo è vero, non appare difficile connettere il fenomeno con le caratteristiche che, in quei secoli di crisi,

(82) Cfr. anche: CIC. *pro Quintio* 2, 5; 10, 36; 30, 91; *pro Roscio com.* 4, 12; SUET. *Dom.* 8; QUINTIL., *inst. orat.* 3, 8, 70. Un cenno a tale *consilium amicorum*, forse, si trova nell'espressione di Cornelio Nepote (*Att.* 4): *amicorum comitia*.

(83) Per l'uso generale di una *sententia amicorum* per ogni genere di atti, cfr., ad es.: PLAUT. *Stich.* 4, 2, 2: *cum amicis deliberaui iam et cum cognatis meis*; CAPT. 1, 2, 76-77; CIC. *de div.* 1, 55: *rem ad amicos detulisse, quorum de sententia...*; *pro Caec.* 20; *pro Mil.* 65; *pro Roscio Am.* 10, 27; *in Verr.* 2, 17, 41: *capit consilium de amicorum et propinquorum sententia*; *de fin.* 2, 17, 55; SEN. *epist.* 77, 5.

presenta la società romana, caratteristiche già largamente note per tanti riguardi.

Sono, quelli, secoli nei quali l'antica gerarchia sociale romana — fondata già sulla struttura rigida degli ordini patrizio e plebeo e, a livelli diversi, sulla vasta e salda struttura agnatizia e sulle fitte relazioni clientelari — sotto l'impulso di fattori diversi, l'ultimo e il più potente dei quali è, senza dubbio, costituito dal mutamento profondo di prospettive economiche e politiche indotto dalle grandi conquiste mediterranee, si trova in rapida e pericolosa crisi.

Che, in tale periodo, si sia spontaneamente venuta creando, nel seno di una società così travagliata e mossa, qualche nuova prospettiva in relazione a nuovi criteri di aggregazione, idonei a sostituire quelli, sempre meno sentiti e sempre meno effettivi, proposti dalla tradizione, è cosa più che naturale e spiegabile.

Le fazioni politiche nelle quali sostanzialmente si viene a dividere la società romana di questo periodo, a cui — in modo costante, se pure estremamente vario e, si direbbe, frastagliato — sono legate le vicende interne che accompagnano i grandi eventi costituzionali culminanti nella creazione del Principato, rappresentano l'esempio più noto e più cospicuo di questo fenomeno di creazione di nuove strutture ed articolazioni sociali.

Ma, sembra a noi, ad un livello più basso, il fenomeno della contrapposizione tra *nobiles*, *equites* e *populares* è preceduto e accompagnato, per lungo tratto, da un fenomeno meno appariscente, ma non meno importante, senza il quale, addirittura, la stesso fenomeno della creazione di 'partiti politici' sarebbe incomprensibile in radice.

Tale fenomeno meno appariscente è, per noi, costituito, appunto, dalla creazione di un nuovo criterio di aggregazione sociale a base eminentemente individuale, il quale si esprime nel fenomeno dell'istituzionalizzazione più caratterizzata dell'*amicitia* privata. Le caratteristiche esteriori,

del resto, di questo istituto eran già state preparate — prefabbricate, si direbbe — dal modello preciso dell'*amicitia* internazionale, di cui quella privata (ripetiamo) ricalca fedelmente la terminologia.

Come questo fenomeno dell'*amicitia* privata abbia avuto una precisa caratterizzazione, s'è già tentato — sia pure in modo non certo adeguato all'importanza del fenomeno stesso ed alla presumibile ricchezza delle fonti letterarie — di mostrare. Qui, per ora, ci pare interessante una diversa considerazione.

E cioè, la considerazione secondo la quale questo fenomeno della costituzione di strutture sociali a base individuale (fondate, cioè, su criterii di prestigio, di sequela, di interesse, e simili), non solo non abbia nulla di sorprendente ma addirittura appaia un fenomeno frequente in epoche storiche tra loro assai diverse, purchè accomunate dalla circostanza che, per una ragione o l'altra, nella società ricorra contemporaneamente una crisi delle strutture a livello di governo ed una crisi delle strutture di organizzazione sociale a più basso livello (strutture feudali, ad esempio, o caste, o 'stati', etc.). Non è difficile cogliere esempi storici cospicui del fenomeno, in età assai recente: dalle amicizie che così vivamente costellano la storia di fondo del periodo rivoluzionario in Francia tra la fine del secolo XVIII ed il principio del XIX, alla tenace amicizia onde si sostanzia, da secoli, la 'mafia' siciliana, fenomeno nel quale le prospettive che potremmo dire politico-sociali si mescolano continuamente con le prospettive propriamente criminali.

Dicevamo poco più su — e vi torniamo subito, perchè il rilievo d'ordine più generale ora fatto non può qui, naturalmente, trovare la sua migliore sede di sviluppo, e basterà avervi soltanto accennato — che il fenomeno dell'*amicitia* privata, nei suoi termini ben determinati che abbiamo cercato di lumeggiare, sembra avere la sua massima vigenza a Roma, tra la fine della Repubblica e l'inizio del Prin-

cipato. Non è inopportuno notare come appunto l'affermarsi rapido della nuova forma costituzionale, rappresentata dal Principato, debba aver determinato una stasi nel moto di caratterizzazione del fenomeno dell'*amicitia* privata. Ciò perchè, ovviamente, con il Principato, ci si avvia a rimediare rapidamente a quel vuoto di potenza — a livello delle strutture di governo — che aveva largamente contribuito, a nostro avviso, a far fiorire prepotentemente il fenomeno dell'*amicitia* privata caratterizzata nel senso di stabile e formale criterio di aggregazione tra privati. Inoltre — fatto ancor più decisivo al fine d'un certo quale declino dell'istituto dell'*amicitia* privata — con la nuova forma costituzionale del Principato, comincia subito un'attività instancabile di creazione di nuove strutture sociali, le quali si affiancano ben presto all'*amicitia* privata, sopperendo ai medesimi fini in relazione ai quali essa s'era affermata e, fenomeno indicativo e prezioso, mutuando numerosi tratti caratteristici della *amicitia* privata stessa.

Non è, infatti, nè a caso, nè senza profondo significato, che una delle prime strutture create dai primissimi imperatori, proprio a partire da Ottaviano, sia stata quella, già ricordata, degli *amici Augusti*, la quale sfocia, come ben si sa, nella creazione di *cohortes amicorum*, nella regolamentazione delle *admissiones*, e simili.

Fin nel nome — ma anche in altri tratti — l'istituto degli *amici Augusti* trae con evidenza le sue origini dalla *amicitia* privata repubblicana, e dalle gerarchie tra *amici* privati, attestate già, come si vide, per l'epoca graccana, e perduranti fino all'età di Plinio il Giovane.

Ma questo degli *amici Augusti* è soltanto uno dei nuovi istituti di strutturazione sociale che ripetono la loro fonte immediata dalla costituzione del Principato; e son chiare le ragioni per cui l'abbiamo richiamato espressamente. Altri, infatti, e ben più importanti e ricchi d'avvenire, ne esistono, cui non conviene, tanto son noti, se non accennare: in pra-

tica, sotto l'impulso rivoluzionario, si può ben dire, della nuova forma politica, si viene a formare, letteralmente, una nuova società, la quale si poggia su nuove strutture, che hanno il loro fondamento nella gerarchia burocratica dell'amministrazione imperiale e nella creazione d'una vera e propria corte imperiale. Ma diffondersi su questi nuovi aspetti della società romana sarebbe ovviamente, inutile in questa sede (83bis).

12. Piuttosto, prima d'abbandonare questi temi singolarmente attraenti, non ci sembra inutile, riprendendo un cenno fatto poco più su, sottolineare il rilievo singolare che, proprio nel passaggio dalla costituzione repubblicana alle forme nuove del Principato, riveste, sotto il profilo della nostra possibilità di conoscenza dell'*amicitia* privata, l'opera ciceroniana dedicata espressamente a questo tema. E ciò, tanto più in quanto ci sembra che, nelle prospettive degli storici della letteratura latina e degli stessi specialisti cicero-

(83bis) Mentre correggo le bozze, ho occasione di prendere conoscenza di una ampia ricerca d'uno studioso belga nella quale gli aspetti sociologici e i riflessi giuridici dell'*amicitia* privata, in Roma, sono largamente illustrati. Si tratta di MICHEL, *Gratuité en droit romain* (Bruxelles, 1962). Da una prima scorsa delle pp. 502-577, vedo che il Michel documenta con molta larghezza i fenomeni anche da noi considerati. Sarebbe interessante confrontare i suoi risultati sociologici, e anche i suoi rilievi giuridici, con le conclusioni che c'è parso di dover qui raggiungere. Purtroppo, ormai, questo non ci è possibile. Dobbiamo limitarci, quindi, a segnalare quest'opera e a rilevare la sua importanza in un settore che, come accennammo più su ripetutamente, era stato fin qui trascurato: tuttavia, osserviamo come quasi nessuna delle fonti da noi messe a partito nel presente paragrafo ci sembra esser stata utilizzata dal Michel; inoltre, nessuno nei nostri rilievi circa la tecnicità della categoria degli *amici* ci sembra avvertito dal Michel. E anche le conclusioni storiche e sociologiche più generali del Michel non concordano con le nostre.

niani (84), si tenda in generale a sopravvalutare, a proposito del *de amicitia*, gli aspetti filosofici e moralistici del dialogo, ed a trascurare invece altri essenziali aspetti, che fanno di quelle poche pagine un documento politico di altissimo rilievo, e che consentono di rendersi conto, inoltre, con molta chiarezza, dell'enorme importanza pratica che i rapporti di *amicitia* assunsero nella fase ultima della storia repubblicana.

Non v'è dubbio, da un lato, che l'operetta ciceroniana — unitamente, del resto, alle altre due opere che cronologicamente più le si avvicinano (*de senectute* e *de officiis*) — rappresenti il documento di un momento spirituale di distensione e di respiro, dopo la lunga tensione dei travagliati giorni conclusi con la morte di Cesare. Una pausa tra quei pericolosissimi, intensi giorni e gli altri che, a pochi mesi di distanza, dovevan seguire: l'inizio della lotta aperta di Cicerone con Antonio, le grandi Filippiche, le speranze e le illusioni sulla causa di Bruto e Cassio, la grande fiammata della battaglia di Modena; e poi, di colpo, il « tradimento » di Lepido, l'ascesa imprevista di Ottaviano, l'intesa tra Antonio e Ottaviano, l'assassinio di Gaeta.

La scelta degli argomenti; un'aria più patetica del solito, che circola tra le pagine di questi scritti ultimi; un senso più solenne e più familiare insieme (che è davvero miracolo di stile); un mantenersi spesso lontano dall'impostazione, erudita fino ad esser aneddotica, minuta, e perfino frivola, che caratterizzava altri scritti filosofici precedenti; tutto il taglio, insomma, di questi tre ultimi scritti, ed in

(84) Ciò, rispetto alla bibliografia a noi nota. Ogni riserva va fatta, tuttavia, data l'enorme mole della bibliografia ciceroniana. Intanto, ci fa piacere poter citare, sebbene non ci sia stato possibile consultarlo, uno scritto che, dato il suo titolo, promette chiaramente di smentire quel che diciamo nel testo. Alludiamo a: GILBÓA, *Les tendances politiques dans le De amicitia de Cicéron* (in ebraico), *Eskobot* II (1956), pp. 38-49.

modo eminentissimo, del *de amicitia*, tradisce un Cicerone nuovo, più staccato da molte vanità, sollecito sinceramente di più alte e più ferme cose,

Però — ed in modo particolare, ancora, per quanto riguarda il *de amicitia* (85) — questo giudizio, verissimo, rischia d'esser falso, a nostro parere, ove non lo si completi con un diverso piano di rilievi.

Una lettura attenta del nostro dialogo (che è poi, praticamente, quasi un monologo, dato che gran parte di esso è costituito dal discorso attribuito a Lelio) mostra, infatti, che straordinariamente potenti sono, pur nella più serena atmosfera cui s'ispira Cicerone, gli appigli, i richiami, le sollecitudini del presente.

Già, la scelta del protagonista, Gaio Lelio, il grande amico di Publio Cornelio Scipione Emiliano (l'Africano minore), ci trasporta in un tempo che doveva apparire, in relazione al proprio, affascinante a Cicerone, sotto il profilo politico; il punto più alto, si può dire, e più critico dell'antica repubblica. La morte di Scipione, che Lelio severamente piange e commemora — nella nobile finzione di Cicerone — coincide con l'inizio della morte della repubblica: da indi in qua, l'aggravarsi dei moti graccani, le lacerazioni lunghe della guerra tra Mario e Silla, la feroce dittatura di quest'ultimo; e poi ancora lotte — a livello più basso e più vile: Pompeo e Cesare; l'agonia della repubblica, alla quale Cicerone ebbe la sorte di collaborare e di soccombere.

E non si tratta di un'età mitica, di una bella favola nella quale consolare lo spirito. Eran tempi ancora vicini, di poco precedenti alla nascita dello stesso Cicerone. Il *laudator temporis acti*, che è forse nel cuore di ogni uomo, e

(85) Anche per il *de officiis*, si potrebbero citare, però, moltissimi luoghi in cui s'esprimono le medesime sollecitudini di Cicerone. Cfr. ad es.: 2, 8, 29; 3, 1, 2 e segg.; 3, 10, 43.

che certo era vivissimo nel cuore di Cicerone, questa volta s'avvale di un termine di riferimento storicamente concreto, non d'una aurea età irreale. Tanto più vivo, si direbbe, il contrasto con il presente. Ma anche, è da aggiungere, tanto più intensa l'attenzione dello scrittore al presente, quanto più reale e sentita è la sua lode del passato.

Così, fin dall'introduzione del dialogo, non sorprende — se ci si pone sulla via che proponiamo — di leggere parole come queste: *Genus autem hoc sermonum positum in hominum veterum auctoritate, et eorum inlustrium, plus nescio quo pacto videtur habere gravitatis. Plus gravitatis*: già si sente come Cicerone intenda dire qualcosa ai suoi contemporanei, e per far ciò s'appoggi all'autorità degli antichi. Certo, anche nell'introduzione al *de senectute*, ad esempio, si ritrovano parole che sembrano analoghe. Pure, nell'introduzione al *de senectute*, vi è un senso di serenità che io non ritrovo nell'introduzione al *de amicitia* (86); e vi è, inoltre, in quest'ultimo, un dichiarato fine di giovare a molti (*ut prodessem multis*), che manca nell'introduzione dell'operetta parallela.

E più chiaramente, poi, nei discorsi di Lelio, vi sono cenni che non lasciano dubbi sulle intenzioni di Cicerone. Uno, già sugli inizi (c. 3): Lelio rimpiange e commemora il suo amico morto, e dice che egli fu fatto console due volte: *primum ante tempus, iterum sibi suo tempore, rei publicae paene sero*. Lo sguardo di Cicerone — è chiaro — è volto già al futuro di Lelio, e cioè al suo proprio tempo; e, quel che più conta, è volto a quel tempo con amarezza.

Un periodo più oltre, nello stesso c. 3, ed ecco anco-

(86) Si veda, come particolarmente indicativa della differenza di spirito tra il *de amicitia* e il *de senectute*, questa frase dell'introduzione della seconda operetta: *Mihi quidem...iucunda huius libri confectio fuit... Niente di simile nel de amicitia.*

ra lo sguardo di Cicerone sui propri tempi — sempre attraverso il discorso 'presago' di Lelio. Scipione distrusse Cartagine e Numanzia e, così, *non modo praesentia sed etiam futura bella delevit*. Qui, all'amarezza, si sostituisce, sembra, la polemica: le imprese militari dei condottieri successivi a Scipione sono ridotte ad episodi insignificanti rispetto a quelle di lui. E' temerario supporre, qui, un convincimento sprezzante circa le imprese militari dello stesso Cesare?

Ma il discorso sotteso da Cicerone alla trama più evidente del *de amicitia* si fa più chiaro e indubitabile soprattutto dal c. 5 in poi. Da qui, infatti, in poi, Lelio — dopo aver premesso, a guisa di tema, che l'*amicitia* può esistere solo *inter bonos* — procede lungamente nel negare ogni fine basso, di potenza (c. 6) o di utilità (cc. 8 e 9), all'*amicitia*. E inoltre nel pôrre, nell'*amicitia* stessa, il limite perentorio della virtù, e, in modo tanto netto e accentuato da apparir quasi esclusivo, quello dell'interesse della *res publica* (cfr. c. 11, con l'esempio famoso (87) di C. Blossio Cumano, amico di T. Gracco, e qui durissimamente biasimato).

A questo punto, il discorso di Lelio diviene tale da far trasparire nettissima l'intenzione di Cicerone: *Etenim eo loco....locati sumus, ut nos prospicere oporteat futuros casus rei publicae* (c. 12). Lelio continua in una previsione di catastrofi per la repubblica nella prospettiva *si quis contra rem publicam se amici causa fecisse fateatur* (c. 12). Tra l'altro, *videre iam videor populum a senatu disiunctum, multitudinis arbitrio res maximas agi; praecipiendum est igitur bonis, ut, si in eius modi amicitias ignari casu aliquo incident, ne existimant ita se alligatos, ut ab amiciis in magna aliqua re publica peccantibus non discedant: improbis autem poena statuenda est, nec vero minor iis qui seculerunt alterum, quam iis qui ipsi fuerint impietatis duces* (c.

(87) Cfr. anche VAL. MAX. 4, 7, 1; Plut., Tib. Grac. 20.

12). E così via ; il discorso così esplicito continua, e infine si suggella con queste parole ancor più trasparenti di Lelio : *ne quis concessum putet amicum vel bellum patriae inferentem sequi ; quod quidem, ut res ire coepit, haud scio an aliquando futurum sit. Mihi autem non minori curae est, qualis res publica post mortem meam futura, quam qualis hodie sit.* (c. 12).

Or qui, ed in altri simili passi, è chiarissimo come non sia Lelio a parlare. E' Cicerone, che dall'alto del culmine dell'età repubblicana — cui ascende idealmente — si volge a guardare il proprio tempo difficile. E' Cicerone, contemporaneamente, che, sulle soglie della morte sua presagita, si volge, sfiduciato, al futuro che promette — come manterrà — la fine della repubblica. E' Cicerone che incita — con esortazioni, ma anche con minacce — i « buoni » a svincolarsi dalle amicizie politiche criminose : i triunvirati in primo luogo — il primo, già consumato e di cui Cicerone esperimentò le amarezze per la repubblica, allorchè sfociò nel potere esclusivo di Cesare ; il secondo, già nell'aria e temuto, e di cui Cicerone presente la mortale minaccia. Ma poi, anche, le sequele e le fazioni politiche a base personale cui, è evidente, Cicerone vorrebbe, nella sua passione per la repubblica che non v'è ragione di non ritener sincera, sottrarre almeno i superstiti « buoni ».

Dopo la chiusa, riportata, del capitolo 12, che è un vero grido d'angoscia e d'allarmata speranza, il discorso di Lelio (di Cicerone) si fa più pacato e ragionato, più adatto, si direbbe, alla natura moralistica del tipo di scritti cui dovrebbe appartenere il *de amicitia*. Ma questa serenità — che sembra regnare fino alla fine del dialogo — si spezza a tratti. Ci limitiamo, per non diffonderci in citazioni troppo lunghe, a rilevare come, sulla fine del capitolo 14, il discorso ritorna al rapporto tra utilità e *amicitia* ; e, nel capitolo 15, esso è di nuovo immerso nelle sollecitudini politiche di Cicerone. Ecco che, e si direbbe sacrificata perfino la conti-

tinuità logica della trattazione, si parla del « tiranno », dell'incompatibilità tra tirannide e *amicitia* vera. Ancora una volta, non è un quadro di maniera, ma è l'esperienza viva di Cicerone, che, come è notissimo, qualificava Cesare come *tyrannus* ⁽⁸⁸⁾. E poi, ancora, al capitolo 17, l'accentuazione dell'incompatibilità tra le vere amicizie e la ricerca del potere e degli onori politici ; e infine i cc. 24-26, tutti scritti contro gli adulatori, falsi amici, dei potenti.

Vi sono elementi sufficienti — crediamo — anche solo in questi rapidi rilievi, per giustificare la necessità di una lettura del *de amicitia*, che non trascuri la chiave di interpretazione costituita dalla passione politica di Cicerone. Il quadro di una operetta pedagogica e moralistica, testimonianza d'un momento di evasione dalla realtà, è da scartarsi, come quello che fraintende, con la verità del *de amicitia*, la verità dello spirito singolare di Cicerone, uomo troppo sollecito del concreto, e troppo « cittadino », per potere essere chiuso in uno schema di pensatore di maniera.

Se tutto questo è vero, dovrà trarsene una conseguenza, ai nostri fini, importante. Questa trattazione dell'*amicitia*, cui Cicerone sembra affidare l'ultima sua saggezza civile e politica, costituisce — oltre, e più, che un trattato filosofico — una critica della degenerazione, tipica del tempo ciceroniano, del concetto di *amicitia* privata. Costituisce una testimonianza di rimpianto per una concezione più antica e più equilibrata della stessa *amicitia* ; e un augurio e uno stimolo inteso alla restaurazione delle *amicitiae more maiorum*, quali strumenti efficaci per la restaurazione della repubblica che crolla da ogni lato. Di queste antiche *amicitiae*, quella tra Lelio e Scipione rappresenta come il simbolo. E sotto questo profilo, il *de amicitia* ciceroniano costituisce

⁽⁸⁸⁾ Cfr., ad es., *de off.* 2, 7, 23 ; 3, 4, 19 ; *ad Att.* 14, 9, 2 e 15, 3, 3.

preziosa fonte, non solo per gli storici generali ma anche per gli storici del diritto.

13. Fin qui, sul filo imposto dalle fonti extragiuridiche, abbiamo soprattutto fermato la nostra attenzione sull'*amicitia* privata, in una fase storica piuttosto risalente. Tuttavia, è certo che, anche dopo l'instaurazione del Principato, l'*amicitia* privata, in termini ben caratterizzati ed obiettivi, continua ad esercitare un influsso interessante sulla società romana. Ciò risulterà meglio, ora che conviene ormai rivolgersi alle fonti giuridiche, per tentar di cogliere rapidamente le tracce dell'influenza che l'istituto dell'*amicitia* privata ha esercitato nel campo specifico del diritto privato romano.

Dobbiamo, per prima cosa, tornare brevemente alla *manumissio inter amicos*, dalla considerazione della quale ci siamo, ormai da lungo tratto, allontanati.

Dopo quanto s'è visto nelle ultime pagine, l'istituto, cui la *l. Junia* venne a conferire effetti più cospicui di quanti non gliene avesse prima riconosciuto la *tuitio praetoris*, si illumina, se non ci illudiamo, di più limpida luce, nelle sue stesse ragioni storiche d'origine.

Il riconoscimento che il pretore prima, la legge poi, danno a questa forma di affrancazione — mentre si collega certamente a ragioni sostanziali di valorizzazione della volontà privata e di superamento di vecchie forme civilistiche — trova una giustificazione tecnica profonda nella utilizzazione, in campo giuridico, dell'istituto dell'*amicitia* privata.

Il pretore soprattutto, sensibilissimo strumento creativo del diritto, non poteva infatti, certo, ignorare la caratterizzazione netta che, sul piano del costume, aveva assunto la *amicitia* privata. E così, l'intervento di *amici* — come momento essenziale, s'è visto — alla *manumissio* non civilistica, rappresenta un riconoscimento deciso di tale caratterizzazione.

Gli *amici* — che non sono, allora, affatto, nel loro significato originario, dei semplici *testes*, ma sono dei soggetti legati all'autore dell'atto con un vincolo riconoscibile, e riconosciuto, nella sua causa e nelle sue forme, dal diritto — rappresentano, per l'ordinamento giuridico, un elemento essenziale di garanzia, simile sostanzialmente a quello costituito, sul piano civile, dalle forme solenni.

In sostanza, la cautela cui, da sempre, è ovviamente sottoposta la materia delle manumissioni — come quella che può addirittura influire sulla compagine stessa dello Stato, creando nuovi *cives* o, comunque, nuovi soggetti di diritto — si esprime sufficientemente, nell'istituto della *manumissio inter amicos*, mediante il limite costituito proprio dall'intervento degli *amici*.

A questo intervento, l'ordinamento giuridico, certamente, connette la sostanziale funzione di garantire la società dal rischio che un *dominus* si lasci andare, per ragione di capriccio o turpi, ad affrancazioni indiscriminate e nocive per la compagine sociale.

L'ordinamento giuridico considera sufficienti, ai propri fini, la remora psicologica che nasce dalla dignità alla quale non si vorrà venir meno di fronte ai propri *amici* — cioè, di fronte a persone cui la propria vita pubblica e privata è connessa strettamente; e l'effetto di controllo, che nasce dal prestigio e dall'influenza tipici degli *amici*. Che, dopo aver manifestato al servo la propria volontà d'affrancarlo, sia necessario al *dominus*, per realizzare efficacemente tale sua volontà, un atto di comunicazione espressa ai propri *amici*, costituisce, in definitiva, un limite, sulla cui efficacia, evidentemente, l'ordinamento giuridico ha ritenuto di poter contare, in relazione allo stato del costume dell'epoca nella quale l'istituto della *manumissio inter amicos* è stato riconosciuto.

Che poi, declinando — e spegnendosi, anche — l'istituto degli *amici* in senso tecnico, l'intervento di simili elementi

si sia, alla fine, ridotto ad un diverso valore — ad un valore, cioè, di testimonianza, sia pur *ad substantiam*, per cui, in definitiva e in pratica, l'interesse di fondo tutelato non sarà più quello dell'ordinamento giuridico, ma piuttosto quello del servo affrancato (il quale sarà garantito, come già vide, e in ciò non a torto, se pur parzialmente, l'Eisele, attraverso l'intervento dei testimoni, contro eventuali pentimenti del *dominus*) — è fenomeno spiegabile. Tuttavia, esso non corrisponde alla più verosimile ragion d'essere originaria dell'istituto, che consiste, come s'è detto, a nostro avviso, in una funzione di limite e di controllo.

Avendo precisato in tal modo il valore dell'intervento degli *amici* in questa forma non civile di *manumissio*, viene spontaneo un ulteriore rilievo. Appare, infatti, evidente come, in un certo senso, l'intervento degli *amici* nella *manumissio inter amicos* abbia una funzione del tutto analoga a quella che la *lex Aelia Sentia* attribuì, per la validità delle *manumissiones vindicta* compiute da un *dominus* minore di venti anni o in ordine ad un servo minore di trenta anni (cfr., per tutti, Gai. I, 18 e segg.; 38 e segg.), al *consilium* competente per l'*adprobatio* della *iusta causa manumissionis*. Anche nel caso della *l. Aelia Sentia* l'intervento di persone autorevoli serve a garantire l'ordinamento giuridico — del resto, in conformità agli indirizzi augustei restrittivi in materia di manumission — contro il rischio di atti capricciosi e pregiudizievoli alla compagine civile romana. Nè è, ci sembra, per nulla temerario ravvisare proprio negli *amici* della *manumissio inter amicos* il precedente e il modello cui si ispirò Augusto per stabilire il *consilium* da adibire per la *manumissio vindicta* nei casi accennati. Che, poi, la composizione del *consilium* della *l. Aelia Sentia* sia ispirata a criteri, per così dire, pubblicistici (*senatores, equites, recuperatores*), invece che al criterio dell'*amicitia* privata, non solo non sorprende, date le vedute e gli intendimenti augustei e data la fonte legislativa (nonchè data la natura civilistica della

manumissio vindicta), ma anzi ci conferma nel giudizio espresso al fine del precedente paragrafo 11, di un profondo mutamento indotto dal sopravvenire del Principato nella matrice dell'*amicitia* privata, a poco a poco battuta in breccia da nuovi moduli di organizzazione sociale.

Si comprenderà agevolmente come, in questa nostra ricerca, espressamente dedicata alla *manumissio inter amicos*, non possano trovare luogo di trattazione, neanche sommariamente, i complessi problemi legati all'istituto della *fiducia cum amico* (89).

Ma, del pari agevolmente, si comprenderà come, alla luce delle prospettive acquisite nelle pagine precedenti, si debba, innanzi tutto, a nostro avviso, rifiutare, al riguardo di questo istituto, l'opinione più volte espressa (90) di una non tecnicità della denominazione *fiducia cum amico*. Tale opinione urta, ci sembra, irrimediabilmente con l'individuazione d'una tecnica cerchia di *amici*, presa in considerazione dal diritto privato romano.

E altresì, non si può qui mancare di accennare alla luce che può provenire, per una retta impostazione dell'origine del negozio in questione, dall'avvertenza di un valore tecnico della figura dell'*amicus*.

Come pure dovrà necessariamente rilevarsi l'importanza che riveste, proprio nel quadro della nostra dimostrazione, il ricorrere, notissimo per altro, del termine *amicus* per

(89) Per una rapida e chiara esposizione dello stato della dottrina, con una abbondante ed aggiornata informazione bibliografica, cfr., per tutti, BURDESE, in *Nov. Dig. Ital.* VII (1961), p. 294 e segg.

(90) Cfr. ad es.: HECK, *Die fiducia cum amico contracta...*, in *ZSS* 10 (1889), p. 82 e segg.; KRELLER, Rec. ad ERBE, *Fiduzia...*, in *ZSS*, 61 (1941), p. 465 e segg.; KASER, *Das röm. Privatrecht*, 1, cit., p. 350 n. 11.

indicare il *familiae emptor*, nella descrizione gaiana (II, 102) della *mancipatio familiae*. A prescindere dal problema consistente nel decidere se questa qualifica del *familiae emptor* come *amicus* (in senso tecnico) possa, o no, farsi risalire al momento del sorgere di questo istituto, sembra certo che l'uso di quella stessa qualifica, da parte di Gaio (certo, crediamo, sulla scorta dei suoi più antichi modelli), assume un interesse, ed un valore dimostrativo, singolare.

Ogni ulteriore considerazione deve qui forzatamente essere omessa, come quella che sarebbe inconcepibile senza un, pur sommario, avventurarsi in precisazioni e notizie estranee ai presenti nostri, più limitati, interessi. Basterà, naturalmente, ed in sostanza, soltanto rilevare come significativa ed essenziale sia la denominazione *cum amico* — ove si intenda *amicus* nel senso che risulta dal presente studio — applicata ad un negozio, per dir così, di emergenza, e chiaramente collegato con i grandi rivolgimenti e pericoli interni della società repubblicana nel suo più critico periodo. E' evidente che, anche in questo caso, l'ordinamento giuridico ha recepito la nozione obiettivamente caratterizzata di *amicus*, per consentire un negozio fiduciario di notevole importanza pratica.

Equalmente a semplici accenni dovremo limitarci per quanto attiene ad altri esempi interessanti (e, sembra, sfuggiti all'attenzione della dottrina) di utilizzazione della nozione tecnicamente caratterizzata di *amicitia* privata in materia interdittale.

Così, ad esempio, a proposito di esperibilità dell'*interdictum de itinere actuque*, D. 43, 19, 1, 8 (Ulp. 70 ad ed.) ci conserva la menzione dell'*amicus* in un contesto del quale ha bene giudicato, a nostro avviso, il Partsch (91): *Si [quis]*

(91) *Studien zur neg. gestio*, cit., p. 14 n. 2. Non sono improbabili le ipotesi di questo studioso relativamente ad interpolazio-

autem, cum putaret fundum ad se pertinere, suo nomine iter fecerit amicus meus, utique sibi non mihi interdictum adquisisse videtur (92).

La possibilità, attestata indirettamente dal nostro testo, di un esercizio della servitù tramite l'*amicus*, viene confermata direttamente da D. 43, 19, 3, 4 (Ulp. 70 ad ed.): *Uti videmur servitutibus etiam per servos vel colonos vel amicos vel etiam hospites...* Come che si deva giudicare del seguito del testo — che, da questo punto in poi, a noi sembra gravemente alterato, e che già del resto è stato in parte sospettato — par certo che la categoria degli *amici*, in questo riferimento, contenga — o, forse meglio, conservi — traccia di una applicazione tecnica dello stesso tipo di quelle fin ora vedute. Si noti come la qualifica è affiancata ad altre — *servi e coloni* — di ben preciso contenuto; e, come è degli *amici*, è probabile che sia (o sia stato) per gli *hospites*, dato che non è affatto improbabile che, per l'*hospitium*, valgano alcune almeno delle considerazioni che si sono fatte sull'*amicitia* privata (93).

Non diversa, e altrettanto interessante, è una testimonianza superstite in tema di *denuntiatio* — esimente dalla *prohibitio*, che potrebbe condurre all'*interdictum quod vi aut clam* — dalla quale si desume che colui che intende operare codesta previa notificazione dell'opera che intraprenderà può *denunciare*, in caso di mancanza del direttamente interessato, agli *amici* di lui, o al suo *procurator*, o addirittura semplice-

ni soppressive del termine *amicus* in testi come D. 3, 5, 2, 1; D. 43, 16, 1, 22; D. 43, 19, 1, 7.

(92) Non può non apparire del tutto arbitraria la cancellazione della menzione — al contrario, preziosa — dell'*amicus* nel nostro testo, proposta da una parte autorevole (Mommisen; Lenel) della dottrina: cfr. *Index interpolationum, ad h. t.*

(93) Cfr. anche D. 43, 19, 1, 7 su cui, *supra*, n. 91. Più in generale, cfr. *supra*, n. 76.

mente ad un membro della *domus*. Il testo — che è D. 43, 24, 5, 2 (Ulp. 70 [LENEL: 71] *ad ed.*) — dice precisamente: *Et si forte non sit cui denuntietur, neque dolo malo factum sit ne sit, amicis denique aut procuratori aut ad domum denuntiandum est.*

Che il testo sia tal quale lo scrisse Ulpiano, non è possibile accertare. Due circostanze ne farebbero fondatamente dubitare: in primo luogo e per quel che vale, il fatto che, a differenza dei paragrafi immediatamente precedenti (D. 43, 24, 3, 7 + D. 43, 24, 5 pr. e 1) e del paragrafo seguente (D. 43, 24, 5, 3), il nostro testo non contiene alcuna citazione di giuristi precedenti ad Ulpiano; in secondo luogo, è più grave il fatto che il principio del paragrafo immediatamente seguente (D. 43, 24, 5, 3) dà la sensazione che il problema del destinatario della *denuntiatio* in assenza dell'interessato doveva essere discusso più ampiamente di quanto non mostra l'attuale tenore di D. 43, 24, 5, 2 (⁹⁴). In ogni caso, l'accostamento della menzione degli *amici* a quella del *procurator*, e la delicatezza del ruolo loro commesso, confermano, anche questa volta, l'esistenza di una nozione di *amici* ben precisamente determinata. E sulla sostanziale genuinità ed attendibilità di siffatta menzione non possono certo sorgere dubbi.

E, infine, anche il breve, e forse non intatto, D. 41, 2, 9 (Gai. 25 *ad ed. prov.*) — in origine relativo all'*interdictum unde vi* (o all'*uti possidetis*) (⁹⁵) — conferma i dati ricavati dai testi fin qui citati, allorchè elenca, sia pure ormai in forma tale da eliminare un rilievo pratico preciso (⁹⁶), coloro

(⁹⁴) Sul frammento non rinvengo letteratura critica.

(⁹⁵) Cfr. LENEL, *Palingenesia*, I c. 232, il quale opportunamente cita (n. 6) D. 43, 16, 1, 22 (su cui, cfr. *supra*, n. 91).

(⁹⁶) Alludiamo al taglio del frammento (*generaliter; omnino; veluti*) che potrebbe essere non gaiano e risultante da una generalizzazione giustinianea.

che, possedendo *nostro nomine*, realizzano una continuazione del nostro possesso: *procurator, hospes, amicus*.

Le fonti considerate, dunque, serbano, seppure — specie se confrontate con l'abbondanza delle testimonianze rimasteci, per altri versi, sugli interdetti — assai scarsamente, traccia indubbiabile di un ruolo specifico attribuito agli *amici* in materia di conservazione del possesso (⁹⁷), di esercizio della servitù, e di notifica di *denuntiationes*. E' appena il caso di notare come, per queste materie, ci si trovi in presenza di istituti legati alla vita quotidiana e alla casa e al fondo; e cioè, in presenza di fenomeni nei quali il rapporto di *amicitia* privata, nel senso che emerge da quanto fin qui si è studiato, avrà certo assunto un particolare rilievo ed avrà avuto una particolare applicazione (⁹⁸).

Non meno connesso a relazioni tipicamente personali e domestiche — dello stesso tipo, quindi, di tutte quelle fin qui vedute (affrancazione di schiavi; negozi fiduciari di emergenza; rapporti legati alla casa e al fondo) — sono quelle superstite testimonianze, parimenti utilizzabili per affermare un rilievo giuridico dell'*amicitia* privata, le quali attengono al campo degli istituti tutelari.

(⁹⁷) Cfr. ancora, del resto, C. 8, 5, 1 (Const., 326), ove ricorre la menzione degli *amici* — accanto a quella dei *propinqui, parentes, coloni, liberti, servi* — ai fini della conservazione del possesso *alieno nomine*. Poche variazioni, ed insignificanti ai nostri fini, nella redazione della stessa costituzione conservata in C. Th. 4, 22, 1. Merita d'esser citata, allo stesso titolo, anche C. Th. 4, 22, 4 (Arc. et Hon., 396), relativa alla rappresentanza d'assenti nell'esercizio di rimedi possessori. Rispetto ad essa, è notevole — specie attesa l'origine tarda — il fatto che gli imperatori parlano espressamente d'un loro proposito di ribadire (*iterare*) disposizioni più antiche.

(⁹⁸) Il PARTSCH, *op. cit.*, p. 14 n. 1, adduce opportunamente Cic., *Phil.* 2, 40, 104: *non enim te dominus modo illis sedibus, sed quivis amicus, vicinus, hospes, procurator arcebit*. Si potrà citare anche il *ius familiaritatis* di cui a D. 41, 2, 41.

Un riferimento espresso agli *amici*, intesi come una categoria di persone obiettivamente caratterizzate, si trova, a proposito della nomina del *curator ventris*, in D. 37, 9, 1, 23 (Ulp. 41 ad ed.): *Eligitur autem curator aut ex his, qui tutores dati sunt postumo, aut ex necessariis adfinibusque aut ex substitutis aut ex amicis defuncti aut ex creditoribus...*

Ancora più documentata è la rilevanza dell'*amicitia* privata, sempre assunta — a quanto a noi sembra — in un valore ben netto ed obiettivamente determinato, in materia di tutela (99). Assai interessante, al riguardo, è, relativamente alla *potioris nominatio*, il F. V. 158 (Ulp. *de excusat.?*): *Pars orationis imperatoris Severi. Promiscua facultas potioris nominandi nisi intra certos fines cohibeatur, ipso tractu temporis pupillos fortunis suis privabit. Cui rei obviam ibitur, patres conscripti, si censueritis, ut collegae patris vel pupilli in decuria vel corpore, item cognati vel adfines utriusque necessitudinis qui lege Julia et Papia excepti sunt, potiorem non nominent, ceteri cognati, vel adfines amicive atque municipes eos tantummodo nominent, quos supra complexus sum, vicinitatis autem iure nemo potior existimetur.*

Il frammento è stato, che io sappia, scarsamente studiato — e per lo più sotto profili che qui non interessano (100). Solo il Debbasch, di recente, ne ha segnalato opportunamente l'importanza sotto il profilo dell'*amicitia* (101). A noi qui interessa rilevare, ancora una volta, come questa *oratio*

(99) Rilievi generali con vasta citazione di testi e buone osservazioni in DEBBASCH, *Excusatio tutoris*, cit., p. 67 e segg., cui rinviiamo per citazioni meno importanti di quelle qui trascritte (opportunamente valorizzate, queste ultime, naturalmente, dallo stesso Debbasch).

(100) Alludo specialmente ai recenti rilievi di EHRHARDT, *Das Corpus Christi und die Korporationen in spät-römischen Recht*, in ZSS 70 (1953), p. 338, il quale propone — ma non mi sembra a ragione — di espungere: *vel corpore*.

(101) *Op. cit.*, p. 150 e segg.

Severi assume gli *amici* nel senso specifico e tecnico di una cerchia di persone obiettivamente qualificate, secondo quanto mostrano ad evidenza e l'accostamento degli altri termini (*collegae...in decuria vel corpore; cognati vel adfines; municipes; vicini*) e, ancor più, il posto che gli *amici* occupano in questo elenco di soggetti.

Allo stesso tema della *potioris nominatio*, quasi certamente (102), attiene un famoso frammento del Digesto proveniente dal titolo *de verborum significatione*, in ordine al quale un lettore che conosca le fonti potrà essersi, probabilmente, sorpreso del fatto che esso non sia stato fin qui da noi ancora utilizzato. Detto frammento, infatti, è l'unica definizione espressa, contenuta in un testo giuridico, della figura dell'*amicus*. Si tratta precisamente di D. 50, 16, 223, 1 (= P. S. 2, 28, 3).

Diciamo subito che abbiamo voluto riservare la trattazione di questo importante brano solo a questo punto della nostra ricerca, sia per ragioni di distribuzione ordinata per materia delle testimonianze giuridiche; sia per evitare il rischio di indebolire la nostra stessa dimostrazione, anticipando un testo che può essere apprezzato nel suo giusto valore solo allorchè si abbia già un quadro persuasivo della situazione delle fonti letterarie; sia, infine, per non incorrere nella possibile tentazione — favorita dalla collocazione giustinianea del frammento — di conferire al testo in questione un peso maggiore di quanto esso non abbia obiettivamente.

D. 50, 16, 223, 1 (Paul. 2 sent.): *'Amicos' appellare debemus non levi notitia coniunctos, sed quibus fuerint [in]*

(102) Cfr. già CUIACIO, *Observationum et emendationum libri XXVIII*, I, 7, c. 8 (= *Opera I* [Prato, 1836]), cc. 271-272. Cfr. anche, DIRKSEN, *Versuche*, cit., p. 89 e segg. Oggi il riferimento del testo alla *potioris nominatio* è universalmente accettato, come emerge dalle edizioni delle *Pauli Sententiae*. Cfr., infine, anche, LENEL, *Palingenesia*, I, c. 1298.

iura cum patre familias honestis familiaritatis quaesita rationibus.

Diciamo subito che l'evidente guasto del testo si spiega assai più facilmente con la semplice soppressione, da noi accettata (103), dell'*in* (che può essere un *lapsus* di copista indotto o dal *fuerint* antecedente o, meglio, dall'*iura* seguente), che non con la più complicata emendazione proposta dal Mommsen, nella sua *editio maior* (*ad h. l.*), la quale ha, oltre tutto, a nostro parere, l'imperdonabile difetto di sopprimere la parola *iura*, alla quale, invece, le già citate testimonianze intorno al *ius amicitiae* nei testi letterari consigliano di conferire notevole peso.

Secondo la connessione ammessa da tutta la dottrina, questo luogo di Paolo — che non v'è alcun motivo per non credere genuino — costituisce una spiegazione del termine *amicus* a proposito della *potioris nominatio*, e precisamente a proposito di problemi dello stesso tipo — o addirittura ad essi identici — di quelli già veduti, or ora, a proposito di F. V. 158. E già il fatto che Paolo abbia avvertito la necessità di una simile spiegazione è una prova non lieve a conforto di quanto s'è detto, appunto, a proposito di F. V. 158; e precisamente, a proposito del valore tecnico che in esso ha il termine *amicus*.

Su tal via, è da notarsi come la spiegazione di Paolo — sebbene, ormai, a distanza di tempo dal periodo in cui, secondo le nostre convinzioni esposte più sopra, il fenomeno dell'*amicitia* ebbe il suo massimo sviluppo — confermi in pieno quel che conoscevamo attraverso la parte precedente delle presente ricerca. Infatti, allorchè Paolo ci parla di *iura quaesita cum patre familias honestis rationibus*, è chiaro che egli allude, da un lato, a relazioni in qualche modo formali

(103) La lezione da noi seguita è proposta, ad es., tanto dal Cuiacio quanto da Dirksen, citati alla n. precedente.

istituite tra privati (a ciò accennano tanto il termine *iura*, quanto l'esigenza sottolineata nel contesto, d'una differenziazione tra l'*amicitia* e la *coniunctio levi notitia*); e, da un altro lato — il che è ancora più importante — a relazioni che abbiano una *causa* (*honestae rationes*) riconosciuta dal diritto e dal costume. A questo proposito, pure, è facile rilevare come le esigenze messe in luce da Paolo coincidano perfettamente con quelle che abbiamo già visto emergere dalla nostra rassegna delle fonti letterarie.

Ora non è possibile dire quanto questa definizione paolina sia stata attuale al tempo del giurista cui è da attribuire, o quanto di essa, invece, non sia se non l'eco di concezioni precedenti. Tuttavia, non sfuggirà a nessuno la sua rilevanza e la sua perfetta congruenza con il quadro generale della dimostrazione che qui si è tentato di fornire (104).

Sempre importante per il tema della tutela — anche se sfuggito ai pochi autori che hanno intuito il ruolo dell'*amicitia* in questo campo del diritto privato romano — è un altro testo, questa volta di Modestino in lingua greca, che qui non occorre riprodurre per intero. Si tratta di D. 26, 6, 2 (Mod. 1 *excus.*), che va segnalato perchè, nel pr., vi è menzione dei *φίλοι* (amici) in connessione ai nostri temi. Precisamente, si dice che la richiesta di tutore, nell'interesse di un minore che ne è sprovvisto può esser fatta sia da *ογγενεῖς* (*cognati*) che da *κατ' ἔπι γαρίν οἰκεῖοι* (*adfines*), e inoltre dai

(104) È curioso notare come il testo paolino sia sfuggito allo Schulz ed al Debbasch. A quest'ultimo studioso, poi — è pure curioso notarlo — sembrano essere sfuggite le pagine significative dello Schulz sull'*amicitia*, dato che egli si limita a citare, dei *Prinzipien*, solo le pp. 20-21 (cfr. DEBBASCH, *op. cit.*, p. 70 n. 37), senza dubbio assai meno importanti, per il nostro tema, delle pp. 202-205. È ovvio che da questa circostanza il merito del Debbasch, per aver così precisamente intuito e dimostrato il rilievo dell'*amicitia* in tema di tutela, risulta accresciuto.

φίλοι τῶν γονέων (*amici parentum*) e dai τροφεῖς (*educatores*), degli stessi minori. E', ancora una volta, un chiaro indizio della rilevanza d'una nozione tecnica di *amicitia* in queste materie. Tanto più che al testo citato deve aggiungersi, quale chiara conferma sostanziale di esso, anche dal punto di vista terminologico, D. 3, 5, 43 (Ulp. 6 *disp.*): *Is qui amicitia ductus paterna, pupillis tutorem petierit, vel suspectos tutores postulavit, nullam adversus eos habet actionem secundum divi Severi constitutionem* (¹⁰⁵).

Minor rilievo hanno, perchè più generiche, altre testimonianze analoghe, come D. 27, 1, 36 (Paul. 9 *resp.*); D. 26, 10, 9 (Mod. *l. sing. eurematicis*) (¹⁰⁶).

Pure degna di nota è la rilevanza espressa, sempre da un punto di vista tecnico, della nostra nozione di *amicitia*, nell'ambito di istituti connessi alla rappresentanza, intesa nel suo valore più generico. E' merito del Partsch, nella sua opera già citata sulla *negotiorum gestio*, d'aver felicemente intuito una generica rilevanza dell'*amicitia*, in ordine all'*amicus absentis*, pur senza naturalmente un'avvertenza della tecnicità della nozione di *amicus*. Ci limiteremo, qui, a citare soltanto i testi più significativi, non elencati dal Partsch, perchè estranei alla sua materia, rinviando, per altri testi giuridici ed anche per testimonianze letterarie interessanti, all'opera del Partsch. Segnaliamo quindi: D. 3, 5, 35 (Paul. 4 *quaest.*): *...non enim quasi amici, sed quasi domini negotium gessit...*; D. 3, 5, 30 pr. (Pap. 2 *resp.*): *Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam...*; e — più importante di tutti, e più noto — D. 17, 1, 1, 4 (Paul. 32 *ad ed.*): *Mandatum...origi-*

(¹⁰⁵) Cfr. C. 2, 18, 1. Sul fr. ulpianeo, da un diverso punto di vista, cfr. LAPRAT, *Le crimen suspecti tutoris* (Nancy, 1926), p. 256

(¹⁰⁶) Per queste, e poche altre, testimonianze generiche o affini al nostro tema, cfr. DEBBASCH, *op. cit.*, p. 68 e segg.

nem ex officio atque amicitia trahit (¹⁰⁷). E si possono citare ancora: D. 42, 5, 23 (Paul. 60 *ad ed.*): *Si negotium impuberis aliquis ex officio amicitiae gesserit...*; D. 3, 5, 5, 8 (6) (Ulp. 10 *ad ed.*), ove si parla di *negotium gerere amicitia filii tui vel servi* (¹⁰⁸); D. 3, 1, 1, 2 (Ulp. 6 *ad ed.*): *Postulare autem est desiderium suum vel amici sui in iure... exponere* (¹⁰⁹); C. 10, 11, 8, 5 (?), in lingua greca, ove si nominano il φίλος, ὁ ὀλιγέτης e ὁ ἀπελεύθερος, come soggetti che possono assumere l'altrui difesa in un procedimento fiscale.

Un certo rilievo analogo — e cioè, un riferimento del termine *amici* ad una categoria obiettivamente determinata di persone — hanno alcuni testi in materia successoria. Così, ad esempio, in tema di *legatum penoris*, due frammenti ulpiani (D. 33, 9, 3, 6 e 7: 24 *ad Sab.*), nel procedere alla difficile interpretazione dell'oggetto di questo oscuro tipo di legato, fanno menzione di cose destinate all'uso *ami-*

(¹⁰⁷) Sul testo, senza rilievi che interessino il nostro tema, cfr. da ultimo, ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano* (Napoli, 1949), p. 114. E' opportuno citare, al riguardo, un noto passo ciceroniano (*pro Roscio Am.* 39, 112): *neque mandat quisque fere, nisi amico*. Cfr. anche *ibid.* 38, 111.

(¹⁰⁸) La menzione del servo è, a nostro parere, certamente un'aggiunta postclassica. Lo mostra qualche tratto del testo successivo, ove si riparla del solo figlio. In questo stesso senso, del resto, una solida corrente dottrinale (per la quale, cfr. *Index interpolationum, ad h. t.*), la quale fa capo al LENEL, *Textkritische Miszellen*, in *ZSS*, 39 (1918), p. 132 e segg.

Minore importanza hanno altri testi, ov'è comunque cenno dell'*amicus*, a proposito di mandato o di gestione d'affari: cfr., ad es. D. 3, 5, 37; D. 17, 1, 12, 12; D. 17, 1, 26, 8; D. 18, 1, 35, 3; D. 28, 5, 47; D. 26, 7, 39, 2; D. 41, 2, 33; C. 2, 18, 20.

(¹⁰⁹) Cfr., sotto il profilo che ci riguarda, DEBBASCH, *op. cit.*, p. 71 n. 39.

corum... et clientum [et universorum] quos circa se habet⁽¹¹⁰⁾ : *e di cibaria eorum iumentorum, quae usibus ipsius et amicorum deserviunt.*

Qualche indizio analogo si potrebbe forse desumere da formule testamentarie del tipo di quella riportata da Cerv. Scevola in D. 33, 1, 19, 1 (Scaev. 7 dig.): « *Scio te de amicis meis curaturam* », le quali sarebbero difficilmente comprensibili ove non vi fossero dei criteri obiettivi per delimitare l'ambito dell'*amicitia*.

Più importante è l'indizio che si ricava da D. 38, 1, 27 (Jul. 1 ex Min.): *Si libertus artem pantomimi exerceat, verum est debere eum non solum ipsi patrono, sed etiam amicorum ludis gratuitam operam praebere: sicut eum quoque libertum, qui medicinam exercet, verum est voluntate patroni curaturum gratis amicos eius...*

Sul testo si è esercitata, illuminante, l'esegesi del Riccobono⁽¹¹¹⁾, seguendo il quale possiamo ben attribuire la prima parte del frammento, sostanzialmente, a Minicio e la seconda (da *sicut eum* alla fine) a Giuliano.

A noi qui occorre — affermata la classicità del testo — soltanto mettere in rilievo un punto. E cioè, che, se la cerchia degli *amici patroni* non fosse stata obiettivamente determinata, la regola riportata nel testo sarebbe assurda, come quella, che, praticamente, avrebbe riportato in schiavitù di fatto il liberto, esposto a prestare l'opera sua gratuitamen-

⁽¹¹⁰⁾ L'eccessiva portata delle parole *et universorum* fa pensare ad un'aggiunta generalizzante posteriore. Il che sembrerebbe confermato dal testo da noi subito dopo citato: *ipsius et amicorum*, soltanto.

⁽¹¹¹⁾ *BIDR*, 7 (1894), pp. 260-261; 8 (1895), pp. 228 e 254. Cfr. anche, COSENTINI, *Studi sui liberti*, I (Catania, 1948), p. 159; DEBASCH, *op. cit.*, p. 71 n. 41, con ulteriore bibliografia.

te a tutti coloro cui il *dominus* avesse a suo arbitrio (e naturalmente anche per lucro) conferito la qualifica di *amici*.

Simile rilievo, pur nella diversità della materia, ha la menzione degli *amici* in una celebre e discussa costituzione di Alessandro Severo (C. 12, 36, 1, 1), nella quale si ammette che possano concorrere a formare il *peculium castrense* le donazioni fatte, *eunti in militiam*, dal padre, dalla madre, dagli altri parenti, e dagli *amici*. E' noto che quest'ultima fonte delle donazioni atte a formare il *peculium* è stata dichiarata spuria da parte della dottrina⁽¹¹²⁾. Ma a questa opinione non posso aderire⁽¹¹³⁾, non fosse altro che per la circostanza che, ai sostenitori della dottrina radicale, è sfuggito il fatto che la menzione degli *amici* non coincide, dato tutto quello che emerge dal presente studio, con quella di generici estranei. Si tratta, invece, d'una cerchia ben determinata di persone, cui il diritto privato romano fa riferimento.

Qualche rilievo hanno ancora altri testi: in D. 50, 7, 5, 3 (Marcian. 12 *inst.*), è ricordata una costituzione di Marco Aurelio e Lucio Vero, nella quale l'*amicitia* (unitamente alla qualità di *domesticus*), verso l'imputato in un processo pubblico, è considerata ragione di dispensa dall'incarico di accusatore. Possono accostarsi a questo esempio, anche: C. Th. 9, 16, 1 e 2 (Cost., 319), nelle quali è parola di *amicitia*,

⁽¹¹²⁾ V., da ultimo, con le citazioni essenziali (soprattutto quelle dell'Albertario e del Bonsante, che primi, sostennero l'interpretazione), LA ROSA, *I peculii speciali in diritto romano* (Milano, 1953), p. 49 e segg., la quale aderisce alla tesi dell'itp.

⁽¹¹³⁾ Cfr., nel senso della genuinità di *vel amicis*, e con ottime ragioni, GUARINO, *BIDR*, 48 (1941) p. 62 e segg. Di *amici paterni* è espressa menzione, a proposito di acquisti *mortis causa* dei *filii familias*, in C. Th. 8, 18, 4 (Costantius, 339).

esclusa, come scusante, per chi osi frequentare *haruspices et sacerdotes*; ed inoltre, C. Th. 9, 40, 8 (Arc. et Hon., 399), ove *ad finitas vel amicitia* con un criminale sono escluse come titoli di punibilità.

Ed inoltre, va fatto cenno come, in parecchie fonti giuridiche di varia età e di vario argomento, di *amici* si discorre per alludere a testimoni di atti. Testimoni, il cui intervento, talvolta, deve intendersi sicuramente *ad substantiam* — come è per la celebre notizia gaiana sulla *mancipatio*, della quale è detto che si compie *praesentibus amicis* (Gai. II, 25) — alla stessa stregua di quel che s'è visto per la *manumissio inter amicos* (¹¹⁴); altra volta, è certamente *ad probatum* o resta di dubbia interpretazione, come, per esempio, in C. 2, 4, 35 (Diocl. et Max., 294): testimoni *ad una transazione*; o in D. 32, 39, 1 (Scaev. 20 dig.): testimoni *ad un fedecompresso*; o in D. 27, 2, 6 (Tryph. 14 disp.): testimoni assunti dal pretore per deliberare, *edicto proposito et causa cognita*, provvedimenti resi necessari dall'assenza del tutore (e qui è assai notevole che Trifonino si esprima in modo da confortare, ancora una volta, la tesi di un valore tecnico della *amicitia*, giacchè dice: *evocatis ad finibus atque amicis tutoris*); o in C. 5, 4, 22 (Theod. et Val., 428): prova delle nozze per mezzo della *fides amicorum*; o in C. 8, 17, 11 (Leo, 472): scritture fatte *intervenientibus amicis*.

Ed infine, un'ultima citazione, all'interpretazione della quale tutto quel che precede costituisce la migliore intro-

(¹¹⁴) L'EISELE (*op. cit.*, p. 77) rileva che qui Gaio usa il termine *amici* per accennare alla cerchia nella quale con facilità si potevano scegliere comodamente i testi per una *mancipatio*. Il che è senza dubbio esatto e conforme al valore generale (confronto tra *mancipatio* e *in iure cessio*) del discorso gaiano. Ma ciò non toglie affatto che l'espressione gaiana sia significativa e tradisca l'abitudine a conferire importanza tecnica all'*amicitia*.

duzione, dispensando da ogni commento. In D. 41, 2, 41, Paolo (1 *inst.*) dice: *Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere...* E' appena il caso di avvertire che questo *ius familiaritatis* richiama i *iura* di cui accenna lo stesso Paolo, in D. 50, 16, 223, 1; e il *ius amicitiae* delle fonti letterarie.

14. La rapida rassegna compiuta nel lungo paragrafo precedente, e che abbiamo tentato — anche se senza molte speranze — di rendere compiuta, ci permette di giudicare che l'influsso dell'*amicitia* privata, come istituto nettamente caratterizzato, sul diritto romano, è assai più ampio e importante e durevole di quanto non si sarebbe sospettato *prima facie*. Esso investe svariati campi del diritto privato; lascia traccia nel diritto criminale; e sembra protrarre la sua efficacia fino ad epoche abbastanza tarde. Abbiamo lasciato da parte, di proposito, perché più note, testimonianze relative al diritto costituzionale e internazionale.

Nessuno più di chi scrive ha la precisa coscienza che il tema merita d'essere approfondito assai meglio di quanto, qui, non sia stato possibile.

Innanzi tutto, bisognerebbe fare una rassegna veramente completa delle fonti letterarie. Noi ci siamo serviti del prezioso ausilio del *Thesaurus linguae latine*. Tuttavia, siamo persuasi che molto, a nuovi controlli e a più attenti riscontri, potrà emergere dalle fonti letterarie.

Per le fonti giuridiche, poi — mentre è meno urgente, per noi, la preoccupazione di omissioni nella considerazione dei testi più significativi, dato l'ambito più limitato della ricerca — è presente al nostro spirito un'altra esigenza, che ci rende insoddisfatti. E precisamente, l'esigenza di una ricerca, la quale — a differenza della presente, dedicata espresamente alla struttura della *manumissio inter amicos* — ponga sullo stesso piano tutti i settori segnalati (e altri ancora, ove ve ne fossero, come è ben possibile) della rilevanza di

una nozione tecnica di *amicitia* nel diritto romano. Così facendo, le nuove ricerche, che auspichiamo, sfuggiranno — come non è riuscito certo alla presente — al rischio di appiattire in un quadro generico fenomeni degni di considerazione particolare e di particolare evidenza (114bis).

Ci contenteremo, qui, a guisa di conclusione, di rilevare come il rinvenimento e di un concetto d'*amicitia* privata ben più caratterizzato di quanto avevamo creduto, e di un rilevante influsso tecnico di esso in molti settori dell'ordinamento giuridico privato romano, rappresentino un risultato non indegno d'attenzione. Ciò, in particolare, per l'arricchimento di prospettive che ne può risultare in molteplici ricerche romanistiche; ed in generale, per un migliore apprezzamento del fenomeno giuridico romano nel suo complesso.

Per quanto attiene al primo punto di vista, più particolare, alle indicazioni del paragrafo precedente è ben probabile, ripetiamo, che se ne devano aggiungere altre. Noi ci limitiamo, qui, a suggerire gli sviluppi che possono sorgere, per quanto attiene ai problemi di origine, dalla considerazione dei testimoni della *mancipatio* come *amici*; e ad accentuare la concordanza che i nostri risultati sull'intervento di *amici*, in molteplici atti ed in specie nella *manumissio inter amicos*, in funzione di controllo sociale al compimento di un atto privato importante per la collettività, raggiungono con le visioni, recentemente approfondite in dottrina, circa la natura «giudicante» e «controllante» dei più antichi *testes* e *arbitri* (115).

(114bis) Soddisfacente rassegna dei testi giuridici con menzione dell'*amicitia* si trova, ora, nel citato lavoro del MICHEL, *Gratuité en droit romain* (Bruxelles, 1962).

(115) Rinviamo per tutti, anche per le esaurienti indicazioni bibliografiche, all'acuta sintesi recente del BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *JUS*, 11 (1960), p. 348 e segg., e specialmente: p. 376 e segg.

Per quanto riguarda, poi, più in generale, il contributo che, dallo studio compiuto, può venire all'apprezzamento dell'intero fenomeno giuridico romano, basterà qui sottolineare il conforto che, da quello studio medesimo, viene ad una visione sempre più chiara della, potremmo dire, coralità del diritto (e della società) in Roma: la forza della prospettiva collettiva si rivela, ancora una volta, decisiva, nel mondo giuridico romano. E, se non ci inganniamo, vedute di singolarissimo interesse, al riguardo, si prospettano e già si delineano, sotto il profilo sociologico: l'*amicitia* privata, infatti, si pone come un fattore di notevolissima rilevanza nella travagliata società romana dei secoli della crisi repubblicana e del progressivo affermarsi del Principato. Come questa rilevanza dell'*amicitia* nel settore del diritto privato si armonizzi e si coordini con le recenti vedute storiografiche relative al *background* della rivoluzione costituzionale augustea, è superfluo sottolineare.

Nè può tacersi, infine, il rilievo, già fatto a suo luogo, circa il singolare parallelismo che, in questo campo della *amicitia*, sembra sussistere tra il diritto internazionale ed il diritto privato, nelle concezioni romane; fenomeno che viene ad arricchire le già numerose prospettive di simili parallelismi rilevate in dottrina.

Ma non si vuole qui insistere su questi, e altri, sviluppi suscettibili d'autonoma trattazione. Ritornando all'istituto dal quale abbiamo preso le mosse, finiremo, dunque, dicendo che la *manumissio inter amicos*, inquadrata nel piano risultante dal complesso delle precedenti indagini, appare un istituto assai significativo e indicativo delle esigenze storiche di un'età difficile e ricca di spirito creatore. Sia la presumibile data d'affermazione, nella pratica, del nostro istituto — si deve pensare, come mostra poi l'intervento della *I. Junia*, all'ultimo periodo repubblicano; sia la struttura

dell'atto nel senso risultante delle nostre indagini, con la essenziale importanza dell'intervento degli *amici*, concorrono in maniera assai chiara a confortare i risultati che traspaiono dal nostro sondaggio sull'*amicitia* privata, come fenomeno d'alto interesse storico e d'alta rilevanza giuridica.

INDICE DELLE FONTI *

FONTI GIURIDICHE

Gai Institutiones:

- I, 17: p. 10.
I, 18: p. 80.
I, 29: p. 10.
I, 31: p. 10.
I, 35: p. 10.
I, 38: p. 80.
I, 41: p. 9.
I, 44: p. 9.
I, 167: p. 10.
II, 25: p. 94.
II, 102: p. 82.
III, 56: p. 8; 10; 35 n. 30.

Pauli Sententiae:

- 2, 28, 3: p. 87.
4, 12, 2: p. 11; 14; 30; 31.

Epitome Gai:

- I, 2: p. 13.
2, 1: p. 13.
2, 3: p. 13.

Cod. Theod.:

- 4, 22, 1: p. 85 n. 97.
4, 22, 4: p. 85 n. 97.
8, 18, 4: p. 93 n. 113.
9, 6, 1 e 2: p. 93.
9, 40, 8: p. 94.

Fragmента Vaticana:

- 158: p. 86; 88.
261: p. 9.

Institutiones Justiniani:

- 1, 5, 1: p. 14.
1, 5, 3: p. 26.
1, 11, 12: p. 41.

Fragmentum Dositheanum:

passim

Tituli ex corpore Ulpiani:

- I, 10: p. 9.
I, 12: p. 10; 34 n. 29.
I, 18: p. 11.
I, 25: p. 41 n. 33.
II, 16: p. 10.
20, 14: p. 41 n. 33.

Digesta:

- 3, 1, 1, 2: p. 91.
3, 5, 2, 1: p. 83 n. 91.
3, 5, 5, 8 (6): p. 91.
3, 5, 30 pr.: p. 90.
3, 5, 35: p. 90.
3, 5, 37: p. 91 n. 108.

* Per tre fonti — e precisamente per il c. d. *Fragm. Dosit.*, per la costituzione C. 7, 6, 1 di Giustiniano e per il *de amicitia* di Cicerone — non compiliamo l'indice specifico dei rinvii, dato che ce ne dispensano e la natura monografica del presente lavoro e la notevole frequenza delle citazioni nel testo.

- 3, 5, 43: p. 90.
 17, 1, 1, 4: p. 90.
 17, 1, 12, 12: p. 91 n. 108.
 17, 1, 26, 8: p. 91 n. 108.
 18, 1, 35, 3: p. 91 n. 108.
 18, 10, 70: p. 50.
 26, 6, 2: p. 89.
 26, 7, 39, 2: p. 91 n. 108.
 26, 10, 9: p. 90.
 27, 1, 36: p. 90.
 27, 2, 6: p. 94.
 28, 5, 47: p. 91 n. 108.
 32, 39, 1: p. 94.
 33, 1, 19, 1: p. 92.
 33, 9, 3, 6 e 7: p. 91.
 37, 9, 1, 23: p. 86.
 37, 14, 23: p. 51.
 38, 1, 27: p. 92.
 38, 2, 16, 2: p. 45 n. 39.
 40, 2, 4 pr.: p. 45 n. 40.
 40, 2, 4, 1: p. 44 n. 38; 45.
 40, 2, 10: p. 30.
 40, 5, 30, 17: p. 51.
 40, 12, 24, 3: p. 41; 42; 43
 n. 37.
 40, 12, 28: p. 42 n. 35; 43; 44;
 45.
 41, 2, 9: p. 84.
 41, 2, 33: p. 91 n. 108.
 41, 2, 38 pr.: p. 9; 12 n. 7; 15;
 16.
 41, 2, 41: p. 85 n. 98; 95.
 42, 5, 23: p. 91.
 43, 16, 1, 22: p. 83 n. 91; 84
 n. 95.
 43, 19, 1, 7: p. 83 nn. 91 e 93.
 43, 19, 1, 8: p. 82.
 43, 19, 3, 4: p. 83.
 43, 24, 3, 7: p. 84.
 43, 24, 5 pr.: p. 84.
 43, 24, 5, 1: p. 84.
 43, 24, 5, 2: p. 83; 84.
- Codex Iustinianus*:
- 2, 4, 35: p. 94.
 2, 18, 1: p. 90 n. 105.
 2, 18, 20: p. 91 n. 108.
 4, 57, 3: p. 50.
 5, 4, 22: p. 94.
 7, 6, 1: passim
 8, 5, 1: p. 85 n. 97.
 8, 17, 11: p. 94.
 10, 11, 8, 5: p. 91.
 12, 36, 1, 1: p. 93.
- Par. Theoph.*
- 1, 5, 1: p. 14.
 1, 5, 3: p. 26.
 1, 5, 4: p. 10; 26.
 1, 11, 12: p. 41.
- Basilici*:
- 48, 14, 1: p. 25 n. 20.
- P. Oxyr.* IX, 1205: p. 22 e segg.
- ARANGIO-RUIZ*: *Negotia* p. 23 e
 segg.: p. 22 e segg.
- Gloss. iurispr. cod. Paris.* 1357^a:
- p. 22 e segg.
- FONTI EXTRAGIURIDICHE**
- APP.**
- b. c. 4, 135: p. 21; 31.
- AUCT. AD HER.**
- 4, 5, 6: p. 56 n. 59.
- CICERO, M. T.**
- ad Att.* 2, 20, 1: p. 58.
 2, 22, 7: p. 58.
 10, 88, 1: p. 65.
 14, 9, 2: p. 77 n. 88.
 15, 3, 3: p. 77 n. 88.

- de amic.*: passim
- de div.* 1, 55: p. 67 n. 83.
- de fin.* 2, 17, 55: p. 67 n. 83.
- 2, 78: p. 56 n. 60.
 4, 17: p. 56 n. 59.
 5, 65: p. 56 n. 60.
- de inv.* 2, 35: p. 56 n. 60.
- de prov. cons.* 9, 20: p. 57 n. 67.
- epist.* 4, 4, 2: p. 65.
- 5, 7, 3: p. 58.
 5, 8, 5: p. 58.
 7, 17, 2: p. 58.
 8, 6, 1: p. 56 n. 61.
 13, 6: p. 58.
 13, 10: p. 56 n. 63; 59.
 13, 16, 2: p. 58.
 13, 17: p. 56 n. 1; 58; 59.
 13, 26: p. 56 n. 63.
 13, 29: p. 56 nn. 63 e 64.
 13, 38: p. 56 n. 64.
 13, 40: p. 56 n. 64; 58.
 13, 46: p. 56 n. 65.
 13, 51: p. 58.
 13, 58: p. 56 n. 60.
 13, 65, 1: p. 56 n. 62.
 13, 66: p. 56 n. 62.
 13, 69: p. 58.
 13, 76, 1: p. 56 n. 61; 57 n.
 13, 77: p. 58; 59.
 13, 78: p. 58.
 15, 14, 2: p. 56 n. 62.
- in Verr.* 2, 17, 41: p. 67 n. 83.
- Phil.* 2, 40, 104: p. 57 n.; 85 n. 98.
- pro Caec.* 20: p. 67 n. 83.
- pro Flacco* 14: p. 56 n. 64.
- pro Mil.* 65: p. 67 n. 83.
- pro Quint.* 2, 5: p. 67 n. 82.
 10, 36: p. 67 n. 82.
 16, 53: p. 65.
 30, 91: p. 67 n. 82.
- pro Rosc. com.* 4, 12: p. 67 n. 82.
- pro Rosc. Am.* 10, 27: p. 67 n. 83.
 38, 111: p. 56 n. 62.
 39, 111 e 112: p. 91 n. 107.
- pro Sulla* 52: p. 65.
- topica* 2, 10: p. 8 n. 4.
 17, 65: p. 66.
- CICERO, Q.**
- de pet. cons.* 25 e 30: p. 58.
- CORN. NEP.**
- Att.* 4: p. 67 n. 82.
- DIO. CASS.**
- 57, 12: p. 60 n. 72.
 60, 33: p. 60 n. 72.
- FEST.**
- s. v. manumitti*: p. 41.
- GELL.**
- 2, 1, 8: p. 58.
 5, 19, 13: p. 41.
 6, 19, 6: p. 63 n. 73.
 7, 12, 3: p. 58.
 12, 8, 5 e 6: p. 57 n. 67.
 12, 13, 1 e 2: p. 66 n. 81.
- 14, 2, 1: p. 66 n. 81.*
- 14, 2, 9: p. 66.*
- 17, 21, 44: p. 66 n. 81.*
- LIV.**
- 25, 18, 9: p. 64 n. 76.
 26, 24: p. 66 n. 79.

- 36, 3: p. 64 n. 75.
38, 53: p. 58 n. 68.
38, 57: p. 58 n. 68.
40, 46: p. 57 n. 67.
42, 20: p. 64 n. 75.
42, 25: p. 64 n. 75.
- MART.**
- 9, 55: p. 58 n. 69.
9, 87: p. 21 e segg.
- OVID.**
- Fasti* 2, 617 segg.: p. 58 n. 69.
- PLAUT.**
- Capt.* 1, 2, 76-77: p. 67 n. 83.
Stich. 4, 2, 2: p. 67 n. 83.
- PLIN.**
- n. h.* 9, 35: p. 63.
- PLIN.**
- epist.* 4, 10: p. 46.
4, 15: p. 56 n. 63.
6, 8, 5: p. 65.
7, 16: p. 47.
7, 23: p. 47.
7, 32: p. 47.
8, 16: p. 49.
- PLUT.**
- Brut.* 51, 2: p. 32.
Tib. Gr. 20: p. 75 n. 87.
- Ps. QUINT.**
- decl.* 340: p. 34.
342: p. 34.
- QUINT.**
- inst.* 3, 8, 70: p. 67 n. 82.
- SEN.**
- de ben.* 6, 33, 4: p. 60.
6, 34, 2: p. 59.
epist. 77, 5: p. 67 n. 83.
- SUET.**
- Aug.* 66, 3: p. 63.
Col. 3: p. 61.
Dom. 8: p. 67 n. 82.
- TAC.**
- ann.* 2, 70: p. 62.
3, 24: p. 63.
6, 29: p. 62; 63.
- TERT.**
- de idol.* 10, 3: p. 58 n. 69.
- VAL. MAX.**
- 2, 9, 2: p. 66 n. 80.
4, 2, 1: p. 57.
4, 2, 3: p. 57.
4, 7, 1: p. 75 n. 87.
4, 7, 7: p. 65.
5, 8, 2 e 3: p. 66 n. 80.
5, 9, 1: p. 66 n. 80.
6, 3, 7 8: p. 66 n. 80.

INDICE

1. Premessa	Pag. 5
2. Stato della dottrina	» 6
3. Valutazione della tesi del Biscardi	» 7
4. Segue. 'L'autonomia della <i>manumissio per epistolam</i> '	» 13
5. Conclusioni sulla tesi del Biscardi	» 20
6. La struttura duplice della <i>manumissio inter amicos</i>	» 22
7. I due momenti dell'istituto	» 28
8. Segue. Valutazione delle tesi del Wlassak e dell'Eisele	» 35
9. Rapporto tra i due momenti dell'istituto	» 39
10. Valore dell'intervento degli <i>amici</i>	» 51
11. L' <i>amicitia</i> tra privati e il suo valore giuridico e storico nelle fonti letterarie	» 55
12. Il <i>de amicitia</i> di Cicerone	» 71
13. L' <i>amicitia</i> privata nelle fonti giuridiche	» 78
14. Conclusioni	» 95
INDICE DELLE FONTI	99

SALVATORE RICCOBONO jr.

PROFILO STORICO DELLA DOTTRINA DELLA MORA
NEL DIRITTO ROMANO

INTRODUZIONE

L'idea di affrontare la ricostruzione della dottrina della mora nel diritto romano è stata a me suggerita dallo studio del Niedermeyer, pubblicato nel 1952 negli *Scritti in onore di F. Schulz* (¹). Esso costituisce certamente uno dei contributi più importanti sull'argomento, apparsi in questi ultimi anni, ed ha il merito di avere richiamato l'attenzione sulla necessità di una più vasta ricostruzione storica della dottrina.

Lo studio del Niedermeyer si riallaccia alle precedenti indagini critiche sulla mora, in particolare agli spunti geniali dello Schulz, da cui prende le mosse (²). Lo Schulz, sulla base di un'acuta indagine esegetica, aveva posto in rilievo le differenze tra il regime classico ed il regime giustinianeo nel campo della mora: il diritto classico avrebbe

(¹) H. NIEDERMAYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der mora seit Sabinus*, in *Scritti in onore F. Schulz*, I (Weimar, 1951), pp. 399-457.

(²) F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten* (Tübingen, 1916), p. 106 ss.

conosciuto una responsabilità assoluta come diretta conseguenza della mora ed avrebbe attribuito alla *perpetuatio obligationis* la funzione precipua di punire il debitore⁽³⁾; il diritto giustinianeo, invece, avrebbe richiesto, quale presupposto della responsabilità, la diretta derivazione del danno del creditore dalla mora del debitore, e cioè avrebbe concepito la mora come *condicio sine qua non* del danno arrecato al creditore. In altri termini, il debitore non sarebbe stato tenuto al risarcimento, qualora il danno si fosse verificato lo stesso, indipendentemente dalla mora.

Alla posizione dello SCHULZ, cui aderì il BESELER⁽⁴⁾, muove le sue critiche il NIEDERMAYER, il quale, superando la pretesa contrapposizione fra diritto classico e diritto giustinianeo, ritiene di potere individuare, nello stesso sviluppo della giurisprudenza classica, due diverse concezioni: quella risalente a Sabino e quella risalente a Labeone e Paolo⁽⁵⁾.

(3) In riferimento alla tesi sostenuta dall'HAYMANN (*Das Verschulden beim Erfüllungsverzug*, in *Festgaben für L. Enneccerus*, Marburg, 1913), lo SCHULZ ritenne che la *perpetuatio obligationis* avesse uno scopo punitivo: «Der Grundgedank dieser Regel ist aber nicht sowohl, dem Gläubiger Schadenersatz zu verschaffen, als vielmehr den säumigen Schuldner zu strafen» (*o. c.*, p. 107).

(4) G. BESELER, in *ZSS*, 45 (1925), p. 217; 47 (1927), p. 365 ss.

(5) Contro la tesi dello SCHULZ, il NIEDERMAYER ha sostenuto che scopo principale della *perpetuatio* non è affatto quello di punire il debitore, ma di rendere possibile l'estinzione del rapporto obbligatorio in via normale. Per chiarire meglio questo concetto è opportuno fissare brevemente le argomentazioni addotte dal NIEDERMAYER, il quale, nel confutare la tesi dominante già ricordata, sostiene, sulla base dei frammenti D. 12, 1, 5 e 30, 47, 6, che fondamento della *perpetuatio obligationis* non sia la penalità, ma il dovere che incombe al debitore di adempire l'obbligazione. Quindi, secondo il NIEDERMAYER, al dovere dell'adempimento subentra, ove la prestazione non venga effettuata, la *aestimatio*, non la penalità. La concezione della penalità contrasta, invero, con le stesse ragioni che determinarono la nascita della *mora*. Questa mira

Secondo Sabino, il problema della responsabilità del debitore moroso va posto sulla base di una relazione causale concernente la sola sfera del debitore, prescindendo dalla relazione causale tra la mora e il danno, ed escludendo qualsiasi considerazione dell'interesse del creditore.

Secondo Labeone e Paolo, invece, la responsabilità del debitore moroso verrebbe meno, ove la prestazione divenisse impossibile per un evento eccezionale (es. terremoto, naufragio). E' questo un primo tentativo verso la considerazione della causalità nella sfera del creditore.

I Bizantini, procedendo su questa via, sarebbero pervenuti, a giudizio del NIEDERMAYER, alla formulazione del principio della mora quale *condicio sine qua non* del danno del creditore⁽⁶⁾.

ad eliminare le conseguenze, ove sia possibile, dell'inadempimento. E' uno strumento a favore del debitore, anche se rivolto ad assicurare, in pari tempo, l'adempimento al creditore.

Questa funzione della mora non viene affatto compromessa, anzi rafforzata, dalla nuova concezione, avviata da LABEONE (D. 30 47, 6) e sviluppata dai Bizantini, della mora come «causa del danno», cioè come *condicio sine qua non* del danno apportato al creditore. La limitazione della mora al caso in cui essa sia «causa del danno» è da considerare non come una conferma della responsabilità del debitore (secondo la tesi dello SCHULZ), ma piuttosto come una limitazione o esclusione della stessa. Si ricordi, ad es., il caso del perimento della cosa dovuta, causato dal terremoto. In proposito il NIEDERMAYER così si esprime: «Wir dagegen drehen den Gedanken der *condicio sine qua non* um, wir verwenden ihn besonders aus Schuldnerfreundlichkeit dazu, seine Haftung zu beschränken oder aufzuheben» (*l. c.*, p. 401).

(6) Cfr. v. OVEN, in *Tijdschrift*, 20 (1952), p. 93: «In dieser schr gediegenen und tief greifen' en Betrachtung, die aber in einer so schwerfälligen Sprache geschrieben wurde, dass sie dem nicht-deutschen kaum verständlich wir^t, setzt V. die klassische und die byzantinische Lehre der *mora* einander gegenüber».

Il lavoro del Niedermeyer costituisce certo un importante contributo alla chiarificazione e puntualizzazione di alcune questioni essenziali riguardanti il problema della mora nel diritto romano e nel diritto civile tedesco ⁽⁷⁾, ma esso si limita ad approfondire in particolare un aspetto della responsabilità del debitore *post moram*. Esso non considera altri aspetti della complessa problematica della dottrina, come ad es. i problemi riguardanti i requisiti della mora, la *purgatio morae*, la novazione condizionale, la mora del garante, la clausola penale, il deposito, l'*interpellatio*.

E similmente il Niedermeyer, occupandosi della posizione dottrinale di Sabino, Labeone e Paolo, non tiene conto di altri movimenti della giurisprudenza classica, che ci si presenta in questo campo particolarmente complessa e ricca e multiforme.

Certo, la stessa finalità dello studio del Niedermeyer, dedicato allo Schulz, imponeva necessariamente dei limiti precisi alla trattazione. Sono i limiti, che noi riscontriamo di norma in altri lavori critico-storici, precedenti e susseguenti all'indagine compiuta dall'insigne romanista.

La letteratura moderna, che si è occupata del problema della mora con intenti ricostruttivi critico-storici e che si è servita dell'ausilio del metodo interpolazionistico, risale, si può dire, all'inizio di questo secolo. Essa ci presenta un carattere frammentario, come si può constatare dalla nota bibliografica, posta alla fine di questa introduzione. Gli aspetti trattati da punti di vista particolari ci offrono una visione parziale della complessa problematica della mora, che è stata studiata o sotto l'angolo visuale della sola *mora debitoris* o della sola *mora creditoris*. Tale separazione ha presentato i suoi inconvenienti, appunto perché ha impedito

al possibilità di cogliere le relazioni esistenti tra i due tipi di mora, la quale, in effetti, deve essere riguardata sotto un criterio unitario.

Della vasta letteratura romanistica, seguita dal 1900 ad oggi, bastino qui alcuni cenni orientativi di carattere generale. Ricordiamo innanzitutto la classica opera « *Labeo* » del Pernice, il quale, nel ricostruire il diritto privato del primo secolo dell'Impero, ha dedicato il libro ottavo al problema della *culpa* e della *mora*. Merito del Pernice è di avere distinto il concetto tecnico di mora dall'uso non tecnico del termine e di avere precisato che la parola *mora* ricorre soltanto presso i giureconsulti, non in leggi o editti. Essa, ignota ai *Veteres*, appare tra la fine dell'età repubblicana e gli inizi dell'età imperiale (Alfeno, Labeone, Sabino); ricorre in senso tecnico, e cioè nel significato di non tempestivo adempimento di un obbligo assunto, nel campo del diritto delle obbligazioni, e così anche nei legati obbligatori, nei fedecommissi e nella *datio dolis*. E' usata, invece, in senso non tecnico nelle azioni reali, come ad es. nella restituzione del possesso al proprietario. L'altra espressione: *(non) stare per aliquem, quo minus* dà l'idea dell'ostacolo o dell'impedimento ed è studiata con dovizia di attestazioni dal Pernice, il quale perviene a questi risultati: « *Dieser Überblick über den Sprachgebrauch führt zu zwei eng zusammenhängenden Ergebnissen: 1. Die technischen Begriffe der Fahrlässigkeit und des Verzuges sind nicht durch Gesetze und Edikte ausgebildet worden, sondern durch die gerichtliche Praxis unter selbstverständlicher Beihilfe der Juristen 2. Deshalb sind sie auch erst später, etwa seit dem Beginne der Kaiserzeit, weiter durchdacht und sicherer festgestellt worden* » ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Cfr. *IVRA*, 3 (1952), p. 439.

⁽⁸⁾ PERNICE, *Labeo*, II, 2, 1 (Halle, 1900), p. 26.

Fatte queste premesse di carattere terminologico, il Pernice svolge il tema della mora nei diversi tipi di rapporti, che investono la materia delle obbligazioni.

Al contributo del Pernice sono seguiti molti lavori su argomenti particolari, che si possono così raggruppare:

1. -- Sul problema dell'*interpellatio* è rimasto fondamentale il lavoro del Siber (9), i cui risultati hanno incontrato l'approvazione della maggioranza dei romanisti. Sull'argomento è tornato di recente l'Elefante, il quale ha preso posizione contro il Siber (10).

2. — Del deposito pubblico o giudiziale si è occupato il De Ruggiero (11), argomento in seguito ripreso dal Solazzi (12), dal Catalano (13), dal Bove (14), dal Nitschke (15).

3. — Sulla *perpetuatio obligationis* ricordiamo il noto scritto del Gradenwitz (16), a cui è seguito lo studio dello Arnò (17), e recentemente del Mayer-Maly (18).

(9) SIBER, *Interpellatio und Mora*, in *ZSS*, 29 (1908), p. 47 ss.

(10) ELEFANTE, *Interpellatio e mora*, in *Labeo*, VI (1960), p. 30 ss.; *Id.*, in *IVRA*, XII (1961), p. 536.

(11) DE RUGGERO, *Note sul deposito pubblico o giudiziale in diritto romano*, in *Studi Economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, I (1909), p. 129 ss.

(12) SOLAZZI, *L'estinzione delle obbligazioni nel dir. rom.* (Napoli, 1955), p. 140 ss.

(13) CATALANO, *Sul deposito della cosa dovuta in diritto romano*, in *Annali Catania* (1949), p. 512 ss.

(14) BOVE, *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, in *Labeo*, I (Napoli, 1955), p. 173 ss.

(15) NITSCHKE, *Die Hinterlegung der geschuldeten Leistung im römischen Recht*, in *SDHI*, 24 (1958), p. 112 ss.

(16) GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*, in *ZSS*, 34 (1913), p. 225 ss.

(17) ARNÒ, *Perpetuatio obligationis*, in *Archivio giuridico*, 16 (1928), p. 176 ss.

(18) MAVER-MALY, *Perpetuatio obligationis*: *D.* 45, 1, 91, in *IVRA*, VII (1956), p. 6 ss.

4. Sulla *mora creditoris* sono da ricordare i contributi dello Scuto, che prende le mosse dal diritto romano per ricostruire la dottrina del diritto civile moderno (19), e soprattutto del Guarneri Citati, che ci ha donato lo studio più ampio sull'argomento (20).

5. — Sulla mora del garante possediamo vari scritti del Solazzi (21), del De Martino (22), del Pugliese (23) e, da ultimo, del Frezza (24).

6. — Sul problema della *purgatio morae* restano fondamentali le ricerche del Guarneri Citati (25), del Boháček (26), e del Magdelain (27).

Di tutta questa letteratura l'opera di più vasto respiro è quella del Montel sulla mora del debitore, anche se essa resta limitata al solo problema dei requisiti della mora (28).

(19) SCUTO, *La mora del creditore* (Catania, 1905).

(20) GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, in *Annali Palermo*, XI (1923), p. 161 ss.

(21) SOLAZZI, *Mora del convenuto con le azioni adiettizie e mora del fideiussore*, in *RISG*, 61 (1919), p. 3 ss. (ripubblicato, in *Scritti di diritto romano*, II (Napoli, 1957), p. 259 ss.).

(22) DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I (Roma, 1940), p. 165 ss.

(23) PUGLIESE, *Intorno all'impossibilità della prestazione causata dal paterfamilias e dal fideiussore*, in *Studi in onore di U. E. Paoli* (Firenze, 1956), p. 569 ss.

(24) FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I. *Le garanzie personali* (Padova, 1962), p. 84 ss.

(25) GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, in *Annali Palermo*, XI (1923), p. 161 ss.

(26) BOHÁČEK, *Note esegetiche, La dottrina di Marcello sulla mora e la novazione condizionale: 72 e 1-3 D. De solut. et liberat.*, 46, 3, in *Annali Palermo*, XI (1923), p. 341 ss.

(27) MAGDELAIN, *Note sur la purgatio morae*, in *Mél. Levy-Bruhl* (Paris, 1959), p. 199.

(28) MONTEL, *La mora del debitore. Requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano*, in *Studi di diritto privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi* (Padova, 1930).

Di particolare interesse per la considerazioni ed i risultati raggiunti ci si presenta uno studio recente dell'Albanese in tema di rescritti moratori (29). L'indagine è rivolta al confronto testuale di due costituzioni imperiali: C. Th. 1, 2, 8 = C. I. 1, 19, 4, quale « esempio interessante, e non comune, dell'evoluzione giuridica postclassica ». Accertato che lo scopo precipuo delle due costituzioni era quello di impedire o di eliminare ogni dilazione fraudolenta appoggiata all'autorità imperiale, l'Albanese conclude col negare « un distacco sostanziale marcato tra la compilazione giustinianea ed il diritto precedente, classico o postclassico che sia » (30).

Diversa natura ebbe, invece, la letteratura romanistica dell'800: la quale, specie nella sua corrente pandettistica, si preoccupò di ricostruire dommaticamente l'istituto della mora e ci lasciò molte opere serie e fondamentali di carattere generale, ma prive di adeguata prospettiva storica.

Tra queste opere va innanzitutto ricordata quella di Federico Mommsen, giudicata favorevolmente dal Windscheid (31) e che costituisce la terza ed ultima parte dei suoi *Beiträge zum Obligationenrecht* (32).

Segue la ponderosa opera del Kniep, dedicata alla sola *mora debitoris* (33), la quale testimonia del grande studio e della grande dedizione del suo autore per il tema trattato,

(29) ALBANESE, *Un confronto testuale in tema di rescritti moratori*, in *BIDR*, III, Terza Serie, 64 della collez. (1961), p. 15 ss.

(30) ALBANESE, *l. c.*, p. 31.

(31) WINDSCHEID, in *Riv. critica di Heidelberg*, III, p. 253 ss.

(32) F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, III: *Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zum Lehre von der Culpa* (Braunschweig, 1855).

(33) KNIEP, *Die Mora des Schuldners nach römischen und heutigen Recht*, I-II (Rostock, 1871-72).

anche se il Windscheid dubitò che i risultati ottenuti avessero potuto compensare la lunga fatica.

Della ricchissima letteratura pandettistica ci limitiamo a ricordare due opere ormai classiche: la Pandette del Windscheid (34) e quelle del Dernburg (35).

* * *

Da questo rapido *excursus* della letteratura può constatarsi come il tema, oggetto della nostra trattazione, si presenti irta di difficoltà e notevolmente complesso. Ciò trova la sua naturale spiegazione nel fatto che il rapporto debitario costituisce la fonte di una miriade di istituti, che si son venuti creando e svolgendo nel corso di molti secoli.

Scopo del presente lavoro è quello di compiere un tentativo, per quanto possibile, unitario intorno alla ricostruzione della dottrina della mora dal tempo più antico sino alla fine dell'età classica (36): il tentativo di operare una sintesi più organica e comprensiva di tanto materiale critico-storico, che si è venuto accumulando nel corso dell'ultimo secolo, mediante indagini acute e preziose, ma che si trova disperso.

Nostro intendimento non è quello di ricostruire dommaticamente l'istituto della mora, al fine di pervenire ad una nuova concettualizzazione delle fonti, ma piuttosto quello

(34) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, 1, trad. FADDA e BENSA (Torino, 1904), p. 88 ss.

(35) DERNBURG, *Pandette*, II: *Diritto delle obbligazioni*, trad. CICALA (ed. VI, Torino, 1903) p. 155 ss.

(36) Questo profilo storico della dottrina della mora resta per ora limitato allo studio della dottrina giurisprudenziale sino alla età degli Antonini.

di tracciare un profilo della concettualizzazione, fatta dai giuristi romani, di quel settore della loro esperienza giuridica, concernente la mora.

A tal fine utilizzeremo principalmente e direttamente le fonti scientifiche, cioè gli scritti della giurisprudenza, pervenutici attraverso o al di fuori del Digesto (37).

Le fonti normative (leggi, senatoconsulti, costituzioni imperiali), contenute nello stesso Digesto, nel Codice teodosiano, nel Codice giustinianeo, saranno utilizzate solo nelle ipotesi in cui presentino stretti legami con l'evoluzione della giurisprudenza: o per essere state da questa influenzate o per averla, a loro volta, influenzata (38).

In definitiva, due sono gli obiettivi principali qui perseguiti: ricostruire la dottrina della mora sulla base dei frammenti che conservano il pensiero di ciascun giurista; segnare le tappe fondamentali dell'evoluzione progressiva della dottrina nel corso dei vari secoli. La prima esigenza, quindi, è quella di tratteggiare la personalità di ogni giureconsulto, desumendone il valore dal complesso dei testi raccolti ed esaminati esegeticamente; la seconda esigenza è quella di caratterizzare i vari momenti, in cui la realtà della

(37) Gli scritti della giurisprudenza, pur potendo avere un contenuto normativo, non sono norme, ma elaborazioni concettuali dell'esperienza giuridica. I frammenti del Digesto, in particolare, come osserva l'ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (Torino, 1961), p. 626, «considerati fuori del legame legislativo, cessano di essere 'norme' della legislazione positiva giustinianea e tornano a divenire 'frammenti' di quello che erano in origine, cioè di una elaborazione giurisprudenziale plurisecolare, il che non può più consentirci di attribuir loro, in sè e per sè, valore normativo».

(38) Sulle relazioni esistenti fra legislazione imperiale e giurisprudenza, cfr. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II (Milano, 1963), p. 19 ss.

vita sociale impone dei problemi di ordine pratico da risolvere e le relative soluzioni date dai giuristi assurgono a risultati di scienza (39).

* * *

In questo profilo siamo ben convinti di non aver potuto affrontare o risolvere interamente la ricca e multiforme casistica riguardante la dottrina della mora, come essa ci appare dallo studio delle fonti.

(39) Mirabile, a questo proposito, la constatazione del JHERINA, *Geist des röm. Rechts*, I, p. 360: «Nel diritto il progresso è incessante; la scienza allarga ogni giorno i suoi orizzonti intellettuali ed insieme l'ambito del possibile, spinta dalla propria forza o dalla pressione dei fatti, che le impongono come necessità pratica quello che fino allora era apparso giuridicamente impossibile: onde essa perviene ad estendere sempre più il territorio del possibile teorico». Verità, questa, incontestabile e che assume particolare rilievo in questo tentativo di ricostruzione della dottrina della mora.

Sulla presenza della realtà giuridica negli scritti dei giuristi romani vedi ora le osservazioni del KOSCHAKER nella sua pregevole opera: *L'Europa e il diritto romano*, trad. A. BISCARDI (Firenze, 1962), p. 168: «Così il diritto romano fino al tramonto della giurisprudenza classica, pur senza aver mai conosciuto l'obbligatorietà dei precedenti, poté nondimeno uscire dalla fucina dei giuristi a contatto costante con la prassi ed essere in tal guisa un diritto giurisprudenziale. La sua maggiore diffusione era assicurata da scritti di eminenti giureconsulti. Ma ciò che il lettore in essi trovava non era la teoria, ma bensì immediata realtà giuridica sulla base di quelle che erano le esperienze dei giuristi nella loro attività pratica. Di qui anche la preponderanza della casistica. Pertanto, anche se il diritto romano non fu mai un *case-law* nel senso del diritto anglo-americano, fu tuttavia un diritto giurisprudenziale e, in quanto tale, casistico».

Ci siamo sforzati di porre in rilievo i punti e le questioni essenziali, che sono stati oggetto di particolare attenzione e di acute analisi da parte dei giuristi romani, a cominciare dai *Veteres*, secondo una prospettiva storica più aderente alla nostra sensibilità di moderni studiosi. In altre parole abbiamo voluto seguire, per quanto possibile, le pietre miliari dello sviluppo storico della dottrina della mora, avanzando lì, ove era necessario, eventuali ipotesi atte a supplire o colmare inevitabili lacune, che ci provengono dallo stato delle fonti, sia giustinianee che giustinianee.

Ma, nonostante le difficoltà incontrate, è stato pur possibile ritessere i fili sparsi del pensiero giuridico romano mediante un esame accurato dei frammenti residui dei *Digesta* e di altre fonti, che subirono la falcidia dei Compilatori, e durante il cammino percorso intuire, cogliere e fissare alcuni momenti essenziali del rigoglioso movimento giuridico intorno alla problematica dell'istituto della mora, come i grandi giureconsulti dell'età repubblicana e classica andarono intessendo e costruendo fra naturali incertezze ed accessi dibattiti (40).

Ci sia consentito esprimere la speranza di non avere compiuto una fatica priva di buoni frutti, ma in ogni caso di essere riusciti ad indicare l'utilità di una ricerca, intesa

(40) Cfr. MITREIS, *Storia del diritto antico e studio del diritto romano*, in *Annali Palermo*, 12 (1929), p. 492: «L'importante compito di seguire il sorgere graduale dei concetti giuridici e la loro evoluzione di generazione in generazione, mostrare con ciò l'attività individuale dei singoli giuristi, e presentare in tal modo una storia giuridica biografica dall'antichità romana, nello stesso modo come si rilevano le individualità nella storia dell'arte, questo compito si presenta ancora dinanzi a noi».

a vedere nella evoluzione del diritto una testimonianza viva della sua funzione sociale, risultato di una maturazione lenta ma perenne della spiritualità umana (41).

BIBLIOGRAFIA

MADAI CARL OTTO, *Die Lehre von der Mora* (Halle, 1837).

WOLFF CARL WILHELM, *Die Lehre von der Mora* (Göttingen, 1841).

MOMMSEN FRIEDRICH, *Beiträge zum Obligationenrecht*, III: *Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa* (Braunschweig, 1855).

KNIEP KARL FRIEDRICH FERDINAND, *Die Mora des Schuldners nach römischen und heutigen Recht*, I-II (Rostock, 1871-72).

NANI CESARE, *Sulla regola «dies interpellat pro homine»*, in *Archivio Giuridico*, 2 (1873), p. 229 ss.

FUSINATO GUIDO, *Alcune nuove considerazioni sopra la regola «Dies interpellat pro homine» in diritto romano*, in *Archivio Giuridico* 28 (1882), p. 145 ss. (ripubblicato, in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1921, p. 1 ss).

LONGO ANTONIO, *Sulla ragione dei diversi effetti della mora e del fatto del correto*, in *Studi in onore di F. Serafini* (Firenze, 1892), p. 341 ss.

(41) Esprimo un particolare ringraziamento al Dr. PIETRO CERAMI, Assistente alla cattedra di Storia del dir. rom. nella Facoltà giuridica dell'Università di Palermo, per avere seguito con amorevole cura la pubblicazione di questo profilo.

PERNICE ALFREDO, *Labeo*, II, 2, 1 (ed. II, Halle, 1900).

MESSA GIANCARLO, voce *Mora*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. X, p. III (Milano, 1901).

RATTI NICOLA, *Il caso fortuito e la mora del debitore*, in *Il Circolo giuridico*, diretto da LUIGI SAMPOLO, v. 35 (Palermo, 1904), p. 39 ss.; p. 72 ss.

LOMBARDO UGO, *Contributo allo studio della mora in diritto romano*, in *Il Circolo giuridico*, diretto da LUIGI SAMPOLO, v. 36 (Palermo, 1905), p. 7 ss.; p. 57 ss.; p. 189 ss.

SCUTO CARMELO, *La mora del creditore* (Catania, 1905).

PIOLA GIUSEPPE, voce *Mora*, (1907), in *Digesto Italiano*, vol. 15, p. II (Torino, 1904-1911).

SIBER HEINRICH, *Interpellatio und Mora*, in *ZSS*, 29 (1908), p. 47 ss.

DE RUGGIERO ROBERTO, *Note sul deposito pubblico o giudiziale in diritto romano*, in *Studi Economico-giuridici dell'Università Cagliari*, I (1909), p. 129 ss.

SEGRÈ GINO, *Miscellanea esegetica*, in *Studi B. Brugi* (Palermo, 1910), p. 389 ss. (ripubblicato, in *Scritti giuridici*, II, 513 ss.).

SOLAZZI SIRO, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, in *BIDR*, 24 (1911), p. 163 ss.

GRADENWITZ OTTO, *Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*, in *ZSS*, 34, (1913), p. 225 ss.

HEYMANN ERNEST, *Das Verschulden beim Erfüllungsverzug*, in *Festgaben für Ludwig Enneccerus* (Marburg, 1913).

SCHULZ FRITZ, *Einführung in das Studium der Digesten* (Tübingen, 1916), p. 106 ss.

SOLAZZI SIRO, *Mora del convenuto con le azioni adiettizie e mora del fideiussore*, in *RISG*, 61 (1919), p. 3 ss. (ripubblicato in *Scritti di diritto romano*, II (Napoli, 1957), p. 259 ss.).

GUARNERI CITATI ANDREA, *Semel commissa poena non evanescit*, in *BIDR*, 32 (1922), p. 241 ss.

GUARNERI CITATI ANDREA, *Contributi alla dottrina della mora*, in *Annali Sem. Giurid. Univ. Palermo*, vol. XI (1923), p. 161 ss.

BOHÁČEK MIROSLAV, *Note esegetiche-La dottrina di Marcello sulla mora e la novazione condizionale: 72 e 1-3 D. De solut. et liberat.*, 46, 3, in *Annali Sem. giurid. Univ. Palermo*, XI (1923), p. 341 ss.

GENZMER ERICH, *Der subjective Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 44 (1924), p. 86 ss.

SIBER HEINRICH, *Beiträge zur Interpolationsforschung*, in *ZSS*, 45 (1925), p. 146 ss.

SECKEL EMIL e LEVY ERNST, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 47 (1927), p. 241 ss.

ARNÒ CARLO, *Perpetuatio obligationis*, in *Archivio giuridico*, 16 (1928), p. 176 ss.

MONTEL ALBERTO, *La cosiddetta mora ex re in favore dei minori* (Urbino, 1929).

MONTEL ALBERTO, *La condizione giuridica dei figli di schiava onorata di fedecomesso di libertà nati in periodo di mora o di ritardo nella manomissione della madre*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III (Milano, 1930), p. 631 ss.

MONTEL ALBERTO, *La mora del debitore. Requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano*, in *Studi di diritto privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi* (Padova, 1930).

FLUME WERNER, *Studien zur Akzessorielät der römischen Bürgschaftsstipulationen* (Weimar, 1932), p. 105 ss.

KASER MAX, *Restituere als Prozessgegenstand* (München, 1932), p. 45 ss.; 73 ss.; 85 ss.; 115 ss.

KASER MAX, v. *Mora*, in *R. E. Pauly Wissowa*, 31 (1933).

KASER MAX, *Quanti ea res est* (München, 1935), p. 92 ss.

BESLER GERHARD, *Romanistische Bausteine*: « *Mora* » in *Studi in memoria di A. Albertoni*, I (1935), p. 429 ss.

SOLAZZI SIRO, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, ed. II (Napoli, 1935), p. 140 ss.: c. X. *Deposito della cosa dovuta*.

MONTEL ALBERTO, voce *Mora*, in *Nuovo Digesto Italiano*, VIII (Torino, 1939), p. 741 ss.

DE MARTINO FRANCESCO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I (Roma, 1940), p. 165 ss.

ASTUTI GUIDO, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituto di debito*, II (Milano, 1941), p. 25 ss. (cfr. anche il vol. I).

CATALANO ALFIO, *Sul deposito della cosa dovuta in diritto romano*, in *Annali Catania* (1949), p. 512 ss.

NIEDERMEYER HANS, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus*, in *Festschrift F. Schulz*, vol. I (Weimar, 1951), p. 388 ss.

GIARDINA CAMILLO, *Studi sulla novazione nel diritto intermedio* (Milano, 1952).

BIONDI BIONDO, *Diritto romano cristiano*, v. III (Milano, 1954), p. 229 ss.

BOVE LUCIO, *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, in *Labeo*, I (Napoli, 1955), p. 173 ss.

MAYER-MALV THEODOR, *Perpetuatio obligationis: D. 45, 1, 91*, in *IVRA*, VII (1956), p. 6 ss.

PUGLIESE GIOVANNI, *Intorno all'impossibilità della prestazione causata dal paterfamilias e dal fideiussore*, in *Studi in onore U. E. Paoli* (Firenze, 1956), p. 569 ss.

BETTI EMILIO, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano* (Anno Accademico, 1957-58), Roma.

NITSCHKE MANFRED, *Die Hinterlegung der geschuldeten Leistung im römischen Recht*, in *SDHI*, 24 (1958), p. 112 ss.

MAGDELAIN ANDRÉ, *Note sur la purgatio morae*, in *Mél. Levy-Bruhl* (Paris, 1959), p. 199.

ELEFANTE AGOSTINO, *Interpellatio e mora*, in *Labeo*, VI (1960), p. 30 ss.

ELEFANTE AGOSTINO, in *IVRA*, XII (1961), p. 536.

ALBANESE BERNARDO, *Un confronto testuale in tema di rescritti moratori*, in *BIDR*, III (Terza Serie), 64 della collez. (1961), p. 15 ss.

FREZZA PAOLO, *Le garanzie delle obbligazioni*, I. *Le garanzie personali* (Padova, 1962), p. 84 ss.

L'ETÀ PRECLASSICA

DALLE ORIGINI ALLA FINE DELL'ETÀ REPUBBLICANA

L'INADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE
SINO ALLA FINE DELL'ETÀ REPUBBLICANA

I. — *OBLIGATIO* PRIMITIVA E ASSERVIMENTO DELLA PERSONA
DEL DEBITORE.

Sulla base delle fonti più antiche, che ci sono pervenute, e delle indagini che la recente dottrina romanistica ha condotto sul carattere e l'origine dell'*obligatio*, un principio rimane fermo e insuperabile: il *ius civile* arcaico impone al debitore la incondizionata prestazione al creditore ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Della immensa letteratura sull'origine dell'*obligatio* mi limito qui a ricordare i principali studi dell'ultimo decennio, precisando che in alcuni di essi si trova ampiamente riferita la letteratura precedente: M. KASER, *Das altrömische Ius* (Göttingen, 1949), p. 179 ss.; B. FABI, *Il problema della originaria obbligazione romana*, in *Annali Camerino*, 18 (1951), p. 1 ss.; F. PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana* (Milano-Varese, 1951), p. 26 ss. e p. 271 ss.; G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, I. Parte Generale (Roma, 1954), p. 6 ss.; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi* (Milano, 1955), p. 76 ss. (cfr. recensioni di G. GROSSO, in *IVRA*, 7, 170 ss.; ORMANNI, in *Labeo*, 2, 363 ss.); M. KASER, *Das röm. Privatrecht*, I (München, 1955), p. 128 ss.; 397 ss.; R. DEKKERS, *Du personnel au réel*, in *Butterworths South African Law Review* 1956 in memory of H. F. Jolowicz (Durban, 1956), p. 22 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* (Roma, 1961), p. 445 ss.; J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de derecho romano*, 4 ed. (Barcellona, 1962), p. 343 ss. (ricca letteratura ivi).

L'obligatio primitiva è concepita come inherente alla persona: l'obbligo della prestazione pone la persona del debitore in uno stato di asservimento, dal quale indirettamente si fa derivare la soddisfazione del creditore.

E questa concezione tutta materiale discende dalla stessa terminologia: così *ligare*, *obligare*, *adstringere*, *obstringere*, *nectere*, *nexus*, *vinculum*: cui si contrappone *liberatio*, *solutio*, *luere*, *solvere* *vinculum*.

In tal senso va intesa la spiegazione che ci offre Festo sull'antico significato della parola *nexus*, *nectere*: *nectere ligare significat, et est apud plurimos auctores frequens*.

Le fonti parlano sempre di questo diritto, che si esercita direttamente, assoggettando il corpo del debitore, perché la sua responsabilità ha stretto carattere personale e, se l'obbligazione non viene soddisfatta, il creditore acquista il diritto di ucciderlo o di venderlo come servo. La etimologia delle espressioni è essenziale e caratteristica e sta ad illuminare la concezione tutta primitiva e materiale.

L'elemento della sottomissione del corpo è sicuro, poichè la esecuzione avviene sul corpo del debitore, come appare da tutta la Tavola III della Codificazione decemvirale. La minaccia al patrimonio è solo indiretta, perché naturalmente il debitore ed anche i suoi familiari sono costretti a pagare per evitare le conseguenze della esecuzione personale.

Trattasi, quindi, in origine di un vincolo personale, per cui il corpo del debitore è asservito al creditore medesimo; per giungere al concetto di *iuris vinculum* occorre il lavoro di vari secoli (2).

(2) *Iust. Inst.*, 3, 13 pr.

* * *

Sappiamo che nel diritto romano primitivo si svilupparono pochissime forme di obbligazioni. La loro evoluzione è posteriore alla legge delle XII Tavole ed avviene specialmente per opera del *ius gentium*.

Questa povertà di forme, e ciò è intuibile, si osserva sia nel campo delle obbligazioni che in quello dei diritti reali. Uniche fonti contrattuali delle obbligazioni per il periodo arcaico sono il *nexus* (3) e la *sponsio* (4). Il *nexus*

(3) La letteratura sul *nexus* è vastissima; sino al 1936 essa è riferita da U. v. LÜBTOW, *Das altrömische Nexus als Geiselschaft*, in *ZSS*, 56 (1936), p. 239 ss.; per il periodo successivo vedi principalmente: RICCOBONO JR., *Ancora sul nexus*, in *Atti R. Accademia Peloritana*, 41 (Messina, 1939), p. 45 ss.; P. NOAILLES, *Nexus*, in *RHD* (1940-41), p. 250 ss.; BESELER, *Nexus mancipiumque*, in *BIDR*, 53-54 (1948), p. 134 ss.; KASER, *Das altröm. Ius*, cit., p. 119 ss.; 232 ss.; LÜBTOW, *Zum Nexusproblem*, in *ZSS*, 67 (1950), p. 112 ss.; SCHÖNBAUER, *Mancipium und nexus*, in *IVRA*, I (1950), p. 300 ss.; G. DULCKEIT, *Zur Rekonstruktion der Nexusformel*, in *Studi Arangio-Ruiz*, I (Napoli, 1953), p. 75 ss.; J. IMBERT, *Fides et Nexus*, in *Studi Arangio-Ruiz*, I, p. 339 ss.; Id., *La nature du lieu juridique créé par le nexus*, in *RHD*, 32 (1954), p. 456; I. PUHAN, *L'histoire du ancien nexus romain*, in *Annuaire de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Skopje*, I (Skopje, 1954), p. 139 ss. (cfr. *IVRA*, 6, 1955, p. 397); BIONDI, *Il diritto romano* (Istituto di Studi Romani, 1957), p. 428 ss.; GÜNTHER, in *Acta antiqua Acad. Scient. Hungaricae*, 7 (1959), p. 231 ss.; IGLESIAS, *op. cit.*, p. 345 n. 8.

(4) Sull'origine della *sponsio* e sulla sua primitiva struttura e funzione esiste, come per il *nexus*, una letteratura vastissima. Già il MITTEIS (*Über die Herkunft der Stipulation*, in *Aus röm. und bür. Recht*, 1907, p. 109 ss.) attribuì alla *sponsio* un'origine processuale, nel senso che essa non sarebbe stata usata nel commercio, ma solo nella *legis actio sacramento*, con funzione di garanzia. La scoperta del Gaio egiziano ci ha offerto preziosi elementi

è l'istituto più antico che si conosca e della sua figura poco sappiamo, perchè caduto in disuso già nel secondo periodo della Repubblica: Gaio ne tratta, solo ricordando la *nexi liberatio* (*Inst.* 3, 173).

per una nuova impostazione critico-storica dell'istituto. Vedi ancora LEIFER, *Die Herkunft von Sponsio und Stipulatio*, in *BIDR*, 44 (1936-37), p. 160 ss.; MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio* (Paris, 1943); PASTORI, *Osservazioni intorno alla sponsio romana*, in *SDHI*, 13-14 (1947-48), p. 191 ss.; in relazione allo sviluppo del diritto egiziano SEIDL, *Sponsio und Stipulatio im Vergleich mit der aegyptischen Rechtsentwicklung*, in *Scritti Beatificazione Ferrini* (Milano, 1946), p. 168 ss.; KASER, *Das altröm. Ius* (Göttingen, 1949), p. 252 ss.; DÜLL, *Zur röm. Stipulatio*, in *ZSS* 81 (1951), p. 191 ss.; BIONDI, *Il diritto romano*, cit. (1957), p. 430 ss.. Ma di recente il Biondi è pervenuto ad una ulteriore precisazione del suo pensiero sull'argomento, nella relazione presentata alla «XVII Session Internationale de la Société d'Histoire des Droits de l'Antiquité», tenutasi a Torino dal 10 al 15 settembre 1962: *Sponsio e Stipulatio*, in *BIDR*, 4 Terza serie (65 della Collezione, 1962), p. 105 ss.. L'Autore, contestata l'opinione tradizionale che vede nella *sponsio* un contratto tipico, ricostruisce l'antico istituto come un contratto unilaterale obbligatorio, atipico, che nasce dall'accordo delle volontà (p. 110); cioè egli ritiene che la *sponsio* nella sua intima sostanza altro non sia «che accordo di volontà intorno ad un determinato obbietto giuridico, risultante dall'incontro tra offerta ed accettazione. Se per poco — continua il Biondi — la sfrondiamo dalla oralità e dalla sacramentalità indefettibile del verbo *spondere*, che aveva la sua ragione di essere ma tramonta nella *stipulatio*, in quell'arcaico atto troviamo lo schema del contratto moderno. L'interrogazione *Spondes?* importa in sostanza offerta, come la risposta *Spondeo* importa accettazione. Se prescindiamo dal valore arcano del verbo *spondere*, che aveva la sua giustificazione, lo schema della *sponsio* si riduce a quello contrattuale moderno, cioè, Vuoi? Voglio. Qualunque contratto, per quanto complicato si riduce a tale schema» (p. 111). Nel rilevare poi come la *sponsio* si sia venuta storicamente a sostituire al «rozzo e barbaro *nexum*», segnando così «una nuova éra» (p. 113), il Biondi afferma che la *stipulatio* seguì storicamente alla *sponsio*, presentando la medesima struttura, ma con una diversa impostazione e

Qui ci interessa porre in rilievo come sia venuto lentamente a sparire questo istituto, la cui decadenza progressiva ha dovuto necessariamente aprire la via ad una fase nuova dei rapporti obbligatori. Ed è appunto questa fase nuova, che ci pone il problema del come i Romani abbiano affrontato le grosse questioni nascenti dallo inadempimento della obbligazione, nel tentativo di superare la concezione tutta primitiva dell'asservimento del corpo del debitore con un principio diverso fondato su basi più razionali ed umane.

In questo lento e duro cammino verso una graduale

sfera di applicazione (p. 121), «determinando una incessante emersione della volontà dai *verba*» (p. 113).

Infine, va ricordata in questa nota l'originale impostazione dei rapporti tra *sponsio* e *stipulatio* fatta dall'ARANGIO-RUIZ nello scritto *Sponsio e Stipulatio nella terminologia romana*, inserito in *BIDR*, 4 (1962) p. 193 ss. Ponendo a base della sua indagine i formulari degli atti giuridici, l'Autore, attraverso l'esame terminologico dei verbi *spondere* e *stipulari* e dei sostantivi corrispondenti, perviene al risultato che alla dottrina tradizionale, la quale vede nella *sponsio* e nella *stipulatio* due diverse formulazioni storiche della *verborum obligatio*, debba sostituirsi una concezione nuova secondo cui *sponsio* e *stipulatio* starebbero ad indicare rispettivamente la interrogazione del creditore e la risposta del debitore. Non due istituti diversi, dunque, ma piuttosto due aspetti o meglio due parti del medesimo schema negoziale dell'unico istituto della *verborum obligatio*. Il ragionamento su cui si basa l'Arangio-Ruiz per pervenire alle suddette conclusioni è il seguente: posto (in base all'insegnamento dei *negotia*) che il verbo *stipulari* indica l'interrogazione del creditore ed il verbo *spondere* «uno di quelli (certo originariamente l'unico), che il creditore suggeriva nell'interrogazione stessa ed il debitore ripeteva rispondendo» (p. 194) è da ritenere «che i sostantivi ricavati dai due verbi abbiano avuto, almeno in partenza, il significato corrispondente a quello dei verbi stessi, e che pertanto si sia chiamata *stipulatio* la frase del creditore interrogante (o la pronuncia di essa) e *sponsio* la parola del debitore rispondente (o la sua pronuncia)» (p. 195).

umanizzazione del diritto arcaico per forme di vita più temperate ed aperte al progresso civile degli uomini si inserisce la tradizione della *lex Poetelia* del 321 circa, il cui contenuto ci viene riferito da Livio⁽⁵⁾. Con questa legge si sarebbe cioè abolita la detenzione per debiti, con lo sciogliere i *nexi* esistenti e con l'impedirne per l'avvenire: il principio giustificativo sarebbe stato che la responsabilità per i mutui contratti dovesse ricadere non già sul corpo del debitore, ma sul suo patrimonio. Anche se questa tradizione è poco credibile, perché il *nexum* non venne totalmente abolito, tuttavia dobbiamo accettare il fatto che la legge Petelia costituì il principio di una graduale mitigazione della inumana procedura per debiti⁽⁶⁾.

Così le basi del problema dell'inadempimento della obbligazione si vengono spostando a mano a mano che dall'età più arcaica ci si avvia verso tempi più maturi: l'asser-

(5) LIVIO, a. U. C., VIII, 28: *Eo anno plebei romanae velut aliud initium libertatis factum est quod nexi desierunt: iussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut nervo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset, ita nexi soluti, cautumque in posterum, ne necterentur.* Cfr. VARRONE, *de lingua latina*, 7, 105: *Liber, qui suas operas in servitule pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur ut ab aere alieno obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret; et omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti.* Per la interpretazione di questo difficile passo vedi la fine analisi del compianto A. BERGER, *Bonam copiam iurare*, in *Studi Arangio-Ruiz*, II (Napoli, 1953), p. 117 ss.

(6) E' da tenere inoltre presente che al tempo di Livio esiste la *cessio bonorum*, introdotta da una *lex Iulia*, forse di Augusto (17 a. C.), secondo cui il debitore può evitare il rigore dell'esecuzione per debiti, mediante la cessione di tutti i suoi beni ai creditori, evitando in tal modo anche l'infamia. Gai III, 78: *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum...item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt.*

vimento della persona del debitore cede dinanzi alla concezione che la persona del debitore, pur obbligato, debba essere tutelata e, in ogni caso, esposta a conseguenze meno drastiche e feroci rispetto a vetuste consuetudini scaturenti da una mentalità primitiva.

Nel campo dei rapporti privati, il cammino fu necessariamente lento, perché il progresso compiuto fu il frutto di una interiore maturazione spirituale, che andava portando luce ed ordine in un campo oscuro e nebuloso. E forse non andiamo errati se affermiamo che la legge Petelia costituì una pietra miliare in questo faticoso cammino verso la civiltà, allo stesso modo come, nel campo del diritto pubblico, la *lex Valeria Horatia de provocatione* del 509 a. C. fu la solenne affermazione del principio della garentia e della sicurezza della vita del *civis* dinanzi agli eventuali ma facili soprusi del pubblico potere.

Questo cammino ci viene indicato anche dalla serie numerosa delle *leges fenebres*, riguardanti le usure sui prestiti concessi ai poveri: sicchè ben a ragione il compianto Maestro L. Wenger ha potuto affermare che il diritto si sviluppa in una linea di protezione del debitore⁽⁷⁾, o come dice il De Martino, che l'ordinamento romano rappresenta un sanguine equilibrio tra gli opposti interessi⁽⁸⁾.

2. — RAGIONI STORICHE DELLA GENESI DELLA MORA DEBITORIS.

Da questa rapida premessa nasce il problema della genesi e dello sviluppo della dottrina della mora nel diritto

(7) L. WENGER, *Procedura civile romana*, trad. ital. di R. ORESTANO (Milano, 1938), p. 237.

(8) F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto privato romano*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 16 (1941), p. 45 (estratto).

romano. Non v'ha dubbio che il concetto di mora non poteva sorgere in una età arcaica, in cui gli uomini avevano dei rapporti umani una concezione grossolana e materialistica. Su questo punto il Cuq (9) ci offre questa felice intuizione: « Cette notion s'est introduite à une époque où l'on commençait à user d'indulgence envers les débiteurs ».

L'intuizione del Cuq è ripresa dal Montel, il quale afferma giustamente che nelle origini i debitori non potevano appellarsi ad alcun senso di benevolenza da parte dei loro creditori, che diventavano facilmente arbitri della loro vita e della loro fortuna (10).

Il mancato adempimento sortiva fatalmente un unico effetto: la procedura esecutiva sulla persona del debitore,

(9) E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains* (Paris, 1904), p. 569.

(10) A. MONTEL, *La mora del debitore. Requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano* (Padova, 1930), p. 12. « Soltanto in epoca più recente — scrive il Montel — si comprese che il ritardo in sé non presuppone necessariamente la colpa dell'obbligato e si cominciò a distinguere tra ritardo e ritardo, in relazione alla causa che lo ha determinato, stabilendo che dell'uno il debitore debba sopportare le conseguenze, dell'altro no ».

« E' probabile — egli prosegue — che in un periodo più antico il debitore debba rispondere non solo del ritardo da lui causato, ma in genere di tutti quelli che non hanno la loro origine nel fatto del creditore. Infatti egli si è impegnato ad eseguire il suo obbligo ad una data scadenza, il ritardo è la violazione della sua promessa ed egli ne deve subire le conseguenze. Col tempo a questo principio si introducono dei temperamenti e si comincia con lo escludere dalla responsabilità del debitore gli eventi naturali, che abbiano reso impossibile la prestazione tempestiva, più tardi ad essi si equiparano altri avvenimenti che presentano le stesse caratteristiche di inevitabilità ed imprevedibilità (invasione del nemico etc.). Finchè, al termine dell'evoluzione, si arriva a limitare la mora ai casi in cui la prestazione tempestiva è ancora possibile oppure è resa impossibile dal fatto o dalla colpa del debitore ».

senza che vi fosse luogo a distinguere fra caso e caso, fra inadempimento assoluto e semplice ritardo.

Il sorgere del concetto di mora, quale inadempimento *pro tempore*, costituisce già di per sé una grande conquista nella storia della dottrina della responsabilità: pietra miliare posta a tutela del debitore al quale viene risparmiata, sia pure temporaneamente, la rigorosa procedura per debiti.

Esaminata sotto questo angolo visuale, la mora può quindi riguardarsi come la manifestazione di un principio di tutela personale, come un contemperamento dell'asprezza determinata da opposti interessi, come un rimedio opposto alla *saevitia creditorum*.

Ed invero, di fronte al non adempimento, non è affatto e sempre agevole discernere, nella realtà, l'inadempimento dal semplice ritardo. Indagine difficile questa, la cui soluzione, data la relatività dei giudizi umani, può solo farsi *a posteriori*, in seguito all'esame del comportamento dell'obbligato, e giammai *a priori*.

Questa fu la valida ragione che determinò il sorgere della *mora debitoris*, e che guidò la giurisprudenza (repubblicana e classica) nella proficua opera di elaborazione della casistica, offerta dalla realtà sociale, come è facile desumere dal celebre passo D. 45, 1, 91, 3, tratto dall'opera di Paolo ad *Plautium*.

Dalla fine della seconda guerra punica, cioè dall'età di Catone il Censore, alla fine della Repubblica, si hanno sviluppi della dottrina che sono del più alto interesse, anche in relazione al successivo svolgimento dell'età classica, durante la quale si maturano idee e principi risalenti a giuristi repubblicani.

Avviatasì per tale strada, la giurisprudenza, attraverso un cammino lento ma graduale, raggiunse risultati, che costituiscono successive tappe verso quella che ho definito già la progressiva umanizzazione dei rapporti obbligatori con contenuto patrimoniale.

Nei capitoli che seguono passeremo in rassegna la interessante problematica, che i giuristi romani vennero maturando con incomparabile tecnica e con eccezionale spirito di penetrazione.

3. — DISTINZIONE TRA *MORA DEBITORIS* E *MORA CREDITORIS*.

Nella loro attività di interpretazione, valutazione e discriminazione dei fenomeni giuridico-sociali, connessi al delicato problema della responsabilità, i giureconsulti — sin dall'età catoniana — pervennero, anzitutto, alla fondamentale distinzione fra *mora debitoris* e *mora creditoris*, che doveva rimanere una pietra basilare nella storia della evoluzione giuridica successiva. La distinzione costituisce una significativa testimonianza del grado di maturazione, raggiunto dall'ermeneutica repubblicana nel settore della responsabilità contrattuale.

A documentare la chiarezza della discriminazione può essere addotta la stessa terminologia, usata dai giuristi dell'età repubblicana⁽¹¹⁾: *per debitorem stare... quominus det*, indicante la *mora debitoris* o *debendi*; *per creditorem stare.... quominus accipiat*, indicante la *mora creditoris* o *accipiendi*.

E' oltremodo evidente la *ratio* della distinzione, che si riverbera, altresì, in una chiara individuazione dell'indole e della funzione della *obligatio*: questa costituisce un vincolo

(11) Un esame approfondito e riccamente documentato del problema terminologico, specie in relazione alla *mora debitoris*, si trova in A. PERNICE, *Labeo*, II, 2 (ed. II, Halle 1900), p. 18 ss. Nel linguaggio dei giuristi repubblicani il termine *mora* non ha ancora assunto un esclusivo significato tecnico; essi adoperarono la circonlocuzione *stare per aliquem...quo minus* per indicare su chi dovessero ricadere le conseguenze del ritardo nell'adempimento dell'obbligo assunto.

di carattere temporaneo, essendo destinato a dissolversi per sua intrinseca natura. Il debitore è tenuto ad adempire, ma nel contempo acquista il diritto di essere liberato, poichè il vincolo obbligatorio costituisce pur sempre — il rilievo è valido anche per il nostro diritto moderno⁽¹²⁾ — una limitazione alla propria libertà di azione. E se l'obbligo di adempire entro il tempo dovuto viene garantito con l'istituto della *mora debitoris*, che determina un aggravamento della responsabilità del debitore, che ritardi ad adempire⁽¹³⁾, il diritto del debitore ad essere liberato dal vin-

(12) Vedi BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I (Milano, 1953), p. 62; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III (Milano, 1959), p. 455.

(13) La *mora debendi*, sotto il profilo già delineato, costituisce una delle possibili forme di inadempimento. Le altre sono individuabili in relazione ai requisiti richiesti per l'esatto adempimento. Ad ogni violazione di un requisito corrisponde una forma di inadempimento. I requisiti, di cui si parla, sono rapportabili all'oggetto, al luogo, al tempo. Riguardo al primo punto vige il principio che è obbligo del debitore di dare o fare esattamente ciò che forma oggetto della sua obbligazione; il debitore non può pretendere che il creditore, contro la sua volontà, accetti un'altra prestazione ovvero una prestazione parziale: *aliud pro alio invito creditoris solvi non potest* (D. 12, 1, 2, 1).

Riguardo al secondo punto, il *locus solutionis*, vige la regola generale che se il luogo è determinato dalle parti o dalla natura stessa della prestazione, il debitore non ha diritto di eseguirla altrove.

Riguardo al terzo punto, il tempo dell'esecuzione dell'obbligazione, vige il principio che il debitore deve eseguire la sua prestazione nel termine stabilito e così il creditore ha diritto di chiedere tale esecuzione *quando dies venit*. Nel caso che il debitore colposamente non adempie a tempo debito la sua prestazione, egli cade in *mora* (*mora debitoris* o *mora in solvendo*). Riguardo alla distinzione romana tra *dies cedens* e *dies veniens* cfr. D. 50, 16, 213 pr.: *Cedere diem significat incipere deberi pecuniam: venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit*.

colo viene garantito con l'obbligo di cooperazione imposto al creditore, la cui violazione determina la *mora accipiendi*.

Su questa direttiva principale si pose la giurisprudenza romana, pervenendo alla fine del primo secolo a. C. ad una prima individuazione dei requisiti, dei caratteri, degli effetti e della distinzione dei due istituti.

Anticipando risultati, che saranno sviluppati attraverso l'esame esegetico delle fonti, riteniamo opportuno sin d'ora accennare a due punti, necessari e sufficienti a dare una prima impostazione della questione della mora, complessivamente considerata, alla fine dell'età repubblicana. Intendiamo riferirci ai requisiti ed agli effetti della *mora debitoris* e della *mora creditoris*.

I requisiti della *mora debitoris* (¹⁴), desumibili dalle fonti, sono: 1) l'esistenza di una obbligazione; 2) la scadenza della stessa; 3) la imputabilità del ritardo.

Il primo requisito riposa sulla esistenza di un vincolo obbligatorio rispetto al quale sia configurabile il ritardo. Viene esclusa evidentemente l'obbligazione di *non fare*, perché in tal caso è proprio il *fare* che costituisce inadempimento assoluto.

Il secondo requisito (scadenza) nasce col nascere del concetto stesso di mora, come ritardo nello adempire una obbligazione scaduta, come avremo occasione di rilevare nella parte esegetica.

Il terzo requisito presenta indubbiamente un aspetto più delicato ed interessante, sia per il notevole dibattito di idee, cui ha dato luogo, sia per la complessità della questione dei limiti soggettivi della responsabilità. Il tema sarà affrontato, nelle sue implicazioni, allorchè ci occuperemo del celebre frammento D. 45, 1, 91, 3, ma per il momento occorre risalire alla *ratio* storica, che diede luogo al sorgere di questo essen-

ziale requisito. Il momento decisivo della sua genesi risale, infatti, al periodo in cui, ubbidendo ad una esigenza della coscienza sociale, si cominciò a distinguere tra ritardo e ritardo, riportando al debitore solo quello che gli appartenesse psicologicamente e sollevandolo da quello causato da forza maggiore o caso fortuito (eventi naturali, invasione del nemico, fatto del terzo).

Alla fine della repubblica, la formulazione della mora, come ritardo colpevole, fu consacrata nella celebre massima dei *Veteres*: *quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*. La *regula*, che ha formato oggetto di un apposito studio del Gradenwitz (¹⁵), è stata sottoposta ad una accurata indagine della dottrina romanistica per accettare se ed entro quali limiti essa possa essere stata formulata dai *Veteres*.

Tralasciando l'interessante polemica, accesi in proposito, va qui posto l'accento su un dato incontrovertibile: l'esigenza che la mora venga accertata in seguito ad una indagine soggettivistica e non meramente oggettivistica.

Fissati brevemente i requisiti della *mora debitoris*, è opportuno dare un cenno della natura del suo principale effetto, che, durante l'età repubblicana, venne rigorosamente applicato: la *perpetuatio*. Questa sta ad indicare la immutabilità o continuità del vincolo dopo la mora, ovvero, in altre parole, l'aggravamento della responsabilità del debitore, che si estrinseca nella sopportazione del rischio dell'eventuale perimento fortuito. Il problema della *perpetuatio*, che è stato oggetto di una sottile analisi da parte della critica più recente (¹⁶), sarà affrontato nel corso di questo studio.

(¹⁴) O. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*, in *ZSS* (1913), p. 255 ss.

(¹⁶) H. NIEDERMAYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus*, in *Festschrift F. Schulz*, vol. I (Weimar, 1951), p. 399 ss.; MAYER-MALY, *Perpetuatio obligationis: D. 45, 1, 91*, in *IVRA*, 7 (1956), p. 17 ss.

(¹⁴) Vedi MONTEL, o. c., p. 15 ss.

Qui ci limitiamo a precisare che, per l'età repubblicana, la *perpetuatio* ha effetti rigorosi: il debitore ne sopporta le conseguenze, anche se il danno del creditore non sia causato direttamente dalla *mora debendi* (¹⁷).

La *mora creditoris*, quale violazione dell'obbligo di cooperazione, si verifica ogni qualvolta l'adempimento non sia possibile per una circostanza che attenga alla sfera del creditore (¹⁸). Da questa nozione, aderente allo spirito delle fonti repubblicane, è possibile enucleare i seguenti requisiti: 1) l'offerta esatta del debitore; 2) una circostanza ricadente nella sfera del creditore e determinante l'impossibilità dell'adempimento. Come si vede, non ricorre fra i requisiti della *mora creditoris* l'imputabilità. La questione dell'elemento soggettivo è stata ampiamente discussa in dottrina, che si è divisa tra sostenitori e negatori della colpa del creditore.

Riteniamo che nella concezione dei giuristi romani del periodo repubblicano la *mora creditoris* fosse comprensiva di ogni circostanza interessante la sfera del creditore, compresa la semplice assenza.

Il motivo di questa rigorosa concezione trova la sua storica e logica giustificazione nella mancanza di istituti e di rimedi idonei a garantire il creditore senza danneggiare

(¹⁷) ARNÒ, *Perpetuatio obligationis*, in *Archivio Giuridico*, 100 (1928), p. 9 (estratto) ritiene di scorgere una contrapposizione tra muciani e serviani in ordine alla *perpetuatio*. La tesi dei muciani si troverebbe, a giudizio dell'A., riassunta nella *constitutio veterum* (D. 45, 1, 91, 3), mentre la tesi dei serviani sarebbe enunciata da Ulpiano in D. 43, 24, 7, 4; ma in quest'ultimo frammento non ricorre un caso di *mora*.

(¹⁸) La nozione sopra data ci sembra la più accettabile per l'età repubblicana; non è storicamente esatta la definizione di *mora creditoris* come rifiuto della prestazione. Sul problema, di cui ci occuperemo in seguito, vedi Scuto, *La mora del creditore* (Catania, 1905), p. 4 ss.; GUARNERI-CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, in *Annali Palermo*, XI (1923), p. 163; MONTEL, o. c., p. 5.

il debitore. Si tratta di una semplicistica impostazione, ma essa è la più logica in relazione al tempo. Conseguenza saliente di tale stato di cose è il diritto del debitore di liberarsi dal vincolo con l'abbandono dell'oggetto dovuto, considerato principale e normale effetto della *mora accipiendi*. Oggi non ci spieghiamo una tale conseguenza; ma le istituzioni giuridiche sono condizionate dal tempo e, solo in relazione al tempo, acquistano una loro giustificazione logica. Come si poteva allora realizzare il diritto del debitore di sciogliersi dal vincolo, garantendo al contempo la prestazione al creditore, se il deposito era sconosciuto ed altri rimedi affini ignorati? Fu solo attraverso un lento ma graduale processo che si venne formando, fin dall'età augustea, il principio dell'attenuazione della responsabilità del debitore, dopo la *mora accipiendi*, base essenziale di una evoluzione, che doveva portare alla eliminazione dell'abbandono dell'oggetto dovuto, come mezzo di liberazione.

* * *

Quanto abbiamo sin qui detto è sufficiente per una prima impostazione della materia e per permettere di passare all'esame esegetico delle fonti, che disporremo secondo uno schema suggerito dallo stesso stato dei testi.

In primo luogo esamineremo la dottrina dei *Veteres* (D. 45, 1, 91, 3; 18, 6, 1, 4), rispettivamente sulla *mora debitoris* e sulla *mora creditoris*; nonché sulla *mora del fur* (D. 13, 1, 20). Passeremo, quindi, all'analisi delle altre attestazioni delle fonti, che ci permetteranno di integrare le cognizioni acquisite con i tre testi citati. Ultimato il lavoro esegetico, avremo un buon materiale per potere procedere alla ricostruzione di un profilo storico della dottrina della mora alla fine dell'età repubblicana.

LA DOTTRINA DEI VETERES SULLA MORA DEBITORIS
E SULLA MORA CREDITORIS

I. — ESAME DEL PRINCIPIO DEI VETERES: *QUOTIENS CULPA INTERVENIT DEBITORIS, PERPETUARI OBLIGATIONEM, CONTENUTO IN D. 45, 1, 91, 3.*

La *regula* dei *Veteres* ⁽¹⁾ ci è riferita dal giureconsulto Paolo in un celebre frammento, che riportiamo solo nella parte che qui c'interessa ⁽²⁾:

D. 45, 1, 91, 3 (Paulus 17 ad *Plautium*): *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellecum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguitur superior mora.*

⁽¹⁾ Con questa denominazione: *Veteres*, sono designati i giuristi repubblicani da parte dei giuristi classici, come possiamo vedere dalla raccolta completa dei passi, che ne ha fatto il BREMER, *Iurisprudentia antehadriana*, II, 2 (Lipsia, 1901), p. 505; cfr. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain - Les Sources* (Lyon-Paris 1915), p. 359 ss; S. RICCOPONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano* (Milano, 1949), p. 61; ID., s. v. *Iurisprudentia*, in *Novissimo Digesto Italiano*.

⁽²⁾ La seconda parte del passo sarà esaminata trattando del pensiero del giurista Celso e successivamente di Paolo.

L'interesse, suscitato da questo frammento, è dato dalle numerose e delicate questioni in esso toccate: colpa, perpetuazione, offerta, purgazione ⁽³⁾.

L'esplicazione della *regula*, in particolare, non è certo facile: lo avverte lo stesso Paolo col *quemadmodum intelligendum sit* ⁽⁴⁾, forse riferendo il pensiero di Plauzio.

In verità il problema si presenta complesso: sia dal punto di vista storico che dal punto di vista logico. Dal punto di vista storico, perchè al dubbio originario di Paolo

⁽³⁾ Il testo è stato sottoposto a critica severa. Attorno ad esso si è intessuto un vivace dialogo, specie in relazione al termine *culpa*: PERNICE, *Labeo*, II, 2, p. 132 ss.; GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*, in *ZSS*, 34 (1913), p. 259 ss.; GENZMER, *Der subjective Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen röm. Recht*, in *ZSS*, 44 (1924), p. 99 ss., 118 ss.; SIBER, *Röm. Privatrecht*, II (Berlin, 1928), p. 250; KASER, *Mora*, in *RE*, 16 p. 260 ss.; ID., *Quanti ea res est* (1935), p. 92 ss.; NIEDERMEYER, *l. c.*, p. 448 e *passim*; SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI*, 20 (1954), p. 162 e 172 ss.; KASER, *Röm. Privatrecht*, I (München, 1955), p. 428 n. 1. Tuttavia i sospetti di alterazioni, da più parti avanzati, non solo valsi, a mio modesto avviso, ad intaccare la sostanziale genuinità del pensiero giuridico in esso accolto: cfr. BOHÁČEK, *Note esegetiche*, in *Annali Palermo*, XI (1923), p. 367; GUARNERI-CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, cit. (1923), p. 230: «Per quanto il testo possa essere stato ritoccato e sicuramente interpolato nella chiusa, il suo fondo è di certo genuino ed interessante per la storia delle dottrine»; da ultimo BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano* (Roma, Anno accad. 1957-58), p. 8 ss.; p. 15. Intorno al problema della formulazione originaria della *regula*, vedi, infine, MAVER-MALY, *Perpetuatio obligationis*: D. 45, 1, 91, in *IVRA*, 7 (1956), p. 17 ss.

⁽⁴⁾ Ci sembra cosa audace dubitare della paternità della massima dei *Veteres* e del dubbio espresso dal giureconsulto Paolo: il fine legislativo dei compilatori non autorizza ad imputare loro stravaganti note storiche, prive di qualsiasi fondamento. Ci sembra piuttosto logico e aderente al metodo seguito dai giureconsulti classici il quesito proposto da Paolo, il quale ritenne opportuno precisare il valore ed il significato del principio in esame.

si aggiungono le difficoltà derivanti dal compito di accertare la stessa genuinità della testimonianza del giurista classico, nonchè le difficoltà derivanti dal connesso ed arduo compito di isolare e motivare eventuali alterazioni postclassiche e giustinianee in relazione al pensiero dei *Veteres* ed al commento di Paolo. Dal punto di vista logico, perchè la delicatezza della questione schematizzata nella *regula*, unita alla poliedricità delle sue configurazioni ed alle sue interferenze con istituti diversi, impone anzitutto un'analisi ed una chiarificazione dei problemi toccati da Paolo nel riferire e nell'illustrare la *regula* dei *Veteres*.

Al fine di potere pervenire ad una attendibile interpretazione della massima si rende necessario e pregiudiziale l'esame di due questioni: 1) precisazione del significato di *culpa* nella formulazione dei *Veteres*; 2) relazione col *perpetuari*⁽⁵⁾.

Il primo punto costringe ad approfondire la delicata e complessa materia della responsabilità contrattuale. In tale problema due dottrine si contendono il campo. La prima (obiettiva) considera responsabile il debitore, allorchè l'adempimento sia divenuto definitivamente o temporaneamente impossibile per un fatto *fisicamente* proprio di costui, a prescindere da ogni ricerca psicologica⁽⁶⁾; la seconda (subiettiva) richiede, perchè di responsabilità si possa parlare, la partecipazione psicologica dell'agente, cioè la riferibilità del fatto a titolo di *dolo* o *colpa*⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Sui vari significati del termine *perpetuari* nelle Pandette, vedi PERNICE, *Labeo*, II, 2, p. 108 n. 4; GRADENWITZ, *l. c.*, p. 255 ss.

⁽⁶⁾ ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (Napoli, 1958, ristampa della II ed.); SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI*, 20 (1954), p. 166.

⁽⁷⁾ Vedi soprattutto GENZMER, *Der Subjective Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen röm. Recht*, in *ZSS*, 44 (1924), p. 86 ss.; MONTEL, *op. cit.*, p. 159 ss. (con ampia letteratura sulla teoria obiettiva e subiettiva); BETTI, *Diritto romano*, I (Padova, 1935), p. 422 ss.; *Imputabilità*, cit. p. 8 ss.

Ed ecco il problema: che cosa deve intendersi per colpa? Il termine nella dogmatica moderna sta ad indicare uno dei criteri attorno ai quali si articola la responsabilità contrattuale, accanto al dolo. Mentre quest'ultimo implica la prava volontà, la colpa implica semplicemente negligenza, imprudenza.

Ora è raffigurabile tale binomio « dolo-colpa » in diritto romano? Alcuni escludono che di colpa in senso tecnico possa parlarsi nell'ambito del diritto classico, che avrebbe conosciuto, invece, una diversa accezione più lata: quella di nesso causale fra il fatto volontario ed il danno prodotto.

Per potere risolvere la questione della accezione del termine *culpa*, riteniamo opportuno notare quanto segue. Nel testo Paolo rileva che, secondo i *Veteres*, ogni qualvolta interviene la colpa del debitore, la obbligazione si perpetua, e quindi passa ad esaminare la ipotesi dell'inadempimento e successivamente quella della mora.

L'accostamento dei due casi, dell'inadempimento assoluto e della mora, fatto dal giurista dell'età dei Severi per esplicare il tenore ed il contenuto della massima, appare ottremodo logico e necessario ove si consideri lo scopo e la natura della *obligatio*: questa mira ad assicurare la prestazione al creditore. Ma perchè l'adempimento sia possibile è necessario che sia altresì possibile la prestazione. Sicchè, qualora si verifichi una impossibilità della prestazione, il normale adempimento non potrà più essere realizzato. Ma il vincolo obbligatorio è, per sua natura, essenzialmente temporaneo: quale deve, in conseguenza, essere il futuro destino dell'obbligazione? E qui cade acconci distingue fra le diverse ipotesi della impossibilità della prestazione: impossibilità assoluta ed impossibilità temporanea; impossibilità (temporanea od assoluta) dovuta ad un contegno volontario dell'obbligato ovvero non volontario.

La necessaria discriminazione fra le suindicate possibili ipotesi dovette, verosimilmente, essere considerata anche dai

Veteres, che avranno notato come non sempre la impossibilità della prestazione possa considerarsi quale causa di estinzione del rapporto obbligatorio. Il vincolo giuridico infatti — secondo il loro punto di vista, messo il rilievo dallo stesso Paolo — non viene meno, ma piuttosto perdura (perpetuazione), malgrado l'impossibilità, in due ipotesi: nel caso d'impossibilità, determinata da un contegno volontario del debitore (*effecerit quominus etc.*) prima della sua costituzione in mora, e nel caso d'impossibilità, anche oggettiva, verificatasi subito dopo un ritardo volontario del debitore⁽⁸⁾.

Tenendo presente il fattore storico riteniamo, per le considerazioni sopra fatte, che in D. 45, 1, 91, 3 il termine *culpa* stia a significare, genericamente, comportamento volontario⁽⁹⁾, mentre il termine *perpetuatio* indica semplicemente mancata liberazione dall'obbligazione. La massima formulata dai *Veteres* suonerebbe, pertanto, così: ogni qualvolta interviene un comportamento volontario del debitore nello inadempimento assoluto o *pro-tempore*, questi non è liberato dall'obbligazione.

In base a questa interpretazione appare logico il richiamo all'adempimento ed il successivo dubbio relativo alla

⁽⁸⁾ Per questi motivi riteniamo non accettabile la identificazione *culpa* = *mora*, fatta dall'ARNÒ, *op. cit.*, p. 4 (estratto): «nessunissima differenza, egli sostiene, di fronte alla *constitutio mucianorum*, è a farsi tra le due massime: a) *culpa debitoris perpetuatur obligatio*; b) *mora perpetuatur obligatio*. Il solo fatto della mora, in sè considerata, colpisce il debitore con la responsabilità del fortuito». La *culpa*, nel senso sopra delineato, è invero, solo un requisito della mora, come del resto lo è pure della impossibilità assoluta imputabile al debitore.

⁽⁹⁾ Vedi BETTI, *Imputabilità*, cit., p. 16. La dottrina romistica ammette che *culpa*, genericamente, indichi la volontarietà del comportamento con una accezione comprensiva del dolo e della colpa in senso stretto; cfr. VOLTERRA, *Istituzioni*, p. 127; GUARINO, *Diritto privato romano* (Napoli, 1963), p. 580.

mora. Infatti, se il principio, come osserva Paolo, è evidente per il caso dell'inadempimento causato dal debitore, non lo è altrettanto per il caso della mora seguita dall'offerta dell'adempimento⁽¹⁰⁾. L'offerta, invero, contrasta con la volontarietà: vedremo in seguito come il problema della *purgatio* venga considerato una *quaestio de bono et aequo*, da risolvere, come tale, caso per caso (Celso).

Attribuire un significato tecnico — nel senso giustinianeo o moderno di prevedibile non previsto, di negligenza, d'imperizia, d'imprudenza — al termine *culpa*, anzichè il significato generico di comportamento volontario, equivarrebbe a non volere tener conto del fattore storico e della evoluzione dei termini e dei concetti giuridici.

Culpa come comportamento volontario sta, in definitiva, a qualificare la responsabilità del debitore, articolandola non già attorno al criterio del *factum debitoris*, materialisticamente considerato, ma attorno ad un criterio soggettivistico del suo comportamento⁽¹¹⁾.

Sulla base di tali considerazioni si può concludere affermando che, nella mora, i giuristi romani, sin dagli antichi *Veteres*, richiedevano per la imputabilità del comportamento un fattore psicologico, che implicasse anzitutto la *scientia* della obbligazione da parte del debitore⁽¹²⁾. A que-

⁽¹⁰⁾ NIEDERMEYER, *l. c.*, p. 406 n. 1; MAYER-MALY, *Perpetuatio obligationis*: D. 45, 1, 91, in *IVRA*, 7 (1956), p. 18.

⁽¹¹⁾ Contra cfr. SARGENTI, *op. cit.*, p. 171, il quale così si esprime: «In definitiva questo principio, per cui il *dari oportere* permane e può essere fatto valere in giudizio sempre che e solo quando la cosa oggetto della prestazione sia perita per fatto del debitore, domina la giurisprudenza classica dai *Veteres* agli ultimi grandi giuristi dell'età dei Severi».

⁽¹²⁾ Vedi MONTEL, *op. cit.* (cap. VIII e IX *passim*). A sostegno della imputabilità come espressione dell'elemento soggettivo, il BETTI (*Imputabilità*, p. 16) adduce gli esempi dell'elemento morale negli istituti del matrimonio e del possesso, nonché il signi-

ste note, che discendono dall'esame esegetico del testo, è qui opportuno far seguire l'acuta osservazione del Betti, il quale, nel porre in rilievo « il significato originario della espressione *culpa* », afferma « che esso risulta un'ulteriore applicazione di un orientamento intellettuale dei giuristi repubblicani nella valutazione da essi fatta di situazioni sociali e di comportamenti giuridicamente rilevanti » (13).

Solo nella valutazione degli effetti della mora, come vedremo, i giuristi classici si allontanarono dai principi fissati dai *Veteres*.

2. — LA REGOLA DEI *VETERES* IN ORDINE ALLA MORA DEL CREDITORE: D. 18, 6, 1, 4.

Il testo, in cui viene esposta la dottrina dei *Veteres* sul problema in esame, è tratto dall'opera di Ulpiano *ad Sabinum*:

D. 18, 6, 1, 4 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Si doliare vinum emeris, nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur, quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emptori perierit.*

Ulpiano riferisce un principio formulato dai *Veteres*, in ordine alla compra-vendita del vino, ma ovviamente suscettibile di estensione analogica ad ogni ipotesi di rapporto obbligatorio, rispondente ai requisiti enunciati nella regola elaborata dai *Veteres*: liberazione del venditore-debitore da ogni

ficato soggettivo del termine *iniuria* nella responsabilità extracontrattuale.

(13) BETTI, o. c., p. 16.

responsabilità, in seguito alla *mora creditoris*, nel caso in cui il persistere di una forma, sia pure attenuata dal vincolo, arrecherebbe un pregiudizio al suo patrimonio.

Il testo nella sostanza è genuino (14). La fattispecie giuridica è la seguente: un contratto di compra di vino, facente parte di una quantità contenuta in una botte, viene concluso dalle parti senza che nulla venga stabilito circa il giorno della consegna. Elemento, questo, essenziale ai fini dell'adempimento e della eventuale responsabilità per mora.

Orbene, in mancanza, dice Ulpiano, si dovrà ritenere che il contratto sia stato concluso con la clausola, secondo la quale l'adempimento si debba fare prima della vendemmia. Ne consegue che, ove il compratore non si curi di ritirare il vino prima della vendemmia, il venditore potrà — secondo quanto sentenziarono i *Veteres* — *effundere vinum* nella misura pari a quella venduta.

Una tale interpretazione, data al contratto dai *Veteres*, è pienamente fondata ed intrinsecamente equa, ove si tenga conto della economia del tempo e dello sviluppo dei mezzi procedurali: non è giusto che il venditore sia costretto a tenere nelle proprie botti il vino, in seguito al rifiuto del creditore, considerato che il raccolto del vino costituiva il prodotto prevalente nell'economia romana, dopo le trasfor-

(14) Così concordemente hanno sostenuto HAYMANN, *Textkritische Studien zum röm. Obligationenrecht*, in ZSS, 40 (1919), p. 350; ZSS, 41 (1920), p. 113 n. 8; SECKEL-LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klass. röm. Recht*, in ZSS, 47 (1927), p. 161. Rilievi di carattere formale riguardano la mancanza del soggetto (*dolia*) dei seguenti verbi: *evacuarentur* e, poi, *quod non sint evacuata*. Lo SCHULZ (*Sabinus-Fragmente in Ulpian Sabinus Commentar* (Halle, 1906), p. 65), premette all'inizio del frammento un *ait al si doliare*, riferito a *Sabinus*, in modo da superare la difficoltà derivante della mancanza del verbo che regge la proposizione oggettiva: *id videri actum*. Da ultimo, ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in dir. rom.* (Napoli, 1958), p. 73.

mazioni agrarie successive alle guerre puniche (15). Non si poteva, invero, costringere il venditore a sostenere una spesa per nuove botti, unico possibile rimedio, mancando lo strumento del deposito. Questo istituto, sorto più tardi, sopperì all'inconveniente, rendendo possibile una più sicura garanzia del compratore, senza ingiusto depauperamento del patrimonio del venditore.

Passando all'esame dell'ultimo periodo (*Veteres...perierit*), va rilevato che l'Haymann, sia pure in forma dubitativa, l'ha considerato come il frutto di un glossema (16).

Comunque sia, non è affatto da escludere, come notano Seckel-Levy (17), che la sostanza racchiusa nella frase sia classica. Essa mira ad esplicare ciò che è già implicito nella prima parte: il venditore potrà impunemente versare una quantità di vino pari a quella venduta.

A conclusione va ribadito che si tratta di una *regula*, scaturita da un ambiente condizionato dal sistema economico e dalla povertà dei mezzi procedurali. Onde non possono essere accettate le espressioni di meraviglia del Gotofredo, che considera scherzosa la sentenza. Gotofredo non

(15) CATO, *de agricultura*, 1 ss. A questo proposito lo Scuro, *La mora del creditore* (Catania, 1905), p. 162, osserva che «l'antico diritto romano dava al debitore...un mezzo tanto contrario all'economia ed a ogni convenienza, quanto semplice, la facoltà di abbandonare l'oggetto dovuto». Ma riteniamo che il rimedio adottato, oggi per noi incomprensibile, sia stato rispondente alla mentalità ed all'ambiente economico di quel tempo.

(16) HAYMANN, in ZSS, 41 (1920), p. 103. Ma qui bisogna osservare che, per quanto l'ultima parte del frammento si presenti contorta, pure è logica la conseguenza di quell'*enim*: cioè i *Veteres* intesero per misura indicare quella parte del vino venduta, che doveva essere sottratta dalle botti a tutto danno del compratore: *Veteres enim hoc propter mensuram suaserunt...ut appareret, quantum emptori perierit.*

(17) SECKEL-LEVY, *l. c.*, p. 161.

ha, invero, visto il problema storico e non ha potuto spiegare la ragione del principio, che verrà sensibilmente attenuato nel corso dell'età classica, in seguito alla mutata situazione economica e giuridica (18). In questi termini ed entro questi limiti deve essere intesa l'efficacia liberatoria dell'abbandono e non come mezzo normale, valevole in ogni caso.

3. — LA DOTTRINA DEI *VETERES* IN MATERIA DI MORA DEL *FUR*:
D. 13, 1, 20.

La dottrina di *Veteres* sulla *mora debitoris* e sulla *mora creditoris*, sopra analizzata sulla scorta dei due celebri testi, subiva una deroga nell'ipotesi dell'obbligo di restituzione gravante sul *fur*.

Un frammento di Trifonino, inserito sotto il titolo *de condictione furtiva*, ci dà lumi al riguardo con il suo esplicito richiamo agli antichi giuristi: *Veteres voluerunt* (19).

D. 13, 1, 20 (Tryphoninus 15 disp.): *Licet fur paratus fuerit excipere condictionem et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare condictionem veteres voluerunt, quia videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.*

Che il testo non sia immune da difetti formali è stato più volte segnalato da vari autori (20): la sua sostanza, però,

(18) DIONYSIUS GOTTHOFREDUS, *ad h. l. in Corpus Iuris Civilis*, I (*Coloniae Munatianae*, 1756). Sul problema dell'abbandono della cosa dovuta, vedi Scuto, *op. cit.*, p. 162 ss.

(19) HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancient droit romain*, I (Lyon-Paris, 1915), p. 359 ss.

(20) Cfr. HUVELIN, *op. cit.*, p. 361 n. 3. Il LEVY, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitariae*, in ZSS, 36 (1915), p. 37 n. 7, consi-

specie per quel che concerne la mora, non è rimasta alterata.

Il principio formulato dai *Veteres* e riferito da Trifonino è questo: *qui primo invito domino rem contrectaverit, semper...moram facere* (21). Nel testo in discussione vi figura come motivazione della decisione: *tamen durare condictionem veteres voluerunt*.

Per la intelligenza del principio sarà opportuno l'esame della ipotesi-premessa, valutando quest'ultima in relazione ai principi che regolavano, secondo il pensiero repubblicano, rispettivamente la mora del debitore e quella del creditore.

La premessa è data dalla prontezza (*paratus*) del *fur* nell'*excipere condictionem* e dal mancato esercizio della *condictio* da parte del creditore, cui segue il perimento dell'oggetto.

Parrebbe qui, *prima facie*, raffigurabile una *mora creditoris* che, seguita dall'*interitus rei*, dovrebbe dare luogo, secondo i principi avanti analizzati, alla liberazione del debitore. Insomma, l'*iter* giuridico della fattispecie considerata nel testo dovrebbe essere il seguente: *mora creditoris*; perimento dell'oggetto; liberazione del debitore.

Senonchè i *Veteres* ritenevano (*voluerunt*) — secondo quanto c'informa Trifonino — diversamente, e precisamente considerarono l'*interitus rei* anzichè come causa di libera-

derà come inutile glossa il tratto: *in restituenda ea, quam nec debuit auferre*. L'ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciiano*, in *Annali Palermo*, XXV (1956), p. 167, n. 204, dopo avere notato la scorrettezza stilistica del frammento ed in particolare il sorprendente: *per me steterit...condicere*, con l'uso dell'infinito al posto del congiuntivo, rileva che non vi sono motivi «per dubitare della genuinità sostanziale di D. 13, 1, 20: può trattarsi di una epitome compilatoria».

(21) Secondo ALBERTARIO, *Animus furandi*, in *Studi di Diritto Romano*, III (Milano, 1936), p. 215, è genuino il tratto: *qui invito domino rem contrectaverit*.

zione, come causa di perpetuazione (*durare*) della responsabilità del ladro.

Il motivo, la ragione logica di tale decisione va ricercata nella natura stessa dell'obbligo gravante sul *fur*: costui è responsabile per atto illecito, e nei suoi confronti non sono applicabili i principi, che regolano l'obbligazione *ex contractu*. Infatti non ricorrono le ragioni che inducono a porre a carico del creditore l'obbligo di cooperazione a garanzia della liberazione dal vincolo del debitore, il quale onestamente offre l'esatta prestazione.

Il *fur* non ha alcun diritto a liberarsi dal vincolo: il suo obbligo è affetto da un vizio di origine, che ne determina l'illiceità, la quale va perseguita *sempre*, per ovvi motivi di giustizia (22). Si capisce, pertanto, come nella ipotesi del ladro, i *Veteres* non applicassero i normali criteri che valevano per ogni altro rapporto obbligatorio non avente natura illecita.

La dottrina dei *Veteres* (23) fu, quindi, suggerita da motivi di giustizia e di logica giuridica, che ne hanno determinato il successo fino ad oggi.

Concludendo, secondo il principio formulato dai *Veteres*, l'ipotesi del furto comportava la immediata costituzione

(22) Cfr. KASER, *Typisierter «Dolus» im altrömischen Recht*, in *BIDR*, 4 (1962) 3^a Serie, p. 89 ss.

(23) L'ARNÒ, *Perpetuatio obligationis*, in *Archivio Giuridico*, cit., p. 3 (estratto) considera il caso del ladro come una «mera e pretta applicazione della *mucianorum constitutio*, da lui identificata con la *constitutio veterum* di D. 45, 1, 91, 3. Ci sembra che, anzichè di applicazione della *constitutio veterum*, si debba parlare di una ipotesi diversa e specifica. Il ladro, infatti, è costituito in mora nel momento stesso in cui commette il furto. Negli altri casi, invece, il debitore è costituito in mora se non adempia entro il termine ovvero *statim*. Lo stesso *statim*, però, è — si badi bene — un momento successivo e non contestuale al sorgere dell'obbligo. La differenza è saliente e marcata.

in mora del ladro (ed ovviamente di ogni altro obbligato per illecito⁽²⁴⁾), che non beneficiava, data la specifica natura del suo obbligo, della liberazione dal vincolo disposta a favore del normale debitore, in caso di *interitus rei* (o, più generalmente, d'impossibilità della prestazione), avvenuto dopo un fatto impeditivo del creditore⁽²⁵⁾.

III

ALTRE ATTESTAZIONI DI GIURISTI REPUBBLICANI

Dopo avere esaminato le fonti, che al nome dei *Veteres*, intesi collettivamente, riferiscono un preciso pensiero sulla *mora debendi* ed *acciopiendi*, passiamo all'analisi di altri testi, che specificano il pensiero di singoli giuristi repubblicani su determinati casi particolari. Potremo così confrontare da un lato le attestazioni nuove con quelle già acquisite; integrare dall'altro i principi giuridici, sopra ricostruiti nelle linee generali, con le ulteriori precisazioni tratte o da fonti giuridiche, che riferiscono nomi e dottrine di giure-consulti repubblicani, o da fonti non giuridiche, come nel caso del *De agricultura* di Catone. Sarà, inoltre, possibile rilevare se vi siano state fra i giuristi dell'età repubblicana discordanze di vedute o se effettivamente essi si siano orientati verso criteri simili, seguendo un cammino comune, come starebbero a dimostrare i frammenti che riportano il nome dei *Veteres*. Ad ogni modo premettiamo qui che, dall'esame dei passi che seguono, cominciano ad affiorare affermazioni e principi che rivelano la personalità e individualità dei giuristi.

Seguendo un criterio ricostruttivo, per quanto possibile scrupolosamente storico, iniziamo la nostra indagine con l'esame di due passi, tratti dal *De agricultura* di Catone il Censore⁽¹⁾. Tale opera assume un particolare valore per

(24) Così MONTEL, *op. cit.*, p. 138.

(25) Vedi, da ultimo, SANFILIPPO, *Gli atti illeciti. Pena e risarcimento* (Catania, 1963), p. 68 ss., in cui l'A. tratta delle azioni reipersecutorie nel *furtum* e della relazione esistente tra la *conductio furtiva* e la *reivindicatio*.

(1) Catone (234-149 a. C.) è stato definito «il più grande e il più perfetto dei prosatori del suo tempo» (MARCHESI, *Storia della letteratura latina*, I, 3^a ed., Messina-Milano, p. 150). Uomo di va-

tre ordini di considerazioni: in primo luogo, perchè costituisce il più antico documento in prosa che ci sia pervenuto⁽²⁾; in secondo luogo, perchè oggi si può ritenere superata la barriera prima esistente tra fonti giuridiche ed extra-giuridiche⁽³⁾; in terzo luogo, perchè l'opera di Catone

sti interessi e di profonda cultura suscitò l'ammirazione di Cicerone, il quale diede di lui il seguente giudizio (*De orat.*, 3, 33, 135): *Quid enim M. Catoni praeter hanc politissimam doctrinam tramarinam atque adventiciam defuit? Num, quia ius civile didicerat, causas non dicebat? aut, quia poterat dicere, iuris scientiam neglegebat? Utroque in genere elaboravit et praestitit. Num propter hanc ex privatorum negotiis collectam gratiam tardior in re publica capessenda fuit? Nemo apud populum fortior, nemo melior senator, et idem facile optimus imperator; denique nihil in hac civitate temporibus illis sciri discive potuit, quod ille non cum investigarit et scierit tum etiam conscripserit.* Nella stessa opera di Cicerone (*De orat.*, 2, 33, 142) si trova quest'altra attestazione: *...video enim in Catonis et in Bruti libris nominatim referre, quid alieni de iure viro aut mulieri responderint.* Altri giudizi di scrittori latini, che esaltano la figura di Catone come eminente giurista, si rinvengono in: Cornelio Nepote, *Cato*, 3: *In omnibus rebus singulari fuit industria; nam et agricola sollers et peritus iuris consultus et magnus imperator et probabilis orator et cupidissimus litterarum fuit.* Livio, *ab U. c.* 39, 40, 4: *Ad summos honores alios scientia iuris, alios eloquentia, alios gloria militaris provexit: huic versatile ingenium sic pariter ad omnia fuit ut natum ad id unum diceret, quodcumque ageret: ...si ius consuleres, peritissimus.* Quintiliano, XII, 11, 23: *M. igitur Cato summus imperator, idem sapiens, idem orator, idem historiae conditor, idem iuris, idem rerum rusticarum peritissimus fuit.* Per una sintesi complessiva della personalità di Catone, vedi le belle pagine di E. BIGNONE, *Storia della letteratura latina*, II (Firenze, 1945), p. 3 ss.; D. KIENAST, *Cato der Zensor-Seine Persönlichkeit und seine Zeit* (Heidelberg, 1954).

(2) R. HELM, in *Pauly Wissowa*, XXII, 1, p. 147: «Das erhaltenen Werk de agricultura, die älteste römische Prosaschrift, die wir besitzen». Cfr. BIGNONE, *op. cit.*, p. 21.

(3) Su tutta questa problematica vedi, da ultimo, le interessanti considerazioni dell'ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (Torino, 1961), p. 624 ss.

riassume l'esperienza sociale, economica e giuridica del suo tempo e dei tempi immediatamente precedenti⁽⁴⁾.

Del resto, Cicerone definisce Catone «*iuris civilis omnium peritissimus*»⁽⁵⁾; Pomponio afferma che della sua attività di giurista «*libri extant*» (D. I, 2, 2, 38); mentre dubbio resta se attribuire a Catone il Censore o al figlio Catone Liciniano⁽⁶⁾ i *Commentarii iuris civilis*, ricordati da Festo⁽⁷⁾ e se l'opera, costituita da almeno quindici libri e ricordata da Paolo⁽⁸⁾, sia da identificare o meno con i suddetti *Commentarii*⁽⁹⁾.

(4) Lo SCHULZ, nel capitolo dedicato alla letteratura del periodo ellenistico della sua *History of roman legal science* (Oxford, 1953), p. 90, rileva come i formulari contenuti nel *De agricultura* di Catone provengano da una raccolta di un autore che noi non conosciamo e che forse era anonimo.

(5) Cic., *De orat.* I, 37, 171: *Quid vero ille M. Cato? Nonne et eloquentia tanta fuit, quantam illa tempora atque illa aetas in hac civitate ecferre maximam potuit, et iuris civilis omnium peritissimus?* Verecundius hac de re iam dudum loquor, quod adest vir in dicendo summus, quem ego unum oratorem maxime admiror; sed tamen idem hoc semper ius civile contempsit.

(6) Gellio, *Noct. act.*, 13, 20, 9, attesta che Catone Liciniano scrisse «*egregios de iuris disciplina libros*».

(7) Festo, *s. v. Mundus* (144, 18 ed. LINDSAY): *qui quid ita dicatur sic refert Cato in commentariis iuris civilis.* Il BREMER, *Iurisprud. antehadr.*, *Pars prior* (Lipsiae, 1896), p. 18, attribuisce a Catone Liciniano la paternità dei *Commentarii*, che invece JÖRS, *Röm. Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* (Berlin, 1888), p. 278, aveva ritenuto di attribuire, con verisimile probabilità, a Catone il Censore.

(8) D. 45, 17, 4, 1 (Paul. 12 ad Sab.): *Cato libro quinto decimo scribit.*

(9) Cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, pp. 125-6; DE FRANCISCIS, *Sintesi storica del diritto romano* (Roma, 1962), p. 221, ritiene che i *Commentarii* siano da tenere distinti da altra opera in almeno quindici libri; ed attribuisce entrambi le opere a Catone Liciniano; GUARINO, *Storia del dir. rom.* (3^a ed., Milano, 1963), p. 288,

I. — CATONE IL CENSORE

Una conferma preziosa del principio consacrato dai *Veteres*, e riferito da Ulpiano nel frammento già esaminato (D. 18, 6, 1, 4), possiamo riscontrare in un passo tratto dal *De agricultura* di Catone il Censore. E' questo un esempio inequivocabile del valore delle fonti extragiuridiche per il controllo ed il riesame delle doctrine, che ci pervengono dalle fonti giuridiche.

Catone, *De agricultura*, 147⁽¹⁰⁾: *Hac lege vinum pendens venire oportet. vinaceos inlutos et faecem relinquito. locus ad K. Octob. primas dabitur. si non ante [ea] exportaverit, dominus vino quid volet faciet. cetera lex, quae oleae pendenti.*

E' necessario qui subito premettere che questo cap. 147 fa parte di un gruppo di capitoli (146-150), concernenti formulari agrari, che hanno richiamato la particolare attenzione dei romanisti: vendita delle olive pendenti, vendita dell'uva pendente, vendita del vino nelle botti, vendita del pascolo, vendita dei frutti del gregge⁽¹¹⁾. Tali formulari

avanza invece l'ipotesi che Catone Liciniano abbia scritto un commentario *iuris civilis* di almeno 15 libri.

⁽¹⁰⁾ Ed. Teubneri, Lipsiae, 1962: *recensuit ANTONIUS MAZZARINO.*

⁽¹¹⁾ Sull'origine e la natura di questi schemi contrattuali, nonché sul connesso problema del sorgere del contratto consensuale di compravendita, la più recente letteratura romanistica si è venuta arricchendo di preziosi contributi: sino al 1954 una esposizione critica dello stato della dottrina è stata fatta dall'ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano* (Napoli, 1954), p. 75 ss.; M. TALAMANCA, *Contributi allo studio della vendita all'asta nel dir. rom.*, in *Atti Accad. Naz. dei Lincei*, Ser. VIII, vol. VI, 2 (Roma, 1954), p. 105 ss.; U. v. LÜSTROW, *Catos leges venditioni et locationi dictae*, in *Symbolae R. Taubenschlag dedicatae*, III, (Warszaw, 1957), p. 254

contengono le principali norme cui il proprietario deve attenersi nella compilazione dei capitolati relativi alle vendite all'incanto (*auctiones*).

Nel passo in esame (147), Catone riferisce la norma che regolava la vendita dell'uva pendente, riportando una clausola concernente il termine nel trasporto del *vinum*, che si soleva apporre ai contratti relativi. In base a siffatta clausola, il ritardo nel trasporto da parte del compratore, legittimava il venditore a fare del *vinum* ciò che gli fosse piaciuto: *si non ante [ea] exportaverit, dominus vino quid volet faciet.*

Si è visto come una così indiscriminata facoltà di liberazione dalla obbligazione poggiava, nell'antico diritto romano, sul principio, forse risalente alle XII Tavole, che ammetteva l'abbandono della cosa dovuta dopo la mora del creditore. Principio del tutto conforme al rigore dell'antico *ius civile*, cui non poteva non essere estranea una valutazione più matura della dinamica e del giusto equilibrio dei rapporti umani⁽¹²⁾.

ss.; F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel dir. rom.* (Milano, 1963), p. 75.

⁽¹²⁾ Si è notato precedentemente come la facoltà concessa al venditore di *effundere vinum*, ove il compratore non si fosse preoccupato di ritirarlo a tempo debito, sia stata giudicata incomprensibile e addirittura strana dal Gotofredo. Ma se poniamo a confronto questo principio arcaico con altri, che rinveniamo nella stessa opera di Catone, ciò che appare strano o inutile trova la sua spiegazione in quel carattere «arido e spietato» (cfr. BIGNONE, o. c., p. 26) che pervade il *De agricultura*. Una riprova di quanto si è detto, si ha in quest'altro passo (2, 1 ss.), in cui Catone scrive: «Quando gli schiavi erano stati malati, non occorreva dare loro tanto di cibo... Venda l'olio, se fa prezzo, il vino, il frumento quanto ne sovrabbondi, i vecchi buoi, i vitelli e gli agnelli tolti alla poppa, la lana, le pelli, il vecchio carro, i vecchi ferramenti, il vecchio schiavo, lo schiavo ammalato; e tutto che ancor sia superfluo lo venda». Il BIGNONE, o. c., p. 25, commenta: «Co-

Successivamente, quando la giurisprudenza avrà affinato i propri mezzi di indagine, quale interprete vigile dei bisogni della sempre rinnovantesi coscienza sociale, ed interverrà in questo campo come altrove, la facoltà di abbandono della cosa venduta subirà un'analisi più accurata e profonda, come si può rilevare dal seguente passo di Ulpiano:

D. 18, 6, 1, 3 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. Si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detimento sit ea res emptori.* (Su questo testo si tornerà trattando del pensiero ulpiano).

si, con una parsimoniosa massima di oracolo, si chiude questa dura rassegna dell'aspra, avida, antica economia romana, che mette in un fascio il servo malato con il vecchio bove, con il vecchio carro, i vecchi ferramenti, come inutili ciarpami della fattoria; senza sentimentalità, senza riconoscenza degli anni di lavoro prestato, senza pietà alcuna della sofferenza, delle povere carni consumte dalla fatica. Terribile questa preveggenza avara, che misura tutto alla sua avidità di guadagno, il lavoro e i giorni dell'opera; che sfrutta la malattia e la vecchiaia; economizzando sul cibo degli schiavi malati, avaramente dosando quello dei sani. Bisogna vedere come, a ragione, se ne sdegni il buon Plutarco (*Cato*, 5); e come enumeri tratti di magnanimità e di carità greca pure verso gli animali, non solo verso gli schiavi».

Nel capo seguente (148), Catone espone le principali norme, che regolavano la *degustatio*, la misurazione (*admetiri*) ed il trasporto nella vendita del vino:

Catone, *de agricultura*, 148: *Vinum in doliis hoc modo venire oportet, vini in culleos singulos quadragenae et singulae urnae dabuntur, quod neque aceat neque muceat, id dabitur, in triduo proxumo viri boni arbitratu degustato; si non ita fecerit, vinum pro degustato erit. quot dies per dominum mora fuerit, quo minus vinum degustet, totidem dies emptori procedent. 2. vinum accipito ante K. Jan. primas; si non ante acceperit, dominus vinum admetietur, quod admensus erit dominus, pro eo resolvito; si emptor postularit, dominum ius iurandum dabit verum fecisse. locus vinis ad K. Octobres primas dabitur; si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet. cetera lex, quae oleae pendent.*

Da questo passo, come anche da quello che precede, balza evidente la sentenziosità dello stile catoniano e la disciplina rigorosa di principi, che affondano le proprie radici nelle più vetuste tradizioni di un popolo: onde efficacemente il *De agricultura* è stato definito « il libro delle XII Tavole dell'antichissima agricoltura romana », *carmen necessarium* da imparare a memoria e tramandare ai posteri, nelle sue formule ritmate (13).

La *degustatio*, l'*admetiri* ed il trasporto costituiscono tipiche manifestazioni dell'obbligo di cooperazione, che incombe al creditore, e danno luogo, in caso di violazione, a figure o ipotesi di *mora creditoris*. Spesso, infatti, l'adempimento del debitore non è possibile, se il creditore non esplicherà una necessaria attività preliminare, presupposto dell'adempimento stesso. Ora, poichè doveva apparire impossi-

(13) Cfr. BIGNONE, o. c., p. 28.

bile e soprattutto non giusto che il debitore rimanesse vincolato indefinitivamente di fronte alla condotta — volontaria o no — del creditore, che rendesse impossibile la realizzazione della prestazione, si cercò di predisporre dei rimedi idonei ad evitare pregiudizi: rimedi che potevano spingersi sino all'abbandono dell'oggetto dovuto.

Interessanti osservazioni sono state fatte, a questo proposito, dal Lübtow, il quale ha sottoposto il c. 148 ad una analisi minuta e profonda (¹⁴). Il romanista tedesco ha acutamente posto in rilievo che Catone, nel c. 148, si occupa di una vendita di *species*, il cui oggetto è costituito non già da una determinata quantità di vino da prelevare dalla botte (vendita al minuto), ma piuttosto dal vino, qualunque ne sia la quantità, contenuto nella botte (vendita globale). Ne consegue che la vendita è già perfetta prima della misurazione ed il prezzo è *certum*, anche se sconosciuto l'ammontare fino al momento della misurazione stessa. Data questa specifica caratteristica della vendita, il Lübtow ha rifiutato la lettura: *quod admensum erit, pro eo dominus rem solvito*, perchè in contraddizione sia con lo scopo perseguito dalle parti (evitare la vendita al minuto) sia con la successiva facoltà spettante al *dominus* di: *vino quid volet faciet*. Infatti, ove si accettasse la predetta lettura, il testo affermerebbe che il venditore, subito dopo la *mora accipiendi* del compratore, deve vendere al dettaglio il vino, per consegnare il ricavato al compratore. Non si avrebbe, pertanto, alcuna facoltà di fare (da parte del *dominus*) *quid volet*, ma un obbligo preciso di vendere a favore della controparte.

Per eliminare questi motivi di contraddizione e di difficoltà interpretative, il Lübtow, seguendo il Keils, adotta la lettura: *quod admensus erit dominus, pro eo resolvito*, qui seguita e, oltre tutto, conforme — a nostro avviso — al-

(¹⁴) Cfr. LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 366 ss.

l'indirizzo interpretativo di quel periodo, che attribuiva ampi poteri al debitore dopo la mora del creditore (o. c., p. 399).

L'effundere vinum doveva, però, costituire, nella larghezza dei poteri del *dominus*, solo il rimedio ultimo, da adottare, presumibilmente, in mancanza d'altro.

Passando all'esame delle varie ipotesi, notiamo che la *degustatio* aveva lo scopo di accertare che il vino non fosse acido né muffito: ciò doveva avvenire *triduo proximo* (¹⁵). La inosservanza del termine da parte del venditore o del compratore dava luogo alla mora, rispettivamente, del debitore o del creditore: nel primo caso il ritardo aveva l'effetto di protrarre il termine nei confronti del compratore; nel secondo, invece, il vino veniva considerato *pro degustato* e, conseguentemente, il compratore perdeva il suo diritto di degustare il vino e recedere, in caso di esito negativo della prova, dal contratto. Inoltre, incombeva in questo caso al compratore l'obbligo di pagare egualmente il prezzo. La clausola della *degustatio* nell'epoca di Catone formava — come bene ha posto in rilievo il Lübtow — una clausola contrattuale, che successivamente finì col trasformarsi in una regola di diritto obiettivo.

Per quanto riguarda la misurazione ed il trasporto era prevista la sola ipotesi della *mora creditoris*. L'inosservanza del termine giustificava la misurazione del vino da parte del venditore ovvero lo legittimava a fare ciò che gli fosse piaciuto: *si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet*.

La misurazione, diretta ad accettare la quantità del vino contenuto nella botte, doveva avvenire entro le calende di gennaio, mentre il trasporto doveva essere effettuato entro

(¹⁵) Sulla determinazione della prestazione e la qualità dell'oggetto dovuto, rimessa all'*arbitrium boni viri*, v. ALBERTARIO, *Contratti agrari nel de agricultura di Catone*, in *Studi di Dir. rom.*, VI (Milano, 1953), p. 277 ss.

le calende di ottobre, cioè prima del nuovo raccolto. Solo allora, infatti, il *dominus* avrebbe avuto interesse a che le botti fossero svuotate. Sulla base di tale interesse veniva riconosciuta al *dominus* la più ampia facoltà, che lo autorizzava, in mancanza di altro rimedio e come *extrema ratio*, ad *effundere vinum*. Nè, d'altra parte, lo svuotamento delle botti, in seguito al mancato prelievo del vino da parte del compratore, pregiudicava il diritto del venditore di esigere il prezzo del vino, già stabilito e maturato a suo favore.

Si tratta, come si è potuto osservare da quel che si è esaminato, di una disciplina per molti aspetti embrionale e rigorosa: basti solo rilevare come non si faccia alcun cenno intorno a requisiti soggettivi nella valutazione del comportamento delle parti.

Se ora vogliamo trarre una conclusione dall'esame dei due passi catoniani, dobbiamo riconoscere come essi siano per noi un esempio particolarmente istruttivo: questi formulari, raccolti da Catone e certo più antichi del tempo di Catone, costituirono la base di quella regolamentazione dei rapporti agrari, la quale sopravvisse, nelle sue linee essenziali, anche in età classica. Ma la giurisprudenza andò operando la sua rivoluzione interna, nel senso che essa fu la promotrice di quelle analisi interiori e di quelle valutazioni psicologiche nel comportamento delle parti, che un mondo arcaico non poteva avere la sensibilità e la maturità di compiere.

2. — SESTO ELIO e LIVIO DRUSO

In D. 19, 1, 38, 1 il giureconsulto Celso riporta l'opinione di Sesto Elio e Druso, i quali avevano ritenuto che nell'ipotesi di mancata consegna del servo, imputabile al compratore, potesse essere fissata una indennità, pari al vitto

prestato dal venditore, per mezzo di un giudizio. Celso considera *iustissima* l'opinione dei due giuristi repubblicani.

D. 19, 1, 38, 1 (Celsus 8 dig.): *Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari Sextus Aelius, Drusus* (¹⁶) *dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.*

Dall'esame del testo discendono tre ordini di considerazioni: il primo riguarda la natura giuridica del rapporto; il secondo la valutazione del comportamento dell'*emptor* (*per emptorem steterit, quo minus ei mancipium tradetur*); il terzo, infine, il fondamento della indennità da prestare *pro cibariis* al venditore.

A riguardo del primo punto, v'è da rilevare che la più recente dottrina romanistica ha sottoposto ad analisi il testo, specie in relazione alla *vexata quaestio* dell'origine del contratto consensuale di compravendita (¹⁷). Non è opportuno, in questa sede, addentrarci nel vivo di tale problema, che evidentemente ci porterebbe lontano. Ad ogni modo ci sem-

(¹⁶) FRÄNKEL, in *Hermes*, 60 (1925), p. 428, premette LIVIUS. Cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, p. 171: C. LIVIUS DRUSUS.

(¹⁷) Sulla natura giuridica del negozio, che vediamo nel testo, la dottrina moderna si è trovata divisa: ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 74, ritiene che non si tratti qui di un contratto consensuale di compravendita, ma piuttosto di una applicazione della *verborum obligatio* (*stipulatio*); il MASCHI, *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 ad Edictum di Paolo*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II (Milano, 1956), p. 370, ritiene viceversa che la fattispecie esaminata da Sesto Elio e Druso ricada nell'ambito della vendita consensuale. Da ultimo il CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano* (Milano, 1963), p. 156, occupandosi dell'*arbitrium venditi*, comprende il frammento in esame tra un gruppo di testi, che costituiscono le prime applicazioni di un giudizio *ex empto et vendito*.

bra che la fattispecie, riferita nel frammento di Celso, riguardi la compravendita consensuale di uno schiavo (18).

Passando all'esame del secondo punto, che è quello che ci riguarda specificamente, notiamo che nella protasi del testo: *si per emptorem steterit cet.* è configurato tecnicamente il caso di una *mora creditoris* (19). Ciò è convalidato sia dalla stessa terminologia usata sia dal fatto che l'adempimento, pur disposto il venditore ad eseguire la prestazione, è impedito dal compratore.

L'ipotesi, in breve, può essere così schematizzata: *traditio* del servo da parte del venditore; rifiuto (o, più genericamente, ostacolo) del compratore.

Da uno schema siffatto sono enucleabili gli elementi necessari e sufficienti per il sorgere della *mora creditoris*: la esistenza di un obbligo giuridico a carico di un soggetto; la offerta della prestazione; l'impossibilità di eseguire la prestazione a tempo debito (che non si tratti di una impossibilità definitiva lo dimostra il fatto che il servo, essendo

(18) Merita qui ricordare che il frammento figura nella *Palinsestia* del LENEL (vol. I, p. 139) sotto la rubrica *Empti venditi*; nei *Digesta* sotto il titolo *De actionibus empti venditi*.

(19) La letteratura più antica è riferita da Scuto, *op. cit.*, pp. 147 ss., 151; GUARNERI CITATI, *op. cit.*, 167. JÖRS, *Röm. Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* (Berlin, 1888), pp. 105 n. 2 e 107 n. 1, dubita che nel passo in esame si tratti di *mora creditoris*, ma ritiene piuttosto che la *sententia* di Sesto Elio e Druso sia frutto di un movimento sviluppatosi nella pratica applicazione e successivamente confermato dall'autorità della giurisprudenza: «Es wäre sicherlich verkehrt, wenn man annehmen wollte, Sex. Aelius hätte diesen Fall als Beispiel unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der *mora creditoris* angeführt. Fragen wie die vorliegende stammen aus der Praxis und sind zunächst casuistisch den Formularen angereiht oder in die Responsensammlungen eingestellt. Erst später ist die Jurisprudenz dazu übergegangen, das Gleiche aus derartigen Fällen theoretisch festzustellen und so zu den allgemeinen Begriffen vorzudringen».

ancora *in rerum natura*, potrebbe essere consegnato anche dopo l'impedito temporaneo) per una circostanza riconducibile nella sfera del creditore (rifiuto nel nostro caso).

Da queste considerazioni scaturisce evidente la *mora creditoris*, quale conseguenza giuridica del comportamento dello *emptor*, espresso nel: *si per emptorem stare, quo minus ei mancipium traderetur*.

Qualificato giuridicamente il comportamento dell'*emptor*, resta da accettare il fondamento dell'indennità *pro cibariis*, prevista nella apodosi del frammento.

Al fine di risolvere la questione con aderenza storica è bene considerare che ci troviamo in un periodo in cui l'abbandono della cosa dovuta, in caso di mora del creditore, costituiva un normale mezzo di liberazione (cfr. Catone), non essendo ancora giuridicamente regolata la procedura del deposito, nè esistendo un obbligo di garantire la prestazione del creditore.

Ora in D. 19, 1, 38, 1, in seguito alla ingiustificata collaborazione del creditore nell'attuazione dell'adempimento, il venditore (debitore) avrebbe potuto liberarsi dal vincolo, abbandonando lo schiavo; se non lo ha fatto, somministrandogli spontaneamente il vitto, ragioni di equità consigliano di rifondergli le spese incontrate (20). E' questa la *ratio* della decisione di Sesto Elio e Livio Druso. Decisione che può essere intesa compiutamente ed esattamente solo nell'ambito di quel periodo storico. Sesto Elio e Druso avevano di fronte un caso particolare, del quale, mediante la considerazione di tutte le circostanze subiettive, danno una soluzione che è essenzialmente fondata su motivi di equi-

(20) Si tratta di un caso di risarcimento limitato al *damnum emergens* (spese sostenute). Cfr. F. MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, p. 137; Scuto, *op. cit.*, p. 147 e ss. Secondo altri il risarcimento del danno comprenderebbe ogni specie di danno.

tà (21), dato che non esisteva un obbligo del debitore di garantire la prestazione dopo la mora del creditore, né l'obbligo correlativo di costui di tenere indenne il debitore dalle spese sostenute. Dalla *sententia* di Sesto Elio e Druso, frutto, ripetiamo, di un'equa valutazione dei rapporti fra le parti, si passò, attraverso una evoluzione che doveva portare ad una più compiuta regolamentazione della *mora creditoris*, alla stabilizzazione del principio del risarcimento del danno causato dalla mora. Appare così evidente e storicamente spiegabile l'approvazione del grande assertore del *ius est ars boni et aequi: quorum et mihi* (dunque anche ad altri) *iustissima videtur esse sententia* (22).

La *sententia*, così, è ora non solamente equa, ma anche giusta.

(21) Sesto Elio e Druso dicono, infatti, che *pro cibaris per arbitrium indemnitatem posse servari*. Sembra quindi che si tratti qui di una interpretazione innovativa dei due giuristi, e non già dell'applicazione di un principio giuridico ormai solidificato. È controversa la natura dell'*arbitrium* di cui si parla nel testo. Secondo il MITTEIS, *R. P. R.*, I, p. 48, Sesto Elio e Livio Druso si sarebbero riferiti a quello di un *arbiter* privato. Contra il BEKKER, *Aktionen*, I, p. 314 e ss. ritiene che si tratti dell'*arbitrium* dell'arbitro della *legis actio per arbitri postulationem*. Sesto Elio e Druso avrebbero raccomandato, secondo l'autore, l'inclusione della clausola *pro cibaris per arbitrium indemnitatem servari*, nelle *legis venditiones* del tempo di Catone.

L'opinione del BEKKER è considerata fondata dal LÜBTOW, *op. cit.*, p. 419 ss., il quale sottolinea come il Pretore, nel proporre le azioni dei *bonae fidei iudicia*, seguisse il modello della *legis actio per arbitri postulationem* — la cui base giuridica era costituita dal dare facere oportere di un *incertum* — anche per pretese aventi ad oggetto una *certa res* o una *certa pecunia*. Per un più ampio esame del problema ed ulteriori informazioni sullo stato della dottrina si rinvia al LÜBTOW, *l. c.*, p. 419 ss.

(22) Va notato che il passo non presenta segni d'interpolazioni ed è ritenuto genuino anche dal BESELER, *Beitr.*, II, 114.

3. — PUBLIO MUCIO SCEVOLA: *LA MORA NELLA RESTITUZIONE DELLA DOTE*.

Riportiamo ora — seguendo un ordine storico — un noto testo, ricavato dal VI libro *ex posterioribus Labeonis*, in cui Giavoleno ricorda una celebre *sententia* del giurista repubblicano Publio Mucio Scevola (23), la quale ebbe fortuna presso i giureconsulti successivi (24), e che ha suscitato varie discussioni ed acuti rilievi presso i moderni romanisti.

Il testo è il seguente: D. 24, 3, 66 pr. (Iavolenus VI ex post. *Labeonis*): *In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait. ea sententia Publili Mucii est: nam is in Licinna Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea sedatio facta esset, Licinnae praestari oportere.*

La opinione del giureconsulto fu formulata in relazione ad un caso concreto: la dote di Licinia, moglie di Caio Gracco. A tal proposito rimane preziosa la notizia conservata da Plutarco (*C. Gracco*, 17, 5): «I loro beni [dei seguaci di C. Gracco] furono confiscati; proibito alle mogli di portare il lutto; sequestrata anche la dote di Licinia, moglie di Caio».

Lo sfondo storico della vicenda è costituito dalla sommossa che, in seguito alla reazione degli ottimati, travolse

(23) Su PUBLIO MUCIO SCEVOLA cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, p. 755; F. P. BREMER, *Iurisprudentia antehadr.*, I, p. 32, rileva come *non pauca de iure sacro, de iure belli, de iure dotis, de stillicidio, de furto exstant, quae ad ius sacrum pertinent praetermisit* LENEL.

(24) Cfr. D. 23, 3, 72, 1 (Paulus, 8 resp.); D. 23, 4, 12, 4 (Paulus 35 ad Ed.); D. 24, 3, 25, 1 (Paulus, 36 ad Ed.); D. 24, 3, 67 (Pomp., 20 Epist.); *Vat. Frag.* (Paulus, 7 resp.); *Coll. X*, 22 (Modest.).

il tribuno Caio Gracco e causò il perimento dei beni dotali di Licinia. Publio Mucio Scevola, interpellato sulla questione della responsabilità per il perimento dei beni dotali, ritenne che gli eredi del tribuno dovessero a Licinia il valore della dote, in quanto la sommossa era stata causata da Caio Gracco.

Il responso, per la sua esatta valutazione, impone la soluzione di due questioni. La prima riguarda la natura del diritto del marito sulla dote, la seconda la relazione fra la condotta di Gracco e il perimento delle *res dotalis*.

Il primo punto va posto in relazione a tutto quel movimento che, nel corso del secondo secolo a. C., per il dilagare dei divorzi, portò ad una progressiva limitazione dei poteri del marito proprietario della dote, col risultato di creare a carico del marito un obbligo di restituzione dopo lo scioglimento del matrimonio ⁽²⁵⁾.

(25) La evoluzione dell'istituto dotali è strettamente legata alla trasformazione della società romana dopo le grandi conquiste, ed in particolare al dilagare dei divorzi, a cominciare da quello di Spurio Carvilio Ruga. Nella vita patriarcale e nel periodo dei costumi rigorosi l'attribuzione della proprietà della dote al marito non doveva suscitare inconvenienti, data la stabilità dei matrimoni. Diversamente accadde nel tempo successivo, quando i matrimoni non furono più stabili sia per la corruzione degli antichi *mores* sia per l'avidità della ricchezza, e quindi dell'accaparramento delle doti più vistose. Da questi presupposti scaturì la necessità di ricorrere alle *cautiones rei uxoriae*, che miravano a preservare la dote destinata a sostenere gli *onera matrimonii*. Dalle medesime necessità si sviluppò il *iudicium rei uxoriae*, che mirava a stabilire se ed in quali casi la dote dovesse rimanere al marito. Rifacendosi appunto al *iudicium rei uxoriae*, SERVIO aveva tracciato nella sua opera una struttura della dote, che divergeva in modo sostanziale dall'antica tradizione giuridica quiritaria. La giurisprudenza, quindi, viene riconoscendo l'interesse della donna alla conservazione della dote, formulando la teoria della responsabilità del marito per dolo o colpa.

Il secondo problema, di ordine strettamente logico, consiste nel rilevare il motivo della imputabilità del perimento al marito a titolo di colpa.

E' stato osservato che si tratta di una colpa di carattere politico più che giuridico, in quanto manca qualsiasi nesso causale tra la provocazione di Caio Gracco (causa) ed il perimento della dote (effetto) ⁽²⁶⁾.

(26) Il SANFILIPPO, *La dote*, Parte I (Catania, 1959), p. 121 ss., ritiene «speciosa la motivazione», perchè «si confonde la colpa politica con la colpa giuridica» e perchè manca un nesso causale fra il fatto di Caio Gracco, provocatore della sommossa, e la distruzione dei beni dotali. Considerazioni di ordine politico sono pure fatte dall'ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, p. 201 ss. Un allargamento del concetto di causalità nel caso in esame è stato notato dal PERNICE, *Labeo*, II, p. 208 (cfr., I, p. 356 n. 56), che, peraltro, manifesta perplessità sulla sua effettiva formulazione nei tempi muciani.

Un «Kausalzusammenhang» rileva, invece, nel testo il NIEDERMEYER (*op. cit.*, p. 455) che così si esprime: «Mucius entscheidet sachlich völlig richtig in bezug auf den Kausalzusammenhang, dass Gracchus, als Veranlasser des Aufstandes gegen ihn, durch sein Verschulden den Untergang der Dotalgegenstände verursacht und verschuldet habe. Mag die Entscheidung politisch gefärbt sein oder nicht, Servius leitet daraus das Rechtsprinzip ab, dass der Mann für die Verwaltung der Dotal Sachen, soweit nicht bares Geld in Frage kommt, *dolus* und *culpa* zu prästieren hat». Tutti gli autori sopracitati riconoscono, però, che la *sententia* muciana costituisce, a prescindere da un'esatta configurazione della colpa e della causalità, il manifestarsi sintomatico, negli ultimi secoli della Repubblica, di una tendenza a garantire, in ogni caso, la integrità e la restituzione della dote. Cfr. F. SERAFINI, *Istituzioni di dir. rom.*, II (7 Ed., Modena, 1899), p. 220 n. 4: «L'idea che i beni dotali non appartengono che temporaneamente al marito, si rivela anche nel fatto che nelle confische delle guerre civili si risparmiarono sempre».

Giova qui ricordare la celebre attestazione di Paolo, riportata nel Digesto: *rei publicae interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt* (D. 23, 3, 2, Paulus 60 ad Ed.). Iden-

Tuttavia, anche se non è esattamente configurabile un nesso di causalità ed una correlativa responsabilità colposa, è ben probabile che i beni di Licinia non sarebbero periti se la sommossa non si fosse verificata. Questo rilievo, unito alla generale tendenza di quel periodo a considerare la donna come titolare di un diritto alla restituzione della dote dopo il matrimonio, può spiegare il motivo logico del responso di Publio Mucio Scevola e la sua fortuna successiva.

Servio Sulpicio Rufo, fondatore della *ratio iuris* (27), prenderà spunto dal responso muciano per pervenire al principio generale della responsabilità del marito per dolo o colpa (28).

Il nostro testo è, in fondo, una chiara manifestazione della costante adeguazione della *interpretatio prudentium*

tica, nella sostanza, è l'altra attestazione di Pomponio: D. 24, 3, 1 (Pomp. 15 ad Sab.): *Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cet.*

(27) SERVIO è ricordato da GELLIO (*Noctes Acticae*, 4, 3, 2) come autore di un libro *de dotibus*, che forse è la prima monografia giuridica della giurisprudenza romana. Da GELLIO apprendiamo che la monografia conteneva notizie storiche sullo sviluppo dell'istituto dotale: *Memoriae traditum est, quingentis fere annis post Romanam conditam nullas rei uxoriae neque actiones, neque cautiones in urbe Romana aut in Latio fuisse: quia profecto nihil desiderabantur, nullis etiam nunc matrimonii divergentibus. Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit de dotibus, tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, quum Sp. Carvilius, cui Ruga cognomentum fecit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit; quia liberi ex ea, corporis vitio, non gignerentur, anno urbis conditae DXXIII M. Attilio, P. Valerio Coss.*

(28) Sulla tendenza della giurisprudenza romana ad enucleare principi generali, movendo da casi concreti, cfr. NIEDERMEYER, *op. cit.*, p. 453 ss. In età postclassica e giustinianea, come ha dimostrato il BONFANTE (*Corso*, I, p. 453 ss.; Ristampa corretta della I Ed. a cura di G. BONFANTE e G. CRIFÒ - Milano 1963), la responsabilità verrà estesa alla omissione della *diligentia quam in suis rebus* (D. 23, 3, 17 pr.).

alle esigenze del comune sentimento giuridico e delle nuove necessità imposte dalle trasformazioni della società. Processo lento, attraverso il quale ed in seguito al quale si giungerà, nella prassi dell'istituto dotale, prima alla limitazione dei poteri del marito sulla dote ed al connesso obbligo di restituzione, e poi al principio secondo cui la dote è *res mulieris* (29).

In conclusione, l'obbligo di restituzione, posto a carico del marito, fa sì che questi ne risponda in tutti i casi di dolo o colpa.

L'insegnamento di D. 24, 3, 66 pr., valevole per l'adempimento in genere, può essere logicamente applicato alla ipotesi della mora: solo il ritardo imputabile a titolo di colpa o dolo del debitore (marito, in questo caso), poteva dar luogo a responsabilità per mora. Un'altra testimonianza, dunque, a favore del requisito soggettivo della mora, che si viene ad aggiungere ai positivi dati già acquisiti (30).

(29) Cfr. BOEZIO (a Cic. *Top.* 17, 63): *Dos enim licet matrimonio constante in bonis viri sit, est tamen in uxoris iure et post divortium velut rex uxoria peti potest.*

La formulazione di Boezio, tratta da opere classiche, è in definitiva la costruzione di Giustiniano (cfr. D. 23, 3, 75 Tryph. 6 *disput.*), il quale distingue la struttura di mero diritto, per cui la dote è attribuita in proprietà al marito, dall'appartenenza effettiva della dote alla donna. La differenza tra diritto classico e diritto giustinianeo consiste in ciò: che nella età classica la restituzione della dote dipende dalla situazione della famiglia, dalla condotta dei coniugi durante il matrimonio, elementi questi che vengono considerati nel *iudicium rei uxoriae*, mentre nel periodo giustinianeo il diritto alla restituzione si afferma in maniera generale e legislativamente. Cfr. BONFANTE, *Corso*, I, 324; H. J. WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klass. röm. Dotalrecht*, in *ZSS*, 53 (1933), p. 357 ss.; G. LONGO, *Dir. di Fam.* III (Roma, 1940), p. 197.

(30) Sul punto vedi MONTEL, *op. cit.*, p. 195.

4. -- QUINTO MUCIO SCEVOLA: IL PROBLEMA DELLA MORA DEBITORIS NELLE CLAUSOLE PENALI: IMPUTABILITÀ DEL RITARDO ED EFFETTI.

D. 45, 1, 115, 2 (Pap. II quaest.): *...si quis ita stipuletur: « si Pamphilum non dederis, centum dari spondes? » Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confessim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confessim in pecuniam legatam teneri scripsit.*

Papiniano, nel lungo frammento, si occupa dei problemi giuridici connessi alla stipulazione penale, riferendo le opinioni di Mucio, Pegaso e Sabino. In questa sede consideriamo solo la posizione del problema con la soluzione muciana, riservando l'esame del pensiero degli altri giuristi ai rispettivi capitoli.

Il testo configura due ipotesi distinte con formula corrispondente: la prima riguarda la stipulazione penale impropria *sine die*: *« si Pamphilum non dederis, centum dari spondes? »*. In tale tipo di stipulazione si ha una obbligazione con *facultas* alternativa.

La seconda ipotesi riguarda il legato: *« heres meus penum dato; si non dederit, centum dato »*. In relazione a questa seconda ipotesi viene riferita nel testo l'opinione di Mucio, secondo cui il creditore (nella fattispecie, il legatario) può agire subito (*confestim*) per *centum*, se l'erede debitore, pur essendo stato in grado di dare *penum*, non l'abbia data. La *sententia* muciana suggerisce le seguenti argomentazioni: il creditore può solo richiedere la pena e non già la *penus*; l'azione del legatario può essere esperita *confestim*, in mancanza della *praefissio temporis*; il creditore, una volta esperita

l'azione, non può più essere tenuto ad accettare la *penus* offertagli dal debitore, giacchè costui darebbe *aliud pro alio*; il rifiuto del creditore è subordinato all'onere della prova che: *per heredem stetisse quo minus penum praestaret*. Da questa ultima considerazione appare chiaro che il debitore incorre in mora rispetto alla *penus*, in mancanza del *dies* — decadendo dal diritto stesso di liberarsi col pagamento (conseguenza tipica della mora penale) — solo quando *per eum stetisse quo minus penum praestaret*. Qualora, invece, il mancato pagamento della *penus* fino al momento della domanda del creditore sia da imputare ad una causa estranea al debitore, quest'ultimo potrebbe legittimamente continuare a *solvere penum*, non essendo ancora incorso in *mora debendi* (31).

Pertanto, la *mora debitoris* nelle clausole penali sorge — e la pena si commette — solo quando il pagamento della *penus* sia imputabile al fatto del debitore. E' questo il significato della *sententia* di Q. Mucio.

Si può concludere affermando, in seguito a quanto precede, che anche il presente frammento prova per il requisito dell'elemento soggettivo della mora. Interessante è notare la terminologia: *si dare potuisset...nec dedisset* usata da Mucio per esprimere la imputabilità; essa richiama l'espressione tecnica: *per promissorem...stare...quominus daret*, che si rinvie nelle fonti dell'età repubblicana (32).

(31) Cfr. FREZZA, *Le garenzie personali* (Padova, 1962), p. 323, il quale adduce l'esempio del legatario che giustifichi il mancato pagamento della *penus* con l'attesa del nuovo raccolto. Non si potrebbe, in questo caso, parlare di mora, a meno che il creditore non provi l'esistenza di sufficienti riserve nei magazzini del debitore. Sul testo vedi anche GUARNERI-CITATI, *op. cit.*, in *Annali Palermo*, 11, p. 262 ss.; cfr. Voci, *Diritto ereditario romano*, vol. II (Milano, 1963), p. 556.

(32) Il FREZZA, *op. cit.*, p. 347, fa risalire a Sabino la formulazione tecnica *si per promissorem stare quominus daret*. Al contra-

E', altresì, opportuno rilevare, come ha notato il Frezza (33), che mentre Mucio pone il problema della responsabilità in relazione al debitore, Servio assume, come angolo visuale della responsabilità del debitore, la sfera del creditore.

Infine, come ultimo rilievo, conseguenza tipica del ritardo imputabile nell'adempimento della *penus* alternativamente dovuta con la pena, è non la *perpetuatio*, ma l'obbligo di pagare la *pecunia*.

5. — SERVIO SULPICIO RUFO

Passiamo ora all'esame di alcuni testi, che riferiscono il pensiero del giurista Servio Sulpicio Rufo in materia di *mora debitoris* e *mora creditoris*. Iniziamo con l'esame del problema della stipulazione novatoria condizionale.

Gai *Inst.* 3, 179: *Quod autem diximus, si condicio adiciatur, novationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio... Servius tamen Sulpicius existimavit statim et pendente condicione novationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse (et) eo modo rem perire.... Sed in utroque casu alio iure utimur.*

Gaio, in questo passo, si occupa del problema della stipulazione novatoria condizionale (34). Va precisato, an-

rio si possono addurre non solo fonti giuridiche, ma una stessa testimonianza letteraria di Livio (II, 31, 11), ricordata dallo stesso Frezza, a favore dell'età repubblicana.

(33) *Op. cit.*, p. 350.

(34) Sul testo v. SANFILIPPO, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, in *Annali Sem. Giur. Università Catania* (Napoli, 1949), p. 225 ss; 246.

tutto, che, relativamente alla questione, le fonti documentano un vasto movimento di pensiero ed una varietà di idee, lungo tutto l'arco della età classica.

Secondo la dottrina, cui Gaio aderisce (Sabino), la stipulazione novatoria condizionale operava la trasformazione dell'antica obbligazione nella nuova, solo *si condicio extiterit*; diversamente *durat prior obligatio*, con la conseguenza che il creditore può agire in base alla prima obbligazione, anche se l'azione può essere respinta con una *exceptio doli o pacti*, al fine di tutelare il debitore. Inoltre la mora intervenuta prima della stipulazione aveva l'effetto di perpetuare la prima obbligazione.

Nel corso dell'età classica si formarono, però, altri due diversi indirizzi in proposito: il primo tendente a garantire al creditore, *pendente condicione*, l'esercizio dell'azione dell'obbligazione novata (D. 23, 3, 80 Labeone e D. 46, 2, 31 pr. Venuleio); la seconda considerava estinta quest'ultima in base alla semplice stipulazione, con la conseguenza che l'eventuale mora veniva purgata (D. 12, 1, 36 Giavoleno, D. 46, 3, 72, pr.-3 e D. 46, 2, 14 Marcello).

Gaio, nell'esporre la dottrina, che egli afferma essere dominante al suo tempo (*alio iure utimur*), ricorda la diversa opinione di Servio Sulpicio, giurista repubblicano. Questi ritenne che la stipulazione novatoria condizionale avesse l'effetto di estinguere *statim et pendente condicione* la prima obbligazione, con la conseguenza che il creditore non poteva agire per il primo credito.

Queste le notizie forniteci da Gaio. È lecito ora domandarsi quale sia il valore storico della citazione di Servio Sulpicio nel passo gaiano e quale il significato da attribuire al suo pensiero.

E' stato affermato (35) che la decisione di Servio, espli-

(35) GIARDINA, *Studi sulla novazione nella dottrina del diritto intermedio* (Milano, 1952), p. 28.

cazione del «formalismo del vecchio diritto romano», è frutto di una «logica rigorosa». L'osservazione, invero, non tiene conto dell'intrinseco contenuto della *sententia* di Servio, che, valutata nell'ambito di una visione unitaria dello sviluppo della giurisprudenza romana, acquista valore veramente rivoluzionario.

Se vogliamo accostarci al testo allo scopo di penetrarne il significato intimo e genuino, non dovremo stentare molto per accorgerci che l'affermazione di Servio precorre di circa due secoli la dottrina di Marcello (come ha ben notato il Boháček⁽³⁶⁾), e, lungi dall'apparire condizionata dalle idee di un'epoca, acquista il significato di una geniale intuizione, non ancora dogmaticamente giustificata e fondata, e forse per questo non seguita fino al tempo in cui Gaio scrive⁽³⁷⁾. Infatti la conseguenza della decisione di Servio è in perfetto contrasto con la opinione dei suoi contemporanei: i quali, ancorati al formalismo dello *ius civile*, ammettevano la possibilità dell'esercizio dell'azione da parte del creditore, *pendente condicione*, non tenendo in nessun conto la volontà che le parti avevano manifestato con la stipulazione di volere un nuovo rapporto in sostituzione del precedente.

Servio, interprete della *voluntas*, dà massimo rilievo alla nuova stipulazione, considerando del tutto estinta la vecchia. Ma egli non dà un fondamento logico alla sua intuizione, suggerita dalla esigenza di tutelare il debitore, o forse Gaio non si è curato di riferire più ampiamente la motivazione del giurista repubblicano. Ciò nondimeno quel che importa per lo storico del diritto è proprio questa intuizione,

⁽³⁶⁾ BOHÁČEK, *Annali Palermo XI*, p. 362.

⁽³⁷⁾ Il BOHÁČEK, *l. c.*, p. 362, rileva: «Marcello in un certo senso riprende la dottrina di Servio, almeno a riguardo della mora». (Cfr. p. 365).

che Sabino e Marcello sapranno magistralmente valorizzare. Non deve poi fare meraviglia una così ardita decisione, dal momento che Servio è aperto a costruzioni originali⁽³⁸⁾, che mostrano la sua attitudine a valutare la intrinseca natura della fenomenologia giuridica.

* * *

Altri tre testi riferiscono la dottrina di Servio Sulpicio, che riguarda la liberazione del debitore dalla pena, dedotta nella stipulazione, per impossibilità dell'adempimento non imputabile al debitore.

D. 44, 7, 23 (Afric. 7 quaest.):... *si arbiter ex compromisso, pecuniam certo die dare iusserit neque per eum, qui dare iussus sit, steterit, non committi poenam respondit: adeo ut et illud Servius rectissime existimaverit, si quando dies, qua pecunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset, modicum spatium datum videri.*

D. 4, 8, 40 (Pomp. 11 ex var. lect.):... *Servius ait, si per stipulatorem stet, quo minus accipiat, non committi poenam.*

D. 22, 2, 8 (Ulp. 77 ad Ed.): *Servius ait pecuniae traiecticiae poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quo minus eam intra certum tempus praestitutum accipiat.*

I tre passi, tratti da diverse parti del *Corpus iuris* ed appartenenti a diversi giuristi, riferiscono, in termini sostan-

⁽³⁸⁾ Abbiamo rilevato questa peculiarità in Servio, esaminando il passo di D. 24, 3, 66 pr., riguardante la dote di Licinia, moglie di C. Gracco.

zialmente identici, la dottrina di Servio Sulpicio Rufo, secondo cui la pena dedotta nella stipulazione non si commette, allorchè l'adempimento non sia possibile per una causa estranea al debitore (39).

Il valore della *sententia* è notevole, perchè costituisce un importante passo avanti verso una concezione soggettivistica della responsabilità e verso una maggiore tutela del debitore, vale a dire verso l'attuazione della *aequitas* intrinseca. E Servio fu, in questo campo, un convinto assertore della necessità di superare il rigorismo formale, come testimonia lo stesso Cicerone (40): *paene divina eius in legibus interpretandis, aequitate explicanda scientia*. Disfatti ne è prova, come si è visto, la sua dottrina sui rapporti tra mora e novazione condizionale (41).

Va notato che mentre negli ultimi due frammenti la *commissio poenae* del debitore non si verifica a causa della *mora creditoris*, cioè della impossibilità di eseguire la prestazione per la mancata cooperazione del creditore nell'adempimento, il primo frammento esclude, in via generale, la responsabilità del debitore, relativamente alla pena convenzionale, in tutte le ipotesi in cui il mancato adempimento non sia a lui imputabile.

Sul testo di Africano (D. 44, 7, 23) riserve sono state avanzate dal Lenel e dal Guarneri-Citati per il *modicum spatium*, da essi ritenuto di origine giustinianea.

Secondo il Lenel (42), non è possibile determinare quel

(39) Vedi GUARNERI CITATI, in *BIDR* 32 (1922), p. 241 ss.; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* (Padova, 1962), p. 341 ss.

(40) *Philip.* 11, 10; cfr. RICCOPONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano* (Milano, 1949), p. 108.

(41) Vedi il frammento esaminato poco prima, a p. 154.

(42) LENEL, *Afrikans Quästionen — Versuch einer kritischen Parlingeniesie*, in *ZSS.*, 51 (1931), p. 31 n. 5: » Das Eingeklammerte m. E. sicher unecht. Was Servius wirklich gesagt hat, lässt sich

che Servio abbia effettivamente detto; forse la pena non incorre, se si è pagato *ante acceptum iudicium*.

Il Guarneri-Citati (43) espunge tutto il tratto da *si quando a datum videri*, e così restituisce il periodo dopo i due punti: *ut et Servius rectissime existimavit*. In base a questa versione, Africano si sarebbe limitato a rafforzare la propria opinione con l'autorevole parere di Servio, che avrebbe costituito al suo tempo, e forse fino a Celso, una voce isolata, in rapporto alla contraria opinione, secondo cui la pena si commetteva in ogni caso: opinione questa che, in concreto, non impediva di tutelare il debitore, grazie al mezzo tecnico della *exceptio*.

Recentemente il Frezza (44) ha avanzato l'ipotesi della sostanziale genuinità del *modicum spatium* accordato al debitore sulla base della seguente argomentazione: «Con minore certezza, ma non senza verosimiglianza, si può, se non sbagli, affermare che nella citazione di Servio, che conclude il nostro testo, la calorosa approvazione di Giuliano-Africano (‘rectissime existimaverit’) riacquista il suo colore autentico di adesione a quella parte della sua dottrina, che al maestro sabiniano appariva sostenibile, malgrado il dissenso su tutto il resto, proprio perchè si accordava con il punto di vista della scuola sabiniana, essere il comportamento del debitore quello dell'analisi del quale dovesse desumersi la disciplina della sua responsabilità nell'una come nell'altra figura di stipulazione penale. E se si accetti questa valutazione del contenuto della ultima parte del nostro testo, vi si potrà trovare un nuovo sostegno testuale per la classicità dell'idea del *mo-*

nicht ermitteln. Vielleicht, dass die *poena* nicht verfalle, wenn *ante acceptum iudicium* gezahlt werde».

(43) GUARNERI-CITATI, in *BIDR* 32 (1922), p. 258 ss.

(44) FREZZA, *op. cit.*, p. 351.

dicum spatum accordato al debitore si... dies, qua pecunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset».

* * *

Un'altra interessante testimonianza del pensiero di Servio Sulpicio Rufo, in materia di *mora creditoris*, ci è conservata in un testo di Ulpiano, riguardante un caso di manomissione testamentaria, sottoposta alla condizione di dare una somma di danaro all'erede:

D. 40, 7, 3, 2 (Ulp. 27 ad Sab.): *Inde quaeritur, si forte debeatur pecunia huic servo vel ab herede, quod in domini rationem plus erogaverat, vel ab extraneo, nec velit heres debitorem convenire vel statulibero solvere pecuniam: an debeat ad libertatem pervenire, quasi moram per heredem patiatur. et aut legatum huic statulibero fuit peculium aut non: si legatum peculium fuit, Servius scribit moram eum libertatis passum ob hoc ipsum, quod ei aliquid ex ratione dominica deberetur nec ei ab herede praesteretur: quam sententiam et Labeo probat, idem Servius probat et si eo moram faciat heres, quod nolit exigere a debitoribus: nam per venturum ad libertatem ait. mihi quoque videtur verum quod Servius ait, cum igitur veram putemus sententiam Servi, videamus, an et si non fuerit praelegatum peculium servo, idem debeat dici: constat enim statuliberum de peculio posse dare vel ipsi heredi iussum vel alii: et si eum dare impietiat, perveniet statuliber ad libertatem, denique etiam remedii loco hoc monstratur domino statuliberi, ut eum extraneo iussum dare prohibeat, ne et nummos perdat cum statulibero, proinde defendi potest et si non vult exigere vel ipse solvere, ut hic habeat, unde condicioni pareat, libertatem competere: et ita Cassius quoque scribit.*

Il testo, benchè alterato nella forma ⁽⁴⁵⁾, presenta un elegante e conciso svolgimento, secondo un inconfondibile metodo della giurisprudenza romana: *quaestio, distinctio, solutio*.

Nella *quaestio* è delineato il problema che Ulpiano intende risolvere: se, cioè, lo schiavo, manomesso alla condizione di dare una somma di danaro all'erede, e trovandosi creditore dell'erede o di un terzo, possa acquistare la libertà nel caso che l'erede, non pagando il debito o non perseguendo il terzo, impedisca l'adempimento della condizione.

Alla posizione del problema segue la distinzione tra l'ipotesi che al servo sia stato legato il peculio ed il caso in cui manchi un legato. Il fondamento della distinzione risiede nei diversi poteri che all'erede spettano sul peculio, nelle due ipotesi.

Infatti, nella prima ipotesi l'erede, non essendo proprietario del peculio, non potrebbe revocarlo; nella seconda ipotesi la revoca da parte sua sarebbe certamente possibile.

Nel risolvere il primo caso (esistenza di un legato di peculio), Ulpiano riferisce un parere di Servio, approvato

⁽⁴⁵⁾ Così DONATUTI, *Lo statulibero* (Milano, 1940), p. 157 n. 2 e ss., per il quale le mende del testo sono «di natura puramente formale». Il SIBER, *Naturalis obligatio*, in *Gedenkschrift für Ludwig Mitteis* (Leipzig, 1926), p. 26, elimina tutto ciò che riguarda i crediti del servo verso il *dominus* per potere piegare il testo alla sua tesi, secondo la quale il diritto classico non avrebbe conosciuto la nozione di *obligatio naturalis* (da lui ritenuta giustinianea), operando piuttosto col concetto di *debitum*, distinto da *obligatio*. In particolare, secondo il DONATUTI, Servio, nel testo in esame, avrebbe fatto valere il *debitum* senza azione dello schiavo verso il padrone. In difesa della classicità della nozione di *naturalis obligatio* si è schierato il MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale* (Lyon, 1932), p. 158 ss., che avanza la possibilità di una compensazione proposta nel testo da SERVIO. Cfr., pure, VAZNY, in *Studi Bonfante*, 4, 144; G. ELIO LONGO, in *SDHI*, 16 (1950), p. 86 ss.; ID., *Ricerche sull'obligatio naturalis* (Milano, 1962), p. 85 ss.

da Labeone. Secondo il giurista repubblicano il mancato pagamento o il non *exigere a debitoribus* costituiscono ingiusto impedimento al verificarsi della condizione e configuran la *mora (creditoris)*, la cui conseguenza è data dall'acquisto, da parte del servo, della libertà (*ad libertatem pervenire*).

La seconda ipotesi (mancanza di un legato di peculio) non riguarda il pensiero di Servio; ma la soluzione data da Ulpiano, conformemente al pensiero di Cassio, è interessante per la storia della *interpretatio prudentium* in materia di *mora*.

Infatti, — osservano acutamente i giuristi — mancando il legato, l'ostacolo opposto dall'erede al verificarsi della condizione intanto può costituire *mora*, in quanto risulti che egli *non vult... solvere, ut hic habeat, unde condicione pareat*.

Questo, in sintesi, lo svolgimento della *quaestio*.

Un punto, che qui occorre mettere a fuoco, riguarda l'uso della parola *mora* (46). E' nota, infatti, la varietà dei significati che il termine assume nelle fonti. Occorre, pertanto, vedere se nel nostro testo *mora* abbia un significato tecnico: solo in questo caso il frammento potrà essere addotto quale testimonianza del pensiero repubblicano sulla *mora*.

Considerato che Servio adopera la parola *mora* per indicare l'ostacolo opposto all'adempimento di una prestazione, che per conseguenza non può essere realizzata tempestivamente, riteniamo che l'uso del termine assuma nel nostro testo un preciso significato tecnico: indica, cioè, una situazione produttiva di effetti giuridici specifici, anche se diversi dagli effetti che la *mora* suole produrre in altri rapporti (47).

(46) Il GENZMER, *op. cit.*, p. 91, nota che se ULPIANO riferisce letteralmente il pensiero di SERVIO, questi adopera la parola *mora* per *Verzug* nelle manomissioni testamentarie. Per l'uso tecnico della parola nelle manomissioni cfr. PERNICE, *op. cit.*, p. 23 ss.

(47) Cfr. PERNICE, *op. cit.*, p. 24.

6. — ALFENO VARO. *EFFETTI DELLA MORA CREDITORIS E DELLA MORA DEBTORIS NELLE OBBLIGAZIONI DI SPECIES*

Esaminati i passi che ci conservano tracce del pensiero giuridico di Servio sulla *mora*, passiamo ora all'analisi di due frammenti di Alfeno Varo, discepolo dello stesso Servio: *Alfenus iurisconsultus Servii Sulpicii discipulus rerumque antiquarum non incuriosus* (48).

D. 18, 6, 13 (12) (Paulus III *Alfeni epitomatorum*): *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderetur, emptoris periculum esse placet* (49).

D. h. t. 15, (14) pr.: *Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit.*

I testi, sopra riportati, sono stati escerpti dai Compilatori dal terzo libro dell'Epitome, che Paolo ricavò dai *Digesta* di Alfeno Varo (50). L'opera di Alfeno era costitui-

(48) Cfr. A. GELLIUS, *Noc. Act.* III, p. 51: si è discusso sulla originalità dell'opera di Alfeno Varo. Si è detto che gran parte dei responsi risalgano all'insegnamento del suo maestro Servio Sulpicio Rufo. Sul punto cfr. RICCOSONO, Voce *Iurisprudentia in Novissimo Digesto Italiano*; interessanti rilievi in MASCHI, *Storia del Dir. rom.*, I (Milano, 1962), p. 328 ss., che, come esempio della maturità e profondità raggiunte sul finire della Repubblica dalla giurisprudenza romana nella impostazione logica e nella valutazione del fenomeno giuridico, illustra il famoso responso di Alfeno Varo contenuto in D. 9, 2, 52, 2.

(49) Il BESELER (*Tijdschrift* 8 (1928), p. 296), sostituisce *scriptit a placet*.

(50) Sui *Digesta* di Alfeno Varo cfr. FERRINI, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, in *Opere II*, 169 ss.; DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesti* (Milano, 1939).

ta da una serie di responsi, desunti, conformemente al metodo del tempo, dalla casistica. I Commissari di Giustiniano inserirono nelle pandette i due frammenti sotto il titolo *de periculo et commodo rei venditae*, intercalandovi il 14 (13) D. 18, 6, ricavato dal terzo libro *ad Urseum Ferocem* di Ulpiano.

La collocazione nella *sedes materiae*, concernente il *periculum* ed il *commodum rei venditae et traditae*, ha indotto la critica romanistica a considerare ed a valutare il testo nell'ambito del vasto e complesso problema del *periculum* (51). Noi riteniamo, pur prescindendo da una revisione

(51) Si è notato che nel sistema del *Corpus Iuris*, in materia di compravendita e, più precisamente, di responsabilità delle parti, coesistono due principi logicamente opposti: *periculum est emptoris* (Iust. Inst. III, 23, 3) e *periculum est venditoris*.

Quest'ultimo principio, trascurato fino a quasi tutto il secolo passato, fu messo in rilievo, per la prima volta, dall'ARND in una serie di scritti (*Giurispr. Italiana*, 49 (1897) p. 4, 209 ss.; *Archivio giur.* 62, (1898), 590 ss.; 65, (1900), 301 ss.; *Mélanges Fitting*, (1908) p. 29 ss.), in cui, relegando al diritto giustinianeo sulla base di Iust. Inst., III, 23, 3, il principio *periculum est emptoris*, avanzò l'ipotesi che il diritto classico avrebbe conosciuto il principio, secondo cui il rischio passerebbe al compratore solo in seguito alla consegna o alla mancata accettazione della parte avversa. Tale concezione fu ribadita, più tardi, dallo HAYMANN, in *ZSS*. 41 (1920), p. 44 ss.; 42 (1921) p. 543, ss.; 48 (1928) p. 314 ss.

Un diverso indirizzo hanno seguito SECKEL e LEVY (*ZSS*. 47 (1927) p. 117), secondo i quali il principio *periculum est emptoris* sarebbe classico, ma il passaggio del rischio *statim* sarebbe attenuato dalla responsabilità per custodia gravante sul venditore.

Secondo RABEL (*ZSS*. 41 (1920) p. 44 ss.) e SCHULZ, *Classical Rom. Law*, I, p. 532 ss.) seguiti dal BIONDI (voce *Vendita* (dr. rom.), in *Nuovo Dig. Ital.*), i giuristi classici non avrebbero formulato alcun principio, ma avrebbero piuttosto risolto il problema caso per caso, facendo leva sulla *bona fides*, che caratterizza la sostanza del contratto di compravendita. Vedi pure ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in dir. rom.* (Napoli, 1954), p. 256.

critica della d.battuta questione — qui del resto inopportuna — che la valutazione e la interpretazione dei nostri testi vadano fatte, piuttosto, con riferimento ad un diverso campo e, precisamente, alle conseguenze della mora (52).

La fatispecie (che possibilmente costituiva oggetto del quesito) è data dalla distruzione da parte dell'edile dei letti comprati e posti sulla via pubblica. Orbene, sussiste la responsabilità del venditore?

Alfeno distingue, al fine di risolvere il problema, fra *mora creditoris* e *mora debitoris*. Il riferimento alla mora è palesemente dimostrato sia dalla stessa parola *mora*, che figura nel principio del frammento 15, sia dall'uso della espressione tecnica *per eum stetisse quo minus traderetur* nel frammento 13.

Queste considerazioni autorizzano a ritenere che Alfeno, nei passi in considerazione, si occupava degli effetti della mora e non già del pericolo nella vendita (53).

Una nuova impostazione di tutto il problema ha dato recentemente il BETTI, « *Periculum* » problema del rischio contrattuale in dr. rom. classico e giustinianeo, in *Studi De Francisci*, I (Milano, 1956), p. 174 ss. « E' necessario distinguere — precisa l'Autore — nettamente quattro differenti ordini di questioni, che sono bensì tra loro connesse ed interferenti, ma hanno una diversa sostanza e qualificazione giuridica. Intendiamo — continua il Betti — distinguere fra: a) responsabilità contrattuale tipica del rapporto obbligatorio in questione; b) estensione pattizia di tale responsabilità, mediante assunzione convenzionale di certi rischi: assunzione, cioè, di garanzia per l'ipotesi del loro verificarsi; c) estensione automatica di essa responsabilità (c. d. — trapasso del rischio —), operata della mora del debitore; d) sopportazione (o ripartizione) del rischio contrattuale (*periculum* s. tecnico) secondo un criterio tipico del rapporto in questione ».

(52) Cfr. Scuro, *op. cit.*, p. 164, n. 4.

(53) Il termine *periculum* nelle fonti assume, come ha notato l'ARANGIO-RUIZ (*La compravendita*, cit., p. 269 ss.) « varie sfumature », presenta cioè diverse accezioni, una delle quali è rappresen-

Nella qualificazione giuridica delle due ipotesi, distinte da Alfeno, è da osservare: il primo frammento, per risolvere il quesito proposto, considera che sia in *mora acci-*

tata dal significato più comune (e quindi assunto come tecnico) di rischio contrattuale, inerente alla compravendita, per l'eventuale perimento fortuito. Vedi BETTI, *op. cit.*, p. 174. Non sempre, pertanto, «*periculum*» presenta questo ultimo significato. Anzi spesso ricorre nelle fonti con accezioni affatto diverse, e in relazione a negozi giuridici distinti dalla compravendita. Basti ricordare — come esempio significativo — la costituzione di Alessandro Severo (Cod. 6, 47, 3) ove viene adoperato il termine *periculum* per indicare la conseguenza della mora in un rapporto nascente da fede-commesso. Dato questo ampio significato di *periculum*, quale accezione presenta nel nostro testo? Il BESELER (*Tijdschrift*, 8 (1928), p. 296, ritenendo inesatto ed ingiustificato l'uso di *periculum* nel testo in esame, l'ha sostituito con *damnum*. Tale sostituzione è stata criticata dall'ARANGIO-RUIZ (*op. cit.*, p. 269 ss.), proprio per l'ampio significato del termine *periculum*. Secondo l'Autore, nel testo non ricorrerebbe un caso di forza maggiore, bensì «di una contravvenzione alle norme circa l'uso delle strade pubbliche, le cui conseguenze devono naturalmente essere subite dall'autore della contravvenzione stessa».

Ci sembra, per contro, che nel testo non si discuta delle conseguenze (responsabilità) della violazione degli editti edilizi, ma piuttosto della incidenza del danno derivante dalla distruzione dei letti. Contro i tentativi compiuti per dare al termine *periculum*, nel testo in esame, un significato diverso da quello tecnico, proprio di rischio contrattuale, si è pronunziato il BETTI (*op. cit.*, p. 174). Il romanista rifiuta tanto l'attribuzione alla parola del senso atecnico di responsabilità per custodia, proposta dall'Arangio-Ruiz, quanto il ricorso all'ipotizzazione di un contratto di somministrazione di prodotti industriali, avanzata dal LEVY (*ZSS*, 47, 1927, p. 202-204). In particolare il BETTI osserva che «il criterio di ripartizione del rischio contrattuale applicato da Alfeno e Paolo in questa decisione valuta la *traditio* quale momento decisivo per il trapasso del rischio contrattuale al venditore: prima della *traditio* il rischio è sopportato dal venditore, dopo, dal compratore. Alla *traditio* viene equiparata, a questo effetto, la mora frapposta dal creditore (*emptor*) al ritiro della cosa tenuta a sua disposizione: il che è

piendi il compratore (*per eum stetisset quo minus traderentur*), cui viene parificata l'ipotesi della pronta consegna da parte del venditore. Il pericolo o, meglio, il danno ricade sul compratore, giacchè la *mora creditoris* libera il debitore da ogni responsabilità, come ci attestano Catone (*de agricultura* 148), e Ulpiano (D. 18, 6, 1, 3). Il richiamo alle fonti predette è stato già fatto da Seckel e Levy. E' pur vero che il principio originario della irresponsabilità del venditore-debitore fu, in prosieguo di tempo, attenuato dal principio della responsabilità per dolo (D. 18, 6, 5; D. 18, 6, 18), ma ciò nulla toglie alla genuinità della sentenza di Alfeno, perfettamente in linea con le direttive del pensiero giuridico dell'età repubblicana.

Si può domandare come mai Paolo, epitomando l'opera di Alfeno, non abbia rilevato il mutamento giurisprudenziale; ma a parte ogni riserva su qualche eventuale taglio compilatorio, è da dire che il mettere i letti sulla pubblica via poteva essere un atto necessitato per il venditore, che non potesse più, in seguito al rifiuto di ricevere da parte del compratore, collocare nella propria bottega i letti: nè d'altra parte esisteva il deposito. Inoltre, come rileva il Ferrini (54), Paolo, nell'epitomare il lavoro di Alfeno, si astenne «dall'aggiungere o sostituire molto del proprio».

Il secondo frammento prospetta l'ipotesi della *mora debitoris*. Il *periculum* è a carico del venditore; qui si fa l'ipotesi che il compratore non sia in mora, ed il venditore ritardi ad adempire.

La *mora debitoris* è chiaramente illustrata in base a

conforme ai principi». L'osservazione del BETTI è acuta; tuttavia è preferibile ritenere che nel pensiero di Alfeno la mora abbia avuto una parte preminente; cioè, forse il giurista si occupava principalmente, se non esclusivamente, delle conseguenze nascenti dal ritardo (mora).

(54) *Opere II*, p. 175.

due considerazioni: 1) dalla espressa menzione della inesistenza della *mora creditoris*, che fa presumere la mora contraria; 2) dall'argomento *ab absurdo* che una diversa interpretazione contrasterebbe sia con le direttive di tutta la giurisprudenza romana, che escludeva *ante moram* la responsabilità del debitore *speciei* per il perimento fortuito non imputabile (D. 46, 3, 107) sia con il frammento 12 D. 18, 6 escerpito dai *Digesta* di Alfeno Varo, nel quale si esclude la responsabilità per il fortuito perimento, non causato da negligenza *in custodiendo* (nè si fa parola di *traditio* o di *periculum*).

Pertanto, la responsabilità del venditore, in D. 18, 6, 15 pr., va fondata sulla *perpetuatio* avvenuta in seguito alla mora (D. 45, 1, 91, 3). Da quanto detto si può dedurre che Alfeno enunci una teoria pienamente conforme al movimento giurisprudenziale della età repubblicana.

Fra i testi in discussione i Compilatori inserirono il 14 (13), in cui si parla della eventuale responsabilità dell'edile, nel caso che non abbia agito *iure*, cioè nel caso che abbia commesso un eccesso di potere. La questione non riguarda il problema in esame; va solo notato che la diversa provenienza rivela che i Compilatori, occupandosi dei testi erroneamente in materia di pericolo nella vendita, credettero opportuno limitare la irresponsabilità del venditore, proclamata nel testo, ponendo in evidenza l'obbligo di costui di agire conformemente alle regole della custodia. Fra l'altro è da notare che gli edili, esautorati con Augusto, furono del tutto soppressi nel corso del secondo secolo d. C.

7. — TREBAZIO TESTA

Esaminiamo infine alcuni testi, che riferiscono il pensiero di Trebazio su due ordini di problemi: il primo punto riguarda la mora in materia di legato condizionale di libertà,

e cioè l'acquisto della libertà in seguito al mancato adempimento della condizione imputabile alla *mora creditoris* o non imputabile al debitore; il secondo punto riguarda la *signatio* del vino.

D. 40, 7, 3, 11 (Ulp. 27 *ad Sab.*): *Si quis heredi in diebus triginta proximis mortis testatoris dare iussus fuerit, deinde heres tardius adierit, Trebatius et Labeo, si sine dolo malo tardius adierit, dantem eum intra dies triginta aditae hereditatis ad libertatem pervenire: quae sententia vera est.... 12: si quis sic acceperit libertatem « cum decem dare poterit, liber esto », Trebatius ait, licet habuerit decem vel idoneus fuerit ad acquirendum et conservandum peculium* (55), *tamen non alias ad libertatem perventurum, nisi dederit, aut per eum non steterit, quo minus det: quae sententia vera est.*

D. 40, 7, 39, 4 (Iavolenus 4 *ex poster. Labeonis*): *Si Stichus Attiae mille nummos dederit, liber esto*. *Attia vivo testatore decessit: non posse Stichum liberum esse Labeo Offilius responderunt: Trebatius, si ante testamentum factum Attia decessisset, idem: si postea, eum liberum futurum.....*

I due testi (il primo tratto dal commento *ad Sabinum* di Ulpiano ed il secondo dal IV libro *ex posterioribus Labeonis* di Giavoleno), malgrado le alterazioni formali che essi presentano, permettono di ricostruire il pensiero di Trebazio sulla mora nel legato condizionale di libertà.

Al servo, cui sia concessa la libertà sotto condizione di dare all'erede, incombe l'adempimento di un onere,

(55) Il GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione* (Torino, 1930), p. 26 ss. ritiene « *vel idoneus fuerit...peculium* » glossa o interpolazione. Su D. 40, 7, 3, 11 vedi anche DONATUTI, *Lo Statulibero* (Milano, 1940), p. 262 ss.

rispetto al quale la conseguenza dell'eventuale inadempimento è già prefissata: il mancato acquisto della libertà.

Ma cosa dire nel caso che l'inadempimento o il ritardo non siano imputabili allo statulibero? Acquista egli la libertà? E' questo il problema posto e risolto da Trebazio al lume del *favor libertatis* (56), che guidò la giurisprudenza nel graduale e lento superamento dell'angusto principio delle XII Tavole (Ulp. reg. 2, 4) e che diede luogo, alla fine dell'età classica, alla stabilizzazione del principio, secondo cui l'inadempimento della condizione non imputabile al debitore determina l'acquisto della libertà, come attesta D. 40, 7, 3, 10: *et sane hoc iure utimur in statulibero, ut sufficiat per eum non stare, quo minus condicioni pareat* (57).

Nel § 11 Trebazio, secondo il riferimento di Ulpiano, si pronunzia a favore della libertà del servo, nell'ipotesi in cui costui ottemperi alla condizione di dare entro i trenta giorni successivi alla morte del testatore, anche se l'erede non abbia adito la eredità, sia pure senza dolo. Come si vede, la posizione dello statulibero di fronte al ritardo dell'erede, nel legato condizionale, è molto simile a quella di un comune debitore di fronte alla mora del creditore.

Come il debitore ha diritto ad essere liberato dal vincolo e può sciogliersi con l'abbandono della cosa dovuta in seguito alla *mora creditoris*, così lo statulibero ha diritto a

(56) Il FREZZA, *Garanzie delle obbligazioni*, p. 357, rileva una corrispondenza fra *favor libertatis* e *favor debitoris*.

(57) Il GROSSO, *op. cit.*, p. 21 ss., ritiene interpolato il periodo finale del § 10. I giustinianei avrebbero formulato il principio allo scopo di generalizzare, qui come in altri passi esaminati dall'Autore, decisioni di casi singoli, che miravano a far conseguire la libertà allo statulibero, qualora la mancata esecuzione della condizione fosse dovuta all'erede. È da ritenere, al contrario, che la generalizzazione si sia formata nel corso dell'età classica; del resto neppure il GROSSO ha potuto escludere la classicità dell'espressione da lui ritenuta interpolata nel § 12.

conseguire la libertà e può, in seguito al ritardo sia pure non doloso dell'erede nell'obbligo di cooperazione (l'accettazione della eredità configura una delle possibili ipotesi di cooperazione nell'adempimento), ottenere la libertà condizionalmente concessagli.

Una osservazione va qui fatta. Il *sine dolo* (58), che qualifica subbiettivamente il ritardo dell'erede, dimostra che nella concezione della giurisprudenza repubblicana — e del periodo augusto — la mora del creditore comprendeva ogni circostanza che ricadesse nella sua sfera, compreso il ritardo non doloso nel compimento degli atti rientranti nell'obbligo di cooperazione. Unico requisito per la liberazione del debitore dal vincolo o per l'acquisto della libertà era — lo si deduce logicamente — l'esatta offerta della prestazione (rispetto all'oggetto, al tempo, al luogo).

Questi rilievi sono confermati dal § 12, ove Trebazio afferma che lo schiavo si libera o dando (*nisi dederit*) ovvero se non possa dare per causa a lui non imputabile. Ora, come rileva il Catalano (59), fra le ipotesi di inadempimento non imputabile rientra la mora del creditore; ma ovviamente ne fanno parte tutti i casi estranei al fatto dello schiavo: concetto questo così comprensivo delle circostanze di esclusione della responsabilità del tenuto all'adempimento da allargare notevolmente il limite del fatto del creditore, che sta alla base della dottrina serviana (Cfr. anche Festo, 314).

(58) Il PRINGSHEIM, *Ius aequum und ius strictum*, in ZSS, 42 (1921), p. 655 e n. 3, seguendo il SAMTER, *Das Verhältnis zwischen Scaevo las Digesten und Responsen*, in ZSS, 27 (1906), p. 171 ss., ritiene interpolati *sine dolo malo tardius aderit* ed il brano finale *sed quid... impleatur*, sul presupposto che la concessione della libertà, dopo la *mora heredis*, sia stata effettuata per la prima volta da Marco Aurelio (D. 40, 5, 30, 16). Tuttavia, come ha notato il GROSSO, *op. cit.*, p. 15 ss., nel testo di Marco Aurelio si tratta la diversa e particolare ipotesi dei fedecommissi.

(59) *Annali Catania* (1948-1949), p. 514.

Siamo di fronte ad una notevole estensione del *favor libertatis*, sviluppantesi parallelamente al *favor debitoris* (60).

Un altro punto occorre precisare e riguarda l'estensione concettuale della *mora creditoris*.

Da un raffronto del § 12 D. 40, 7, 3 con D. 40, 7, 4 pr. e D. 40, 5, 47, 2, possiamo dedurre che nella concezione di Trebazio la *mora creditoris* comprendeva anche l'assenza giustificata. Infatti in questi ultimi testi Paolo e Giuliano affermano che lo statulibero ottiene la libertà, in caso di assenza giustificata, solo se deponga la *pecunia in aede* ovvero presso un privato scelto *praetoris officio*, non essendo sufficiente la dimostrazione del mancato adempimento imputabile al creditore. Solo in caso di assenza ingiustificata, come dice Giuliano, era sufficiente la semplice dimostrazione *per servum non stare, quo minus condicione pareat*. Quindi, al tempo di Trebazio, la *mora creditoris* comprendeva anche la ipotesi dell'assenza giustificata. La *ratio* storica di una tale latitudine concettuale della *mora creditoris* si deve ricercare nella mancanza, per quel tempo, dell'istituto del deposito (61), che permetteva al tempo di Giuliano di concedere la libertà al servo, senza pregiudicare le ragioni del creditore (62).

Un'ultima osservazione è suggerita dal testo di Giavoleno: D. 40, 7, 39, 4. Vi si dice che Trebazio, in caso di morte dell'erede, riconosceva la libertà dello statulibero solo

(60) Secondo il Grossi, *op. cit.*, p. 26 ss. l'espressione *aut per eum non steterit quo minus det* nel testo «ha un valore ed una ragione d'essere tutta particolare; la condizione infatti non era di dare ma di potere dare. Trebazio l'interpretava nel senso che non bastasse avere i dieci, ma che occorresse che dessero, o per lo meno non dipendesse dal servo che non dessero».

(61) Vedi M. NITSCHKE, *Die Hinterlegung der geschuldeten Leistung im röm. Recht*, in *SDHI*, 24 (1958), p. 163.

(62) In tal senso vedi CATALANO, *loc. cit.*, p. 514 e 518.

se la morte si fosse verificata dopo la compilazione del testamento, e non già se il creditore fosse morto prima.

Il motivo è da spiegare con il fatto che la morte funzionava come una circostanza determinante una ipotesi di *mora creditoris*.

* * *

Un altro testo interessante, che riporta l'opinione di Trebazio, riguarda la *signatio* del vino:

D. 18, 6, 1, 2 (Ulp. 28 ad Sab.): *Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est: magis enim ne summutetur, signari solere quam ut traditum videatur* (63).

Ulpiano si occupa in questo passo del momento perfezionativo della vendita del vino (cfr. anche D. 18, 6, 8), ponendo il problema se la *signatio* equivalga o meno a *traditio*.

La *quaestio* viene risolta affermativamente da Trebazio, negativamente da Labeone, la cui opinione è approvata da Ulpiano, che ha cura di motivare la sua scelta, ponendo in rilievo lo scopo o funzione della *signatio*: questa mira ad evitare che il vino contenuto nella botte possa essere sostituito (*ne summutetur*), e non già ad indicare che questo debba essere considerato già consegnato.

Come è facile rilevare, il problema giuridico trattato è quello del valore della *signatio*, e nessuna argomentazione viene fatta circa la responsabilità per mora: ma è estrema-

(63) Il testo è ritenuto genuino da SCHULZ, in *Krit. Viert.*, 50 (1912), p. 80; HAYMANN, in *ZSS*, 41 (1920), p. 111 ss.; SECKEL-LEVY, in *ZSS*, 47 (1927), p. 208 ss.

mente facile inferirne delle conseguenze, data la stretta relazione esistente tra consegna e mora.

Infatti, considerare come avvenuta la consegna con la semplice *signatio* equivale a risolvere negativamente la *mora debitoris*. Questa, evidentemente, non potrà sussistere, in quanto il venditore ha già adempiuto gli obblighi a suo carico nascenti dal contratto; potrà sussistere, eventualmente, la *mora creditoris*, nel caso in cui il compratore non si curi di ritirare il vino acquistato.

Sarà, allora, lecito al venditore *vinum effundere*, in base al principio affermato dai *Veteres*, con il risultato di liberarsi da ogni responsabilità (D. 18, 6, 1, 4).

Il principio enunciato dai *Veteres*, opportunamente coordinato con il risultato ricavabile dall'insegnamento di Trebazio, permette di trarre delle interessanti conclusioni sulla dottrina della mora nell'età repubblicana, relativamente alla fattispecie della compravendita del vino.

La giurisprudenza repubblicana, fedele interprete della realtà giuridica, mirò a risolvere il problema della mora, nel modo più consone alle esigenze dell'economia ed alla celerità degli scambi commerciali. E precisamente, costituendo il vino, nella struttura economica romana, un prodotto di facile scambio, l'anticipazione della consegna al momento della *signatio* e la facoltà correlativa dell'*effundere*, concessa al venditore *post moram emptoris*, rispondono allo scopo di snellire la circolazione economica del prodotto e di incrementare ed incoraggiarne la produzione.

Il mutamento d'indirizzo giurisprudenziale, avvenuto in età classica, deve considerarsi come il sintomo di una mutata situazione economico sociale, nonché di una valutazione capillare dei rapporti umani e di una disciplina sempre più rispondente ai criteri della valutazione complessiva del contratto.

* * *

Tralasciamo l'esame di D. 6, 1, 33 (Paulus 21 *ad ed.*), giacchè l'opinione di Trebazio, ivi riferita, non riguarda la mora, ma gli effetti della violazione dell'*arbitratus de restituendo* da parte del possessore convenuto con la *rei vindicatio*. L'uso del termine *mora* nelle azioni munite di clausola restitutoria non è tecnico, ma ricorre nel senso generico di indugio. Infatti il ritardo nell'adempimento dell'ordine di *restituere*, emanato dal giudice su autorizzazione del magistrato, costituisce *contumacia* (secondo il linguaggio delle fonti) e non mora ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁴⁾ Sulla atecnicità della parola *mora* nelle azioni reali, cfr. PERNICE, *Labeo*, II, 2, p. 21 ss.; sul significato e sul contenuto del *restituere* vedi KASER, *Restituere als Prozessgegenstand* (München, 1932), p. 6 ss.; NIEDERMEYER, *op. cit.*, p. 437 ss.; CHIAZZESE, *Jus-
jurandum in item* (Milano, 1958), p. 1 ss.

IL PROBLEMA DELLA MORA
ALLA FINE DELL'ETÀ REPUBBLICANA

Esaminati i pochi testi — in confronto al lungo periodo trattato — che abbiamo potuto raccogliere e utilizzare, è ora necessario ed opportuno delineare in questo paragrafo un profilo storico della dottrina repubblicana sulla mora.

Profilo storico, che sarà essenzialmente costruito sulla sola base delle testimonianze acquisite, rigorosamente prescindendo da integrazioni logiche e sfuggendo alle suggestioni di armoniche e tradizionali sistematiche, patrimonio caro alla vecchia romanistica, ma non più rispondente alla nuova esigenza di conoscere il genuino diritto e l'effettivo pensiero giuridico della civiltà romana nelle sue fasi di sviluppo.

Non mancano certo sapienti ed elaborate indagini teoriche sulla mora ⁽¹⁾, ma il compito da noi perseguito in questo lavoro non è quello di costruire una nuova dommatica o una teorica sulla mora, ma è piuttosto quello di conoscere l'autentico pensiero giuridico romano su un così interessante istituto, contentandoci di prospettare e valutare — in connessione col tessuto economico sociale — i dati nello stato in cui si trovano, senza pretendere di integrarli con schemi suggeriti da una attrezzatura mentale estranea a quella

⁽¹⁾ Basti pensare al ponderoso lavoro del KNIEP, *Die Mora des Schuldners* (Rostock, 1871), voll. I e II; MOMMSEN F., *Die Lehre von der Mora* (Braunschweig, 1855).

romana, al fine di dare una risposta a qualsivoglia interrogativo ⁽²⁾.

Ciò posto, iniziamo con alcuni rilievi di carattere terminologico.

I. - E' possibile rilevare nei frammenti esaminati una duplice terminologia impiegata per indicare l'idea del ritardo. Il termine *mora*, infatti, coesiste accanto alla circonlocuzione *per eum* (*debitorem*, *creditorem*, *heredem*, etc.) *stet...quo minus*. Occorre precisare il significato delle due espressioni ed i loro rapporti. Ora la parola *mora* ⁽³⁾ indica, in senso tecnico, esclusivamente ritardo, indugio, dilazione, inerente allo adempimento di un obbligo. La circonlocuzione *per eum stet...quo minus* ⁽⁴⁾ esprime, invece, l'idea dell'impedimento, dell'ostacolo, di un qualcosa che impedisce il realizzarsi di un evento (adempimento, perfezionamento di un vincolo giuridico), connesso ad una relazione tra due soggetti. Come si vede, per quanto la seconda espressione abbia un più ampio significato della prima, tuttavia vi è un elemento che entrambi avvicina ed unifica, ed è l'idea che qualcosa, che si dovrebbe verificare in un determinato momento, non si verifica, a causa di un ostacolo. L'elemento del ritardo è, in ultima analisi, comune ad entrambi le

⁽²⁾ Sul punto vedi le acute osservazioni dell'ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (Torino, 1961), p. 693.

⁽³⁾ La parola assume diversi significati, alcuni in senso non tecnico, altri in senso tecnico. Cfr. KNIEP, *op. cit.*, I, p. 1 ss.; PERNICE, *op. cit.*, p. 18 ss.; MONTEL, *op. cit.*, p. 1 ss. Vedi inoltre il VOCABULARIUM IURISPRUDENTIAE ROMANAЕ, il Dizionario del FORCELLINI e il THESAURUS LINGuae LATInAE. Come ha notato il PERNICE, *op. cit.*, p. 20, l'uso tecnico e l'uso non tecnico della parola non sempre sono separabili, perché corrono l'uno accanto all'altro. In senso tecnico, la parola ed il concetto di «indebito ritardo» appaiono in tre diverse applicazioni.

⁽⁴⁾ L'espressione è usata anche per indicare l'inadempimento assoluto.

espressioni. Si può, qui, chiedere quando esse siano comparse nel linguaggio giuridico romano. È stato sostenuto (5) che la prima sia più recente (I sec. a. C.), mentre la seconda risalirebbe, forse, a Sesto Elio (II sec. a. C.). Riteniamo, per contro, che anche la prima espressione risalga almeno all'età di Catone, non fosse altro perché ricorre (come abbiamo visto) in fonti letterarie e precisamente nel *De agricultura* di Catone nel senso tecnico-giuridico di ritardo nell'adempimento di un obbligo assunto (6).

II. - La lettura dei testi suggerisce un'altra osservazione di ordine terminologico, sommamente interessante ai fini della ricostruzione della dottrina repubblicana sulla mora.

La su ricordata duplice terminologia è impiegata nelle fonti per indicare tanto il ritardo del debitore, quanto l'impossibilità di adempiere per una circostanza ricadente nella sfera del creditore (così detta *mora creditoris*).

I giuristi repubblicani pongono, dunque, al centro del loro ragionamento, l'adempimento e quindi isolano due ordini di casi che ne impediscono la pronta attuazione: quelli dovuti ad un ingiusto comportamento del debitore e quelli che ricadono nella sfera del creditore (rifiuto, mancata cooperazione, assenza).

(5) Cfr. PERNICE, *op. cit.*, p. 22.

(6) Interessanti sono le osservazioni fatte dal GENZMER, in ZSS, 44 (1924), p. 91 sul significato di mora e sulla evoluzione del corrispondente concetto: «Die Verwendung des Wortes *mora* als Kunstwort der Rechtssprache geht weder auf Gesetze, noch auf Edikte, sondern ausschliesslich auf die Juristen zurück. Sie lässt sich frühestens am Ausgang der Republik, sicher bei Alfenus, Labeo und Sabinus nachweisen. Der Rechtsbegriff, der mit dem Worte *mora* ausgedrückt wird, ist indessen älter, es stammt schon von den Veteres, wen er auch in der Kaiserzeit weiter ausgebildet und entwickelt worden ist. Die Veteres haben sich der Formel *stare* oder *fieri per aliquem, quominus* . . . für diesen Begriff bedient». Cfr. pure PERNICE, *op. cit.*, p. 22.

L'unificazione terminologica presuppone e rivela l'unificazione concettuale, fatta dai giuristi, delle due ipotesi, che trovano il loro fondamento nell'adempimento e la loro essenza nel ritardo.

La terminologia giuridica è, infatti, rilevatrice della configurazione concettuale dei fenomeni giuridici (7).

Questi rilievi permettono di trarre delle conseguenze circa la dibattuta questione del rapporto concettuale fra *mora debitoris* e *mora creditoris* (8). Nel pensiero dei giuristi repubblicani (e qui è di questo che si vuol tener conto) *mora debitoris* e *mora creditoris* costituiscono, in conclusione, due istituti che hanno la loro base nell'adempimento di un obbligo giuridico e la loro essenza, cioè la caratteristica comune e saliente, nel ritardo. Al di fuori di questi due elementi, *mora debitoris* e *mora creditoris* null'altro hanno in comune.

Quando il normale adempimento di un obbligo non si realizza tempestivamente per una circostanza, avente determinati requisiti, si profila ora la *mora debitoris*, ora la *mora creditoris*.

Ambedue sono rivolte a regolare i rapporti fra le parti e ad assicurare, anche contro l'eventuale volontà di una di esse, la estinzione di un rapporto che, o per sua natura intrinseca (rapporti contrattuali) o per necessità o utilità sociale (dote, manomissione), non deve ulteriormente sopravvivere.

Esaurite queste osservazioni di carattere terminologico, possiamo procedere ad una impostazione storica del problema della *mora debitoris* prima e della *mora creditoris* poi, puntualizzando gli aspetti più salienti: concetto, requisiti, effetti.

(7) Cfr. CICERONE, *Topica*, § 36. Vedi, sul punto, NIEDERMEYER, *op. cit.*, p. 454 ss.

(8) Cfr. SCURO, *op. cit.*, p. 1 ss.; MONTEL, *op. cit.*, p. 5 ss.

Le fonti non ci conservano nè una definizione della *mora debitoris* nè della *mora creditoris*. Anzi le due espressioni non si rinvengono mai usate, nelle fonti dell'età repubblicana, con carattere generale.

Esse sono frutto di un'astrazione successiva, affermatasi sopra tutto con i Glossatori. *Mora e per eum stet . . . quo minus* vengono usate dai giuristi in relazione a singoli rapporti concreti. Le due espressioni non sono poste in relazione ad un'astratta figura di *debitor* o *creditor*; bensì, secondo i casi, al venditore, al compratore, all'erede e così via. Solo in D. 22, 2, 8, illustrato precedentemente, si rinvie il termine *creditor*, usato dal giurista Servio non in senso astratto, ma concreto di *stipulator*.

Secondo una caratteristica saliente di tutta la giurisprudenza romana, il metodo dei giuristi del periodo repubblicano fu quello dell'analisi dei singoli fatti e della loro rigorosa impostazione giuridica, per cercare di enucleare principi, secondo lo sviluppo ed il procedimento proprio del *genus quaestionum* (9).

Attraverso questo metodo essi finirono per creare l'istituto della mora, quale risultante di una serie di decisioni,

di principi, di figure (*topica*), che non furono, però, sintetizzate in una unica proposizione concettuale. Astraendo da quelle decisioni e da quegli orientamenti, possiamo definire, conformemente allo spirito dei giuristi romani, la *mora debitoris* (10) come ritardo volontario e quindi ingiusto nello adempimento di un'obbligazione.

I requisiti sono stati già succintamente indicati. E' ora necessario approfondirne alcuni aspetti.

L'obbligazione, presupposto e requisito della mora, può nascere tanto da un negozio di *ius strictum*, quanto da un negozio di buona fede. Nessuna differenza sussiste, stando alle fonti esaminate, tra i due tipi relativamente ai requisiti e agli effetti mora, nelle obbligazioni di *species*. Più interessante e rilevante è la distinzione fra prestazione di dare, fare, non fare (11).

Relativamente a quest'ultima, non si trova mai configurata la *mora debitoris*: il motivo è ovvio, in quanto il fare ciò che non si deve fare costituisce, di per sé, inadempimento assoluto e non semplice ritardo. E', infatti, essenziale alla nozione di *mora debitoris* la possibilità di un successivo adempimento, come si può desumere da D. 45, 1, 91, 3 e, indirettamente, da tutti i testi esaminati.

Dalle fonti risulta chiaramente come la mora non consista nel semplice ritardo nell'adempimento di una obbligazione con contenuto positivo (nasca essa da un rapporto bilaterale o da un atto unilaterale), ma presupponga una relazione volontaria fra il ritardo ed il comportamento del soggetto che lo ha causato. L'essenzialità di un tale requisito

(9) Sul problema cfr. NIEDERMEYER, *op. cit.*, p. 453 ss. Sul metodo dei giuristi repubblicani vedi STROUX, *Summum ius summa iniuria*, in *Annali Palermo*, XII (1929), p. 662 ss.; SCHULZ, *History of roman legal science* (Oxford, 1953), p. 60 ss.; HELMUT COING, *Zur Methodik der republ. Jurisprudenz: Zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, I (Napoli, 1953) p. 365 ss.; MASCHI, *Storia del diritto romano*, I (Milano, 1962), p. 301 ss. Per una dimostrazione dell'attività sistematica della giurisprudenza repubblicana cfr. SCHERILLO, *Note critiche su opere della giurisprudenza romana*, in *IVRA*, I (1950), 204 ss.; 2 (1951), 180 ss.; vedi pure LA PIRA, *La genesi del sistema della giurisprudenza romana - L'arte sistematica*, in *BIDR*, 42 (1934), p. 336 ss.; 44 (1936-1937), p. 131 ss.; ID., in *SDHI*, I (1935), p. 319 ss.; ID., in *Studi in onore di F. Virgili* (Siena, 1935).

(10) L'espressione *mora debitoris* è preferibile all'altra, pur essa usata, *mora solvendi*. Non sempre, infatti, la mora consiste in un dare.

(11) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, p. 9 ss.

è posta in risalto in tutti i rapporti, rispetto ai quali è configurabile il ritardo ad adempiere: rapporti contrattuali, dote⁽¹²⁾, legato. Lo si può dedurre sia dalle espressioni *per eum stet...quo minus*⁽¹³⁾ (che presuppone sempre, in materia di *mora debitoris*, l'elemento soggettivo) e *cum dare potuisset nec dedisset* (nelle stipulazioni penali), sia dai termini dolo e colpa.

Forse solo nei tempi catoniani la relazione fra ritardo e soggetto assumeva valore prevalentemente obiettivo. Va notato che l'elemento soggettivo non è sempre costituito dalla esclusiva volontarietà dell'effetto, ma spesso dalla semplice volontarietà del comportamento.

In altre parole l'elemento soggettivo comprende anche la colpa in senso stretto.

Il debitore incorre in mora ora *statim* — inteso in ampio senso e da stabilire in relazione alla natura della prestazione — ove manchi la *praefissio temporis*, ora successivamente alla scadenza del termine, eventualmente stabilito. Non è richiesto altro requisito per la costituzione in mora: in particolare non si fa parola della *interpellatio*.

⁽¹²⁾ Non abbiamo, come si è visto nella parte esegetica, notizie sufficienti per la mora nell'istituto dotale, anche perché gli effetti tipici del ritardo nella restituzione della dote si stabilizzeranno solo nel corso dell'età imperiale. Qui vogliamo solo ricordare che, secondo alcuni, la mora nella dote non sarebbe usata in senso tecnico, dato che l'effetto tipico della restituzione (ereditabilità dell'obbligo) non ubbidisce ai principi della mora in senso tecnico. Così PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II (Roma, 1928), p. 435, n. 1. Per la tecnicità della mora dotale vedi PERNICE, *op. cit.*, p. 24: «Gebrauch des Wortes ist technisch»; MONTEL, *op. cit.*, p. 187 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. GRADENWITZ, in *ZSS*, 34 (1913), p. 272 ss.; l'opinione del GRADENWITZ è ricordata dal MONTEL (*op. cit.*, p. 166 i. f.), il quale rileva che l'espressione è «variamente adoperata nelle fonti, ora per accennare ad una relazione prettamente obiettiva tra l'autore di un fatto ed il fatto medesimo, ora, invece, includendovi l'elemento subiettivo».

Gli effetti della mora variano a seconda dei diversi rapporti. Sulla *perpetuatio*, che costituisce l'effetto tipico delle obbligazioni di *species*, ci siamo già soffermati. L'eventuale *aestimatio* della *res perita* non viene estesa ad un ulteriore risarcimento del danno.

Nelle stipulazioni penali improprie, l'effetto specifico è costituito dalla impossibilità di *solvere* l'oggetto principale (ad es. *penum*). Nel legato condizionale di libertà, l'effetto tipico è costituito dal mancato acquisto della libertà⁽¹⁴⁾.

Non è prevista, nelle fonti esaminate, la possibilità di purgare la mora mediante offerta successiva della prestazione. La purgabilità verrà ammessa solo con Celso dopo accesi dibattiti, dei quali resta una traccia nel celebre testo D. 45, 1, 91, 3. Tuttavia, già nel pensiero di Servio Sulpicio Rufo, si trovano i germi di un movimento interpretativo, che doveva condurre non solo all'affermazione della possibilità di eliminare gli effetti della mora con una offerta posteriore, ma anche all'affermazione della efficacia purgativa di ogni convenzione fra le parti.

* * *

Sul concetto di *mora creditoris* si è a lungo discusso⁽¹⁵⁾. Diverse definizioni sono state formulate: dalla più ristretta, e cioè rifiuto della prestazione offerta, alla più ampia: «ritardo frapposto all'adempimento di una obbligazione dalla mancanza della necessaria cooperazione del creditore, quan-

⁽¹⁴⁾ L'obbligo, posto a carico dello statulibero, di osservare un dato comportamento nei confronti dell'erede, determina, a seconda dei casi, figure di *mora debitoris* o di *mora creditoris*. Vedi in tal senso PERNICE, *op. cit.*, p. 23 ss.; FREZZA, *Le garenzie*, cit., p. 355.

⁽¹⁵⁾ Vedi SCUTO, *op. cit.*, p. 1 ss.; MONTEL, *op. cit.*, p. 5 ss.

do questi non abbia una ragione obiettiva di rifiutarsi» (16). Nessuna di queste definizioni è, però, conforme allo spirito delle fonti del nostro periodo. Volendo formulare una nozione, che rispecchi effettivamente l'insegnamento dei testi, possiamo definire la *mora creditoris* (17) come il ritardo causato, nell'adempimento di una obbligazione, da una circostanza che attenga alla sfera del creditore.

Questo punto merita qualche precisazione. Il termine «circostanza», volutamente ampio, è comprensivo di diversi elementi. In primo luogo comprende il rifiuto della prestazione offerta (caso più frequente). In secondo luogo la mancata cooperazione del creditore (destinatario della prestazione) nel perfezionamento del vincolo obbligatorio (scelta, *degustatio, admetiri*) e nella esecuzione (trasporto, forniture di recipienti, di locali). In terzo luogo, infine, si estende a quei casi in cui la prestazione non può essere eseguita, perchè il creditore è assente o comunque impedito. Non meravigli tale ampiezza del concetto. Siamo in un periodo in cui la carenza di mezzi idonei a garantire le ragioni del creditore, senza ingiusto pregiudizio per il debitore, e la necessità fortemente sentita di proteggere quest'ultimo (*favor debitoris*) sono ragioni storiche sufficienti a spiegare l'estensione significativa della nozione. E' conferma di un siffatto modo di concepire il fenomeno l'assenza del requisito della colpevolezza, già rilevato per la *mora debitoris*. Per costituire in mora il creditore, basta, in genere, il semplice ritardo, la semplice impossibilità da parte del debitore di ese-

(16) Cfr. Scuto, *op. cit.*, p. 4; la definizione dello Scuto è seguita dal Montel, *op. cit.*, p. 5.

(17) E' preferibile la espressione *mora creditoris*, perchè più generica di *mora accipiendo*. La mora del creditore non sempre scaturisce dal rifiuto, ma spesso da qualsiasi altra violazione dell'obbligo di cooperazione, se non addirittura dall'assenza, anche giustificata; cfr. Montel, *op. cit.*, p. 7.

guire prontamente la prestazione. La stessa espressione *per eum stet . . . quo minus*, nelle fonti relative alla mora del creditore, è spesso usata nel senso obiettivo di relazione fra il destinatario della prestazione ed il fatto impenitivo. Manca un accenno espresso alla colpa o al dolo. Ciò non toglie che in alcuni casi si presupponga una partecipazione volontaria del creditore; il che si spiega col fatto che i giuristi romani costruiscono la loro scienza sulla base della casistica e si astengono dall'esporre idee destinate ad avere generale validità.

Gli effetti della *mora creditoris* variano secondo i diversi rapporti. Nel campo contrattuale effetto tipico della mora è, come abbiamo già rilevato, la facoltà del debitore di liberarsi dal vincolo con l'abbandono dell'oggetto dovuto. Dopo la mora, il debitore non è più obbligato e l'eventuale conservazione dell'oggetto della prestazione da parte sua è puramente facoltativa (Sesto Elio e Livio Druso), e crea a carico del creditore l'obbligo del risarcimento del danno.

Nelle manumissioni testamentarie, sottoposte alla condizione di dare una somma di danaro all'erede, l'effetto della *mora creditoris* (più precisamente dell'erede) è costituito dalla supposizione dell'avveramento della condizione e dal contestuale acquisto della libertà (18).

In conclusione, la *mora creditoris*, nell'età repubblicana, assume un ampio e pur vario significato, che deriva senz'altro dalle idee, dall'economia, dalle istanze sociali e dai mezzi giuridici del tempo: fattori questi che orientano la giurisprudenza nella valutazione e nella scelta di criteri e di principi rispondenti alla realtà di quel particolare momento storico.

Un'ultima osservazione. Lungo i secoli del periodo re-

(18) Per la configurabilità della *mora creditoris* nelle manumissioni testamentarie, sottoposte a condizione di dare, vedi la nota 14.

pubblicano, lentamente ed attraverso immancabili incertezze, si viene maturando l'ossatura essenziale dell'istituto della mora, che alla fine del I sec. a. C. si manifesta con delineati contorni. L'elaborazione scientifica dell'istituto è il risultato dell'eccezionale acume dei giureconsulti dell'ultimo secolo della Repubblica e della loro capacità di sistemazione.

Infatti, tutti gli elementi fondamentali e gli aspetti essenziali della *mora debitoris* e della *mora creditoris* possono già, alla fine dell'età repubblicana, dirsi individuati e posti in necessario risalto. Sul filone originario tracciato dai giureconsulti repubblicani si porrà la giurisprudenza dell'Impero, che in questo caso come in altri saprà ricavare dall'opera venerata dei *Veteres* perspicui insegnamenti.

L'ETÀ CLASSICA

DAL PERIODO AUGUSTEO ALL'ETÀ DEI SEVERI

LA DOTTRINA DELLA MORA
NEL PENSIERO DEI GIURECONSULTI CLASSICI
(DA AUGUSTO A TRAIANO)

L'età del Principato si apre, com'è noto, con l'affermazione di due grandi scuole, quella dei Proculeiani e quella dei Sabiniani. Come nel campo del diritto pubblico la forza della tradizione antica e l'esigenza dei tempi nuovi urgono in maniera prepotente e si contendono il passo nel processo evolutivo della realtà futura, così nel campo del diritto privato ci si presenta un fenomeno simile: la corrente della vecchia tradizione dello *ius civile*, formalistica e rigorosa, ma già attaccata in sul finire dell'età repubblicana dal soffio di un pensiero nuovo e più aderente alle esigenze di una società più evoluta, si scontra al principio della età classica con la corrente innovatrice, la quale — pur con la consueta prudenza dei giuristi ed il loro senso di rigore scientifico — tende ad affermare principi ispirati ad una *ratio iuris* aperta allo studio ed alla comprensione degli universali bisogni dell'Impero ⁽¹⁾.

Agli inizi della nuova età, la dottrina della mora, pur muovendosi sulle direttive già segnate dalla giurisprudenza repubblicana, riceve nuovi impulsi e progredisce ad opera di giuristi di forte personalità, come Labeone, Sabino,

⁽¹⁾ Tale affermazione riceve oggi una più chiara conferma dalla raccolta organica delle costituzioni imperiali riferite dai giuristi classici, che ci viene offerta dal GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I (Milano, 1963).

Proculo, che meditano analisi sottili e profonde, senza soste. I semi gettati dall'età precedente si avviano a maturazione, attraverso contrasti, sviluppi e arricchimenti⁽²⁾. Così l'istituto si vien costruendo in maniera lenta ma sicura.

Dal tronco fondamentale del pensiero dei *Veteres* si svilupparono gradatamente importanti dottrine, che vennero attribuendo un volto sempre più preciso alla mora. Basti pensare alla dottrina della *purgatio morae*, che, appena ombreggiata in Servio, ebbe il battesimo ufficiale da Celso, e trovò in Marcello il suo più completo ed acuto formulatore.

Analizzando e sceverando in tutte le sue implicazioni la famosa *constitutio veterum*, i giuristi del periodo classico, con arte maieutica ne trassero le logiche conseguenze, prendendone spunto per ulteriori indagini, secondo lo sviluppo proprio del *genus quaestionum*, che una più matura esperienza suggeriva. Da questa dialettica sorse il problema e la connessa teoria della mora del garante (nella *constitutio veterum* si parlava genericamente di *debitor*, senza distinguere fra debitore principale e debitore accessorio), che fu oggetto di sottili ed acute discussioni.

Un esempio perspicuo del metodo seguito dalla giuri-

(2) Un esempio significativo della polemica sorta, fra i giuristi del periodo classico, sui problemi connessi alla mora, si ha in D. 45, 1, 91, 3, ove figura una polemica affermazione di Celso: *in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur*. Sui contrasti dottrinari sorti fra i giuristi classici, vedi le interessanti osservazioni del RICCOPONO, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano*, in *Scritti in onore Ferrini*, Pubbl. Università Pavia a cura di ARCHI (Milano, 1946), p. 27: «Certo è che la giurisprudenza classica, da Labeone a Papiniano, è tutta agitata da controversie e dibattiti che mai si arrestano. Le controversie sono indice sicuro di una grande attività teorica, di analisi più profonde ed inoltre di correnti di idee in contrasto con la tradizione antica. Già direi che è caratteristica delle cose grandi maturare nel tormento di forti contraddizioni».

sprudenza classica ci è offerto dai paragrafi ricavati dal commento di Paolo all'opera del giurista Plauzio (D. 45, 1, 91 pr.-6), ove, sulla base della regola dei *Veteres*, vengono esaminati i presupposti soggettivi della *mora debitoris*, i rapporti tra mora ed inadempimento assoluto, la perpetuazione della obbligazione avvenuta a causa del comportamento del debitore principale o del garante, gli effetti della perpetuazione.

Questi cenni sono sufficienti a dare un'idea dell'importante lavoro scientifico compiuto dalla giurisprudenza classica lungo l'età del Principato.

Nell'accingerci all'esame esegetico dei testi, base essenziale per una ricostruzione storica del pensiero classico, vogliamo porre in rilievo che la divisione dell'età classica in tre fasi (da Augusto a Traiano; da Adriano agli Antonini; da Settim Severo ad Alessandro Severo), non risponde solamente a criteri pratici di distribuzione della materia, ma è stata suggerita dalla stessa evoluzione del pensiero giuridico romano.

Durante la prima fase i giuristi si muovono ancora nell'ambito delle linee tracciate dai *Veteres*, anche se ingegni come Labeone e Sabino portano il contributo del loro fertile pensiero.

Nella seconda fase si nota, invece, una più decisa tendenza verso sviluppi nuovi: si gettano le basi dell'istituto del deposito, come mezzo di liberazione dell'obbligazione dopo la mora del creditore; si precisa con maggiore rigore il profilo soggettivo della *mora debitoris*; si pongono a fuoco i problemi della mora del garante; si sviluppa la dottrina della *purgatio morae*.

Nell'ultima fase, mentre lo sviluppo continua, si tende soprattutto ad una sistemazione organica dell'istituto della mora.

C'è nei giuristi di questa terza fase uno sforzo di concettualizzazione, che li porta a definire, o per lo meno a

precisare, gli aspetti della *mora debitoris* e della *mora creditoris*.

Gli squarci della vasta produzione di Paolo ed Ulpiano, utilizzati dai Compilatori, sono chiara attestazione di tentativi compiuti per una elaborazione organica della dottrina della mora, sulla base dei risultati conseguiti durante i secoli precedenti. Ricordiamo solo due esempi: il primo è costituito dai paragrafi del ricordato D. 45, 1, 91; l'altro dai paragrafi del frammento D. 30, 47, ove Ulpiano si occupa della mora in materia di legato *per damnationem*.

Un punto ci piace porre in particolare luce. Nell'attività di elaborazione, concettualizzazione e sistemazione, i giuristi dell'ultimo periodo svolgono la dottrina della mora con pieno senso della storia, analizzando e discutendo le opinioni dei vari giuristi dei secoli precedenti e dimostrando di concepire la scienza giuridica come storia interna degli istituti.

* * *

I. M. ANTISTIO LABEONE

Cominciamo l'esame da Antistio Labeone, grande giurista del periodo augusto e fondatore della scuola dei Proculiani (3).

Dai tredici testi (4), relativi ai problemi della mora,

(3) Fondamentale resta sempre l'opera del PERNICE, *M. Antistius Labeo*, Voll. 1-3 (Halle, 1873-1892); BREMER, *Jurispr. antehadr.*, II (Lipsiae, 1898), p. 9 ss.; sulla vita di Labeone vedi KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der röm. Juristen* (Weimar, 1952), p. 114; sulla formazione culturale, letteraria e filosofica di Labeone cfr. GELLO, *Noctes actiae*, 13, 10.

(4) Due di questi sono stati già esaminati a proposito di Trebazio. Il primo, D. 18, 6, 1, 2, concerne, come abbiamo visto, la *signatio* del vino. Ulpiano, trattando della *signatio* del vino, rife-

qui esaminati, emerge la forte personalità del giurista e risulta confermato, anche per il nostro istituto, il famoso giudizio che di lui diede Pomponio: *ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit* (D. 1, 2, 2, 47).

Nella mora, come in altri campi (5), Labeone seppe trovare la forza di tentare vie nuove, dimostrando una singolare acutezza nella sottile analisi della fenomenologia giuridica ed una non comune sensibilità dei rapporti umani.

risce il parere di Trebazio e quello contrario di Labeone, da lui approvato. Dal testo, come si è detto, si può trarre solo un argomento indiretto per la mora. Infatti, l'identificazione fra *traditio* e *signatio*, fatta da Trebazio, importa che l'obbligo del debitore sia adempiuto al momento della *signatio*, con la conseguenza della configurabilità di una eventuale *mora creditoris*, nel caso che il creditore non ritiri il vino. Diverse conseguenze derivano dall'opinione di Labeone, secondo il quale la *signatio* ha il limitato scopo di evitare la manipolazione del recipiente (*ne summutetur*). Alla base del diverso parere di Labeone sta il mutamento della struttura economica che aveva, come abbiamo già rilevato, condizionato il parere di Trebazio. Il secondo frammento (D. 45, 7, 39, 4) riguarda il legato condizionale di libertà. Labeone, interpretando rigorosamente, con logica cristallina, il legato, ritiene che il servo non sia libero ove il destinatario della prestazione, oggetto della condizione, muoia *vivo testatore*. Motivo: Labeone non concepisce l'inadempimento per caso fortuito, ricadente nella sfera del creditore, come una causa di liberazione dall'obbligo. Un terzo frammento (D. 40, 7, 3, 2), relativo alla *mora heredis* nelle manumissioni testamentarie sottoposte a condizione di dare, è stato già esaminato, trattando del pensiero di Servio Sulpicio Rufo, seguito da Labeone: *quam sententiam et Labeo probat*.

(5) Cfr., in materia di possesso, le osservazioni del RICCOBONO, *Sulla terminologia dei rapporti di possesso*, in *ZSS*, 31 (1910), p. 321 ss.; Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso, in *Scritti in onore Chironi* (Torino, 1915), I, p. 377 ss.; *La giurispr. class.*, cit., p. 63 ss.; *BIDR*, 8 e 9 (1948), p. 40 ss.; MASCHI, *Il diritto romano nella prospettiva storica della giurisprudenza romana* (Milano, 1957), p. 145 ss.

Non chiuso in schemi precostituiti, ma aperto alle nuove esigenze, si distinse sopra tutto nella ricerca degli elementi essenziali di ogni fenomeno giuridico e nella individuazione dei caratteri precipui di ogni aspetto della vita sociale.

I frammenti, che stiamo per esaminare, sono una eloquente testimonianza di tali qualità. Il loro contenuto è vario e tocca diversi aspetti della mora. In particolare, essi trattano della costituzione in mora del debitore (D. 22, 2, 2; D. 22, 2, 9); della mora nella *poena compromissi* (D. 4, 8, 27, 1); degli effetti della *mora debitoris* nelle obbligazioni di *species* (D. 30, 47, 6) e di *genus* (D. 17, 2, 60, pr.; D. 13, 4, 2, 8); della *mora creditoris* (D. 18, 1, 50); della ipotesi di due more, del debitore e del creditore, contestuali (D. 19, 1, 51, pr.; D. 18, 6, 18) e della ipotesi di due more, *debitoris e creditoris*, successive (D. 19, 1, 51, 1).

* * *

Iniziamo l'indagine esegetica da un frammento ricavato dal terzo libro *ex Plautio* di Pomponio, ove viene riferito un responso di Labeone, in materia di *foenus nauticum* (8).

D. 22, 2, 2 (Pomp. 3 *ex Plautio*): *Labeo ait, si nemo sit, qui a parte promissoris interpellari traiecticiae pecuniae possit, id ipsum testatione complecti debere, ut pro petitione id cederet.*

Il frammento è stato considerato, dalla prevalente dottrina, fino all'inizio del nostro secolo, come una delle testi-

(8) Sul *foenus nauticum* cfr. BISCARDI, *La struttura classica del foenus nauticum*, in *Studi Albertoni* (Padova, 1937), ove viene illustrato il testo in esame relativamente al problema del rapporto fra *pactum usurae* e *stipulatio*. Contro BISCARDI vedi DE MARTINO, *Sull'actio pecuniae traiecticiae*, in *Riv. dir. navig.*, XVI (1943-49).

monianze offerte dalle fonti (7) a favore della essenzialità del requisito dell'interpellazione per la costituzione in mora del debitore.

Si è sostenuto che, nel diritto classico, la costituzione in mora del debitore richiedesse — salvo casi particolari (c. d. *mora ex re*) — la intimazione del creditore al debitore di eseguire la prestazione; richiedesse, cioè, l'interpellazione (8). Qualora non era possibile effettuare la interpellazione per assenza del debitore, sarebbe stato sufficiente, secondo quanto affermerebbe il frammento in esame, una semplice *testatio* di tale impossibilità. L'*interpellatio* sarebbe stata, pertanto, il normale mezzo di costituzione in mora, mentre la *testatio* un suo surrogato (9).

Siffatta interpretazione del testo non regge, invero, ad una più acuta critica. Occorre, anzitutto, stabilire quale fosse l'esatta fattispecie trattata da Labeone. E' ben verosimile che il giurista si occupasse della *commisso poenae*, come può desumersi da un altro testo ricavato dalla epitome paolina dei *Pithanon* di Labeone, ed inserito nello stesso titolo del Digesto (10).

(7) Gli altri testi più significativi sarebbero: D. 22, 1, 32 (Marc. 4 *reg.*); D. 12, 1, 5 (Pomp. 22 *ad Sab.*); D. 45, 1, 23 (Pomp. 9 *ad Sab.*); D. 45, 1, 24 (Paulus 9 *ad Sab.*); D. 45, 1, 49, 3 (Paulus 37 *ad Ed.*).

(8) Sul punto cfr. MONTEL, *op. cit.*, p. 25 ss.; ivi riferita la più antica letteratura.

(9) Cfr. GLOSSA *ad fr. D. 22, 2, 2*: « *protestatio de non posse interpellare pro interpellatione habetur* »; GOTOFREDO, *comment. ad fr. D. 22, 2, 2*: « *loco petitionis est, ubi petitio fieri non potest* »; ACCARIAS, *Précis de droit romain* (Paris, 1891), II, p. 599, n. 1; KNIEP, *op. cit.* I, p. 582 ss., il quale esamina il frammento in un capitolo dedicato ai surrogati dell'*interpellatio*: « *Surrogate der Mahnung* ».

(10) Il KRÜGER, *ad h. l.*, pensa che lo *ait* del frammento 2.2 si riferisca al testo dei *Pithanon*; cfr. LENEL, *Palingenesia I* (Labeo),

D. 22, 2, 9 (Labeo 5 *pithanon a Paulo epitom.*): *Si triaecticiae pecuniae poena (uti solet) promissa est, quamvis eo die, qui primus solvenda pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris.*

Labeone si occupa, quindi, dell'ipotesi in cui, alla scadenza del termine previsto, non esistano né il debitore, né i suoi eredi.

L'intento del giurista, come ha notato il Frezza (11), è quello «di assicurare al creditore la esecuzione patrimoniale sui beni del promittente, esista o non esista un erede».

Si tratta, in effetti, di una ipotesi particolare in cui la pena si commette a prescindere non solo dalla interpellazione, ma addirittura dall'elemento soggettivo, in quanto manca il soggetto passivo della stipulazione (dante causa o aventi causa).

Si capisce, pertanto, — lo ha già dimostrato acutamente il Siber (12) — come nessun significato tecnico possa darsi ai termini *interpellatio* e *testatio*, dato che non ricorrono nell'accezione tecnica di mezzi costitutivi della *mora debitoris* (13).

L'esame dei due testi conduce al risultato che Labeone non richiede affatto il requisito della *interpellatio* per la co-

303; vedi pure SIBER, *Interpellatio und Mora*, in *ZSS*, 29 (1908), p. 78; 98 e 99; MONTEL, *op. cit.*, p. 147; BISCARDI, *La struttura classica del foenus nauticum*, cit., p. 358 ss.

(11) *Le garanzie*, cit., p. 319.

(12) *Interpellatio*, cit., p. 98.

(13) Cfr. SIBER, *Interpellatio*, cit., p. 61 ss; MONTEL, *op. cit.*, p. 32, 34, 146; da ultimo l'ELEFANTE, *Interpellatio e Mora*, in *Labeo*, VI (1960), p. 48, 49, sostenendo la classicità dell'*interpellatio*, riporta il D. 22, 2, 2 assieme ad altri passi che, pur non prendendo diretta posizione nei confronti del problema dell'interpellazione, non contrasterebbero con la sua classicità.

stituzione in mora del debitore: la mora sorge, secondo le regole generali, allorchè il debitore non adempia entro il termine stabilito ovvero *statim*, in mancanza di un termine, eccettuate le ipotesi degli atti illeciti.

* * *

Un interessante testo di Ulpiano, in materia di *poena compromissi* (14), riferisce una *sententia* di Labeone, molto significativa per la storia della dottrina della mora in genere e di quella concernente le clausole penali in particolare.

D. 4, 8, 27 1 (Ulp. 13 *ad Ed.*): *Si heredis mentio vel ceterorum (15) facta in compromisso non fuerit, morte solvetur compromissum: nec ultimur Labeonis sententia, qui existimavit, si arbiter aliquem pecuniam dare iusserit et is decesserit antequam daret, poenam committi, licet heres eius paratus sit offerre.*

L'oggetto del problema, trattato nel frammento ulpiano, è costituito dal *compromissum* senza la *mentio heredis*, intrasmissibile come tale agli eredi delle parti compromettenti (16).

(14) Sul *compromissum* cfr. LA PIRA, «*Compromissum*» e «*Litis contestatio*» formulare, in *Studi Riccobono*, II, p. 189 ss.; TALAMANCA, *Ricerche in tema di compromissum* (Milano, 1958).

(15) Per la interpolazione di *vel ceterorum*, cfr. l'*index interpolationum*.

(16) La necessità della *mentio heredis*, per la trasmissibilità del *compromissum* agli eredi, è data dal fatto che dal *compromissum* sorgono solo obblighi *in faciendo*, il più importante dei quali è quello *a sententia stari*, anche se la sentenza arbitrale abbia, poi, eventualmente ad oggetto un dare. Sul punto cfr. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 85 ss.

Ulpiano, in particolare, si occupa degli effetti della morte di una delle parti — avvenuta dopo la sentenza, *sine diei adiectione*, dell'arbitro — su un tale *compromissum* e riferisce il parere di Labeone, disapprovandolo: *nec ultimur*. Occorre, pertanto, stabilire il motivo ed il significato storico della *sententia* di Labeone e la ragione del contrario parere di Ulpiano.

A questo scopo osserviamo quanto segue: il presupposto della *commissio poenae* è costituito dalla mora nell'adempimento della prestazione, che funge da condizione sospensiva negativa. Occorre, in conseguenza, stabilire quando il promissore incorre in mora. Labeone, applicando rigidamente i principi della condizione sospensiva (¹⁷), ritiene che, se il promissore muore senza che abbia soddisfatto l'obbligo di dare (*antequam daret*), imposto dall'arbitro, la pena si commette, diventa cioè efficace e si trasmette all'erede, il quale non potrà purgare la mora già incorsa dal suo dante causa, con l'offerta successiva della *pecunia*. Osterebbe, infatti, il principio secondo cui *semel commissa poena non evanescit* (¹⁸).

Il ragionamento di Labeone non è condiviso da Ulpiano, il quale segue un orientamento ermeneutico che, sviluppatosi nel corso del primo secolo, era dominante al suo tempo. In base a questo indirizzo (¹⁹), la *commissio poenae*, conseguenza della *mora solvendi*, si verifica solo quando il

(¹⁷) Un criterio interpretativo affine viene applicato dai proculeiani nel campo della stipulazione penale; cfr. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 89; FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 322 ss.

(¹⁸) Cfr. GUARNERI CITATI, *Semel commissa poena non evanescit*, in *B I D R.*, 32 (1922), p. 241 ss.; KASER, *Restituere als Prozessgegenstand* (München, 1932).

(¹⁹) Cfr. SABINO D. 45, 1, 115, 2 per la stipulazione; GIULIANO D. 36, 2, 19 pr. per la *penus* legata; CELSO D. 4, 8, 21, 12 per il compromesso.

promissore non adempia prima della *petitio poenae*, e cioè prima della domanda giudiziale. Ora, se la morte sopraggiunge prima della domanda, la pena non si commette e, conseguentemente, mancando la *mentio heredis* il compromesso non si trasmette all'erede.

In conclusione, secondo Labeone — nel quale anche in questo campo possiamo riconoscere il capo scuola dei Proculeiani — la mora nella *poena compromissi* si verifica quando si realizza la condizione (non dare) prevista.

La pena, *post moram*, non è purgabile con offerta successiva, a causa del principio già ricordato: *semel commissa poena non evanescit*.

* * *

Passiamo, ora, all'esame di un altro interessante passo ulpiano, ove viene riferito un famoso parere di Labeone in materia di *mora debitoris* nelle obbligazioni di *species*: D. 30, 47, 6.

Il testo fa parte di un lungo frammento (composto del principio e di sei paragrafi), in cui Ulpiano si occupa della responsabilità dell'erede, discutendo una serie di casi diversi (²⁰), nei quali può prospettarsi, in vari modi, il problema dell'inadempimento.

La profonda e sottile dialettica, che sta alla base del testo, ha attratto l'attenzione degli studiosi, che hanno cercato di darne una soddisfacente ed esatta, per quanto possibile, interpretazione.

Le più diverse opinioni sono state avanzate. Il Niedermeyer ha posto il passo a base del suo studio sulla *mora*.

(²⁰) Sul punto vedi GROSSO, *I legati nel diritto romano, Parte generale* (Torino, 1962), p. 399 ss.

Nell'accingerci all'esame del frammento e ad una revisione critica delle varie opinioni espresse in dottrina, precisiamo, anzitutto, che la soluzione della *vexata quaestio* va fatta tenendo conto delle correnti dottrinarie dei periodi storici, in cui le opinioni di Labeone e di Ulpiano furono formulate, nonchè di altri testi degli stessi giuristi, contenuti nel Digesto, relativi alla materia cui si riferisce D. 30, 47, 6.

D. 30, 47, 6 (Ulp. 22 ad Sab.): *Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factum id evenerit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*

La fattispecie, di cui si occupa il passo, concerne la responsabilità del debitore nel caso che un terremoto (evento fortuito) abbia distrutto il fondo, oggetto di un legato *per damnationem*.

Innanzi tutto va notato che nel frammento, tratto dall'opera *ad Sabinum*, Ulpiano ricorda l'opinione di Labeone, secondo cui, nell'ipotesi che un terremoto distrugga il fondo, oggetto di un legato, *utique aestimationem non deberi*.

Questa massima è vera, prosegue il frammento, solo nel caso che il fondo venga distrutto dal terremoto prima della mora. Diversamente è da dire nel caso che si verifichi dopo, poichè se l'adempimento fosse stato tempestivo, il legatario avrebbe potuto vendere il fondo, realizzando l'utile economico.

Da una attenta lettura del nostro testo ci sembra che tre problemi sorgano per lo storico: 1) precisazione della *ratio* della sentenza di Labeone: *utique aestimationem non deberi*; 2) ricerca del fondamento e della paternità della limitazione contenuta nella frase: *quod ... evenerit*; 3) fondamento e paternità della motivazione: *potuit ... vendere*.

Il primo problema può essere risolto in base al seguente ragionamento: Labeone ritenne che non *utique deberi* dal debitore al legatario la *aestimatio* del fondo distrutto da un terremoto.

Due termini sono, dunque, essenziali nella economia del pensiero di Labeone: *l'utique* ed il *chasmate*. Il primo dà argomento per potere attribuire alla sentenza di Labeone efficacia generale, in materia di responsabilità, comprensiva anche della mora.

Infatti, se il giurista avesse detto semplicemente *non deberi* sarebbe stato ovvio — dal punto di vista di una logica giuridica generale — riferire l'affermazione di Labeone alla sola ipotesi in cui il terremoto si verifichi prima della mora, cioè in una fase del rapporto obbligatorio, durante la quale *res perit creditor*, a meno che non ricorra il caso di dolo o colpa del debitore. Tale deduzione di principio sarebbe, altresì, corroborata da precise attestazioni delle fonti, che parificano l'adempimento di *certa res* alla impossibilità assoluta non imputabile al debitore: *... obligatio ... resolutur ... solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit* (D. 46, 3, 107 Pomp.).

Tutto ciò, però, non valeva nell'ipotesi di perimento verificato *post moram*: vigeva, infatti, il principio della *perpetuatio obligationis*, in virtù della quale *res perit debitor*, che era tenuto, in conseguenza, a prestare l'*aestimatio* ⁽²¹⁾.

Ma Labeone, nel nostro testo, rafforza il *non deberi* con l'*utique*, il che dà efficacia generale alla sua affermazione.

⁽²¹⁾ Cfr. D. 30, 108, 11 (Afr. 5 *quaestionum*) in materia di legato obbligatorio; D. 24, 3, 25 2 (Paulus 36 ad Ed.) in materia di dote; D. 45, 1, 82, 1 (Ulp. 78 ad Ed.) in tema di *stipulatio*; D. 12, 1, 5 (Pomp. 22 ad Sab.) *de rebus creditis*; D. 45, 1, 23 (Pomp. 9 ad Sab.) per il legato e la stipulazione.

ne: l'*aestimatio* non è assolutamente dovuta; quindi, neppure in caso di mora (22).

L'importanza dell'*utique* è stata vista anche da Ulpiano, che si è preoccupato di precisare, o meglio limitare, la portata del pensiero di Labeone, col *verum est, si....*

Sorge, pertanto, il problema: qual'è la ragione dell'affermazione di Labeone? quale la sua posizione nei confronti del principio della *perpetuatio*? La soluzione dell'interrogativo crediamo possa essere ricercata nell'ambito di D. 30, 47, 6, mettendo a profitto l'altro termine che figura nel testo: *chasmate*. Questo costituisce una restrizione dell'*utique*. L'*aestimatio* non era in conseguenza dovuta, né prima né dopo la mora, nella sola ipotesi di distruzione causata dal terremoto. In altri casi tornava ad avere piena efficacia il principio della *perpetuatio* (23).

(22) In tal senso vedi NIEDERMEYER, *op. cit.*, p. 404: «Labeo entscheidet bei völliger Vernichtung des durch Damnationslegat legierten Grundstückes durch chasma auf Befreiung des Schuldners in jedem Falle, also auch bei Verzug».

(23) Il NIEDERMEYER (*I. c.*, p. 450) osserva che la decisione di LABEONE in D. 30, 47, 6 appare in strano contrasto con quanto egli afferma in D. 14, 2, 10, 1, ove segue un criterio analogo a quello di Sabino, cui il NIEDERMEYER riferisce il tratto: *quod ita ... evenerit*.

Il passo è il seguente: D. 14, 2, 10, 1 (Lab. 1 *pith. a Paulo epit.*): *Si ea condicione navem conductisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem detriorum, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem.*

Se si osserva bene il frammento, ci si può accorgere che esso non riguarda la mora e non è, pertanto, utilizzabile ai fini di determinare il pensiero di LABEONE. In D. 14, 2, 10, 1, LABEONE si occupa del caso in cui uno dei contraenti (*nauta*) non osservi gli obblighi derivanti dal contratto di noleggio, trasportando la merce del cliente su una nave diversa da quella pattuita: la fattispe-

Labeone, in conseguenza, era favorevole alla perpetuazione della obbligazione dopo la mora.

La decisione diversa, nell'ipotesi del terremoto, trova fondamento nella eccezionalità dell'evento: il *chasmatis*, infatti, non è semplicemente un evento fortuito, ma sopra tutto un evento che trascende ogni forza umana; si presenta, cioè, non come probabile, ma semplicemente come possibile.

Ciò posto, si può procedere all'esame del secondo problema, che figura nel periodo: *quod ita ... evenerit*.

La frase pone una limitazione a quanto è detto nel primo periodo: *quod ita verum est, si non post moram id factum evenerit*.

Labeone aveva detto che la *aestimatio* del fondo distrutto ad opera del terremoto non fosse in ogni caso dovuta; ora si dice che ciò è vero se il fatto accade prima della mora: è palmare che i due periodi, in contraddizione logica tra loro, non possono essere attribuiti allo stesso Labeone. Il contenuto del secondo periodo, correttivo del primo, va attribuito ad un altro giurista: Ulpiano o altri, cui egli aderisce.

Abbiamo così implicitamente respinta la opinione dell'Arnò (24), secondo cui Labeone, col *quod ita ... evenerit*, avrebbe posto in rilievo, in ottemperanza alla *constitutio mucianorum*, da lui seguita «quale muciano» (25), il pieno vigore che la *perpetuatio* aveva *post moram*.

cie riguarda — è ovvio — esclusivamente l'inadempimento contrattuale assoluto. Nulla si può arguire per stabilire se, in caso di ritardo nell'effettuare il trasporto, Labeone considerasse liberato il *nauta* dalla responsabilità per il perimento della nave ad opera della *vis* del mare. Cfr. anche BESELER, in ZSS, 47, p. 365 ss.

(24) *Perpetuatio obligationis* (Modena, 1928), p. 6.

(25) L'ARNÒ, nell'opera citata, ha sostenuto che, quanto alla *perpetuatio*, i giuristi romani erano divisi in due schiere. La prima,

Il Niedermeyer, basandosi sulla considerazione che il testo è tratto dall'opera di Ulpiano *ad Sabinum*, attribuisce proprio a Sabino il periodo di cui si tratta. Anzi, egli fa di Sabino (che a parere dell'Arnò, « quale serviano », sarebbe stato contrario alla perpetuazione) il teorico della *perpetuatio* nel diritto classico.

Ma, sia che si riporti a Sabino il principio giuridico espresso nel periodo *quod ita ... evenerit*, sia che lo si attribuisca ad Ulpiano, la conseguenza è una sola: la limitazione contenuta in un'opera di *ius civile* sta ad indicare l'efficacia generale che la perpetuazione aveva in diritto classico, ed acquista, correlativamente, maggior valore la sentenza di Labeone, qui come altrove, grande innovatore.

Con Labeone i problemi della responsabilità e della mora fanno decisamente un passo avanti. Siamo ancora in una concezione della causalità strettamente legata alla sfera del debitore e non comprensiva della sfera del creditore, ma una deroga al rigore della *perpetuatio* è già stata posta. Pertanto non appare giusto, dal punto di vista storico, qualificare come « grossolana » la sentenza di Labeone (Niedermeyer) (26).

Resta, ora, da esaminare il terzo punto. Il frammento segue con *potuit enim eum acceptum legatarius vendere*, che ha sapore di una motivazione della precedente restrizione.

Occorre, quindi, precisare il fondamento della motivazione e stabilirne la paternità.

Il problema è stato variamente risolto. Possiamo distinguere le soluzioni prospettate in dottrina in tre gruppi, a

formata dai muciani, avrebbe rigorosamente sostenuto la perpetuazione della obbligazione dopo la mora. La seconda, formata dai serviani, sarebbe stata ad essa contraria. Sembra, tuttavia, che la dimostrazione della opinione serviana si basi su deboli argomenti, non tutti relativi alla mora, né alla responsabilità contrattuale.

(26) NIEDERMEYER, *op. cit.*, p. 453.

seconda che la motivazione venga riferita a Labeone, ad Ulpiano o ai Compilatori.

Appartengono al primo gruppo le tesi del Dernburg, dell'Arnò e, per quanto espressa in forma più dubbia, del Ferrini. Il primo (27), dopo avere posto in rilievo che la *regula* della *perpetuatio obligationis (constitutio veterum)*, sin dall'epoca imperiale aveva suscitato dubbi, riporta il frammento D. 30, 47, 6, che attesterebbe il tentativo di Labeone di dare una nuova motivazione della *regula*. « La sentenza di Labeone », precisa il Dernburg, « è illuminante » (zündender Ausspruch Labeos). Secondo l'Arnò (28), la giustificazione di Labeone consisteva proprio nel fatto che « il debitore dalla mora in poi è obbligato al risarcimento, in quanto, sia pure la cosa perita per caso fortuito, il creditore avrebbe potuto venderla ed averne in conseguenza il valore ». In termini sostanzialmente identici si esprime il Ferrini (29): « non sappiamo se Labeone o Ulpiano (ma io credo il primo) sia quello che aggiunge la spiegazione: *potuit enim eum acceptum legatarius vendere*, il che fa appunto pensare che solo dimostrandosi che il danno *non avrebbe* colpito il creditore, può il debitore moroso sottrarsi alla responsabilità ».

Contro l'attribuzione della motivazione a Labeone ci sembra sufficiente rilevare che essa si riferisce logicamente e sintatticamente alla frase: *quod ita verum est, si non post moram factum id evenerit*, che costituisce una osservazione, fatta da Ulpiano, alla *sententia* di Labeone.

(27) Pandette, *Dir. delle Obblig.*, trad. it. CICALA, vol. II (Torino, 1903), p. 162.

(28) *Perpetuatio*, cit., p. 4.

(29) Voce *Obbligazione*, in *Enc. giur. ital.*, XII, parte I, p. 618. Secondo il FERRINI, in proposito esisteva una disputa di scuole: i sabiniani sarebbero stati per l'opinione più mite; i proculeiani per la più rigorosa.

Il Glück (30) ed il Pernice hanno, invece, riferito la motivazione ad Ulpiano. Interessanti sono, in particolare, le osservazioni del Pernice (31): «In diser Stelle rühen nur die ersten Worte von Labeo her (fr. 330 L.), der einschränkende Zusatz ist von Ulpian. Und dieser wiederholt nur den Spruch der *Veteres* mit hinzugefügter Begründung. Eine Milderung der Haftung lässt sich daraus nicht schließen, wie es ältere und neuere Juristen getan haben».

La via più radicale, cioè quella della interpolazione, è stata sostenuta dallo Schulz (32), che, fondandosi su alcuni passi del Digesto (33), dai quali risulta l'incondizionato obbligo della prestazione *post moram*, ha ritenuto interpolata la frase della quale ci stiamo occupando.

Se la motivazione fosse genuina, allora sarebbe giusto — nota lo Schulz — attribuirla ad Ulpiano, ma «die Begründung ist nicht echt». La motivazione, secondo l'opinione dello Schulz, è «verkehrt», poiché è ingenuo pensare che il legatario avrebbe potuto subito (sofort) distrarre il fondo e fare poi uso di questa possibilità prima del terremoto. In sostanza, il *potuit enim eum acceptum legatarius vendere*, enuncerebbe il principio giustinianeo della causalità basata sulla sfera del creditore: il debitore è tenuto a risarcire il danno, che stia in relazione di causa ed effetto con la mora; qualora il danno si produca indipendentemente

(30) *Commentario*, Lib. IV Tit. I, par. 588, n. 91: «anche qui è Ulpiano che corregge l'opinione di Labeone».

(31) *Op. cit.*, p. 139, n. 6.

(32) *Einführung in das Studium der Digesten* (Tübingen, 1916), p. 108; Cfr. Bonfante, *Corso di dir. rom.*, II, 2 (Roma, 1928), p. 305 n. 1; Voci, *I limiti della responsabilità nell'adempimento dei legati per damnationem e dei fedecommissi*, in *SDHI*, I (1935), p. 59 ss.

(33) D. 30, 108, 11 (Afr. 5 *quaest.*); D. 24, 2, 25, 2 (Paul. 36 *ad ed.*); D. 45, 1, 82, 1 (Ulp. 78 *ad ed.*).

mente dalla mora, la responsabilità viene meno (34). Il punto di vista dello Schulz è stato condiviso, fra gli altri, dal Niedermeyer, che al problema della causalità dedica gran parte del suo lavoro (35).

Ultimato l'esame delle principali teorie, ci sembra doveroso avanzare alcune osservazioni, che non debbono limitarsi soltanto all'analisi del nostro passo, ma vanno poste nel quadro della problematica contenuta nell'intero frammento ulpianeo. Riteniamo anzitutto che, per quanto formalmente scorretta sia la frase finale del testo, pure la sua sostanza non vada senz'altro attribuita ai Compilatori giustinianei. Saremmo piuttosto propensi a ritenere che il *potuit enim eum acceptum legatarius vendere*, nel testo originario, possa avere avuto il valore di una giustificazione, da parte di Ulpiano, della applicabilità del principio della *perpetuatio* al caso dell'evento eccezionale, posto in risalto da Labeone. Oggetto di esame e di valutazione, nel paragrafo sesto di D. 30, 47, era, infatti, come può desumersi dall'intero frammento, proprio un evento non semplicemente fortuito (che si verifica, cioè, indipendentemente dal debitore), ma addirittura eccezionale, sovrumanico, tale da giustificare la trattazione in un paragrafo a parte, distinguendolo dall'ipotesi di impossibilità della prestazione per evento fortuito, esaminata nel paragrafo quarto. Ulpiano avrà, quindi, aderendo alla dottrina dominante, sentito il bisogno di giustificare la applicabilità del principio della *perpetuatio* ad una ipotesi così singolare.

I Compilatori avrebbero, poi, mutato il probabile *potuisset* in *potuit* allo scopo di fare apparire la responsabilità del debitore come sicuramente esistente nel caso esaminato. Col

(34) Le argomentazioni dello SCHULZ sono state seguite dal BESELER, in *ZSS*, 47, p. 365; *ZSS*, 45, p. 217.

(35) *Op. cit.*, p. 449 ss.

potuit (che esprime certezza e non semplice possibilità), il danno diviene, così, conseguenza diretta della mora. Nel caso in cui il rapporto di causalità non sussista, il debitore non sarà chiamato a rispondere del danno altrimenti prodottosi.

* * *

Il pensiero di Labeone sugli effetti della *mora debitoris*, che si è cercato di puntualizzare, limitatamente alle obbligazioni di *species*, attraverso l'esame di D. 30, 47, 6, deve essere ora integrato, per le obbligazioni di cose fungibili, con il contributo di due interessanti testi, inerenti l'uno alla materia dei *bonae fidei iudicia* (D. 17, 2, 60 pr.), l'altro dei *iudicia stricta* (D. 13, 4, 2, 8).

Sarà, così, possibile ricostruire organicamente la dottrina di Labeone in un settore tanto fondamentale della mora e valutare con maggior copia di dati il suo deciso apporto alla impostazione logico-giuridica del delicato problema.

Il primo testo è stato ricavato dal 13 libro *ad Sabinum* di Pomponio, ove veniva svolto il contratto di società.

D. 17, 2, 60 pr. (Pomp. 13 *ad Sab.*): *Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit aut moram non fecerit, contra esse: item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas.*

Pomponio riferisce un parere espresso da Labeone in materia di mora nell'adempimento degli obblighi societari. La fatispecie ricade, pertanto, nell'ambito del contratto di

società⁽³⁶⁾: un socio, vi si legge, incorre in mora nell'adempimento di ciò che *ex societate lucri faceret*.

Il testo tace circa la costituzione in mora, non trovandosi traccia né di un termine prefissato, né di una esplicita richiesta da parte dell'altro socio. Il motivo sta in ciò che l'obbligazione di consegnare quel che si è percepito indebitamente è immediatamente esigibile.

Mora adhibita, quali sono le conseguenze?

Labeone sentenzia: *usuras quoque eum praestare debere*, avendo cura di precisare subito: *sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse* (37).

(36) Sul contratto di società cfr. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* (Napoli, 1950).

(37) L'HAYMANN, *Textkrit. Studien zum röm. Obligationenrecht*, ZSS, 40 (1919), p. 265 ss., ritiene che il fondamento: *usuras praestare, sed non quasi usuras*, ed il contrasto: *usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse*, siano per i classici incredibili. Il frammento sarebbe, quindi, alterato. A giustificazione della sua opinione l'Autore adduce motivi di ordine formale: l'esistenza di due soggetti (*socium* ed *eum*) per *praestare debere*: il *faceret*, che sta al posto di *faciat* o *fecerit*; l'*adhibuit* per *adhibuerit*. Inoltre l'espressione *moram adhibere* sarebbe spuria, perché non si rinviene né nel *Thesaurus linguae latinae*, né nel *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, ma compare, invece, due sole volte nel Digesto: in D. 17, 2, 60, pr. ed in 18, 6, 18 pure di Pomponio. Quest'ultima osservazione crediamo non abbia alcun peso, perché non si può escludere che un giurista (ed i testi, citati dall'HAYMANN, appartengono allo stesso giurista) abbia una propria terminologia. Quanto agli altri rilievi, essi depongono certo per l'alterazione formale, ma dal punto di vista sostanziale il pensiero di Labeone rimane egualmente limpido. Labeone volle, in sostanza, dire che l'interesse del socio non è suscettibile di una *aestimatio* superiore alle *usurae*. In tal senso vedi BIONDI, *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, in *Annali Palermo*, I (1916), p. 56. Segue l'HAYMANN il KASER, *Quanti ea res est - Studien zur Methode der Litisästimation in klassischen röm. Recht* (München, 1935), p. 15, n. 11; Id., *Mora*, in *R. E.*, 16, 265. Quanto al testo D. 16, 3, 34 (Lab. 2 pith.), citato

Si pone, quindi, il problema di stabilire il motivo ed il fondamento giuridico della decisione di Labeone e di esplicare il valore della sua precisazione aggiuntiva. A questo scopo è bene porre l'accento sulla natura del contratto di società e sulla struttura della formula dell'*actio pro socio*.

La società appartiene ai contratti di buona fede, e la relativa azione è articolata sul *quantum dare facere oportet*, onde al giudice è data la possibilità di valutare la pretesa dell'attore liberamente, senza essere legato alla oggettività del rapporto.

Conseguenza di tutto ciò è che, in caso di mora, il giudice può condannare il convenuto al pagamento delle usure senza che occorra un'apposita stipulazione.

E' questo il motivo dell'*usuras quoque* di Labeone. La precisazione che segue, poi, non è che un ovvio corollario interpretativo della funzione delle usure maturette spontaneamente *post moram*: queste costituiscono la traduzione monetaria dell'interesse dell'attore, che non è suscettibile di una più ampia valutazione.

L'interesse dell'attore, invero, è valutato, come ha notato il Biondi, «solamente alla stregua dell'usura»⁽³⁸⁾. Che le usure costituiscono conseguenza diretta della mora è di-

dal KASER, assieme al D. 22, 1, 1, 1 (Pap. 2 *quaest.*), quale termine di paragone nei confronti di D. 17, 2, 60, pr. e D. 18, 6, 18, riteniamo che ricada in un campo affatto diverso. Labeone concede, nel frammento tratto dai suoi *Pithanon*, l'*actio depositi* contro il depositario che, per restituire il *depositum*, *sine mora et incorruptum*, pretenda una somma di danaro. Non si pone, quindi, un problema di stima d'interessi, né, più generalmente, un problema di determinazione degli effetti della mora. Su D. 16, 3, 34 cfr. ROTONDI, *Appunti sulla teoria romana del deposito*, in *Scritti giuridici* (Pavia, 1922), II, p. 83; KASER, *Quanti ea res*, cit., p. 71 ss.

⁽³⁸⁾ *Sulla dottrina rom. dell'actio arbitraria*, cit., p. 56. Cfr. pure HAYMANN, *op. cit.*, p. 265; KASER, *Quanti ea res*, cit., p. 15, n. 11.

mostrato altresì dal fatto che, ove la mora manchi, esse non sono dovute.

Il periodo finale, infine, considera un caso del tutto normale di esclusione di una *talis aestimatio*: la morte del socio, causa di estinzione del rapporto⁽³⁹⁾.

Concludendo, l'insegnamento di Labeone può così sintetizzarsi: la *mora solvendi*, nei giudizi in *quantum dare facere oportet*, aventi ad oggetto cose fungibili (nella specie: danaro) producono, come conseguenza normale e diretta, la maturazione delle usure, per cui il convenuto potrà esser condannato a *solvere* il capitale e le usure. In altre parole, la mora produce un aumento della obbligazione e non già un semplice aumento della condanna.

Passiamo ora all'esame del famoso frammento D. 13, 4, 2, 8, concernente l'ufficio del giudice nell'*actio de eo quod certo loco dari oportet*, detta anche *actio arbitraria*⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Cfr *Iust. Inst.*, III, 25, 5; D. 17, 2, 4, 1 (*Modest. 3 reg.*).

⁽⁴⁰⁾ Sull'*actio arbitraria*, da non confondere con le azioni con la clausola *nisi arbitrio tuo restituatur*, esiste una vasta letteratura, che è stata raccolta dal BISCARDI, nella voce *Actio arbitraria* del *Noviss. Dig. It.*, I, p. 262. L'argomento ha suscitato acute riflessioni ed anche vivaci polemiche, sia per quanto concerne la esistenza e la struttura dell'*actio arbitraria*, sia per quanto riguarda la natura e l'interesse (del debitore o del creditore) da essa tutelato. Qui ricordiamo BESELER, *Das Edictum de eo quod certo loco* (Leipzig, 1907); *Beiträge*, II (1911) p. 109; BIONDI, *Sulla dottrina rom. act. arb.*, cit., p. 1 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari - De quod certo loco dari oportet*, in *BIDR*, 25 (1912), p. 130 ss.; BIONDI, *Di nuovo sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, in *BIDR*, 26 (1913), p. 5 ss.; ID., *Ancora in tema di actio arbitraria (Critiche ed idee del Prof. ARANGIO-RUIZ)*, in *BIDR*, 26, p. 152 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Ancora de eo quod certo loco dari oportet*, in *DIDR*, 26, p. 147; KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 127 ss.; ASTUTI, *Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento. I: Il costituto di debito* (*Annali Università Camerino*, XI, 1937, [p. 157 ss.]); II: *Il*

Riportiamo per intero il testo, perchè si possa avere presente tutta la *quaestio* in esso trattata.

D. 13, 4, 2, 8 (Ulp. 27 ad. Ed.): *Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitatibus contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim si trajecticiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, ubi sub poena debeat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debeat et res stipulatrix vilissimo distracta est? in hanc arbitriam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare: an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem.*

Un'attenta lettura del frammento permette di cogliere le evidenti alterazioni di forma più volte rilevate dalla dottrina (41).

costituto di debito (Pubblicaz. Fac. giurid. Univ. Catania), Milano, 1941, p. 23 n. 36.

(41) Per le principali alterazioni vedi BIONDI, *Sulla dottrina*, cit., p. 61 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, cit., p. 182 ss.; Il BESELER, *Beitr.*, I, 65; *Tijdschr.*, 8 (1928), p. 331, ritiene interpolato, fra l'altro, l'intero passo finale da *quid enim* in poi, ma le sue argomentazioni non hanno solido fondamento e sfociano in una pura congettura. Secondo l'Autore, infatti, il passo terminale, originariamente parte di un altro testo, relativo al *foenus nauticum*, sarebbe stato fuso nel testo in esame in epoca postclassica per l'incomprendere di qualche glossatore. Il KASER, *Quanti ea res*, cit., p. 128, seguendo il BESELER, così si esprime sul passo in discussione: «Er weist in Form und Inhalt mit dem als unecht erkannten

Le sicure mende formali, che in alcuni punti incidono sulla sostanza, non sono, però, tali da pregiudicare la ricostruzione della geniale *sententia* di Labeone, seguita da Giuliano.

Secondo la edizione compilatoria del paragrafo ulpiano, Labeone, occupandosi dell'ufficio del giudice nell'*actio de eo quod certo loco dari oportet*, ritenne che nella determinazione della condanna il giudice dovesse tenere conto non solo dell'interesse del debitore convenuto di *solvere* nel *locus solutionis* anzichè nel *locus petitionis*, ma anche dell'interesse del creditore-attore: *Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere*.

Per potere comprendere appieno il significato ed il valore della innovazione di Labeone, occorre distinguere tre ordini di questioni: il primo riguarda lo scopo ed i casi di applicabilità dall'*actio c. d. arbitaria*; il secondo la struttura e la natura dell'*actio*; il terzo la determinazione dell'interesse tutelato con l'*actio*.

Iniziamo col primo punto. Vigeva nell'ambito della procedura dell'*ordo* il principio, secondo cui il creditore non poteva esigere la prestazione in un luogo diverso da quello stabilito nell'atto costitutivo dell'obbligazione, a pena della perdita della lite per *plus petitio loco*.

Si potevano, tuttavia, verificare casi in cui il creditore agisse o fosse costretto (nell'ipotesi che il debitore non si facesse trovare in *locus solutionis*) ad agire in un luogo diverso. Per evitare in simili ipotesi la *plus petitio*, il pretore

Schluss von D. 12, 3, 3 eine so weitgehende Übereinstimmung auf, dass mit einer Anfügung von gleicher Hand gerechnet werden muss ».

Più verosimile ci sembra considerare alterato il solo tratto *in hanc rationem*, perchè chiaramente contrastante con i principi classici sul risarcimento del danno.

inserì nella formula dell'*actio certi* la menzione del *locus solutionis*, in modo che il giudice potesse tener conto, in sede di determinazione della *condemnatio*, della influenza del mutamento del luogo sul valore della prestazione. Quindi, scopo dell'*actio arbitraria* era quello di evitare la perdita della lite per *plus petitio*.

Precisato lo scopo dell'azione, occorre stabilirne i casi di applicabilità, il che vuol dire determinare i suoi presupposti (42).

In due ipotesi sorgeva la necessità di ricorrere alla azione: nel caso che il creditore esperisse l'azione altrove, senza che si fosse verificata una mora del debitore *loci ratione*, e nella ipotesi in cui il debitore moroso, assente dal luogo convenuto, costringesse il creditore ad agire altrove.

(42) Il CUIACIO, *Opera omnia*, tomo I (Neapolis, 1758), col. 1280, occupandosi del problema, ritenne che all'azione si dovesse ricorrere nelle ipotesi di *mora solvendi* o di *mora accipiendi*. Nel primo caso, costretto il creditore ad agire in un luogo diverso per mora del debitore, si sarebbe valutato l'interesse del creditore di ottenere il pagamento nel luogo stabilito; nel secondo caso, agendo il creditore moroso in un luogo diverso, si sarebbe valutato l'interesse del debitore. La costruzione del Cuiacio non può essere certo accettata, perché se è vero che la valutazione dell'interesse del creditore presuppone sempre la mora del debitore, non altrettanto vero che la valutazione dell'interesse del debitore presuppone la *mora accipiendi*. Il creditore potrebbe agire in un luogo diverso anche indipendentemente da una mora del debitore o da una mora propria. Secondo il BESELER, *Das Edictum de eo quod certo loco* (Leipzig, 1907), p. 80 ss., la valutazione dell'interesse del creditore non presuppone la mora del debitore. Il BESELER è seguito dall'ASRUTI, al quale sembra che «la valutazione della situazione giuridica del creditore di fronte all'inadempimento nel *locus solutionis* possa considerarsi come indipendente dal concetto della mora del debitore, e che non debba in alcun modo confondersi con le conseguenze della mora, e con una certo inammissibile condanna a prestare *usurae non stipulate*». Cfr. *Op. cit.*, I, p. 96 e n. 178.

La prima ipotesi, verosimilmente risolta per prima (43) dal pretore, non interessa in questa sede. Maggiore rilievo assume, per il nostro tema, la seconda, genialmente risolta da Labeone e definitivamente affermatasi al tempo di Giuliano (44). Essa pone, infatti, un problema di determinazione degli effetti della *mora debitoris*, problema che si risolve nella stima dell'interesse che il creditore avrebbe avuto di ricevere la prestazione nel luogo stabilito.

La questione della valutazione dell'interesse del creditore è stata oggetto di accese discussioni fra i romanisti.

Il BIONDI ha sostenuto che l'*actio arbitraria*, autonoma e speciale rispetto ad una comune *actio certi*, fosse stata introdotta per valutare solo ed esclusivamente l'interesse *loci* del debitore e giammai l'interesse del creditore, figurante nelle fonti solo per una «bellissima *machinatio*» dei Compilatori (45).

Ad una conclusione diametralmente opposta è giunto l'ARANGIO-RUIZ, secondo il quale l'*actio arbitraria*, sfornita del requisito della specialità, avrebbe tutelato, nel diritto classico,

(43) Così BISCARDI, Voce *Actio arbitraria*, cit., p. 212.

(44) Secondo il LENEL, *Das Edictum perpetuum*, p. 236, Giuliano in D. 13, 4, 2, 8 sarebbe citato come redattore dell'editto e non come autorità scientifica. *Contra ARANGIO-RUIZ, Studi formulari*, cit., p. 186.

(45) *Sulla dottrina rom. act. arb.*, cit., p. 70. L'Autore ritiene che la dottrina dell'interesse del creditore sia stata introdotta dai Compilatori, utilizzando la citazione di LABEONE e GIULIANO fatta nel testo originario, allo scopo di attribuire a quei giuristi la nuova dottrina. Ci sembra che l'opinione del BIONDI, benché sapientemente formulata, trovi un ostacolo decisivo sia nella «esplicita ed incontrovertibile» (cfr. ASTUTI, *o. c.*, I, p. 94) testimonianza di D. 18, 4, 2, 8 sia in altri frammenti che avremo, in seguito, occasione di trattare: D. 13, 4, 8 (Africano, 3 *quaest.*); D. 13, 4, 2, 7 e 8 (Ulp. 27 *ad. Ed.*); D. 13, 4, 3 (Gaius, 9 *ad Ed. prov.*); D. 13, 4, 10 (Paulus 4 *quaest.*).

solo l'interesse del creditore, mentre l'interesse del debitore avrebbe origini postclassiche o addirittura bizantine (46).

Un indirizzo intermedio segue l'Astuti, il quale nota che «al fil di logica, ai giureconsulti classici nella valutazione del relativo inadempimento di fronte a cui il magistrato veniva a trovarsi quando l'azione era intentata *alibi*, dovevano presentarsi contemporaneamente e parallelamente tanto l'interesse del creditore quanto quello del debitore; e quindi, di fronte alle testimonianze delle fonti nelle quali è fatta parola di entrambi, sarei propenso a concludere per la piena genuinità della stima dell'interesse del debitore, che la giurisprudenza non dovette avere difficoltà ad ammettere, e che del resto neppure l'Arangio-Ruiz esclude; e conseguentemente farei le più ampie riserve sull'affermazione che la considerazione dell'interesse del creditore sia anteriore e prevalente nello spirito del diritto classico, pur riconoscendo che l'attività della giurisprudenza abbia potuto di preferenza convergere sull'elaborazione di questo concetto, di cui è indubbia la maggiore vitalità» (o. c., p. 184).

Le osservazioni, che precedono, ci portano ad una conclusione circa il secondo ordine di questioni. L'*actio arbitraria* altro non era se non un adattamento di una formula di *actio certi*, mediante la inserzione del *locus solutionis* (47). La sua struttura, quindi, era quella di una comune *actio*

(46) Cfr. D. 46, 1, 16, 1 (Iul. 53 *dig.*); D. 43, 4, 2, 7 (Ulp 17 *ad Ed.*). L'ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, cit., p. 186, in opposizione al BIONDI, afferma che la «considerazione dell'interesse del creditore è anteriore e prevalente, nello spirito del diritto classico, sopra quella dell'interesse del debitore». Contro BIONDI, vedi anche GUARNERI CITATI, *Contributi*, cit., p. 225 ss.

(47) Lo schema dell'*actio arbitraria* era il seguente: *si parer Numerium N. Aulo A. X milia... Ephesi dare oportere, q. d. r. a., iudex Numerium N. Aulo A. X milia aut si quid alterius interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi, tanto pluris minorisve condemnato, si n. p. a.*

certi, opportunamente adattata; la sua natura, ovviamente, era quella di un'*actio* di *ius strictum*, giacchè nell'*actio* di buona fede il giudice avrebbe potuto valutare la situazione creata dalla *mutatio loci*, a prescindere dalla inserzione della clausola, grazie all'ampiezza dei suoi poteri (48).

Quest'ultimo rilievo è sommamente interessante agli effetti della *mora debitoris*. Infatti, nei *iudicia stricta*, la *mora debitoris* non produceva, per le obbligazioni di cose fungibili, alcun aumento della obbligazione, in quanto era escluso qualsiasi risarcimento del danno, usure comprese, a meno che queste ultime non fossero state espressamente stipulate (49). Tali essendo i principi sugli effetti della mora, assume maggior rilievo (e così passiamo al terzo ordine di problemi) la opinione di Labeone, «trionfata» (50) al tempo di Giuliano, e diretta a valutare la diminuzione di valore che la prestazione, eseguita *alibi*, assume per il creditore, a causa della mora del debitore.

La determinazione dell'interesse si risolve, si badi bene, solo in un aumento della condanna e non anche in un aumento della obbligazione: diverse sono, quindi, le conseguenze rispetto a quelle della mora nei *iudicia* di buona fede, ove le usure producono un aumento della obbligazione. Inoltre, non venivano in considerazione, come testimonierebbe il testo, né *quod interfuit ultra legitimum modum usurarum*, né la *lucri ratio*, sicure aggiunte compilatorie.

Concludendo, il frammento in esame costituisce una preziosa testimonianza su una originale e capitale innovazione di Labeone in materia di effetti della *mora debitoris* e

(48) In tal senso vedi LALESIAS, *Derecho romano*, cit., p. 455.

(49) Cfr. D. 22, 1, 38, 7 (Paul 6 *ad Plaut.*); D. 19, 5, 34 (Afr. 13 *quaest.*); D. 17, 1, 10, 4 (Ulp. 31 *ad Ed.*); D. 22, 1, 41, 2 (Mod. 3 *resp.*).

(50) Cfr. BISCARDI, Voce *Actio de eo quod certo loco*, cit., p. 289.

documenta il decisivo contributo dato dal giurista al problema trattato.

* * *

Ultimata l'esegesi dei testi, concernenti i problemi di *mora debitoris*, passiamo all'esame di un frammento in materia di *mora creditoris*.

D. 18, 1, 50 (Ulp. XI ad. Ed.): *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. Ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emplorem stet, quo minus impleatur.*

Labeone, secondo il riferimento di Ulpiano, ritenne che qualora una compravendita fosse contratta sotto condizione sospensiva potestativa e questa non venisse ad esistenza per colpa del compratore, il venditore potesse agire in base alla obbligazione, come se la condizione si fosse verificata.

Questa la fattispecie del nostro testo. Occorre stabilire il fondamento del responso di Labeone.

Si è sostenuto che il testo sarebbe interpolato⁽⁵¹⁾, per-

⁽⁵¹⁾ Sul testo vedi PERNICE, ZSS, 9, p. 257; VASSALLI, in *BIDR*, 27, p. 195; RICCOPONO, in ZSS, 35, p. 220 n. 3; BREMER *Jurispr. Anteh.* 2, 1, p. 582. Da notare il *quin praescriptis verbis agi possit*, di mano compilatoria. Il De FRANCISCI, *Sinallagma*, I, p. 279, ha osservato essere difficile che il principio enunciato in D. 35, 1, 24 (Iul. 58 *dig.*) si sia formato al tempo di LABEONE, perché apprendiamo da GAIO, III, 146 che l'applicabilità delle condizioni alla

chè al tempo di Labeone si discuteva ancora circa l'applicabilità di condizioni alla compravendita. Qui non interessa espressamente la storia della condizione e quindi si può prescindere da una indagine diretta ad accettare la questione al tempo di Labeone.

Quel che possiamo ricavare dal testo, ai fini della nostra indagine, è che, secondo Labeone, il non procurare il locale in cui collocare la biblioteca acquistata (*per me stet, quo minus id a Campanis impetrem*), costituisce violazione dell'obbligo di cooperazione, che incombe al creditore e che dà luogo ad un caso di *mora creditoris*.

Il *per me stet, quo minus impetrem* è, in fondo, nel pensiero di Labeone, una ipotesi affine alla mancata *degustatio* o al mancato *admetiri*, illustrati nei formulari cattoliani⁽⁵²⁾.

Si comprende, in conseguenza, perchè il debitore (venditore) abbia diritto, in seguito alla impossibilità di eseguire la prestazione per la mancata cooperazione del creditore, ad ottenere il prezzo⁽⁵³⁾.

In conclusione, con Labeone la mora del creditore è ancora legata alla dottrina dell'età repubblicana, anche se, con molta probabilità, il principio dell'abbandono doveva essere affievolito: infatti, mentre Catone attribuisce al venditore il diritto al prezzo e lo faculta *ad effundere vinum*, Labeone dà il mezzo processuale per ottenere il prezzo, ma non parla di abbandono dell'oggetto.

compravendita era ancora disputata. Vedi pure RICCOPONO, in *Mélanges Cornil*, II, p. 3.

⁽⁵²⁾ La relazione fra l'ipotesi del nostro testo e quella della *degustatio* e dell'*admetiri* del capitolo 148 di CATONE è stata vista già da SECKEL-LEVY, in ZSS, 47 (1927), p. 255.

⁽⁵³⁾ Nella seconda parte, da *ego etiam* in poi, ULPIANO applica un principio generale in materia di inadempimento della condizione potestativa, formatosi nel corso del Principato.

* * *

La dottrina di Labeone sulla mora, acuta e originale, come si è potuto vedere, non si limita ai due tradizionali settori della *mora debitoris* e della *mora creditoris*, isolatamente considerate, ma ne comprende ancora un terzo, che ci offre una più complessa situazione, originata o dalla simultaneità della *mora debitoris* e della *mora creditoris*, o dalla loro successione nel tempo. Ipotesi nuove, forse presentatesi per la prima volta nella realtà sociale del tempo di Labeone e dense di difficoltà e di problemi.

Le due ipotesi, contestualità e successione nel tempo, sono trattate, rispettivamente, nel principio e nel primo paragrafo del fr. 51 D. 19, 1. Iniziamo con il principio del frammento.

D. 19, 1, 51 pr. (Labeo *libro 5 posteriorum a Iavoleno epitomatorum*): *Si et per emplorem et venditorem mora fuisset, quo minus vinum praeberetur et traderetur, perinde esse ait, quasi si per emplorem solum stetisset: non enim potest videri mora per venditorem emptori facta esse ipso moram faciente emptore.*

Qui Labeone considera l'ipotesi che debitore e creditore (venditore e compratore nella fattispecie) incorrano entrambi in mora.

Orbene, la contestualità della *mora debitoris* e di quella *creditoris*, dal punto di vista logico-giuridico, appare una *contradictio in adiecto*, diversi essendo i rispettivi presupposti (54).

(54) Lo ha notato lo Scuto, *La mora*, cit., p. 110, seguendo il MOMMSEN.

Siffatta incongruenza è stata eliminata, nella storia della ermeneutica delle fonti romane, in varia guisa.

I Glossatori, conformemente al loro indirizzo, diretto a comporre i contrasti esistenti nelle fonti nell'ambito dei Digesti, ritennero di potere risolvere il problema, ricorrendo ad una compensazione fra *mora creditoris* e *mora debitoris*, similmente a quanto Ulpiano sostiene in D. 16, 2, 10 pr., nel caso di negligenza di due socii: *si ambo socii parem negligentiam adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso iure compensatione negligentiae factae.*

Va notato, tuttavia, che una applicazione analogica della compensazione non è ammissibile per due motivi: in primo luogo perchè la compensazione in diritto classico si applica in casi tassativi e non è affatto un principio generale; in secondo luogo perchè contrasterebbe con la stessa affermazione (*ait*) di Labeone, intesa a dare rilievo alla sola *mora creditoris*.

A prescindere dai tentativi della Glossa, le altre interpretazioni sono intese a risolvere il problema, attribuendo effetto ora alla sola *mora debitoris* ora alla sola *mora creditoris* (55).

Ora, da un attento esame del frammento, appare indubbio che Labeone si pronunzia per la rilevanza della sola mora del compratore-creditore: *perinde esse ... quasi per emplorem solum stetisset*. Anzi il giurista classico ha cura di motivare la propria decisione, affermando che non ha senso parlare di mora del debitore quando il creditore è, per parte sua, in mora pur esso.

Stando così le cose, occorre fare una duplice indagine: accertare se la decisione di Labeone sia stata formulata nei termini di cui al principio di D. 19, 1, 51 e stabilire, in caso positivo, il suo fondamento.

(55) Sul punto cfr. Scuto, o. c., p. 110, n. 3.

Che la decisione di Labeone sia fedelmente riferita, nella sua sostanza, è accertato in base a D. 18, 6, 18 (17), in cui Pomponio (*31 ad. Q. Mucium*) così si esprime: ... *Quod si per venditorem et emplorem mora fuerit, Labeo quidem scribit emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam, sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit.*

Quindi — si desume dal testo — in caso di contemporaneità delle due more (la fattispecie riguarda una prestazione da eseguire in un luogo determinato) prevale quella del creditore (*emptori nocere*).

Come si concilia questa affermazione con la *contradictio* intercorrente fra le due more?

Madai (56) e Scuto (57) ritengono che «mora» non abbia nel testo significato tecnico, ma esprima piuttosto il ritardo in senso volgare. Per Scuto, in conseguenza, Labeone volle dire che «non ci può essere una mora del debitore, se il ritardo è egualmente causato dal creditore». Peraltrò, a suo giudizio, una tale spiegazione sarebbe rafforzata dalla chiusa di D. 18, 6, 18 (17): *sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei (venditori) sit.*

Ma a parte il fatto che la frase è stata ritenuta interpolata dal Beseler (58) — non si capisce, tra l'altro, a che cosa si riferisce il *posterior* — è da ritenere che la mora, di cui parla Labeone, ricorra nel suo significato tecnico: l'ammettere il contrario cozzerebbe contro l'espressione: *si ... fuissest ... quo minus* troppo chiaramente consacrata, nelle fonti, alla mora, quale manifestazione del torto contrattuale.

Respinto il presunto significato volgare dell'espressione *mora*, si può ritenere che la decisione di Labeone trovi fon-

damento nella tendenza diretta a tutelare il debitore, tutte le volte in cui il creditore non abbia prestato la dovuta collaborazione nell'adempimento. Oltre tutto è nel suo interesse ottenere al più presto la prestazione: se si comporta in maniera contraria, le conseguenze rimangono a suo carico.

* * *

Il problema della successione delle due more nel tempo è trattato nel primo paragrafo del frammento 51.

D. 19, 1, 51, 1 (Labeo *libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*): *Quod si fundum emisti ea lege, uti des pecuniam kalendis Iuliis, et si ipsis kalendis per venditorem esset factum, quo minus pecunia ei solveretur, deinde per le staret quo minus solveres, uti posse adversus te lege sua venditorem dixi, quia in vendendo hoc ageretur, ut, quandoque per emptorem factum sit, quo minus pecuniam solvat, legis poenam patiatur. hoc ita verum puto, nisi si quid in ea re venditor dolo fecit.*

Labeone considera la fattispecie di un contratto di compravendita, concluso con una clausola, in base alla quale il compratore è tenuto a pagare la somma convenuta alle calende di luglio. Scaduto il termine contrattuale, il venditore (creditore) incorre in mora (rifiutando senza motivo l'adempimento), non rendendo così possibile al compratore l'esecuzione del pagamento. In un secondo momento, pronto il venditore ad accettare, incorre in mora il compratore: *per te staret quo minus solveres*.

Quid iuris? Labeone ritiene che il venditore possa agire contro il compratore in base alla predetta clausola: «*uti lege sua*». E ciò proprio perchè — secondo la stessa moti-

(56) *Die Lehre von der Mora*, (Halle, 1837), p. 69.

(57) *Op. cit.*, p. 110, n. 3.

(58) *Beiträge*, 3, p. 65.

vazione del nostro giurista — il contratto di compravendita è stato stipulato col patto che le conseguenze del mancato pagamento, imputabile al compratore, debbano da lui essere sopportate.

Questo il caso prospettato in D. 19, 1, 51, 1. Il testo segue con *hoc ita verum puto, nisi si quid in ea re venditor dolo fecit*; frase che, ovviamente, ha lo scopo di limitare la decisione precedente.

Che valore dare ad essa? è forse da vedervi la mano di Giustiniano? (59).

Gli interrogativi non possono essere risolti se non in base ad una esatta qualificazione giuridica della situazione di fatto prospettata nel testo. Questa è data, come abbiamo detto, da due more successive. Il problema giuridico consiste appunto nello accettare l'influenza della prima mora sulla seconda, nell'esaminare, in altri termini, la relazione tra i due ritardi. La soluzione di tale problema non può farsi se non in base alle fonti.

Per il diritto classico il debitore, in seguito alla *mora creditoris*, rispondeva solo a titolo di dolo, come risulta da D. 18, 6, 18: la liberazione avveniva in seguito al perimento della cosa ovvero nel caso che ricorressero particolari circostanze, che rendessero ingiusto il protrarsi del vincolo obbligatorio (60).

Il compratore è tenuto, quindi, ad eseguire la prestazione, malgrado la precedente mora del creditore. Ciò posto, parrebbe fondato il sospetto per la frase finale. Ma se si tiene conto della particolare fatispecie considerata in D. 19,

(59) Motivi di forma hanno suggerito al GRADENWITZ (ZSS, 35, 268) l'espunzione del periodo. Il BREMER, *Iurispr.*, cit., 2, 2, 427 invece espunge *ita e nisi-fin*: GIAVOLENO si sarebbe, pertanto, limitato ad approvare la sentenza di LABEONE.

(60) Cfr. D. 46, 3, 72, pr. (Marcellus 20 *dig.*); D. 4, 8, 23, 3 (Ulp. 13 *ad Ed.*).

1, 51, 1, l'ostacolo può forse essere superato. Siamo di fronte al regime della *lex commissoria*, in virtù della quale il compratore, allorché non avesse corrisposto il danaro al tempo prestabilito, avrebbe dovuto sopportarne le conseguenze (61).

Se questi rilievi sono esatti, appare plausibile la supposizione che Giavoleno, con *hoc... fecit*, abbia voluto apportare una correzione alla rigida applicazione della *lex commissoria*, nell'ipotesi in cui il creditore avesse dolosamente rifiutato l'adempimento, al fine di recare danno al compratore.

Al termine dell'indagine esegetica, possiamo affermare che con Labeone la dottrina della mora compie un rilevante passo avanti. La complessa ed acuta analisi sugli effetti della *mora debitoris*, secondo la specifica natura dei rapporti giuridici, i sottili rilievi e la originale impostazione della relazione fra le due more nel tempo costituiscono il prezioso contributo del suo originale pensiero ed una testimonianza significativa della genialità interpretativa della giurisprudenza romana.

2. — MASURIO SABINO

Ricostruire la dottrina di Masurio Sabino (62) sulla mora non è un compito agevole, date le difficoltà insite nella

(61) La *lex commissoria*, infatti, non comportava necessariamente la restituzione della *res venduta* al venditore. Sui problemi connessi alla *lex commissoria* vedi da ultimo BISCARDI, *La «lex commissoria» nel sistema delle garenzie reali*, in *Studi Betti* (Milano, 1962), p. 575 ss. ed in particolare, per il testo in esame, p. 577, n. 6. Vedi pure VOLTERRA, *Istituzioni*, p. 509.

(62) Sulla vita di SABINO cfr. KUNKEL, *op. cit.*, p. 119; sulla sua opera vedi BREMER, *Iurispr. antehadr.*, pars altera, I, p. 313 ss.

ricerca delle testimonianze storiche utilizzabili per il nostro tempo.

Il pensiero di Sabino, infatti, in mancanza di dati direttamente escerpti dalle sue opere, deve essere ricostruito tenendo conto sia delle citazioni fatte da giuristi posteriori, sia dei commentari *ad Sabinum*. Questi ultimi, in particolare, pongono il delicato problema di isolare, da un lato, l'originario nucleo sabiniano e distinguere, dall'altro, il pensiero di Sabino da quello dell'autore del commento (63).

A questo scopo, si è cercato di utilizzare solo quelle testimonianze dei commentari *ad Sabinum*, che riteniamo riferiscano, con molta probabilità, il pensiero di Sabino, basandoci sull'uso di espressioni impersonali, come *constat* e *id videri actum*, ovvero sull'esame di altre dottrine fatto dai Compilatori (64).

Dalle testimonianze così raccolte emerge la «mente organica e poderosa» (65) di Sabino, la cui innata attitudine all'analisi e la equilibrata tendenza alla sintesi, affiorano chiaramente anche nell'arduo campo della mora (66).

(63) Il problema sorge, perchè l'opera di SABINO, come scrive il RICCOPONO, voce *Iurisprudentia*, in *Novissimo Dig. It.*, fu «commentata ed elaborata dai giuristi del II e III secolo come un codice. Infatti, i Commentari di Pomponio, Paolo e Ulpiano hanno per base quell'opera».

(64) Sul punto vedi BREMER, *op. cit.*, p. 213 ss. Molto spesso POMPONIO, PAOLO ed ULPIANO citano *regulae* sabiniane, come accade nell'apposito titolo del Digesto (D. 50, 17, 1, 2-49). Relativamente al commento di ULPIANO, cfr. le considerazioni del LENEL, *Palingenesia*, II, cl. 1019, n. 3. Il NIEDERMEYER, nel suo lavoro spesso ricordato, ha utilizzato in prevalenza frammenti, derivanti dai commentari *ad Sabinum*.

(65) BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I (Milano, 1959), p. 414.

(66) Il RICCOPONO, voce *Iurisprudentia*, cit. afferma: «accanto a LABEONE, SABINO è il più grande giureconsulto del primo secolo ed ha per l'eccellenza delle sue opere una pagina d'oro nella storia della giurisprudenza».

Passiamo ora all'esame esegetico dei testi, seguendo un ordine sistematico, suggerito dal loro stesso contenuto: requisiti, costituzione in mora ed effetti della *mora debitoris* nei *iudicia stricta* (D. 12, 1, 5; D. 12, 1, 22; D. 45, 1, 41, pr.; D. 30, 47, 6; D. 22, 1, 38, 7; D. 7, 1, 35, pr.); costituzione in mora ed effetti nei *bonae fidei iudicia* (D. 18, 6, 1, 4; D. 16, 3, 14, 1; D. 16, 3, 12, 3); requisiti ed effetti della *mora debitoris* nelle clausole penali (D. 45, 1, 8; D. 45, 1, 115, 2); requisiti ed effetti della *mora creditoris* nelle stipulazioni alternative (D. 45, 1, 105) e nel legato condizionale di libertà (D. 40, 7, 20, 3; D. 40, 7, 4, pr.; D. 40, 7, 3, 10).

Questo schema, necessariamente vago, indica tuttavia — e ciò apparirà chiaro allorchè tratteremo i vari gruppi di testi — come i requisiti e gli effetti della *mora debitoris* e della *mora creditoris* siano stati analizzati ed elaborati da Sabino, in relazione alla diversa natura dei rapporti ed alla disparata varietà delle fattispecie.

Un rilievo riteniamo opportuno qui fare: il considerevole numero di testi, relativi ai *iudicia stricta*, in rapporto all'esiguo numero concernente i *b. f. iudicia*, non è una circostanza senza una sua particolare ragione. Essa testimonia lo sforzo costante di Sabino, impareggiabile conoscitore dello *ius civile*, di superare i limiti angusti della rigida norma, per vitalizzarla — come vedremo — mediante la forza viva dell'*aequitas*.

* * *

Iniziamo l'indagine con l'esame dei testi relativi alla *mora debitoris* nei *iudicia stricta*.

Fondamentale è, in materia, un frammento di Pomponio, del quale riportiamo solo la prima parte, in cui viene riferito, con molta probabilità, il pensiero di Sabino: il

constat, infatti, esprime un punto di vista non strettamente ed esclusivamente personale del giurista, ma un orientamento condiviso dalla dottrina dominante ed, evidentemente, dallo stesso Sabino, del quale Pomponio commentava l'opera. Come si vedrà poi, trattando il pensiero di Pomponio, il giurista, nella seconda parte del testo, ha cura di precisare ed elaborare il principio sabiniano.

D. 12, 1, 5 (Pomp. 22 ad Sab.): *Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat.*

Due sono, quindi, nel pensiero di Sabino, i requisiti della *mora debitoris*. Il primo è dato dalla esistenza di un obbligo giuridico: *quod te mihi dare oporteat*; il secondo da un ritardo volontario del debitore: *per te factum erit quo minus id dares*.

L'esistenza di questi due requisiti è sufficiente a costituire in mora il debitore, senza che occorra una richiesta esplicita del creditore. Il debitore, ove non sia fissato dalle parti un termine di scadenza, deve adempire subito, intendendo il subito secondo le modalità e la natura del contratto.

A questo proposito è interessante una testimonianza contenuta in:

D. 12, 1, 22 (Iulianus 4 ex Minicio): *Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est: quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si dictum non esset, quanti tunc fuisset, cum petitum esset. Interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat. Respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.*

Il tema principale della discussione è costituito dalla *aestimatio* di un prestito di vino, rispetto al tempo: *cuius temporis aestimatio fieret*, e rispetto al luogo: *cuius loci pretium sequi oporteat* (67).

In questa sede interessa, logicamente, soltanto l'argomentazione fatta da Sabino per risolvere il problema della *aestimatio temporis* (68). Secondo Sabino la questione va risolta in base alla volontà contrattuale espressa dalle parti. Se non viene adempiuto l'obbligo di restituire il vino dato a mutuo, occorre — per potere fissare il termine iniziale, rilevante per la costituzione in mora e la conseguente *aestimatio* — stabilire, necessariamente e preliminarmente, se le parti abbiano o meno fissato un termine per la restituzione. Esaurita questa prima indagine, per effettuare la *aestimatio* si dovrà considerare il giorno stabilito dalle parti nel primo caso, il *dies petitionis* nel secondo.

Si può, quindi, desumere da questi rilievi che il debitore è costituito in mora, se non adempie entro il termine stabilito nel titolo obbligatorio. In mancanza, l'adempimento deve avvenire entro il termine desumibile dal contratto o dalla natura della prestazione, ovvero dopo una richiesta, anche giudiziale (69), del creditore.

(67) Il compilatore dell'Editto riporta il pensiero di MINICIO, discepolo di SABINO, del quale lo stesso MINICIO segue fedelmente la dottrina. Lo si può dedurre dall'*interrogavi* del testo. Vedi RICCOPONO, in *BIDR.*, 8 (1893), p. 232; ivi riportata l'opinione della letteratura romanistica sui libri di MINICIO, epitomati da GIULIANO.

(68) Rispetto al tempo, come si legge nel frammento, il problema dell'*aestimatio* può essere, in astratto, risolto in tre modi: con riferimento al tempo della consegna, della *litis contestatio*, o della sentenza.

(69) La dottrina del diritto comune ha ritenuto, a torto, sulla base del frammento in esame e di altre presunte prove testuali, che il debitore sia costituito in mora solo mediante la *petitio iudi-*

Il termine fissato contrattualmente può a volte essere equivoco, con il risultato di ingenerare dubbi sulla precisa volontà delle parti. Anche questa eventualità si trova discussa nelle fonti e risulta in base all'insegnamento di Sabino.

D. 45, 1, 41, pr. (Ulp. 50 *ad Sab.*): *Eum, qui 'Kalendas Ianuariis' stipulatur, si adiciat 'primis' vel 'proximis', nullam habere dubitationem palam est: sed et si dicat 'secundis' vel 'tertiis' vel quibus aliis, aequa dirimit quaestionem. Si autem non addat quibus Ianuariis, facti quaestionem inducere, quid forte senserit, hoc est quid inter eos acti sit (utique enim hoc sequimur quod actum est), easque adsumemus. Si autem non appareat, dicendum est quod Sabinus, primas Kalendas Ianuarias spectandas.*

Se si è stipulato che la prestazione venga effettuata *Kalendas Ianuariis*, senza precisare di quali Kalende si è inteso parlare, potrebbe sorgere il dubbio sulla loro esatta determinazione. Il che inciderebbe, ovviamente, sulla costituzione in mora e sulla responsabilità delle parti. Si comprende, in conseguenza, l'importanza di risolvere il problema ed il rilievo dato da Ulpiano alla decisione sabiniana: *dicendum est quod Sabinus.*

Gli effetti della *mora debitoris*, nelle obbligazioni di *species*, sono deducibili dal frammento D. 12, 1, 5, già esaminato a proposito dei requisiti: *tuum fore id detrimentum.*

La *mora* — è questo il tenore dell'espressione — produce la perpetuazione della obbligazione, sicchè il rischio dell'eventuale perimeto fortuito ricade sul debitore, che sarà tenuto alla *aestimatio*. Ciò significa che anche Sabino segue

cialis, negando valore ad una semplice richiesta extraprocessuale. Sul punto vedi MONTEL, *op. cit.*, p. 56.

l'antica regola dei *Veteres*⁽⁷⁰⁾, senza attenuazioni o esclusioni, come può desumersi da D. 30, 47, 6, in cui Ulpiano, contro Labeone, espone la dottrina dominante, certo seguita dallo stesso Sabino.

In un campo Sabino supera gli angusti principi dei *iudicia stricta*, operando sul fondamento della *aequitas*, e precisamente in materia di azioni dirette all'acquisto di una cosa.

Ne abbiamo notizia da un passo di Paolo:

D. 22, 1, 38, 7 (Paulus 6 *ad Plautium*): *Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit: quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos purant, ut causa restituatur, quod puto recte dici* (71).

Il passo fa parte di un frammento in cui viene trattato il problema dei frutti nelle azioni personali⁽⁷²⁾. Era principio generale dello *ius civile* che la mora, nei giudizi di stretto diritto, introdotti con azioni dirette all'acquisto — e non al riacquisto⁽⁷³⁾ — di una cosa, non produceva alcun effetto sui frutti. Che un tale principio sia chiaramente contrario all'equità è del tutto ovvio, e ben si comprende il motivo che indusse Sabino, per la prima volta, ad attenuarlo, affer-

⁽⁷⁰⁾ Sul principio della *perpetuatio*, nel pensiero di Sabino, cfr. NIEDERMEYER, *op. cit.*, *passim*. Secondo l'ARNÒ, *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 10 ss. (estr.) SABINO avrebbe negato il principio, seguendo un indirizzo opposto, definito «serviano».

⁽⁷¹⁾ Il BREMER, *op. cit.*, p. 442, inserisce *ex legato per damnationem vel* dopo *veluti*. Similmente SIBER, in ZSS., 45 (1925), p. 163.

⁽⁷²⁾ Il KASER, *Restituere*, cit., p. 45 ss., ha notato che, nel frammento, la serie delle azioni manca di una propria sistematica.

⁽⁷³⁾ Nelle azioni dirette al riacquisto l'attore poteva ottenere i frutti anche con l'*actio stricti iuris*.

mando l'opportunità che venissero prestati, *ex aequitate*, i frutti maturati nel tempo intercorrente fra la *litis contestatio* e la sentenza (74). Anche in questo caso, come in altri, è sempre l'*aequitas* lo strumento essenziale ed insostituibile, con cui operano i giuristi romani per realizzare il progresso ed il perfezionamento del diritto: conferma ulteriore del continuo ricorso col concetto di *aequitas* nella esperienza giuridica romana.

Prima di passare all'esame dei giudizi di buona fede vogliamo riportare un frammento che testimonia lo sforzo di Sabino per superare gli angusti limiti dello *ius civile*, in omaggio ai principi dell'equità. Si tratta di:

D. 7, 1, 35 pr. (Iulianus 1 ad Urseium Ferocem): *Si usus fructus legatus est, sed heres scriptus ob hoc tardius adit, ut tardius ad legatum perveniretur, hoc quoque praestabitur, ut Sabino placuit.*

La fattispecie riguarda il legato di usufrutto. Se l'erede — si legge — dolosamente ritarda l'adizione dell'eredità allo scopo di ritardare l'acquisto del legatario, *hoc quoque praestabitur, ut Sabino placuit*. Il problema consiste nello stabilire il fondamento e l'oggetto dell'*hoc quoque praestabitur*.

Riteniamo che il fondamento, nel pensiero di Sabino,

(74) In tal senso, cfr. SEGRÈ, *Miscellanea esegetica*, in *Studi Brugi* (Palermo, 1910), p. 395; secondo il KASER, *Restituere*, cit., p. 45 ss., il fondamento logico, che permise a Sabino e Cassio di introdurre i frutti nel giudizio di stretto diritto, sta nella conseguenza *ut causa restituatur*, cioè nella introduzione della *restitutio nei iudicia* non di buona fede e non *arbitraria*. Ha ritenuto interpolato l'inciso *ex aequitate* il BESELER, in *ZSS*, 45, (1925), p. 454. Per il NIEDERMEYER, *op. cit.* (p. 408), il frammento in esame sarebbe la risultante di due testi, che non si armonizzano fra di loro. Cfr. pure l'*Index Interpolationum*.

ricada nella *mora debitoris*, configurata mediante una interpretazione estensiva, al fine di frustrare la sleale condotta dell'erede. L'*hoc*, oggetto del *praestabitur*, sotto questo profilo, assume più che la funzione di rappresentare l'interesse del creditore, quella di punire il debitore. Tale interpretazione, in effetti, potrebbe apparire a prima vista inammissibile, dato che, nel legato di usufrutto, non nasce un diritto di credito a favore del legatario prima dell'accettazione dell'eredità da parte dell'erede: il *dies veniens* coincide, in questo caso, col *dies cedens* (75). Senonchè questo principio non fu universalmente accolto durante l'età classica, ma si consolidò, forse, solo con Giuliano. Sappiamo, infatti, da *Frag. Vat. 60* che Labeone assoggettava il legato di usufrutto al regime degli altri legati: *etiam ante aditam eam diem cedere ut reliquorum legatorum*. Nulla vieta che anche Sabino seguisse l'indirizzo di Labeone. Ora, se un diritto di credito (o per lo meno un'aspettativa di acquisto) è già maturato a favore del legatario, prima dell'adizione ereditaria, e non si realizza a causa dell'ingiusto comportamento dell'erede, il quale ritardi l'accettazione al solo scopo di dilazionare l'acquisto da parte del legatario, equità vuole che l'erede sia ritenuto responsabile e che risarcisca il danno, causato dal ritardo, al legatario (76). Anzi il risarcimento

(75) La giurisprudenza, come è noto, per superare il principio del *ius civile* sull'acquisto del legato e rispettare, il più possibile, la volontà del testatore, distinse tra *dies cedens* e *dies veniens*. Col *dies cedens* sorgeva, secondo alcuni, un diritto potenziale: FERRINI, *Teoria generale del legato e dei fedecommissi* (Milano, 1889), p. 377 ss.; secondo altri, una aspettativa di acquisto: Voci, *Teoria dell'acquisto del legato* (Milano, 1936). Tale processo interpretativo della giurisprudenza può essere stato portato a termine da SABINO.

(76) In tal senso la fattispecie del frammento in esame potrebbe avvicinarsi a quella di D. 7, 1, 36, 2 e 37, come già notò il GOTOFREDO, *ad h. l.* Non si può negare che la decisione di Sabino, contenuta in D. 7, 1, 35 pr., sia dovuta a motivi di equità; il che

deve avere assunto, nel pensiero di Sabino, la funzione di punire la sleale condotta dell'erede.

In conclusione, il frammento D. 7, 1, 35, pr. costituisce un caso di interpretazione estensiva della *mora debitoris* (77), in mancanza di un credito azionabile del legatario.

A sostegno di questa nostra interpretazione adduciamo due testi, in cui vengono analizzati gli effetti del ritardo dell'accettazione ereditaria, rispetto alle manumissioni testamentarie. Anche in questa ipotesi la fattispecie viene risolta con il ricorso ai principi della mora.

Si tratta di D. 40, 7, 3, 11, illustrato a proposito di Trebazio e di D. 40, 7, 28 pr., estratto dal VI libro *ex Cassio* di Giavoleno.

In entrambi i frammenti, in effetti, il problema viene esaminato dal punto di vista della *mora creditoris*, giacchè l'erede vi figura come destinatario della prestazione, mentre in D. 7, 1, 35 pr. è l'obbligato alla prestazione. Ciò non toglie, però, che le fattispecie siano affini. Interessante è, soprattutto, l'osservazione fatta da Cassio e Giavoleno, i quali, pur rilevando che l'accettazione ereditaria condiziona la disposizione testamentaria, secondo il *ius civile* (*iure qui-*

comporta la necessità di forzare il regime ordinario, per cui prima dell'*aditio* non c'è un credito del legatario. Lo spirito, che sta a fondamento della decisione, riposa nel principio che colui il quale impedisce l'avveramento della condizione è tenuto come se la condizione si fosse avverata: analogamente, chi ritarda quella particolare *condicio iuris* che è l'*aditio* per il legato. Sulla finzione di adempimento, v. Voci, *Diritto ereditario romano*, II, (Milano, 1963), p. 596 ss. Sul carattere certo o incerto del legato di usufrutto e sulla conseguente natura del risarcimento rimandiamo alla trattazione del pensiero di Africano (D. 7, 1, 36, 2); vedi intanto KASER, *Quanti ea res est* (München, 1935), p. 99 ss.

(77) Il Voci, *op. cit.*, p. 396 n. 10, ritiene che nel nostro testo venga discussa «una ipotesi particolare decisa da Sabino, e che mostra lo sforzo di estendere l'*actio ex testamento*».

dem stricto ita manumissus liber esse non potest, quoniam condicione deficitur), tuttavia, *favore libertatis*, affermano che lo statulibero acquista egualmente la libertà *si per eum non staret quo minus condicione expleretur*. Quindi, Cassio e Giavoleno, *favore libertatis*, superano i principi del *ius strictum* per il legato condizionale di libertà; come già Sabino, maestro di Cassio, aveva superato per motivi di equità il rigido principio sull'acquisto del legato di usufrutto.

* * *

Anche nei *bonae fidei iudicia* la costituzione in mora dipende dal termine fissato o dalle modalità del rapporto obbligatorio.

Esiste, in proposito, un'attestazione di Ulpiano per la vendita del vino: D. 18, 6, 1, 4 (Ulp. 28 *ad Sab.*).

Sabino, interpretando una massima dei *Veteres*, ritenne che, in mancanza di un termine espresso, *id videri actum* (78), *ut ante evacuarentur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria*. Da tale momento decorre il termine per la costituzione in mora del debitore o per la *mora creditoris*.

Passando a trattare degli effetti, esaminiamo un testo, che ha particolarmente impegnato gli studiosi per la sua non facile intelligenza. Si tratta di:

D. 16, 3, 14, 1 (Gaius 9 *ad ed. prov.*): *Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, velu-*

(78) L'espressione impersonale si riferisce a SABINO con molta probabilità. Cfr. BREMER, *Iurisprudentia*, I, cit., p. 492: «*verba «id videri actum» ad Sabini fortasse sententiam remittunt*».

ti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolví debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori.

Gaio riferisce un parere di Sabino e Cassio, secondo i quali *absolví debere eum cum quo actum sit*, nel caso che la cosa depositata sia perita nel tempo intercorrente fra la *litis contestatio* e la sentenza.

Il responso dei due giuristi ha suscitato vive discussioni sotto diversi punti di vista (79). Ai nostri fini, interessa qui solo stabilire se il depositario sia in mora o no al momento della contestazione della lite.

Nel primo caso, infatti, il responso di Sabino e Cassio cozzerebbe contro il principio della *perpetuatio*, chiaramente richiamato, per il deposito, in un testo di Pomponio *ad Sabinum*.

D. 16, 3, 12, 3 (Pomp. 22 *ad Sab.*): *Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detimento rei periret, sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius apud quem depositum fuerit est, si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit.*

Nel secondo caso il contrasto svanirebbe. Per risolvere il problema notiamo quanto segue.

E' chiaro che la *litis contestatio* non sempre coincide

(79) Per le diverse discussioni, vedi KASER, *Restituere*, cit., p. 73 ss.; ivi trattato anche il problema della struttura della formula. La frase finale è considerata da molti interpolata: cfr. *Index Interpolationum*; da ultimo vedi NIEDERMEYER, *op. cit.*, p. 448. Per la genuinità dell'intero testo, vedi lo stesso KASER e KUNKEL, in *ZSS.*, 49, p. 185 n. 2; vedi pure HERDLITCZKA, in *ZSS.*, 49, p. 305.

con la mora (80). La lite, infatti, potrebbe essere contestata quando il debitore è già in mora, ovvero quando la mora non si è ancora verificata o non si può più verificare, perché, ad esempio, l'oggetto è stato dolosamente distrutto. Ciò posto, vediamo in quali casi può essere esperita l'*actio depositi*.

E' noto che questa presuppone o il dolo (distruzione o manipolazione della cosa) o il rifiuto di restituire. Ora in D. 16, 3, 14, 1 deve escludersi l'ipotesi di dolo per distruzione della cosa, dato che l'oggetto esiste fino al momento della contestazione della lite. Del pari si deve escludere che l'azione venga intentata in seguito al rifiuto di restituire, perché in tal caso il rischio dell'eventuale perimento fortuito, secondo il principio generale della *perpetuatio*, verrebbe sopportato dal debitore convenuto. Nessun dato sicuro esiste, d'altra parte, per potere ammettere che Sabino segua una via diversa. Anzi sappiamo già che Sabino ammetteva la perpetuazione nei *iudicia stricta*, e non esiste, peraltro, né un plausibile motivo, né altri dati testuali, che facciano presumere una diversa opinione per i giudizi di buona fede. Se mai il frammento D. 16, 3, 12, 3, escerpto da un'opera *ad Sabinum*, sta a dimostrare proprio il contrario, sia per i giudizi di buona fede in genere, sia per il deposito in particolare.

Non resta, quindi, che orientarsi per l'ipotesi che l'*actio* (evidentemente con *formula in ius concepta*), nel frammento in esame, sia diretta a perseguire il doloso comportamento del depositario, che abbia fatto uso della cosa o che comunque non abbia osservato gli obblighi contrattuali. Se così è,

(80) Sul rapporto fra mora e *litis contestatio*, cfr. KNIEP, *op. cit.*, II, p. 37 ss. Il NIEDERMEYER, *op. cit.*, p. 442, così si esprime: « Die *litis contestatio* an sich gehört in keiner Weise zu den die Haftung perpetuirenden Umständen ».

manca nel nostro caso una richiesta di restituzione, non soddisfatta immediatamente dal convenuto, come nell'ipotesi del frammento 12,3: *si iudicii accipiendi tempore potuit id redere reus nec reddidit*. Il convenuto, nel frammento 14, 1, assume il giudizio non perchè non vuole dolosamente restituire, cadendo così in mora, ma perchè intende respingere l'accusa dell'attore. Stando così le cose, non si può parlare, certo, di perpetuazione della obbligazione, per mora (81).

In conclusione Sabino, rispetto agli effetti della mora nelle obbligazioni di *species*, rimane legato alla regola della *perpetuatio*, sia per i giudizi di buona fede, sia per i giudizi di stretto diritto (82).

* * *

Particolare valore assume l'apporto di Sabino alla dottrina della mora nelle clausole penali.

Possiamo ricostruire il pensiero sabiniano, sulla base di due testi, entrambi in tema di *stipulatio*.

Il primo concerne il caso in cui le parti abbiano stabilito un termine per l'adempimento (83).

(81) L'ARNÒ, *op. cit.*, p. 18 ritiene che SABINO sia contrario alla regola della *perpetuatio*. L'opinione dell'ARNÒ si fonda sulla presa distinzione fra «muciani» (sostenitori della perpetuazione) e «serviani» (negatori della perpetuazione). Per il KASER, *op. cit.*, p. 73 ss., il risponso di SABINO e CASSIO troverebbe il suo fondamento nella introduzione della regola del *restituere* nei giudizi sforniti di clausola restitutoria.

(82) Non esaminiamo in questa sede GAI 2, 280, relativo alla materia degli effetti della *mora debitoris* nei fedecommissi e nei legati, e da BREMER, *Iurisprudentia antehad. attribuito*, sia pure dubitativamente, a SABINO, perchè mancano sicuri indizi sulla paternità sabiniana del principio accolto nel testo.

(83) Sul frammento, cfr. FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 313 e 315.

D. 45, 1, 8 (Paulus 2 ad Sab.): *In illa stipulatione: si Kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?* 'mortuo homine quaeritur, an statim ante Kalendas agi possit. Sabinus Proculus exspectandum diem actori putant, quod est verius.'

In tale ipotesi la pena non si commette, non diventa cioè efficace, fino a quando il termine non sia scaduto, anche se l'effettuazione della prestazione non sia possibile, già prima della scadenza del termine. Solo dopo la scadenza può sorgere una mora del debitore.

Il secondo frammento concerne, invece, l'ipotesi in cui le parti non abbiano fissato un termine. Si tratta del già noto D. 45, 1, 115, 2 (Pap. 2 *quaest.*), esaminato a proposito di Quinto Mucio Scevola.

Sabino, sviluppando con maggiore vigore scientifico la massima formulata da Quinto Mucio per la *penus legata* ed applicandola alla stipulazione penale impropria: *si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?*, perviene al principio generale: *tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret* (84).

Il procedimento seguito da Sabino, per costruire il principio su indicato, è del tutto simile a quello di Quinto Mucio; cambia solo la formulazione tecnica e la giustificazione teorica, conseguenze evidenti dell'affinamento della ermeneutica e di una più matura esperienza.

Cerchiamo di ricostruire parallelamente il ragionamento di Quinto Mucio e di Sabino. Per entrambi l'erede è tenuto *confestim* (anche la terminologia è simile) per la prestazione principale, e l'azione per la *pecunia* può essere esercitata subito.

(84) Per l'illustrazione del principio, vedi FREZZA, *op. cit.*, p. 324 ss.

Per entrambi il *confestim* deve essere valutato in base alle circostanze oggettive e soggettive del debitore: principio espresso dal *si dare potuisset penum nec dedisset* di Mucio, cui corrisponde il *postquam homo potuit dari* di Sabino.

Ma — ed è questa la saliente differenza — mentre il *si dare potuisset penum nec dedisset* di Quinto Mucio assume il valore non solo di stadio o fase del procedimento interpretativo, ma, al tempo stesso, di massima terminale o conclusionale, il *postquam homo potuit dari* di Sabino è solamente l'ultima parte del procedimento, necessaria per potere risalire alla formulazione del principio generale: *tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret.*

La chiarezza e la lucidità interpretativa del principio sono del tutto degne del teorizzatore delle *regulae* ⁽⁸⁵⁾ ed esprimono, con cristallina trasparenza, gli aspetti soggettivi ed oggettivi della *mora debitoris* e della responsabilità in genere.

Ma non basta: è nuova, in Sabino, e particolarmente degna di nota la giustificazione teorica del principio, racchiusa nella espressione *ex sententia contrahentium* ⁽⁸⁶⁾.

Giustificazione, questa, che costituisce un segno prezioso della fatica della giurisprudenza romana volta alla ricerca dell'*animus* e della volontà contrattuale.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. BREMER, *Iurisprudentia antehadr.*, p. 313 ss. Come abbiamo già detto, gran parte delle regole inserite nel titolo *De diversis regulis iuris antiqui* del Digesto, risalgono a SABINO. Dello stesso SABINO è la definizione di *regula*, che si trova nel primo frammento del suddetto titolo.

⁽⁸⁶⁾ Sulla espressione vedi, per la genuinità, DONATUTI, *Di un punto controverso in materia di stipulazioni penali*, in *SDHI*, I (1935), p. 305, n. 12.; TALAMANCA, *Ricerche*, cit., p. 60, n. 54; FREZZA, *op. cit.*, p. 326.

* * *

Ultimato l'esame del pensiero di Sabino sulla *mora debitoris*, si può passare allo studio di alcuni testi concernenti la *mora creditoris*.

Il primo riguarda i requisiti e gli effetti della *mora creditoris* nelle stipulazioni alternative.

D. 45, 1, 105 (Iavolenus 2 epist.): *Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari: cum Damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui: mortuus est Dama: an putas me ex stipulatu actionem habere? Respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse: nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.*

Nella prima parte, il testo considera, sotto forma di quesito, l'ipotesi di una obbligazione alternativa, avente ad oggetto la dazione di Dama o Erote.

Si chiede se, caduto in mora il creditore, possa il debitore, in seguito alla morte dello schiavo offerto, liberarsi dall'obbligazione. La risposta di Giavoleno, figurante nella seconda parte del frammento, risolve il quesito in base ad una *sententia* di Masurio Sabino, secondo la quale il debitore è liberato *si per eum non esset, quo minus id quod debebat solveret*.

Il fondamento della sentenza sabiniana risiede proprio nel fatto che uno dei due servi, dedotti in obbligazione e sul quale si era consolidata la prestazione, è morto, per un fatto estraneo al debitore, dopo la mora del creditore. Ritornerà, anche in questo caso, quello che si può considerare il motivo dominante della teoria sabiniana: l'estinzione della

responsabilità del debitore per un fatto non volontariamente causato. E tra i fatti non volontariamente causati deve essere annoverato l'ostacolo, proveniente dalla sfera del creditore, all'adempimento dell'obbligazione.

In altre parole, Sabino prendendo lo spunto da Quinto Mucio, costruisce la dottrina della mora del creditore in funzione della predetta norma-limite della responsabilità del debitore (87).

Il principio dell'abbandono dell'oggetto dovuto subisce, così, un sensibile colpo: ormai l'estinzione della responsabilità del debitore è la risultante del fatto del creditore e del *per eum non staret, quo minus daret* del debitore (88).

Il principio, ora posto in rilievo, emerge chiaramente da un gruppo di testi concernenti il legato condizionale di libertà.

D. 40, 7, 20, 3 (Paulus 16 ad Plautium): *Is, cui servus pecuniam dare iussus est ut liber esset, decessit. Sabinus, si decem habuisset parata, liberum fore, quia non staret per eum, quo minus daret.*

D. 40, 7, 4, pr. (Paul. 5 ad Sab.): *Cum heres rei publicae causa abesset et pecuniam statuliber haberet: vel exspectari eum debere, donec redeat is cui dare debet, vel deponere*

(87) Vedi FREZZA, *op. cit.*, p. 339 ss.; 355 ss.

(88) Il GUARNERI CITATI, *Contributi*, cit., p. 175 e 193, ricorda il testo quale testimonianza del regime classico, che avrebbe chiesto per la liberazione del debitore il perimento dell'oggetto, con la conseguenza di lasciare intatta l'obbligazione nelle altre ipotesi. Cfr. pure ZIMMERN, in *Arch. f. Civ. Pr.*, 3, p. 121 ss.; il BESELER, in *Tijdschrift*, 8 (1928), p. 309; ZSS, 51 (1931), p. 202; 54 (1934), p. 19, considera interpolato il tratto *nam-fin*. Vedi ora sul testo NITSCHKE, in *SDHI*, 24 (1958), p. 205 ss.

in aedem pecuniam consignalam oportet, quo subsecuto statim ad libertatem pervenit.

D. 40, 7, 3, 10 (Ulp. 27 ad Sab.): *Non solum autem si heres moram facit libertati, sed et si tutor vel curator vel procurator vel alius quivis, in cuius persona condicioni parendum est, libertatem competere dicemus. Et sane hoc iure utimur in statulibero, ut sufficiat per eum non stare, quo minus condicioni pareat.*

Sabino, sviluppando il pensiero di Trebazio, riferito da Ulpiano nei paragrafi 11 e 12 del frammento 40, 7, 3, perviene, nel campo delle manumissioni testamentarie, alla costruzione di un principio generale, così come aveva fatto, nel campo delle stipulazioni penali, utilizzando il pensiero di Quinto Mucio (89).

Se l'erede — argomenta Sabino — *moram facit libertati*, lo statulibero acquista la libertà qualora *per eum non staret, quo minus daret*.

Il principio, nella concezione sabiniana, ha una portata ben più ampia che non nel pensiero di Trebazio. Il *per eum non staret* comprende per Sabino anche ipotesi in cui il servizio non adopera tutti i mezzi necessari per realizzare l'interesse dell'erede, adempiendo così la prestazione posta a suo carico. Questa osservazione conduce all'esame di un punto particolarmente discusso in dottrina: l'efficacia del deposito, figurante in D. 40, 7, 4, pr. (90).

(89) Nel frammento 40, 7, 4 pr., ricavato dal 5 libro *ad Sabi-num* di PAOLO e nel 40, 7, 3, 10, ricavato dal libro 27 *ad Sab.* di UPLIANO, il principio giuridico deriva da SABINO. Così FREZZA, *op. cit.*, p. 326; DONATUTI, *Lo statulibero*, cit., p. 267.

(90) Sul deposito della cosa dovuta vedi da ultimo NITSCHKE, *Die Hinterlegung der geschuldeten Leistung*, in *SDHI*, I (Roma, 1958), p. 112 ss.; ivi riferita la letteratura romanistica sull'argo-

E' stato rilevato un contrasto tra il frammento 4 pr. ed il 20, 3. Infatti, mentre in questo secondo testo Sabino proclama la liberazione dello statulibero se *per eum non staret, quo minus daret*, nel primo testo richiederebbe il deposito quale mezzo di liberazione. Il contrasto è stato considerato una conseguenza dell'alterazione del frammento 4 pr. da parte dei Compilatori, che vi avrebbero introdotto la menzione del deposito (91).

In effetti il contrasto è solo apparente, se consideriamo che nel frammento 4 pr. la *mora accipiendi* è costituita da un'assenza giustificata. Occorre, invero, tener presente la necessità, profilatasi all'osservazione di Sabino, di valutare tanto l'interesse dello statulibero quanto l'interesse dell'erede e la volontà del testatore. Ora, in caso di assenza giustificata, la realizzazione degli opposti interessi non potrebbe essere raggiunta se non attraverso il deposito. Questo permette di tutelare gli interessi dell'erede e quelli dello statulibero che, in caso contrario, potrebbe correre il rischio di non acquistare la libertà: si pensi, ad esempio, ad una sua morte, prima del ritorno dell'erede (92).

Non si può, in conseguenza, escludere che un giurista classico si sia orientato per la soluzione del deposito che, peraltro, appare qui impiegato con limitati effetti, del tutto simili a quelli del deposito comune.

Bisogna, per capire lo spirito della giurisprudenza romana, sottrarsi alla suggestione del principio, che non am-

mento: pp. 128-135. Da ultimo, vedi KASER, *Das röm. Privatrecht*, II (München, 1959), p. 262: «Dass die Hinterlegung der nicht angenommenen Leistung den Schuldner unter Umständen befreit, scheint keine justinianische Neuerung zu sein».

(91) Così, SOLAZZI, *L'estinzione della obbligazione nel diritto romano*, p. 153. DONATUTI, *op. cit.*, p. 267; BOVE, *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, in *Labeo*, I (1955), p. 188.

(92) Così, esattamente, NITSCHKE, *op. cit.*, p. 168.

mette eccezione. E', invece, vero che la piena concretezza romana guidava, con costante successo, l'acume dei giuristi verso la soluzione più giusta e più equa.

La dottrina della mora è, in fondo, la risultante di singole decisioni, di figure, di principi e non una teoria generale, che non tollera soluzioni particolari.

Del resto, nella concezione sabiniana, il deporre l'oggetto dovuto *in aedem* (per quanto scorretto grammaticalmente), in caso di assenza giustificata, è soltanto uno dei casi in cui *per eum non staret, quo minus daret*.

In conclusione, con Sabino, non sorge l'istituto del deposito, quale mezzo di liberazione dall'obbligazione: l'atto del deporre costituisce una ipotesi, che rientra nel principio sabiniano *per eum non staret, quo minus daret*.

3. — PROCULO

La dottrina di Proculo sulla mora, che qui si tenta di ricostruire in base ai non molti testi utilizzabili, è soprattutto rappresentata dalla teoria della clausola penale, con tutti i problemi connessi.

L'eponimo della scuola iniziata da Labeone (93) costruì la sua dottrina sulle direttive e gli schemi tracciati dai giuriconsulti precedenti e da Servio, in particolare. Ma egli non resta fermo al passato, e cerca di innovare e mutare in base ad esigenze nuove. Ubbidendo a questa fondamentale finalità, Proculo compie un altro passo verso quella che, ai tempi di Celso, costituirà la dottrina della *purgatio morae*.

Il prevalente contributo, dato da Proculo ai problemi

(93) Sulla vita di Proculo vedi KUNKEL, *op. cit.*, p. 123 ss.; sulla sua opera cfr. BREMER, *op. cit.*, II, 2 p. 99 ss.; SCHULZ, *History*, p. 210, 227.

concernenti la mora nella clausola penale, ed il rilievo, che gli stessi problemi assumono presso altri giuristi del primo secolo, come Sabino, Cassio, Pegaso e Plauzio, dimostrano quanto preminente fosse a quel tempo un così delicato settore (94).

Ciò premesso, passiamo all'esame dei testi secondo l'ordine seguente: costituzione in mora, requisiti, effetti, ed emendazione della *mora debitoris* nelle stipulazioni penali con termine prestabilito (D. 45, 1, 8; D. 45, 1, 113, pr.; D. 4, 8, 21, 9); requisiti ed effetti della *mora creditoris* nelle stipulazioni penali (D. 4, 8, 23, 1); effetti della *mora debitoris* nelle stipulazioni di fare con *intentio incerta* (D. 45, 1, 113, 1).

Nelle stipulazioni penali, ove le parti abbiano fissato un termine per l'adempimento, il debitore è costituito in mora con la scadenza del termine. Da questo momento la

(94) Nel campo della mora, l'antitesi tra Proculeiani e Sabiniani non appare eccessivamente marcata. Anzi spesso i giuristi di una scuola seguono ed approvano principi e pareri di giuristi della scuola avversa (cfr. per esempio D. 45, 1, 8), anzichè della propria. Ciò non toglie che vi fossero degli indirizzi, se non proprio in opposizione, almeno fra loro differenziati. Così, ad esempio, in materia di clausola penale, i Proculeiani, seguendo Servio, operano col principio *per stipulatorem staret, quo minus accipiat*; i Sabiniani, seguendo Mucio, operano con il principio *per debitorem staret, quo minus daret*. Per il resto il dialogo sui problemi della mora, fra i vari giuristi, non ubbidisce al dissidio di scuola. Il contrasto fra Proculeiani e Sabiniani si fa più aspro in campi, che stanno ai margini della dottrina della mora. Basti pensare alla controversia sulle conseguenze della *perpetuatio obligationis*, in seguito all'esperimento della *hereditatis petitio*, illustrata nel famoso frammento D. 5, 3, 40, pr. (Paulus 20 ad Ed.). Qui l'obbligazione si perpetua, non a causa della mora, ma a causa della contumacia, cioè del volontario inadempimento del *tussus de restituendo*, pronunziato dal giudice, dietro autorizzazione del magistrato. Sul problema vedi PERNICE, *op. cit.*, p. 21 n. 2; CHIAZZESE, *Ius iurandum in item* (Milano, 1958), p. 148.

pena è *commissa* e non è più eliminabile. Prima della scadenza il debitore non può essere chiamato a pagare la pena, anche se è certo che l'adempimento della prestazione principale non potrà essere effettuato per perimento dell'oggetto.

Questi principi, posti in rilievo nella trattazione di Sabino, sono condivisi anche da Proculo, come attesta il frammento D. 45, 1, 8 (Paulus 2 ad Sab.), già esaminato.

Il pensiero di Proculo, riferito nel frammento D. 45, 1, 8, può essere integrato con un testo, escerpto direttamente dal secondo libro delle sue epistole.

D. 45, 1, 113, pr. (Proculus 2 Epist.): *Cum stipulatus sim mihi, Procule, si opus arbitratu meo ante Kalendas Iunias effectum non sit, poenam, et protuli diem: putasne vere me posse dicere arbitratu meo opus effectum non esse ante Kalendas Iunias, cum ipse arbitrio meo aliam diem operi laxiorem (95) dederim? Proculus respondit: non sine causa distinguendum est (96) interesse, utrum per promissorem mora non fuisset, quo minus opus ante Kalendas Iunias ita, uti stipulatione comprehensum erat, perficeretur, an, cum iam opus effici non posset ante Kalendas Iunias, stipulator diem in Kalendas Augustis (97) protulisset. Nam si tum diem stipulator protulit, cum iam opus ante Kalendas Iunias effici non poterat, puto poenam esse commissam nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus ante Kalendas Iunias fuit, quo stipulator non desideravit id ante Kalendas Iunias effici, id est quo non est arbitratus ut fieret quod fieri non poterat. Aut si hoc falsum est, etiam si stipulator pridie Ka-*

(95) *Laxiorem* è espunto dal BESELER, in *Tijdschrift*, 10 (1930), p. 207.

(96) *Non - distinguendum est* è ritenuto itp. dal BESELER, *l. c.*

(97) Il MOMMSEN corregge *Kalendas Augustis* in *Kalendas Augustas*. Le due parole sarebbero una glossa per GUARNERI CITATI (BIDR. 32, p. 245); itp. per BESELER, *l. c.*

lendas Iunias mortuus esset, poena commissa non esset, quoniam mortuus arbitrari non potuisset et aliquod tempus post mortem eius operi perficiendo superfuisset. Et propemodum etiam si ante Kalendas Iunias futurum (certum Mo.) esse coepit opus ante eam diem effici non posse, poena commissa est (98).

Il quesito, proposto alla valutazione del giurista, concerne la *commissio poenae*, nell'ipotesi di una stipulazione *in faciendo a termine prestabilito, sottoposta arbitratu promissoris*.

Si chiede se, in seguito ad una proroga del termine concessa dallo *stipulator*, questi possa essere considerato come rinunciante alla pena. Il fondamento del dubbio risiede nella concessa dilazione, che presuppone una rinuncia tacita del creditore alla pena già commessa (99), rinuncia che forse il *promissor* poteva far valere con una *exceptio doli* (100).

Proculo, nel rispondere, distingue due ipotesi. La prima è data dal caso in cui la proroga del tempo sopraggiunga, quando il *promissor* non è ancora in mora nel compimento dell'*opus*. La seconda suppone che, al momento della concessione, il promittente sia già in mora. Solo in questa ultima ipotesi, secondo Proculo, la pena si commette nonostante la dilazione, giacchè questa non può eliminare il fatto obiettivo che l'opera *effici non poterat ante Kalendas*. Nel primo caso, invece, la pena non si commette (101).

(98) Il tratto da *nam si* alla fine sarebbe itp. per BESELER, *I. c.*

(99) Cfr. GUARNERI CITATI, in *BIDR.*, 32, p. 245. Il dubbio, secondo l'Autore, verrebbe superato mediante l'ardita « costruzione di ritenere la pena commessa ancora prima della scadenza, nel momento in cui diviene certo che l'*opus* non poteva essere compiuto nel tempo stabilito ».

(100) Cfr. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 316 ss.

(101) Dalle argomentazioni del presente testo e di altri relativi alle obbligazioni *in faciendo a termine* (D. 45, 1, 84; D. 45, 1, 123),

In altre parole, la proroga del termine, ove il promittente sia già in mora nel compimento dell'*opus* contrattuale, non equivale a rinuncia alla pena (102). Ogni convenzione posteriore è, infatti, inidonea ad eliminare gli effetti della mora maturatasi. Non è ancora ammessa la *purgatio morae*, ad opera di patti successivi, anche se si discute sul loro valore (103).

Da un raffronto dei due testi (D. 45, 1, 8; D. 45, 1, 113 pr.) addotti per la costituzione in mora, possiamo trarre le seguenti conclusioni.

l'ARANGIO-RUIZ, *Respons. contratt.*, p. 190, inferisce il carattere obiettivo della responsabilità contrattuale romana nel periodo classico. Il MONTEL, *op. cit.*, p. 184, ritiene invece che D. 45, 1, 113 non possa venire in considerazione ai fini della determinazione del carattere obiettivo o subiettivo della responsabilità, giacchè si riferisce alla obbligazione con pena convenzionale.

(102) Il FREZZA, *op. cit.*, p. 318, afferma: « Non saprei dire se questa parte della decisione di PROCULO abbia segnato un punto fermo nella storia del pensiero giuridico romano, sul problema dei limiti della responsabilità del debitore; la presenza di una esplicità *clausola doli* in una stipulazione penale stilata più di un secolo dopo potrebbe venire interpretata come documento della esigenza di misurare le conseguenze dell'inadempimento del debitore, nei confronti del comportamento del creditore, considerando i due comportamenti come vicendevolmente condizionantisi, secondo il criterio di valutazione della *fides*, cui si contrappone, come valore relativo, il *dolo* ».

(103) Il BOHÁCEK, in *Annali Palermo*, XI, p. 372, così si esprime in proposito: « Questo passo ha molta importanza nella indagine; non per il responso, che, depurato dalle equivoche distinzioni bizantine, apparecchia fermissimo nel senso della inefficacia della dilazione di fronte alla *stipulatio*; ma esso, piuttosto, rimane notevole per la forma con la quale i problemi ed i dubbi sono presentati: et protuli diem: putasne vere me posse dicere, arbitratu meo opus effectum non esse ante Kalendas Iunias, cum ipso arbitrio meo aliam (diem) operi laxiorem dederim? Il dubbio, come si vede bene, era quello stesso che condusse MARCELLO ad approfondire il rapporto e l'effetto di convenzioni posteriori rispetto alla mora ».

Nelle stipulazioni penali, con termine sospensivo, il debitore è costituito in mora alla scadenza del termine e non può essere richiesto della pena prima di tale momento. L'eventuale concessione di una proroga, dopo la mora del *promissor*, non può costituire rinuncia alla pena commessa e non può emendare la mora. Lo *stipulator*, pur potendo rilevare la mora, obbiettivamente verificatasi, prima del termine previsto ⁽¹⁰⁴⁾, non può agire prima della scadenza, giacchè incorrerebbe nella *plus petitio tempore*.

I suesposti risultati vanno raffrontati con i dati desumibili da un noto testo, particolarmente interessante per la storia della dottrina della mora.

D. 4, 8, 21, 9 (Ulp. 13 ad Ed.): *Si quis ex litigatoribus ideo non adfuerit, quod valetudine vel rei publicae causa absentia impeditus sit aut magistratu aut alia iusta de causa, poenam committi Proculus et Atilicinus aiunt: sed si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari aut exceptione tutum fore. Sed hoc ita demum verum erit, si arbitr recipere in se arbiterium fuerit paratus: nam invitum non esse cogendum Iulianus libro quarto digestorum recte scribit: ipse autem nihil minus poena absolvitur.*

Il testo, definito «interessantissimo» dal Guarneri Cittati, documenta il pensiero giuridico classico sulla *commissione* della pena convenzionale, attraverso il riferimento della opinione di Proculo, Atilicino, Giuliano e dello stesso Ulpiano.

Il caso è il seguente: due *litigatores* commettono ad un arbitro la lite fra loro sorta, obbligandosi a pagare una pena nell'ipotesi che uno di essi non si presenti dinanzi all'ar-

⁽¹⁰⁴⁾ Secondo il Perozzi, *Istituzioni*, cit., II, p. 173, n. 2, Proculo «riteneva che il debitore dovesse la pena appena fosse certo che il fatto a cui era tenuto non potesse accadere entro il termine fissato, benchè questo non fosse ancora trascorso».

bitro nel giorno stabilito. Sopraggiunto il *dies compromissi*, uno di loro si assenta per motivi giustificati: assenza *rei publicae causa aut magistratu aut alia iusta de causa* ⁽¹⁰⁵⁾. Si deve ritenere la pena *commissa* o no? Proculo e Atilicino sentenziarono: *poenam committi*. Tuttavia, ove l'assente giustificato offra prontamente di concludere un nuovo compromesso, potrà ottenere la concessione della *denegatio actionis* o della *exceptio* ⁽¹⁰⁶⁾. Concessione che, probabilmente, costituisce un temperamento apportato da Proculo e da Atilicino, in contrapposto ad un più rigido indirizzo precedente.

Per intendere il fondamento della *sententia* dei due giuristi e valutarne la portata per la dottrina della mora, occorre precisare due punti. Il primo riguarda l'imputabilità dell'indempimento della prestazione dedotta in condizione. Il secondo concerne il valore del *paratus sit in eundem compromittere*.

Quanto al primo punto, si è già constatato come la giurisprudenza si sia orientata, fin dall'età repubblicana, verso il criterio della imputabilità, escludendo la mora in caso di ritardo obbiettivamente giustificato. Non si spiegherebbe, quindi, dato questo orientamento, come mai Proculo ed Atilicino ritengano commessa la pena nell'ipotesi di assenza giustificata del *litigator*. Invero, il contrasto è solo apparente,

⁽¹⁰⁵⁾ Il Guarneri Cittati, in *Annali Palermo*, XI, p. 238, ritiene che l'ipotesi della magistratura e la espressione comprensiva *alia iusta de causa* siano emblema o glossa, a causa dei due *aut* al posto di *vel*.

⁽¹⁰⁶⁾ Il Guarneri Cittati, l. c. p. 268, ha sollevato dubbi sull'alternativa *actionem denegari aut exceptionem tutum fore*, attribuendo il primo termine (la denegazione dell'azione, nel significato giustinianeo di «inesistenza del diritto di agire») ai Compilatori. A giustificazione del suo assunto, l'Autore adduce la diversità dei soggetti e dei tempi dei due infiniti *denegari* e *tutum fore*. Cfr. PERNICE, *Labeo* III, p. 18; BIONDI, in *Annali Palermo*, VII, p. 235 n. 3; BESELER, *Beitr.*, IV, p. 153 ss.

ove si tenga presente la particolare fattispecie considerata dai due giuristi. Infatti, il caso prospettato si sottrae ai comuni principi, sia per la natura processuale⁽¹⁰⁷⁾ della prestazione dedotta in condizione (intervenire al processo arbitrale), sia per il carattere perentorio del termine, che non ammette eccezione. La pena, in origine, si doveva presumibilmente commettere, senza attenuazioni, allorchè il termine fosse spirato.

Quanto al secondo punto, va osservato che l'offerta di concludere un nuovo compromesso viene fatta quando la pena è ormai scaduta. Quale il suo effetto? Dal punto di vista del *ius civile*, nessuna efficacia le si può ovviamente riconoscere. Diverso è il discorso per il diritto pretorio. Qui il magistrato può intervenire, per attuare l'equità contro il *ius strictum*. Il *litigator*, assente per *iusta causa*, il quale proponga all'avversario di concludere un nuovo compromesso, merita di essere soccorso con i normali mezzi del pretore. Ecco quindi che l'offerta, inefficace per il *ius civile*, acquista valore per il diritto pretorio. Ciò posto, bisogna precisare se la efficacia pretoria dell'offerta costituisce o meno un caso di *purgatio morae*.

Sappiamo da D. 45, 1, 113, pr. che Proculo negava la possibilità di emendare la mora. Ora, tale attestazione sembrerebbe, a prima vista, in contrasto con la efficacia attribuita all'offerta secondo D. 4, 18, 21, 9. Un attento esame dei due frammenti può chiarire l'apparente antinomia.

Nel primo testo Proculo discute il valore della proroga del termine, concessa dal creditore, dopo la mora del promittente. Nel secondo testo, invece, Proculo si occupa del valore della offerta del *litigator*, tenuto ad eseguire la *conventio compromissi*. Come si vede, nella prima ipotesi, il

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. TALAMANCA, *Ricerche sul compromissum*, cit., p. 94 ss. n. 126.

fatto, successivo alla mora, è rappresentato da un atto del creditore, al quale il giurista ritiene opportuno negare valore, giacchè, in caso contrario, il debitore moroso sarebbe sottratto ai suoi obblighi. Nella seconda ipotesi, il fatto successivo è rappresentato da un atto del debitore, al quale Proculo riconosce valore, perchè non si risolve in pregiudizio delle ragioni del creditore. Il debitore moroso non è, infatti, liberato totalmente, ma al posto del precedente obbligo ne subentra uno nuovo.

Invero, il pensiero di Proculo non si distacca di molto da quello di Servio Sulpicio: entrambi operano, sia pure in rapporti diversi, con criteri simili, consistenti nel dare efficacia immediata alle convenzioni fra le parti.

La *purgatio morae*, come *quaestio de bono et aequo*, da ammettere in via generale e da applicare caso per caso, non è ancora maturata. Ma i primi tentativi affiorano ed affrettano i tempi della sua definitiva affermazione. Quando Celso si scaglierà contro gli avversari della *purgatio morae*, troverà certo, nei giuristi da Servio in poi, i precursori della sua dottrina. Purtroppo ci sfuggono i particolari di questa interessante linea evolutiva.

* * *

In materia di requisiti ed effetti della *mora creditoris* nelle clausole penali, possediamo un testo, escerpto dal 13 libro *ad Edictum* di Ulpiano, del quale testo interessa, in questa sede, soltanto la prima parte, contenente la citazione di Proculo. La seconda parte sarà trattata in Celso.

D. 4, 8, 23, 1 (Ulp. 13 *ad Ed.*): *Idem (Celsus) ait, si iusserit me tibi dare et valetudine sis impeditus, quo minus accipias, aut alia iusta ex causa, Proculus existimare poenam non committi, nec si post Kalendas te parato ac-*

cipere non dem. Sed ipse recte pulat duo esse arbitri praecepta, unum pecuniam dari, aliud intra Kalendas dari: licet igitur in poenam non committas, quod intra Kalendas non deridis, quoniam per te non stetit, tamen committis in eam partem, quod non das.

Qui Ulpiano tratta delle conseguenze della pena convenzionale nelle ipotesi in cui l'adempimento tempestivo (entro le Kalende) non sia possibile per un fatto estraneo al debitore. Nel passo, la fattispecie viene desunta da Celso, che la risolve riportando e precisando l'opinione di Proculo.

In breve, il caso prospettato è il seguente: in seguito all'ordine dell'arbitro di *dare*, l'adempimento del debitore è reso impossibile a causa della mancata accettazione del creditore, dovuta a *valetudo* od altra *iusta causa*. Opera in simili circostanze la *commissio poenae*? Proculo, stando alla citazione di Celso, sentenziò *poenam non committi*, neppure nella ipotesi in cui, pronto successivamente il creditore a ricevere la prestazione, il debitore non la eseguisse. Per intendere la decisione di Proculo occorre rifarsi alla dottrina serviana, secondo la quale *si per stipulatorem stet, quo minus accipiat, non committi poenam*.

Servio, infatti, assumendo come parametro della responsabilità del debitore il fatto del creditore, riteneva che la pena non fosse commessa tutte le volte che la prestazione, dedotta in condizione, non fosse realizzabile per un fatto, sia pure giustificato, del creditore.

Proculo, riallacciandosi⁽¹⁰⁸⁾ alla massima di Servio, ne effettua l'applicazione al caso del *litigator*, obbligato in base al compromesso ad eseguire la sentenza arbitrale. Segue da questi rilievi che la *mora creditoris*, secondo Proculo, non richiede l'elemento della volontarietà, ma presuppone

solamente l'obiettiva impossibilità del debitore di adempiere per un fatto del creditore.

Gli effetti della *mora creditoris*, nelle stipulazioni penali, sono costituiti dalla mancata commissione della pena, quale diretta conseguenza dell'impossibilità di eseguire la prestazione principale per un fatto proprio del creditore.

* * *

Esaurito l'esame dei testi relativi alla stipulazione penale, resta da illustrare un frammento concernente gli effetti della *mora debitoris* nelle obbligazioni di fare.

D. 45, 1, 113, 1 (Proculus 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 futurum promisit: quaero quid iuris sit. Proculus respondit: tanti litem aestimari oportet, quanti actoris interest.*

La fattispecie è costituita dall'obbligazione, assunta dal venditore, mediante stipulazione, di *fideiussores praestari et rem venditam liberari* (garantire, cioè, l'immunità della cosa da altri pretesa). Incorso in mora il venditore (debitore), si chiede *quid iuris sit*. La risposta di Proculo è la seguente: *tanti litem aestimari oportet, quanti actoris interest*.

Il problema consiste per noi nell'individuare la *ratio* del responso, il suo fondamento logico-giuridico.

E' noto che nelle stipulazioni e, più in generale, nei *iudicia stricta*, il risarcimento del danno prodotto dalla mora si limitava, per il *ius civile*, alla *aestimatio* della cosa perita.

Si prescindeva del tutto dall'interesse del creditore, espresso dall'*id quod interest*, a causa della struttura della

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 343 ss.

formula *quanti ea res est*, che non consentiva una più ampia valutazione del danno.

Diversi principi valgono, però, per le stipulazioni di fare con formula *quidquid dare facere... oportet*. Qui, infatti, la *intentio incerta*, permetteva una maggiore elasticità nella valutazione del pregiudizio subito dal creditore (109).

Non al semplice valore della *res* ci si deve riferire, secondo Proculo, nel caso sottoposto al suo esame, ma piuttosto al *quanti actoris interest*. In altre parole, nelle stipulazioni di fare, gli effetti della mora sono costituiti dall'obbligo di risarcire il danno causato al creditore dal ritardo del debitore.

In conclusione, il pensiero di Proculo, pur svolgendosi in molti punti sulla scia della dottrina serviana e in armonia con l'evoluzione della dottrina del suo tempo (Sabino), manifesta sensibili tentativi di trovare vie nuove (*purgatio morae*), per adeguare il diritto alle esigenze dell'equità.

4. — CASSIO LONGINO

Il pensiero di Cassio Longino (110), tra i discepoli di Sabino il più insigne (111), non è del tutto originale, giacchè egli segue molto da vicino l'insegnamento del maestro.

Questa circostanza però non toglie alcun merito a Cassio. Anzi, il suo contributo alla dottrina della mora è

(109) Cfr. KNIEP., *op. cit.* I, p. 91; GENZMER, *Der subjective Tatbestand*, cit., p. 113; KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 87; Voci, *Risarcimento*, cit., p. 62 n. 5.

(110) Sull'opera di CASSIO e sulla sua posizione nella scuola sabiniana vedi BREMER, *op. cit.* II, 2 p. 9 ss.; KUNKEL, *Herkunft*, cit., p. 130; 274. Sul suo conservatorismo cfr. TACITO, *ann.* 14, 43.

(111) Cfr. D. 4, 8, 19, 2 (Paul.); TACITO, *ann.* 12, 12: «ceteros praeminebat peritia legum»; Plin., *ep.* 7, 24, 8: «sed etiam Cas- stianae scholae princeps ac parens».

da considerare senz'altro positivo, sia perchè determinò il consolidamento giurisprudenziale della teoria sabiniana (112), sia perchè, lungi dal rimanere chiuso nell'ambito della scuola, egli seppe sviluppare abilmente spunti ed opinioni di altri giuristi (113), sconfessando una vecchia opinione che vorrebbe i rappresentanti delle due scuole rigorosamente inquadrati.

I passi, qui raccolti, per la ricostruzione del pensiero di Cassio, possono essere così organizzati: costituzione in mora del debitore nelle clausole penali con termine prestabilito (D. 4, 8, 40); costituzione in mora (D. 13, 3, 4) ed effetti della *mora debitoris* nei *iudicia stricta* (D. 16, 3, 14, 1; D. 22, 1, 38, 7); requisiti ed effetti della *mora creditoris* nelle manumissioni testamentarie sottoposte alla condizione di dare (D. 40, 7, 3, 2; D. 40, 7, 28, pr.).

Iniziamo con un testo concernente la materia della mora nelle clausole penali, del quale ci siamo occupati a proposito di Servio (ultima parte).

Il frammento è alquanto contorto e di non facile interpretazione. Si tratta di un testo, ricavato dall'undicesimo libro *ex variis lectionibus* di Pomponio. L'opera di Pomponio costituiva una vera e propria miscellanea, il cui contenuto era alquanto vario. I Compilatori, utilizzando il passo,

(112) Spesso i giuristi posteriori, enunciando principi di scuola sabiniana, citano CASSIO, anzichè SABINO. Ne sono esempio D. 13, 3, 4 (Gaius 9 *ad Ed. prov.*) ove GAIO cita CASSIO e non SABINO, come fa MINICIO (D. 12, 1, 22); e D. 40, 7, 28 pr. (Iavol. 6 *ex Cassio*), ove GIAVOLENO riferisce il pensiero di CASSIO al posto della diretta citazione sabiniana.

(113) Interessanti osservazioni in BREMER, *op. cit.* p. 13: «*Q. Mu- cius, cuius apud Sabinum saepe mentio fit, in Cassii quidem frag- mentis non nominatur; Servii Sulpicii utrumque rationem habuisse apparet. atque ut Sabinus illius sententias alias probavit, alias reiecit, ita Cassius Servium modo secutus est* (D. 40, 7, 3, 2)».

avranno proceduto molto probabilmente a profondi tagli, che hanno reso difficile la sua interpretazione.

D. 4, 8, 40 (Pomp. XI *ex var. lect.*): *Arbiter calen-
dis Ianuariis adesse iussit et ante eum diem decessit: alter
ex litigatoribus non adfuit. Procul dubio poena minime com-
missa est: nam et Cassium audisse se dicentem Aristo ait in
eo arbitro, qui ipse non venisset, non esse commissam: quem-
admodum Servius ait, si per stipulatorem stet, quo minus
accipiat, non committi poenam* (114).

La *quaestio*, prospettata nel testo, è data dal momento costitutivo della pena nel caso di inosservanza del *dies ex compromisso*: tema simile a quello trattato in D. 4, 8, 21, 9, che Ulpiano svolge con largo riferimento della dottrina precedente. Pomponio, nel frammento in esame, fa l'ipotesi che l'arbitro, cui le parti avevano commesso la lite, dopo avere fissato il giorno di comparizione, muoia. Indi, sopravvenuto il giorno stabilito, uno dei litiganti non si presenta, contravvenendo così al precezzo arbitrale. *Quid iuris?* Pomponio ritiene che il comportamento contrario agli obblighi contrattuali, assunti dal *litigator* con l'accettazione dell'arbitrato, legittimi la commissione della pena.

Tale decisione fu formulata in ordine alla fatispecie dell'assenza ingiustificata, tuttavia D. 4, 8, 21, 9 insegnava che lo stesso motivo giustificato non escludeva in diritto classico, dapprima in ogni caso, in un secondo tempo in determinate circostante, la *commissio poenae*.

Il periodo seguente, introdotto dal *nam*, riferisce, tramite Aristone, un'opinione di Cassio, il cui contenuto non è facilmente ricostruibile.

(114) Il GUARNERI CITATI, in *BIDR*, 32 (1922), p. 261 espunge *procul dubio* e *minime* perchè, a suo giudizio, costituiscono ridondanti espressioni, usate dai Compilatori al posto di *non*.

Diffatti il passo, nel suo contesto, ci si presenta poco felice. Cassio avrebbe ritenuto la pena *non esse commissa*, nel caso in cui l'arbitro stesso non si fosse presentato nel giorno prestabilito. Il Guarneri Citati osserva che «il responso di Cassio... letteralmente significa che l'arbitro rimasto assente non deve la pena; ma oltre alla banalità di questa affermazione, il responso così inteso non potrebbe più servire da motivazione al *procul dubio*» (115).

La verità è che il frammento, così come ci è pervenuto, mostra di essere grammaticalmente contorto e privo di logica. Forse non è azzardato ritenere che i Compilatori abbiano suntato l'originario passo di Pomponio, tratto dalla sua opera *Variarum lectionum*, eliminandone probabilmente una larga parte, in cui venivano considerate altre ipotesi, oltre quella dell'assenza della parte, e ricordate altre opinioni (dato il carattere di miscellanea dell'opera di Pomponio) (116).

Probabilmente Cassio doveva seguire, nell'ipotesi della *commissio poenae*, un indirizzo analogico rispetto alla sentenza di Servio, formulata relativamente alla *mora creditoris* (il Guarneri ha notato la diversità delle due ipotesi), ricordata nell'ultima parte del testo: ciò è palesato dal *quemadmodum*, che sta ad indicare «allo stesso modo», richiamando la identità delle decisioni di Cassio e Servio.

Niente di strano che Cassio abbia dissentito da Proculo (D. 4, 8, 21, 9), adottando il criterio sabiniano della irresponsabilità per causa scusabile: e tale doveva apparire l'ipotesi di assenza di un *litigator*, in seguito alla morte o all'assenza dell'arbitro.

Un gruppo di testi concerne la *mora debitoris*, nei giudizi di stretto diritto. Iniziamo con D. 13, 3, 4, relativo alla costituzione in mora ed alla conseguente *aestimatio*.

(115) Cfr. *BIDR*, 32 (1922), p. 261.

(116) LENEL, *Palingenesia*, II, col. 53, n. 3.

D. 13, 3, 4 (Gaius, 9 *ad ed. prov.*): *Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum oleum frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisse set eo die, quo dari debuit: si de die nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur. Idemque iuris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit, si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. Quod et de ceteris rebus iuris est* (¹¹⁷).

La fattispecie considerata in D. 13, 3, 4 è simile a quella trattata in D. 12, 1, 22: *aestimatio* di una *res certa* non adempiuta, con riguardo al tempo ed al luogo dell'adempimento.

Perfettamente uguale è anche la soluzione del problema, con la sola differenza che Gaio ne fa risalire la paternità a Cassio, anzichè a Sabino. Ma siffatta diversità può essere facilmente spiegata, come ha posto in rilievo il Riccobono (¹¹⁸), ove si consideri che Cassio fu discepolo di Sabino; circostanza questa che dà, esaurientemente, ragione della posizione e dello sviluppo conformi della *quaestio*, presa in considerazione nei due testi.

Del resto la dottrina sabiniana è da noi appresa, in D. 12, 1, 22, non direttamente, ma attraverso il riferimento di un suo discepolo: Minicio.

Ritornando al problema giuridico, prospettato nel testo gaiano, ai fini della dottrina della *mora* interessa soprattutto la prima parte, ove la *aestimatio* di una *merx aliqua* è posta e risolta con riferimento al *dies solutionis*.

Il problema del luogo, risolto nella seconda parte, non interessa se non in quanto permette di rafforzare la congett-

(¹¹⁷) La frase finale *quod et... iuris est* è ritenuta interpolata dal Riccobono, in *BIDR.*, 8 (1895), p. 233; cfr. ARANGIO-RUIZ, in *BIDR.*, 25 (1912), p. 132.

(¹¹⁸) *BIDR.*, 8 (1895), p. 233.

tura che, nel frammento in esame, Cassio accoglie la medesima dottrina, seguita da Minicio: quella sabiniana. In base a quest'ultima, infatti, la stima deve essere fatta con riferimento al termine di consegna o della *litis contestatio*, secondo che un giorno sia stato fissato o meno dalle parti. Ne deriva che nel primo caso il debitore è costituito in *mora*, tosto che il termine sia scaduto, nel secondo caso successivamente alla richiesta giudiziale del creditore (¹¹⁹).

Quanto agli effetti della *mora debitoris*, Cassio segue Sabino. In effetti non possediamo esplicite attestazioni sull'argomento, ma il pensiero di Cassio può essere, indirettamente, ricavato da due testi, già esaminati (D. 16, 3, 14, 1; D. 22, 1, 38, 7), ove Cassio viene citato accanto a Sabino.

In base a questo orientamento, si può ritenere che gli effetti della *mora debitoris*, nei *iudicia stricta*, siano dati dalla *perpetuatio obligationis* (¹²⁰) e dell'obbligazione di prestare, dopo la *litis contestatio*, i frutti, purchè si tratti di azioni dirette all'acquisto di una *res*.

* * *

Particolarmente interessanti sono due frammenti che trattano della *mora creditoris* nelle manumissioni testamentarie sottoposte a condizione di dare.

Il primo frammento, D. 40, 7, 3, 2, ci è noto per essere stato oggetto di esame in Servio. Il testo è rilevante, perchè puntualizza il problema dei requisiti della *mora* del-

(¹¹⁹) Cfr. Voci, *Risarcimento*, cit., p. 57.

(¹²⁰) Il Voci, *Risarcimento*, cit., p. 57, ritiene di potere desumere da D. 13, 3, 4, sopra esaminato (e da D. 13, 3, 3), che «la *perpetuatio* valga anche per le obbligazioni di *genus*: si intende (precisa l'Autore) non in relazione alla distruzione, perchè *genus non perit*, ma in relazione alla *mora*».

l'erede, creditore della prestazione di dare, posta a carico del servo.

Come si è visto già, Ulpiano, nel porre il problema, distingue due ipotesi, a seconda che esista o meno un legato di peculio a favore del servo. Nella prima, risolta in base all'insegnamento di Servio, l'erede sarà libero, tosto che la prestazione sia effettuata o non possa essere effettuata a causa del comportamento dell'erede. Nella seconda, illustrata da Cassio, potendo l'erede revocare il peculio, il suo comportamento impeditivo dell'adempimento assumerà il valore di *mora creditoris* solo in quanto egli *non vult solve*re... *ut hic habeat, unde condicione pareat*.

Come si vede, nella prima ipotesi, per la configurazione della *mora creditoris*, non è richiesta la volontarietà del comportamento del creditore, ma basta un semplice ostacolo dovuto al fatto, anche involontario, del creditore.

Nella seconda ipotesi, data la particolare natura della fattispecie, perchè sorga la *mora creditoris* è richiesta la volontarietà del comportamento. Il caso è interessante e dimostra con quanta cautela e versatilità procedessero i giuristi romani nell'analisi della multiforme casistica.

Cassio, quindi, sviluppando un punto di vista di Servio, con logica impeccabile, ne trae le ulteriori conclusioni relativamente ad un caso particolare.

In tutti gli altri casi, Cassio applica il principio sabiniano *per eum non staret, quo minus daret*. Ne è conferma un passo di Giavoleno, tratto dal VI libro *ex Cassio*, in cui il giureconsulto riferisce verosimilmente il pensiero di Cassio (¹²¹):

D. 40, 7, 28 pr. (Iavol. 6 *ex Cassio*): *Si hereditas eius, qui servum, intra dies triginta mortis suaे si rationes red-*

(¹²¹) Vedi FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 356 ss.

didisset, liberum esse iusserat, post dies triginta adita est, in re quidem stricto ita manumissus liber esse non potest, quoniam condicione deficitur: sed favor libertatis eo rem perduxit, ut respondeatur expletam condicione, si per eum, cui data esset, non staret quo minus expleretur.

Il ritardo nell'adizione ereditaria determina l'impossibilità di ottenere, *stricto iure*, la libertà. *quoniam condicione deficitur*. Ciò malgrado, Cassio, *favore libertatis*, ritiene che il servo possa acquistare la libertà, *si per eum, cui data esset, non staret quo minus expleretur*.

L'effetto della mora dell'erede-creditore, intesa nell'ampio senso di impossibilità di eseguire la prestazione per un ostacolo derivante dal creditore (eccettuato il caso particolare discusso in D. 40, 7, 3, 2), consiste nell'acquisto della libertà. È opportuno qui ribadire che il criterio sabiniano del *per eum staret* e senz'altro più ampio del criterio serviamo *per stipulatorem staret, quo minus daret*.

5. — PEGASO

Tutto ciò che sappiamo sul pensiero di Pegaso, nel campo della mora, è costituito da una attestazione di Papiniano, contenuta nel più volte citato D. 45, 1, 115, 2.

Il testo, come si è detto, contiene una breve rassegna storica del pensiero giuridico sulla clausola penale. Abbiamo già illustrato il pensiero di Mucio, ripreso e sviluppato da Sabino, ed ora passiamo all'esame del pensiero di Pegaso, sinteticamente riferito da Papiniano: *Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari*.

La fattispecie è data dalla *commissio poenae* nelle stipulazioni penali senza termine prefissato: tema identico a quello trattato da Sabino e risolventesi in un problema di

costituzione in mora del debitore. Pegaso (e forse il suo orientamento doveva essere comune ai rappresentanti della scuola proculeiana) segue un criterio diverso, rispetto a quello adottato da Sabino. Egli applica rigidamente il principio della condizione sospensiva, in base alla quale la pena non si commette subito, ma solo quando si realizzi la condizione prevista: quando, cioè, sia obbiettivamente certo che la prestazione non possa essere eseguita. Conseguentemente il debitore è costituito in mora rispetto all'obbligazione *Pamphilus dari* non quando, pur essendo in grado di adempire, non adempia, ma piuttosto quando egli si trovi nella condizione di non potere più adempiere (122).

Un raffronto tra la teoria sabiniana e la teoria di Pegaso permette di rilevare il diverso valore dato dai due giuristi al termine contrattuale. Sabino, con il criterio del *tamdiu ex stipulatu non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret*, interpretava l'essenza del termine a favore del creditore. Pegaso, invece, adottando il criterio del *non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari*, interpretava l'essenza del termine a favore del debitore (123).

6. — PLAUZIO

La ricostruzione della dottrina della mora nel pensiero di Plauzio presenta le stesse difficoltà rilevate nello studio del pensiero di Sabino.

La mancanza di frammenti direttamente escerpiti dalle sue opere rende alquanto arduo il compito della ricerca e

(122) Cfr. GUARNERI CITATI, *Contributi*, cit., p. 263; TALAMANCA, *Ricerche*, cit., p. 60 n. 54; FREZZA, *op. cit.*, p. 325.

(123) Cosi FREZZA, *op. cit.*, p. 325.

della utilizzazione dei testi. Noi conosciamo il pensiero di Plauzio o attraverso le citazioni di giuristi posteriori o attraverso commenti ed epitomi delle sue opere: i libri *ad Plautium* di Nerazio, i libri V *ex Plautio* di Giavoleno, i libri VII *ad Plautium* di Pomponio, i libri XVII di Paolo *ad Plautium*.

Discriminare, nell'ambito di questi libri, l'originario nucleo di Plauzio dalle annotazioni ed aggiunte degli epitomatori o commentatori non è assolutamente facile, specie nei casi in cui — e sono numerosi — mancano degli indizi decisivi (124).

Particolarmente interessanti sono i frammenti di Paolo *ad Plautium*, ove spesso il pensiero di Paolo figura come nota all'originale di Plauzio: *Plautius . . . Paulus notat* (125).

Per la ricostruzione del pensiero di Plauzio sulla mora utilizzeremo solo quei testi che sono generalmente attribuiti o si possono attribuire a Plauzio, sulla base di espres-

(124) Relativamente ai libri di GIAVOLENO *ex Plautio*, il LENEL, *Palingenesia*, I, col. 297, n. 2, afferma che non è possibile distinguere ciò che appartiene a Plauzio da ciò che appartiene a Giavoleno.

(125) Sui libri XVIII di PAULUS *ad Plautium* cfr. RICCOPONO, *BIDR*, 6 (1893), p. 229 ss.; vedi pure Weiss, in *ZSS*, 53, p. 482. Il commento di PAOLO ai libri di PLAUZIO è, fra gli altri, il più vicino all'originario e genuino pensiero di PLAUZIO, in quanto PAOLO si astenne, generalmente, dal modificare od aggiungere molto, limitandosi a manifestare il proprio pensiero in note piuttosto sobrie, che, purtroppo, non sempre furono conservate dai Compilatori. Il compito di distinguere PAOLO da PLAUZIO si complica proprio nei casi in cui manca la citazione di PLAUZIO, ovvero il *notat* (o espressioni equivalenti) di PAOLO. Sul punto vedi le osservazioni del LENEL, *Palingenesia*, II, col. 13, n. 1: «*sed licet Plautio deberi magnam horum librorum partem sit certissimum, de finibus tamen regundis inter Plautium et auctores illos equidem non ausim arbitrari. In Iavoleni Neratii Pomponii fragmentis Plautii nomen nusquam invenitur, ita ut in horum libris quid Plautii sit quid ipsorum non possit expediri*».

sioni, citazioni di altri giuristi, raffronti fra paragrafi o parti di paragrafi, indizi tutti dai quali si può inferire che l'annotatore non espone il suo personale parere.

Il pensiero di Plauzio, ricostruito in base ai testi così raccolti, offre una razionale organizzazione dell'istituto della mora. Egli cerca di gettare le basi per una nuova sistematizzazione della dottrina della mora, assumendo come punto di partenza la famosa *regula (constitutio)* dei *Veteres*. In un ampio sistema (¹²⁶), come quello di Plauzio, il vecchio principio doveva costituire la materia prima per una più organica ed elaborata dottrina.

Il nostro frammento D. 45, 1, 91 pr.-6 è una chiara attestazione dell'opera tracciata da Plauzio. Certo non tutto il contenuto del testo risale al giurista, ma gran parte, nonché problemi nuovi sono da riferire a Paolo.

Ma pur rilevando siffatti limiti, il lungo frammento depone senz'altro per una originaria elaborazione di Plauzio: Paolo non ha certo creato di sana pianta l'impostazione.

Si può domandare se Plauzio abbia costruito, in maniera originale, quel sistema, ovvero lo abbia ripreso da giuristi precedenti.

(¹²⁶) La natura del sistema dei libri di PLAUZIO è disputata. Nessuno dei commenti posteriori presenta lo stesso andamento. Sulla questione vedi FERRINI, *Opere*, 2, p. 205 ss., il quale ritiene «pienamente credibile che il sistema di Paolo risponda a quello del lavoro genuino di Plauzio» (p. 207). I commenti di Giavoleno e Pomponio avrebbero avuto, invece, per oggetto solo «alcune parti» dell'intera opera plauziana. Sul problema è tornato, dieci anni fa, SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, in *Studi Arangio-Ruiz*, IV (Napoli, 1953), p. 447 ss., il quale pensa a due diverse opere di PLAUZIO. E' ben probabile che l'originaria opera di PLAUZIO costituisse un nuovo sistema generale del diritto privato romano. Lo si può desumere dai libri di PAOLO, che indubbiamente sono più vicini all'opera originaria di PLAUZIO. Cfr. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, II, 1 (Milano, 1938), p. 512; *Sintesi storica dir. rom.* (Roma, 1962), p. 322.

Una derivazione scolastica della impostazione si potrebbe ammettere, date le frequenti espressioni di chiara intonazione didattica, sparse nel lungo frammento (¹²⁷). Anzi, si deve precisare, l'opera di Plauzio fu scritta in un periodo in cui più sensibile doveva essere l'influsso di scuola. Ma se tutto ciò è plausibile, non si può escludere che proprio Plauzio, forse indifferente al dialogo di scuola, abbia dato definitiva sistemazione alla materia. La sua opera, del resto, doveva costituire un tentativo di racchiudere in unico sistema tutto il diritto privato romano.

Questi rilievi, se da un lato accentuano le difficoltà cui si va incontro nel ricostruire la dottrina della mora del giurista in esame, dall'altro dimostrano quanto grande sia l'interesse ed il valore del suo pensiero.

Procediamo ora all'esame esegetico dei testi, seguendo lo schema di cui appresso: requisiti ed effetti della *mora debitoris* nei *iudicia stricta* (D. 45, 1, 91; D. 22, 1, 38, 7); costituzione in mora nelle clausole penali a termine (D. 2, 11, 10, 1).

Iniziamo l'indagine dal notissimo frammento D. 45, 1, 91, ampiamente esaminato in dottrina in relazione ai vari problemi da esso suscitati (¹²⁸): responsabilità del debitore per fatti commissivi ed omissivi, obiettività o subiettività della responsabilità, *perpetuatio obligationis* in caso di dolo o di mora, mora del debitore e del garante.

Il tono problematico di tutto il testo dimostra che si tratta di questioni fortemente controverse, tanto al tempo di Plauzio, quanto alla fine dell'età classica, allorché Paolo

(¹²⁷) Sul punto vedi MAYER-MALY, *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 7, il quale pone in rilievo la «didaktische Ambition» dell'autore del testo, trasparente dalle frasi: *considerantibus* (pr.), *sequitur videre de eo* (§ 3), *nunc videamus* (§ 4), *videndum est* (§ 5).

(¹²⁸) Sul frammento vedi, da ultimo, la minuta analisi del MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 6 ss.

annotò i libri di Plauzio. Una fondata e circostanziata indagine critica deve necessariamente tener conto, entro i limiti del possibile, delle diverse posizioni di pensiero: Plauzio, Paolo, Compilatori, in modo da ricostruire storicamente lo stato dei problemi nei diversi periodi.

Il frammento si occupa del contenuto (fatti commissivi od omissioni) e dei limiti della responsabilità contrattuale (dolo e mora), alla luce della *constitutio Veterum*. In questa sede interessa solo l'impostazione del problema della mora nei suoi diversi aspetti: requisiti soggettivi, effetti, efficacia soggettiva della perpetuazione verificatasi per mora del debitore principale o del debitore accessorio.

Plauzio pone al centro della sua ricerca la *constitutio Veterum* (§ 3): in base ad essa, imposta le singole *quaestiones*, discutendole mediante *distinctiones* ed illustrandole, verosimilmente, con il riferimento delle altrui opinioni.

Purtroppo, nella versione dei *Digesta*, il frammento presenta solo la *quaestio* principale (consistente nella illustrazione della *perpetuatio*) con la *distinctio* fra distruzione dolosa e mora. Manca del tutto la parte in cui il giurista doveva svolgere lo stato della dottrina del suo tempo. I Compilatori hanno lasciato soltanto la citazione di Celso, aggiunta da Paolo (¹²⁹).

D. 45, 1, 91, 3 (Paulus 17 ad *Plautium*): *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora*

(¹²⁹) Così MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 20: «Die Grenze zwischen den Beiträgen des Plautius und des Paulus ist wohl vor *et Celsus* zu ziehen».

non fuerit, extinguitur superior mora. Et Celsus adulescens scribit . . .

Distinte le due ipotesi di *perpetuatio*, distruzione dolosa e mora, Plauzio, sulla scia dei *Veteres*, ne puntualizza i caratteri differenziali, costituiti dalla impossibilità di potere ulteriormente adempire nel primo caso, e dalla possibilità di una prestazione tardiva nel secondo caso. Ma non basta la semplice possibilità di adempire successivamente a configurare la mora: occorre, altresì, l'imputabilità del ritardo che sorge ogni qualvolta il debitore, pur sapendo di dovere adempire, non adempie tempestivamente.

La *scientia*, presupposto della responsabilità, rende infatti imputabile il comportamento del debitore. Lo si può dedurre dal § 2 dello stesso frammento D. 45, 1, 91: *de illo quaeritur, an et is, qui nesciens se debere occiderit, teneatur: quod Iulianus putat in eo, qui, cum nesciret a se pelitum codicillis ut restitueret, manumisit.*

Dal *quod Iulianus* in poi, il testo va attribuito a Paolo. La posizione del problema, *de illo quaeritur . . . teneatur*, risale probabilmente a Plauzio. Manca la originaria soluzione del problema data da quest'ultimo giurista (soluzione che forse figurava dopo *teneatur*), come la soluzione di Paolo (dopo la citazione di Giuliano non si trova traccia alcuna del suo orientamento). La lacuna del testo (¹³⁰), almeno per quel che concerne il pensiero di Plauzio, può essere colmata in base ad un altro frammento (concernente il pagamento di indebito), ricavato dallo stesso libro 17 ad *Plautium*.

(¹³⁰) Il MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 16, ritiene che il testo presenti due lacune: la prima fra *teneatur* e *quod Iulianus*, la seconda dopo *manumisit*. Per il PERNICE, *op. cit.*, p. 116 n. 3 e MONTEL, *op. cit.*, p. 178, la lacuna sarebbe solo alla fine.

D. 12, 6, 65, 8 (Paulus 17 ad *Plautium*): *Si servum indebitum tibi dedi eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium eius, si nesciens, non teneberis, sed propter operas eius liberti et ut hereditatem eius restituas.*

Da un raffronto fra i due testi possiamo concludere che Plauzio richiedeva la *scientia* dell'obbligazione per l'imputabilità dell'inadempimento assoluto o *pro tempore*. In effetti, la fattispecie presa in considerazione nei due brani è quella della distruzione dolosa e non quella specifica del ritardo: ma la decisione è logicamente ed evidentemente applicabile anche all'ipotesi della mora.

Quindi, la mora, nel pensiero di Plauzio, presuppone la possibilità di adempire e la *scientia* del vincolo obbligatorio: il che significa che i requisiti della mora sono articolati attorno al criterio soggettivo e non già al criterio oggettivo (131).

Gli effetti della mora sono dati dalla *perpetuatio*, il cui significato è precisato da Plauzio in:

D. 45, 1, 91, 6: *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.*

(131) Per la obiettività della responsabilità, vedi ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 16 ss.; SARGENTI, in *SDHI*, 20 (1954), p. 175 ss.; per il criterio subbiettivo, vedi GENZMER, in *ZSS*, 44 (1924), p. 97 ss.; MONTEL, *op. cit.*, p. 176 ss.; VOCI, in *SDHI*, 1 (1935), p. 64 ss.; MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 11 ss.

La *perpetuatio* — si desume dal frammento — consiste nella possibilità di chiedere la prestazione, anche se l'oggetto sia già perito dopo la mora: *adhuc homo peti possit*. Anzi, poichè l'obbligazione, dopo la mora, non si estingue (132), nonostante l'impossibilità della prestazione, è addirittura possibile l'assunzione di un fideiussore. Quanto alla possibilità di novare l'obbligazione perpetuata per mora, Plauzio si esprime in termini dubitativi, nè è possibile precisare quale possa essere stata la sua opinione (133). Per quanto concerne i frutti, come si può desumere da D. 22, 1, 38, 7 (Paulus 6 ad *Plautium*), la mora non produce alcun effetto, qualora si tratti di azioni dirette al conseguimento di ciò che *meum non fuit*.

Precisati i presupposti obiettivi della *perpetuatio*, occorre stabilire quali siano i suoi limiti soggettivi. Plauzio si occupa del problema nel § 4 del citato D. 45, 1, 91.

Riportiamo solo la prima parte del frammento, che con sufficiente attendibilità risale a Plauzio:

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 perpetuant, dubium est. Pomponio perpetuare placet (134).

La *quaestio* concerne il caso in cui, accanto al debitore principale, coesistano debitori accessori (garanti o *pater fa-*

(132) Dal fatto, che l'azione perdura, deriva che l'obbligazione perpetuata non è affatto una obbligazione naturale; vedi PERNICE, *op. cit.*, p. 107 ss.

(133) Da *ego puto* in poi è PAOLO che parla.

(134) La seconda parte, da *Pomponio perpetuare placet* in poi, è un'aggiunta di Paolo. Così MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 21.

milias). In tale ipotesi *duplex est inspectio*: la prima riguarda i soggetti che possono perpetuare l'obbligazione con il proprio fatto o con la propria mora; la seconda riguarda i soggetti, nei confronti dei quali la perpetuazione dispiega i propri effetti. La *distinctio* fra le due ipotesi acquista grande rilievo per la storia della *interpretatio* e mostra la sottile opera di analisi di precisazione, di specificazione svolta dalla giurisprudenza romana.

Il 'debitoris' della *constitutio* non era esplicito, in quanto non vi si distingueva fra debitore principale e debitore accessorio. Plauzio, svolgendo il tema dei rapporti fra obbligazione principale ed obbligazione accessoria, si chiede quali siano le conseguenze della *perpetuatio* nel caso considerato. Il fondamento dell'interrogativo risiede nella possibilità che la distruzione o il ritardo vengano effettuati tanto dal debitore principale, quanto dal garante o dal *pater familias* (§ 5).

Ora, se i presupposti della perpetuazione sono realizzati dal debitore principale, l'obbligazione evidentemente si perpetua; il dubbio sorge, invece, secondo Plauzio, nel caso che i presupposti vengano realizzati dal debitore accessorio⁽¹³⁵⁾, e precisamente dal fideiussore, garante del-

⁽¹³⁵⁾ Il termine *accessiones* è sospettato da SOLAZZI, *Nè accessiones nè adpromissiones*, in *BIDR*, 38 (1930) p. 2 ss.; ID., *Mora del convenuto con le azioni adiettizie e mora del fideiussore*, in *RISG*, 41 (1919), p. 3 ss. Il termine è comprensivo, nel diritto postclassico, del *fideiussor* e dello *sponsor*. Vedi FLUME, *Studien zur Akzessorietät der röm. Bürgschaftsstipulationen*, (Weimar, 1932), p. 18; MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 20 ss. Nel testo si tratta del *fideiussor* e non dello *sponsor*, soggetto di un'autonoma obbligazione. Sul problema della struttura delle obbligazioni di garanzia i romanzisti si sono trovati discordi. Alcuni hanno sostenuto l'unicità della struttura negoziale di garanzia, caratterizzata dalla sua accessorietà rispetto alla obbligazione principale, cioè dalla subordinazione dell'obbligazione di garanzia all'obbligazione principale. Così

l'altrui obbligazione. Purtroppo non sappiamo quale possa essere stata la soluzione del giurista, giacchè i Compilatori hanno probabilmente tagliato tutta la parte, in cui Plauzio citava giuristi contemporanei o precedenti ed esponeva la propria opinione. Si capisce, pertanto, come mai, nella versione dei *Digesta*, non si trovi alcun cenno della seconda ipotesi, posta nella *distinctio*: a chi, cioè, si estendano gli effetti della *perpetuatio*. Il brano sarà stato forse asportato dall'intervento dei Commissari di Giustiniano.

Quanto si è detto fin qui riguarda gli effetti della *mora debitoris*. Resta da porre il problema se, per Plauzio, gli effetti siano eliminabili mediante l'emendazione della mora. La questione è appena sfiorata, come si è visto, nel § 3 di 45, 1, 91, ove il giurista, distinguendo la mora dall'inadempimento assoluto, afferma che *haesitatur an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora*. Certo, nel brano originario, Plauzio non poteva limitarsi a porre dubita-

RICCOPONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in *Annali Palermo*, 3 e 4, p. 617 ss.; SOLAZZI, negli scritti sopracitati.

Hanno sostenuto la diversità di struttura tra *sponsio* e *fideiussio*, FLUME, *Studien*, cit.; DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione* (Roma, 1940); MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 20 ss.; PUGLIESE, *Intorno all'impossibilità della prestazione causata dal pater familias e dal fideiussore*, in *Studi in onore di U. E. Paoli* (Firenze, 1956), p. 571 ss.; FREZZA, *op. cit.*, p. 88. Quanto al testo in esame, il problema della perpetuazione si poteva porre, in termini dubitativi, solo per il fideiussore, mallevadore dell'altrui obbligazione e non soggetto di una propria obbligazione. Il problema non è semplice e ben poteva dar luogo a dubbi, che, al tempo di Plauzio, non erano ancora risolti. Il *dubium est* è considerato interpolato dal BESELER, in *ZSS*, 45, p. 237. Secondo il FLUME, *op. cit.*, p. 18, il dubbio è dovuto ai pregiustiniani, a causa del processo di fusione tra *sponsio* e *fideiussio*. Per la genuinità del dubbio si è pronunziato DE MARTINO, *op. cit.*, p. 170; Così pure MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 21; e FREZZA, *op. cit.*, p. 88. Sul testo vedi anche RICCOPONO, *op. cit.*, p. 615; SEORÈ, *Le garanzie*, I (Torino, 1932-33), p. 235 nota.

tivamente il problema, ma doveva riferire le opinioni favorevoli e le contrarie. E fra le favorevoli, probabilmente, citava Proculo, che aveva ammesso, in un caso particolare, l'emendazione della mora.

Comunque, pur nella limitata estensione in cui lo hanno tramandato i Compilatori, il brano è sommamente interessante per un orientamento sulla questione della *purgatio morae*: esso dimostra che, alla fine del primo secolo d. C., la giurisprudenza romana non aveva ancora riconosciuto, come principio generale, la purgabilità della mora mediante atti o fatti successivi.

* * *

Passiamo ora all'esame di un testo concernente la costituzione in mora nelle stipulazioni penali a termine. Si tratta di un frammento escerpto dal primo libro del commento di Paolo *ad Plautium*.

D. 2, 11, 10, 1 (Paulus *ad Plautium*): *Homo sisti promissus ante diem dolo promissoris periit: certo iure utimur non ante poenam peti posse, quam dies venerit: tota enim stipulatio in diem collata videtur.*

La fattispecie consiste in una stipulazione penale, sottoposta a termine. Prima del giorno fissato (*ante diem*), la obbligazione diventa impossibile per dolo del promissore. Secondo Paolo, in tale ipotesi, *certo iure utimur non ante poenam peti posse, quam dies venerit*.

Il *certo iure utimur* enuncia ed applica un principio generale formatosi nel corso del primo secolo dopo Cristo, in base al quale la pena non si commette prima della scadenza del *dies*. Solo allora il debitore dovrà la pena e sarà costituito in mora per la prestazione principale.

Sappiamo già da un altro testo di Paolo (D. 45, 1, 8), che il principio era applicato da Sabino e Proculo. Il testo in esame, con il *certo iure utimur*, corrispondente al *quod verius est* di D. 45, 1, 8, attesta che, tra le autorità scientifiche, che elaborarono il principio, va annoverato anche Plauzio giurista del I secolo (¹³⁶).

E' qui opportuno, a conclusione dell'indagine esegetica, richiamare l'attenzione sul significato sostanziale e sul valore storico delle espressioni *hoc iure utimur* e *quod est verius*: esse presuppongono il superamento di contrasti di opinioni o di incertezze normative e rappresentano l'adesione ad una regola, ormai recetta dalla giurisprudenza e considerata come diritto vigente, in contrapposto a punti di vista, decisioni o norme, che prima guidavano o regolavano la materia.

Attraverso la continuità e la concretezza della giurisprudenza, attraverso dibattiti di idee che originano dallo stato del *ius* vigente ed influenzano il contemporaneo fenomeno normativo (prassi, giurisprudenza, legislazione, produzione imperiale), si viene così formando quel complesso di principi, che, in ogni settore e nel campo della mora in specie, hanno reso universale la giurisprudenza e il diritto di Roma.

(¹³⁶) In tal senso vedi FREZZA, *op. cit.*, p. 315, che adduce un'altra significativa prova dell'appartenenza di PLAUZIO al gruppo dei «maestri del primo secolo», che elaborarono il principio. Si tratta di D. 45, 1, 124 (Pap. 2 def.), ove l'espressione *idque et in vadimonio placuit* di PAPINIANO «allude verosimilmente all'autorità di PLAUZIO, che conosciamo attraverso PAOLO».

7. — GIAVOLENO PRISCO

Un primo rapido sguardo ai pochi frammenti di Giavoleno Prisco, attinenti all'istituto della mora, suggerisce una preliminare ed interessante osservazione: la mancanza di originalità o di spunti personali nel suo pensiero.

In tutti i testi, che riguardano la mora, Giavoleno Prisco si limita, infatti, a riferire l'altrui pensiero, senza manifestare direttamente od indirettamente la propria personale opinione.

Egli, in sostanza, aderisce alle dottrine di altri giuristi, scegliendo, a seconda dei vari e disparati problemi dell'istituto della mora, le *sententiae* preferite o ritenute fondate. Questi rilievi, suggeriti dallo stato dei testi, non intendono deporre negativamente per il valore scientifico dell'opera di Giavoleno. Nella storia della scienza giuridica in genere e di quella romana in specie, si può rendere un grande servizio alla causa del progresso scientifico anche con il rafforzare o il sostenere le altrui opinioni. Giavoleno Prisco assume proprio tale ruolo: e per questa via contribuì all'evoluzione della dottrina della mora.

I frammenti, che passiamo ad elencare, concernono i requisiti della *mora debitoris* (D. 24, 3, 66 pr.); gli effetti della *mora creditoris* nelle stipulazioni alternative (D. 45, 1, 105); i requisiti e gli effetti della *mora creditoris* nelle manomissioni testamentarie condizionate (D. 40, 7, 28 pr.; D. 40, 7, 39, 4).

Nel primo testo, relativo all'elemento soggettivo nella dote, Giavoleno Prisco espone un parere di Publio Mucio Scevola, generalizzato, sotto forma di *regula*, da Servio Sulpicio Rufo, dimostrando un alto senso della storicità delle dottrine scientifiche.

D. 24, 3, 66 pr. (Iavolenus 6 *ex posterioribus Labeonis*): *In his rebus quas praeter numeralam pecuniam doti*

vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere
Servius ait. Ea sententia Publili Mucii est: nam is in Licinna Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea sedatio facta esset, Liciniae praestari oportere.

L'analisi del frammento è stata fatta trattando del pensiero di Publio Mucio Scevola. In quella sede si mise in rilievo la possibilità di ricavare alcuni argomenti indiretti a favore del requisito soggettivo della *mora debitoris*.

Nel secondo frammento il giurista, occupandosi degli effetti della *mora creditoris* nelle stipulazioni alternative, applica il principio sabiniano: *si per debitorem moram non esset, quo minus id quod debebat solveret*.

D. 45, 1, 105 (Iavolenus 2 *epistularum*): *Stipulatus sum Damam aut Erolem servum dari: cum Damam das res, ego quo minus acciperem, in mora fui: mortuus est Dama: an putas me ex stipulatu actionem habere? respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse: nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.*

La dottrina sabiniana è seguita dallo stesso Giavoleno anche in materia di *mora creditoris* nelle manomissioni testamentarie sottoposte alla condizione di dare. Infatti, dai due frammenti sopra citati, D. 40, 7, 28 pr. e D. 40, 7, 39, 4, appare chiaramente applicato il criterio sabiniano, già studiato a suo tempo: *si per eum cui data esset (libertas) non staret quo minus expleretur (condicio)*.

D. 40, 7, 28 pr. (Iavolenus 6 *ex Cassio*): *Si hereditas eius, qui servum, intra dies triginta mortis suaे si rationes reddidisset, liberum esse iusserat, post dies triginta*

adita est, iure quidem stricto ita manumissus liber esse non potest, quoniam condicione deficitur: sed favor libertatis eorum perduxit, ut respondeatur expletam condicione, si per eum, cui data esset, non staret quo minus expleretur.

D. 40, 7, 39, 4 (Iavolenus 4 ex poster. *Labeonis*): 'Si Stichus Attiae mille nummos dederit, liber esto'. Attia vivo testatore decessit: non posse Stichum liberum esse Labeo Ofilius responderunt: Trebatius, si ante testamentum factum Attia decessisset, idem: si postea, eum liberum futurum. *Labeonis* et *Ofili* sententia rationem quidem habet, sed hoc iure ultimur, ut is servus ex testamento liber sit.

Interessante è sopra tutto il secondo dei testi riportati, ove Giavoleno, prendendo posizione, sul problema discusso, a favore della dottrina sabiniana, segue e sviluppa un parere di Trebazio, anzichè l'opinione di Labeone.

8. — L. NERAZIO PRISCO

L'apporto di Nerazio Prisco alla dottrina della mora, benchè scarsamente documentato, è sufficiente a dare una idea della originalità e della robustezza del suo pensiero (137).

Vissuto in un'epoca in cui la giurisprudenza romana si avviava rapidamente verso il massimo splendore (138),

(137) Il RICCOPONO, Voce *Iurisprudentia*, in *Nov. Dig. Ital.*, definisce NERAZIO «scrittore acuto e originale». Il BONFANTE, *Storia dir. rom.*, (Milano, 1959), p. 419, lo definisce «scrittore acuto ed elegante».

(138) NERAZIO visse sotto l'Imperatore Traiano e sotto l'Imperatore Adriano. Maestro di CELSO figlio, e più anziano di GIULIANO, chiude la prima fase della giurisprudenza romana. Sulla vita di NERAZIO, cfr. KUNKEL, *op. cit.*, p. 144; vedi pure NICOLA JORIO,

egli rappresenta efficacemente la forza del progresso e del rinnovamento.

Il suo pensiero, incline all'astrazione, come dimostrano i suoi 15 libri di *regulae*, fu seguito con favore dai giuristi posteriori.

A testimonianza storica delle suddette qualità di Nerazio esaminiamo qui alcuni frammenti di grande interesse per la storia della mora: D. 4, 3, 19, riguardante la mora del fideiussore; D. 22, 1, 14, 1; D. 32, 26; D. 19, 1, 31, 1 e D. 19, 1, 11, 9, concernenti gli effetti della *mora debitoris* nei negozi di buona fede.

Il primo, derivante dal libro 37 delle *quaestiones* di Papiniano, permette di cogliere la natura della *fideiussio* e di precisare al contempo l'influenza del fatto del fideiussore sul debitore principale. In effetti il testo riguarda espressamente la distruzione dell'oggetto dovuto (ipotesi di dolo) e non la mora, ma la precisione del responso permette di penetrare l'essenza giuridica della fideiussione e derivarne le conseguenze per il caso di mora.

D. 4, 3, 19 (Papinianus 37 *quaestionum*): *Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neralius Priscus et Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimititur.*

Il frammento, escerpito dai libri *quaestionum* di Papiniano, è ben noto alla critica romanistica, che lo ha considerato come il fulcro dello spinoso problema della mora nelle garanzie personali delle obbligazioni (139).

L. Nerazio Prisco (Bologna, 1913). Sull'opera di NERAZIO cfr. BREMER, II, 2 p. 286-359; LENEL, *Palingenesia* I, p. 763-788.

(139) Cfr. RICCOPONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, cit., p. 617 ss.; SOLAZZI, *BIDR*, 38 (1930), p. 2 ss.; ID., *Mora del*

Due punti, tra loro strettamente connessi, vanno posti a fuoco per una esatta intelligenza del testo. Il primo riguarda la struttura negoziale della garanzia oggetto della *quaestio*, analizzata da Nerazio e Giuliano; il secondo il fondamento dell'*actio de dolo*, oggetto del responso dei due giuristi.

Il primo punto, sul quale la dottrina romanistica si è trovata discorde, consiste nel precisare se i giuristi, Nerazio e Giuliano, si riferissero alla *sponsio* o alla *fideiussio*.

Dato che Nerazio e Giuliano ricorrono al rimedio dell'*actio de dolo* per eliminare le conseguenze inique (liberazione del garante e del debitore principale) della dissoluzione del vincolo principale ed accessorio in seguito all'uccisione dell'animale promesso da parte del garante, è da ritenere che il rapporto di garanzia, analizzato nel testo, sia costituito da una *fideiussione*, anziché da una *sponsio*. Mentre quest'ultima, infatti, comportava la creazione di un autonomo vincolo giuridico, con la conseguenza che il garante (*sponsor*) poteva con il proprio comportamento perpetuare l'obbligazione, indipendentemente dal contegno del debitore principale; la *fideiussione*, al contrario, implicava una semplice malleveria dell'adempimento dell'obbligo principale, sicché il garante non poteva affatto determinare la perpetuazione dell'obbligazione. Rispetto al vincolo obbligatorio, il comportamento del fideiussore era parificato, in altri termini, a qualsiasi evento estraneo al debitore principale: eventi naturali, fatto del terzo. Quindi, ove l'impossibilità della prestazione, causata dal fideiussore, si verificava *ante moram* del debitore principale (come nel caso del frammento esaminato), il vincolo giuridico si estinguiva secondo le regole generali; ove invece si verificava *post moram*, il debitore ne rispondeva a causa della perpetuazione.

convenuto con le azioni adiettizie e mora del fideiussore, cit., p. 3 ss.; FREZZA, op. cit., p. 84 ss.; DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., p. 165 ss.

Il comportamento del fideiussore, in conclusione, se non è suscettibile di una autonoma valutazione e non può costituire fonte di responsabilità contrattuale, è senz'altro doloso, perché contrario ai più elementari principi della buona fede. Risulta così facilmente intuibile il fondamento dell'*actio de dolo* (140), concessa dai due giuristi a correzione degli effetti derivanti dalla struttura fideiussoria.

Dall'equiparazione del fatto del fideiussore al fatto del terzo derivano importanti conseguenze utilizzabili per il problema della mora nelle obbligazioni di garanzia, trattato da Plauzio in D. 45, 1, 91, 4: il fideiussore non può perpetuare l'obbligazione perché non è un soggetto autonomo dell'obbligazione. La prestazione, contenuta nell'unica obbligazione, è dovuta solo dal debitore principale. Il rifiuto da parte del fideiussore non può, in conseguenza, costituire un caso di mora. Ne deriva che l'eventuale perimento dell'oggetto, sia pure causato dal fatto del fideiussore, rappresenta un caso fortuito estintivo dell'unica obbligazione (141).

* * *

Esaminiamo, ora, un gruppo di frammenti relativi agli effetti della *mora debitoris* nei *iudicia bonae fidei*.

Iniziamo con due testi, dai quali emerge il pensiero di Nerazio in materia di fedecommissi. È noto che i fedecommissi, una volta inseriti nel sistema giuridico romano, vennero gradualmente assimilati ai negozi di buona fede.

(140) Il dolo, costituente il presupposto dell'azione concessa da NERAZIO, consiste nella prava volontà di ledere l'interesse altrui (dolo in senso lato). Cfr. PUGLIESE, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 572.

(141) Cfr. PUGLIESE, op. cit., p. 590.

Nell'ambito di questo processo di assimilazione (142), assume particolare rilievo il principio sulla mora, alla cui formulazione o stabilizzazione molto contribuì Nerazio.

Sappiamo da un passo delle Istituzioni di Gaio (II, 280) che la mora dell'onerato di un fedecommissario determinava la maturazione dei frutti e delle usure a favore del fedecommissario: *item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debet*. Orbene, il predetto principio si trova applicato in un passo di Paolo, derivante dal secondo libro del suo commento *ad Neratium*:

D. 32, 26 (Paulus 2 ad Neratium): *Is qui fideicommissum debet post moram non tantum fructus, sed etiam omne damnum, quo adfectus est fideicommissarius, praestare cogitur.*

E' probabile che Paolo, nel passo, riferisca sostanzialmente il pensiero di Nerazio, il quale sarebbe, in conseguenza, se non proprio il primo formulatore del principio, almeno uno dei più autorevoli sostenitori di un indirizzo già prima iniziato e quindi definitivamente stabilizzato.

Se queste deduzioni sono fondate, Gaio, nelle sue Istituzioni, enunciando gli effetti della mora nell'adempimento dei fedecommissi, si riallaccia ad un movimento dottrinario, che ha probabilmente in Nerazio il suo autore o, per lo meno, uno dei più convinti assertori (143). Del resto, per

(142) Sul punto vedi Voci, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano* (Milano, 1936), p. 119 ss.; Id., *Diritto ereditario*, cit., II, p. 392 ss.; GROSSO, *I legati nel diritto romano*, cit., p. 376 ss.

(143) Non è possibile stabilire con precisione il processo storico del principio sopra esaminato. Esso potrebbe risalire alla scuola sabiniana (cfr. BREMER, *Iurispr. antehadr.* I, p. 442). Pur non avendo in-

una più completa ricostruzione del pensiero di Nerazio, si può addurre, sempre in materia di fedecommissario, un altro frammento escerpito dal libro 14 dei responsi di Paolo. Qui il giurista dell'età dei Severi, a differenza che nel passo del commento *ad Neratium*, cita espressamente Nerazio, confermando, pertanto, l'idea che il principio giuridico accolto nel primo testo risalga all'autore dell'opera commentata. Da un raffronto tra i due frammenti emerge che ogni *damnum* arrecato dalla mora al fedecommissario va risarcito e va, inoltre, restituito ogni accessorio della *res*, maturato dopo la mora, in conformità ai principi propri della *omnis causa*. Nella *causa* rientrano, in particolare, anche i parti della schiava.

L'ipotesi è trattata in

D. 22, 1, 14, 1 (Paulus 14 resp.): *Heres rogatus erat post mortem suam sine reditu hereditatem restituere: quae- situm est, an partus ancillarum etiam vivo herede nati re- stituendi essent propter verba testamenti, quibus de reditu solo deducendo testator sensit. Paulus respondit ante diem fideicommissi cedentem partus ancillarum editos fideicommisso non contineri. Neratius libro primo ita refert eum, qui similiter rogatus esset, ut mulierem restitueret, partum eius restituere cogendum non esse, nisi tunc editus esset, cum in fideicom- misso restituendo moram fecisset.*

Nel testo si possono distinguere due parti: nella prima si pone il problema se i parti delle schiave rientrino nelle rendite, nel caso in cui l'erede venga invitato in un fedecommissario a titolo universale di restituire dopo la morte

dizi sicuri sulla paternità di NERAZIO, saremmo propensi a riferire il principio enunciato nel passo gaiano a quest'ultimo giurista.

l'eredità, dedotte le rendite. Nella seconda parte viene riferito un parere di Nerazio, formulato per il caso in cui l'erede *in fideicommissio restituendo moram fecisset*.

Il Kaser (144) ha ritenuto che la seconda parte, ove viene citato Nerazio, sia stata inserita dai Compilatori, i quali, non avendo compreso il responso di Paolo e non avendo presente la regola richiamata nel principio di D. 22, 1, 14, avrebbero ritenuto di potere meglio chiarire il testo di Paolo con quello di Nerazio, che essi avevano sottocchio. L'opinione del Kaser è indubbiamente acuta. Certo la seconda parte, riguardante un fedecomesso a titolo particolare, si contrappone alla prima concernente un fedecomesso universale. Tuttavia, non vi è alcun valido motivo per escludere che la citazione di Nerazio sia stata fatta proprio dallo stesso Paolo, il quale possibilmente, richiamando il motivo del principio del frammento, ricordava che era stato Nerazio a fissare per primo la regola, secondo la quale l'erede, dopo la mora, è tenuto a restituire i parti della schiava.

Comunque sia, qui interessa solo il responso di Nerazio, che, quanto al principio enunciato, può essere confrontato e riaffermato con altri testi. Nel caso di un fedecomesso di una schiava, il giurista, stando al responso riferito nel testo, avrebbe enunciato il principio che i *partus mulieris* sono dovuti solo se l'erede è in mora nell'adempimento

(144) KASER, *Partus ancillae*, in *ZSS*, 75 (1958), p. 162 ss. L'Autore rileva il contrasto esistente fra D. 22, 1, 14, 1 e D. 36, 1, 60, 4 (Pap. 3 *resp.*), nonché la diversa natura del fedecomesso oggetto del responso di Paolo (fedecomesso universale: parte prima di D. 22, 1, 14, 1), rispetto a quello considerato da NERAZIO (fedecomesso a titolo particolare: seconda parte di D. 22, 1, 14, 1). Sul testo vedi pure dello stesso KASER, *Restituere*, cit., p. 42 n. 4. Sulla genuinità del frammento il Voci, *Teoria dell'acquisto*, cit., p. 119 così si esprime: « Il testo, con i suoi cambiamenti di soggetto, non dà l'impressione d'essere in ordine e può darsi che sia stato riassunto: in sostanza è però classico ».

dell'obbligo di restituzione. Qualora, invece, manchi la mora, l'erede non è tenuto a restituire i parti nati *ante moram*.

Ciò significa che la *mora debitoris*, nel caso di fedecomesso di una schiava, produce come suo effetto specifico l'obbligo di restituire anche i parti nati *post moram*.

Il principio, fissato da Nerazio, sarà accolto, come vedremo, da altri giureconsulti successivi e si stabilizzerà con la formulazione di una *regula*. Infatti, l'insegnamento di Nerazio è seguito da Papiniano (145) e da Modestino (146) ed è applicato dallo stesso Paolo.

* * *

Il pensiero di Nerazio sugli effetti della mora nei *iudicia b. f.* può essere ulteriormente integrato con il contributo di altri due frammenti, la cui fattispecie è data dalla *emptio venditio* di un servo.

Il primo deriva dai libri *membranarum* dello stesso Nerazio:

D. 19, 1, 31, 1 (Neratius 3 *membranarum*): *Et non solum quod ipse per eum adquisiti praestare debo, sed et id, quod emptor iam tunc sibi tradito servo adquisiturus fuisse* (147).

(145) D. 22, 1, 8 (Pap. 7 *resp.*).

(146) D. 22, 1, 39 (Mod. 9 *diff.*).

(147) Lo SCHULZ, in *Krit. Viert.*, 50 (1912), p. 256, ritiene che il frammento sia stato preceduto dalla frase seguente: *mora in tradendo servo vendito facta omne lucrum, quod non ex re mea per eum servum adquisiti, emplorem sequitur*. Identiche parole annota il KRÜGER, *ad h. l.*, premettendo: *talia fere perierunt*.

Il secondo è stato escerpito dal trentaduesimo libro *ad edictum* di Ulpiano:

D. 19, 1, 11, 9 (Ulp. 32 ad Ed.): *Idem ait non tradentem quanti intersit condemnari: satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet* (¹⁴⁸).

Dai due testi chiaramente si evince che la mora, nell'adempimento di una *emptio venditio*, determina a carico del venditore l'obbligo di risarcire al compratore il danno derivante dal ritardo. Il contenuto del *quanti intersit* consiste sia nella restituzione di ciò che il venditore ha acquistato nel tempo intercorrente tra la mora e la valutazione dell'interesse del creditore, sia nella prestazione di quanto il compratore avrebbe potuto acquistare (ad esempio un legato), se la consegna fosse stata fatta a tempo debito. In effetti, il termine di consegna non appare indicato dalle parti, ma ciò non poteva costituire di certo un ostacolo per il futuro ed eventuale risarcimento (¹⁴⁹).

Concludendo, per Nerazio la mora nei negozi di buona fede determina l'obbligo del risarcimento del danno, la cui valutazione va fatta mediante la stima del pregiudizio arrecato al creditore (¹⁵⁰).

(¹⁴⁸) Il D. 19, 1, 11, 9 è richiamato dal LENEL, *Palingenesia*, I, col. 768, in una nota a D. 19, 1, 31.

(¹⁴⁹) Cfr. KNIEP, *Die Mora*, cit., I, p. 94; II, p. 183 e 403.

(¹⁵⁰) Il NIEDERMAYER, *op. cit.*, p. 436, ritiene che il risarcimento, nel caso contemplato in D. 19, 1, 31, 1 avrebbe carattere obbligatorio anzichè soggettivo: «Aber im ganzen wird auch der irreale Erwerb als objektgebunden erklärt».

9. — CONTRIBUTI DELLA GIURISPRUDENZA ROMANA DEL PRIMO SECOLO d. C. ALLA DOTTRINA DELLA MORA

La ricostruzione del pensiero dei giuristi classici, effettuata sulla base dei frammenti analizzati, deve essere integrata con un quadro d'insieme, inteso a puntualizzare i contributi della giurisprudenza romana del primo secolo alla dottrina della mora.

Uno studio storico circa la dottrina della mora non può, infatti, limitarsi alla conoscenza del pensiero dei singoli giuristi, ma deve essere opportunamente esteso alla acquisizione delle linee di sviluppo, nelle varie fasi, in modo da cogliere le direttive e le caratteristiche fondamentali dei diversi periodi.

Puntualizzare i contributi della giurisprudenza del primo secolo alla dottrina della mora importa precisare, da un lato, l'apporto dei giuristi di quel periodo alla chiarificazione, all'approfondimento ed alla soluzione di problemi posti dalla giurisprudenza del periodo repubblicano, rilevare, dall'altro, l'impostazione di nuovi problemi, sorti solo allora per la prima volta.

Premettiamo allo svolgimento dei due punti alcune osservazioni sui caratteri generali del pensiero giuridico sulla mora. Si nota nei giuristi di questo periodo un costante sforzo di elaborazione, precisazione e distinzione che si riverbera spesso in contrasti di opinioni e dibattiti di idee, attraverso i quali la giurisprudenza classica viene svolgendo la monumentale attività di interpretazione, strumento essenziale della scienza giuridica.

Partendo dalle basi scientifiche della dottrina dei *Veteres*, i giuristi da Labeone a Nerazio compiono una penetrante analisi delle fattispecie, delle questioni, degli istituti, rispetto ai quali si pone la necessità di valutare la *mora debitoris* e la *mora creditoris*.

Nello svolgimento di questa imponente attività i giuristi adoperano gli stessi schemi logici impiegati dai *Veteres*, più affinati tecnicamente e sorretti da una più matura esperienza. La dottrina di Sabino sulla clausola penale (D. 45, 1, 115, 2), avanti illustrata, rappresenta una esemplare attestazione della finissima tecnica interpretativa raggiunta dalla giurisprudenza all'inizio dell'età classica.

Continuità e perfezionamento: questi sono i caratteri salienti del pensiero giuridico racchiuso nei testi esaminati⁽¹⁵¹⁾.

Una distinzione s'impone, tuttavia, fra l'inizio e l'ulteriore corso del periodo trattato. Nella fase iniziale, dominata e rappresentata dalle imponenti figure di Labeone e Sabino, si nota una spiccata tendenza verso la sintesi, l'organizzazione, l'astrazione. Valgano a riprova il sistema di Labeone (*mora debitoris*; *mora creditoris*; simultaneità e successione nel tempo delle due more) e la formulazione del principio sabiniano in materia di clausole penali e manomissioni testamentarie.

Nell'ulteriore corso del primo periodo la sintesi cede all'analisi; l'essenza delle fatti-specie, dei rapporti, degli istituti viene scrutata a fondo; gli aspetti nuovi della realtà giuridica posti nella necessaria evidenza; i risultati della precedente elaborazione concettuale (*regulae*, *principi*, *sententiae*) analizzati, dissociati e sottoposti ad un rigoroso processo di conseguenzialità logico-giuridica, grazie alla capillare analisi delle loro connessioni giuridiche⁽¹⁵²⁾. Ricordia-

⁽¹⁵¹⁾ Sul punto vedi SCHULZ, *I principi del diritto romano* (Firenze, 1946), p. 74 ss.

⁽¹⁵²⁾ Le predette osservazioni sui caratteri della dottrina del primo secolo confermano, per il tema della mora, le affermazioni del RICCOPONO, voce *Iurisprudentia*, in *Novissimo Digesto Italiano*, sulla giurisprudenza classica in genere: «È qui da dire anzitutto col PERNICE, che non solo la giurisprudenza dei *Veteres*, ma ancora quella dell'inizio del primo secolo, specie con l'impulso dato

mo a conferma di questi rilievi l'acuta e sottile elaborazione, fatta da Plauzio, della *constitutio veterum* in relazione ai diversi problemi da essa suscitati: limiti soggettivi ed oggettivi; effetti, dolo e mora.

Ciò posto, passiamo allo svolgimento del primo dei due punti sopra indicati. Osserviamo anzitutto che neppure la giurisprudenza del primo secolo perviene (stando alle attestazioni disponibili) ad una definizione della *mora debitoris* e della *mora creditoris*. Anzi i giuristi operano con gli stessi schemi terminologici e concettuali adoperati dai *Veteres*. Infatti, dal punto di vista terminologico, l'espressione *per eum staret . . . quominus daret* continua ad affiancare il termine *mora*, usato, sia pure con maggiore frequenza, sempre in relazione alla singole figure di debitori o di creditori o ai singoli rapporti giuridici e non mai in senso astratto. Inoltre, dal punto di vista concettuale, *mora debitoris* e *mora creditoris* conservano i caratteri fondamentali delineati nel corso del periodo repubblicano.

Affiora tuttavia nei testi esaminati una chiara tendenza a precisare con maggiore rigore scientifico i caratteri e gli aspetti dei due istituti. Distinguiamo, per maggiore precisione, la *mora debitoris* dalla *mora creditoris*.

Quanto alla prima appaiono individuati con più esattezza concettuale i requisiti oggettivi e soggettivi. Il primo (oggettivo) è dato dalla esistenza di un obbligo giuridico a carico di un soggetto (es. *quod te mihi dare oporteat*:

da LABEONE, fu molta attiva e feconda nella elaborazione teorica e nelle sintesi, come fu accennato or ora. Dunque, l'arresto di quella attività si manifesta nel corso del primo secolo, nel periodo in cui più serve l'opera delle due scuole, e più penetrante e viva si fa l'indagine sulle singole fatti-specie, punto di partenza di discussioni e di numerosi problemi che scaturiscono, parte da nuove vedute ed esigenze pratiche, parte dall'analisi più profonda, di nozioni, figure e categorie giuridiche» (§ 26).

D. 12, 1, 5); il secondo (soggettivo) dalla volontarietà del ritardo. Tale requisito, posto in rilievo dalla giurisprudenza repubblicana in termini generici (*culpa*), viene meglio precisato nel corso del primo secolo. Infatti, per la sua esistenza si richiedono la conoscenza del vincolo obbligatorio (D. 45, 1, 91, 2) e la possibilità di adempiere tempestivamente (D. 16, 3, 12, 3).

La costituzione in mora del debitore è sempre regolata dal termine eventualmente previsto o da criteri logici, surrogati del termine non previsto. L'*interpellatio* non costituisce ancora un requisito della *mora debitoris*. Notevole è, inoltre, il contributo della giurisprudenza del primo secolo in materia di effetti della *mora debitoris*. Se infatti la *perpetuatio obligationis* rimane l'effetto principale, sia per i *iudicia* di stretto diritto, che per i *iudicia* di buona fede, è certo sensibile l'opera di rinnovamento, precisazione e dissociazione in questo settore. Anzitutto va colta una differenza chiaramente posta nelle fonti tra i due tipi di *iudicia*. Nei primi la mora produce, in caso di perimento successivo dell'oggetto, la sola conseguenza della *aestimatio* della cosa dovuta, non ammettendosi un ulteriore risarcimento. Diversamente avviene nei giudizi di buona fede ove la mora produce la maturazione delle usure e dei frutti.

Non va, però, dimenticato che con Sabino si ammette per la prima volta la possibilità di computare, limitatamente alle azioni di stretto diritto rivolte all'acquisto di una *res*, i frutti maturati nel tempo intercorrente fra la *litis contentatio* e la sentenza.

Un'altra apprezzabile innovazione è rappresentata dalla teoria di Labeone sull'interesse del creditore nell'*actio c. d. arbitraria* (D. 13, 4, 2, 8). Un ulteriore limite ai principi dei *iudicia stricta* è costituito dalla fattispecie delle stipulazioni di fare con formule *quidquid dare facere oportet* (D. 45, 1, 113, 1).

In maniera di stipulazioni penali la giurisprudenza del primo secolo si presenta divisa in due correnti. Sabino ed i suoi seguaci, sviluppando uno spunto di Mucio, costruiscono la responsabilità del debitore moroso attorno al principio del *tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret*. Pegaso e, con lui, i proculeiani operano, invece, con il criterio *non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari*.

Per quanto riguarda la *mora creditoris*, la giurisprudenza del periodo in esame, ferma restando la larga nozione data dai giuristi repubblicani, attenua fortemente il principio dell'abbandono dell'oggetto dovuto. Non basta la semplice impossibilità di adempiere per un fatto del creditore, per liberare il debitore, ma occorre ancora che *per eum* (debitore) *non staret, quo minus daret* (es. D. 45, 1, 105).

In materia di clausole penali, nel corso del primo secolo, si forma un duplice indirizzo giurisprudenziale, facente capo, rispettivamente, a Proculo e Sabino. Il primo, applicando il criterio serviano *si per stipulatorem stet, quo minus accipiat non committi poenam*, ritiene che la pena non si commetta qualora l'impossibilità sia dovuta al fatto del creditore. Il secondo, invece, assumendo come parametro della responsabilità il fatto dello stesso debitore, applica, nel caso di mora del creditore, il principio *per promissorem non stet, quo minus daret*.

Quanto si è fin qui notato concerne l'orientamento e le innovazioni della giurisprudenza del primo secolo, rispetto ai problemi, agli schemi ed ai risultati della giurisprudenza repubblicana. Occorre ora porre in rilievo l'impostazione e la soluzione di problemi nuovi, ignoti ai *Veteres*. Tali problemi derivano o da nuovi casi offerti dalla vita sociale, o da nuove esigenze del sentimento giuridico, o da

una più acuta analisi dei risultati del precedente pensiero giuridico.

« La giurisprudenza del I secolo — osserva il Riccobono — ha dinanzi agli occhi un mondo nuovo, che diviene sempre più vasto e più complesso, e deve, per adempiere il suo ufficio, operare con due ordinamenti diversi: rispettare per quanto possiblie i principi del *ius civile*, con le sue regole e la sua rigida tradizione; e d'altra parte deve necessariamente superare quella tradizione, ricorrendo, in primo luogo, alla *interpretatio*, la quale fu perfezionata in una tecnica mirabile, strumento potente per lo sviluppo del diritto » (153).

Deriva probabilmente dalla viva esperienza della vita l'impostazione del problema e la relativa soluzione giuridica della simultaneità e della successione nel tempo della *mora debitoris* e della *mora creditoris* (Labeone).

Alle esigenze del comune sentimento giuridico, reclamante una maggiore equità contro gli angusti limiti del formalismo giuridico, si dovono riportare i primi tentativi della *purgatio morae*.

I *Veteres* non avevano neppure posto il problema della purgabilità della mora, ma lo avevano semplicemente sfiorato con Servio Sulpicio. La giurisprudenza del primo secolo, pur non pervenendo ad una soluzione, imposta il problema della validità dell'offerta o di convenzioni successive. Lo si evince chiaramente sia dal noto D. 45, 1, 91, 3 di Plauzio, ove il giurista si domanda *an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora*, sia dal frammento D. 45, 1, 113, pr., in cui Proculo pone il problema della validità di patti successivi alla mora, anche se, in effetti, non risolve positivamente il problema. In altri termini la giurisprudenza del

primo secolo pone il problema, ma non crea la dottrina della *purgatio morae*.

È solo con i grandi giureconsulti del II secolo, Celso e Marcello, che il problema della emendazione della mora verrà risolto in sede scientifica con acutezza, originalità ed ampiezza d'impostazione.

La teoria della *purgatio morae* si presenta in fondo come un arco ideale, che descrive le tappe successive di un meraviglioso progresso dottrinario. Dalla idea vaga ed indistinta di Servio alla chiara, circostanziata e compiuta formulazione di Marcello, frutto di una profonda analisi dell'essenza del ritardo, del valore intrinseco delle convenzioni, dell'incidenza di fatti o atti successivi alla mora, dei limiti della responsabilità, della correlazione tra gli opposti interessi, del comportamento dei soggetti del rapporto obbligatorio.

Attraverso questa intensa attività di pensiero la dottrina della *purgatio morae* raggiungerà la chiarezza e la linearità delle migliori costruzioni della giurisprudenza romana e determinerà un deciso rinnovamento all'interno dello stesso *ius civile*: la volontà delle parti al di sopra degli angusti limiti del formalismo (154).

Dalla minuta ed acuta analisi dei risultati della *interpretatio* dei giuristi repubblicani deriva, infine, l'impostazione della mora del debitore accessorio. Anche in questo campo non si giunge ad un risultato definitivo, ma il problema è senz'altro posto e costituirà il canovaccio su cui lavorerà la giurisprudenza successiva. Infatti, come si è visto, l'analisi della *constitutio veterum* portò la giurisprudenza ad approfondire il valore della *regula*, nell'ipotesi in cui un debitore accessorio coesistesse accanto al principale.

(153) RICCOBONO, voce *Jurisprudentia*, cit., § 26.

(154) BOHÁČEK, in *Annali Palermo*, XI (1923), p. 371 ss.

Orbene, questa impostazione rappresenta il risultato di una profonda attività di scienza, svolgentesi attorno agli schemi della *interpretatio* repubblicana, a testimonianza della continuità e del perfezionamento, graduale e senza soste, della scienza giuridica romana in generale e della dottrina della mora in particolare⁽¹⁵⁵⁾

(¹⁵⁵) E' interessante notare come l'armonica sintesi tra la forza della tradizione e la forza del rinnovamento, motivo dominante del diritto e della giurisprudenza di Roma, affiori con particolare intensità nel complesso e vario settore della mora. Dalla *constitutio* dei *Veteres* (tradizione scientifica), mai interamente superata, si snoda un processo di rinnovamento, che conquisterà nuove mete nel campo della scienza giuridica con la dottrina della *purgatio morae*. In questo processo la tradizione, intesa non come inconscia conservazione ma come consapevole opposizione alle ingiustificate e non mature novità, si giustappone al rinnovamento quale risultato naturale di esigenze ed idee nuove, imposte dalla realtà in evoluzione. La tradizione è un principio fondamentale nella storia giuridica romana, ed il suo valore e significato profondo affiorano in un discorso di Cassio Longino, riferito da TACITO: *Saepe numero, patres conscripti, in hoc ordine interfui, cum contra insti-tuta et leges maiorum nova senatus decreta postularent: neque sum adversatus, non quia dubitarem, super omnibus negotiis melius atque rectius olim provisum et quae converterentur in deterius mutari, sed nimio amore antiqui moris studium meum extollere vide-rer* (Ann., 14, 13). Ma la tradizione non è la sola componente dell'esperienza giuridica romana: il rinnovamento e il progresso ne sono anch'essi fattori fondamentali. « Perciò il diritto romano offre l'esempio più mirabile di continuità e del più tenace conservatorismo, ed insieme quello di uno sviluppo rapido, travolgente. Nella felice armonia di queste due caratteristiche antitetiche sta, come ben vide il Savigny e poi il Ihering, tutta la forza e l'eccellenza del diritto romano. La tradizione giuridica è mantenuta ferma, mentre d'attorno è tutto un movimento di forze e di mezzi, che tracciano e segnano nuove direttive, preparando il nuovo diritto » (Riccobono, in *Annali Palermo*, X, V (1930), p. 415).

II

LA DOTTRINA DELLA MORA
NEL PENSIERO DEI GIURECONSULTI CLASSICI
(DA ADRIANO AGLI ANTONINI)

Il secondo secolo dell'Impero romano inizia felicemente con l'opera poderosa di giureconsulti, i quali imprimono alle conquiste raggiunte dall'età precedente una ulteriore spinta ascensionale in ogni campo del pensiero giuridico: ciò che costituisce il risultato più concreto e l'espressione più fulgida di quella particolare fase storica dell'età del Principato, che anche nel campo politico e amministrativo raggiunge il suo apogeo.

La giurisprudenza classica di questo periodo ci appare nel fulgore della raggiunta maturità, nella pienezza consapevole del suo valore, nella ricchezza seconda di nuovi risultati. Con una progressione lenta, ma costante ed organica, l'antica giurisprudenza repubblicana e del primo secolo è venuta preparando le basi dei tempi nuovi. Il seme deposto nei secoli precedenti, alimentato dalla forza di una potente e preziosa tradizione, ha dato i suoi frutti. « La certezza dell'alta metà raggiunta è ora rivelata intera dalla durata storica »⁽¹⁾.

(¹) Riccobono, *La definizione del ius ad tempo di Adriano*, in *Annali Palermo*, 20 (1949), p. 92; *Id.*, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione dal dir. rom.*, in *Scritti C. Ferrini* (Milano, 1946), p. 22: « Io dico fermamente che non si può fare una distinzione così netta tra l'opera degli antichi e quella dei giuristi

Nello sviluppo ulteriore della dottrina della mora, i contributi di giuristi, come Celso, Giuliano, Pomponio, Marcello, rappresentano le pietre miliari di un cammino che, iniziato dai *Veteres*, non ha mai subito interruzioni.

I. — GIUVENZIO CELSO (*FILIUS*)

Il pensiero di Giuvenzio Celso sulla mora è una eloquente espressione del carattere dell'uomo e del valore del giurista ⁽²⁾. Scrittore chiaro ed acuto, originale ed estroso, mordace e passionale ⁽³⁾, profondamente convinto che il diritto non è solo forma, ma sostanza viva del tessuto sociale, egli riassume l'essenza intima del *ius* nella celebre definizio-

dell'Impero. Gli uni e gli altri costituiscono come una corporazione che ha lavorato intensamente con continuità e costanza con gli stessi mezzi e metodi, portando gradualmente un forte contributo allo sviluppo del diritto. E se questo è vero, deve poi ammettersi che il merito di avere promosso grandemente ed elevato a grande altezza il diritto e la scienza del diritto spetti comparativamente più alla giurisprudenza del I e II secolo che ai giuristi più antichi. Questo per altro è ovvio e fu sempre riconosciuto; a meno che non si voglia ammettere una grande decadenza nel periodo di Augusto, di cui non abbiamo assolutamente nessun indizio. I giuristi a cominciare da Labeone non solo operarono coi mezzi e coi metodi che avevano usato i predecessori, ma li accrebbero, li raffinarono sotto ogni aspetto, ricavandone risultati sempre più larghi e più perfetti, come scaturivano dalla più lunga esperienza e dalla accurata e ripetuta elaborazione d'ingegni eletti.

⁽²⁾ Sulla vita di GIUVENZIO CELSO vedi KUNKEL, *op. cit.* p. 146; sulla sua opera vedi SCHULZ, *History*, cit., p. 229 ss.; STELLA MARANCA, *Intorno ai frammenti di Celso* (Roma, 1915).

⁽³⁾ Vedi la famosa *quaestio domitiana* in D. 28, 7, 27: su cui APPLETON, *Quaestio domitiana*, in *Mél. Girard* (1912), p. 1 ss.; RICCOBONO, voce *Iurisprudentia*, in *Novissimo Digesto It.*, § 21 f.

ne: *ius est ars boni et aequi* ⁽⁴⁾. Alla luce di questo principio va vista e valutata la sua dottrina sulla mora, applicazione coerente e palpante della sua concezione del diritto.

Si nota nei frammenti, che passiamo ad esaminare, la freschezza espressiva, l'acutezza del pensiero e l'intima immedesimazione che, insieme e ad un tempo, innalzano la giurisprudenza ad arte, quasi a creazione spontanea, ed a scienza, intesa come razionale conoscenza.

Si può ben dire che la dottrina della mora di Celso scaturisca integralmente dall'equità. E' l'equità, infatti la base ed il fondamento della *purgatio morae* e della *mora creditoris*. La dottrina della *purgatio*, soprattutto, esprime efficacemente il concetto che Celso ha della scienza giuridica: non esercizio di vuote formule rigide e di superfluità logiche, ma sana interpretazione del sentimento giuridico e costante adeguazione del diritto alle esigenze della vita sociale. Esempio mirabile ne sia D. 45, 1, 91, 3: *Et Celsus adu-escens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho 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.*

⁽⁴⁾ RICCOBONO, *La definizione*, cit., p. 63: « La definizione del *ius* data da Celso, vissuto sotto Adriano, è la conclusione del grande movimento del diritto compiutosi nel corso di più di quattro secoli. Nel suo significato sostanziale essa rappresenta il *ius* immediata espressione della vita del popolo, fondato su elementi naturali, che si riscontrano in tutte le azioni umane, che tendono al conseguimento di fini determinati. E' questa la *veritas* posta in evidenza dall'anonimo autore *ad Herennium* (II, 13, 20). E la *veritas* è pure elemento essenziale della *fides*, nella spiegazione che ne dà Cicerone (*de off.* I, 7). Perciò tra *bona fides* e *bonum et aequum* esiste un'affinità, la quale è sostanziale, fondata sulla *veritas*, elemento comune alle due espressioni ».

Passiamo ad esaminare i frammenti, secondo l'ordine seguente: costituzione in mora del debitore (D. 42, 1, 11); natura e limiti della *purgatio morae* (D. 45, 1, 91, 3; D. 4, 8, 23 pr.); *mora debitoris* nelle clausole penali (D. 4, 8, 21, 12; D. 4, 8, 22; D. 4, 8, 23 pr.); requisiti ed effetti della *mora creditoris* (D. 19, 1, 38, 1; D. 4, 8, 23, 1; D. 4, 8, 23, 3). Per D. 45, 1, 14 (Pomp. 5 *ad Sab.*) si rinvia alla trattazione di Pomponio.

Il primo testo tratta della costituzione in mora del debitore, nel caso di una stipulazione con termine prestabilito. Celso, nei suoi *Digesta*, applica il principio generale più volte rinvenuto nei diversi frammenti, secondo cui l'adempimento deve avvenire alla scadenza del termine fissato: l'inosservanza del termine contrattuale importa la costituzione in mora del debitore.

D. 42, 1, 11 (Celsus 5 *dig.*): *Si Kalendis fieri aliquid stipulatus sum, nempe quandocumque post Kalendas accepto iudicio tanti tamen aestimanda lis est, quanti interfuit mea Kalendis id fieri: ex eo enim tempore quidque aestimatur quod novissime solvi poterit.*

Il problema centrale, che sorge dall'esame del testo, è quello di stabilire la natura del termine (*Kalendae*), inserito nella stipulazione, avente ad oggetto *aliquid fieri*. In generale il termine può essere, difatti, inserito *solutionis causa* ovvero *petitionis causa*. Nella prima ipotesi indica il giorno in cui il debitore deve adempire, nella seconda indica, invece, il giorno prima del quale il creditore non può chiedere al debitore l'adempimento.

Ne deriverebbe secondo una dottrina dominante nel secolo XIX⁽⁵⁾, che in questo secondo caso il debitore non

⁽⁵⁾ Secondo il NANI, in *Archivio Giuridico*, vol. XI, (1873), p. 216, «la mora si ha soltanto dopo che il creditore ha interpellato inu-

sarebbe costituito in mora, finchè il creditore non effettui la *interpellatio*. Decisivo per decidere il problema della natura del termine, nonchè quello della costituzione in mora, è il fatto che l'*aestimatio* dell'inadempimento tempestivo viene riferita, nel frammento, alle calende (*quod novissime solvi poterit*) e non al giorno della *interpellatio*⁽⁶⁾. In conclusione, nel caso di termine previsto dalle parti, il debitore è costituito in mora alla scadenza, ed in riferimento ad essa occorre effettuare l'*aestimatio*.

* * *

Particolare interesse assumono, nel pensiero di Celso, alcuni testi relativi alla *purgatio morae*. Il problema giuridico dell'efficacia dell'offerta posteriore alla mora, chiaramente formulato ma non risolto scientificamente dalla giurisprudenza del primo secolo, viene affrontato con vigorosa forza analitica e costruttiva da Celso. Il grande giurista, conformemente alla sua idea centrale sul diritto e sulla scienza giuridica, prescinde dalla formulazione di un principio fornito di generale validità, limitandosi ad individuare la natura specifica del problema: *quaestio de bono et aequo*.

Il problema è, quindi, giuridicamente e scientificamente risolto: non con formule schematiche o con una legge generale, ma piuttosto con il ricorso al principio di *aequitas*, che importa la necessità di esaminare la concreta fatispecie prima di attribuire efficacia estintiva alla *oblatio*.

tilmente il debitore». Per la letteratura più antica e per la illustrazione della regola: *dies interpellat pro homine*, vedi MONTEL, *op. cit.* p. 97 ss. Su D. 42, 1, 11 v. anche ASTUTI, *Il costituto di debito*, I (Napoli, 1937), p. 35 ss.

⁽⁶⁾ Così MONTEL, *op. cit.*, p. 111 ss.

Da una simile soluzione del problema discende logicamente che l'ammissibilità della *purgatio morae* dipende dalle circostanze particolari (oggettive e soggettive) del rapporto giuridico.

In forza della predetta impostazione del problema, la *purgatio morae* con Celso entra nel patrimonio della scienza giuridica con una sua fisionomia, anche se con contorni ancora imprecisi.

Sarà Marcello a dare una definitiva organizzazione alla materia ed una più rigorosa formulazione scientifica all'istituto, dominando e sintetizzando, con il suo acuto pensiero, l'esperienza precedente.

Iniziamo l'esame esegetico dal ben noto D. 45, 1, 91, 3, contenente la determinazione della natura della *quaestio* e la relativa soluzione dottrinale, per integrarne poi l'insegnamento con un altro frammento, ove appare una particolare applicazione del principio.

D. 45, 1, 91, 3 (Paulus 17 ad Plautium): *Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho 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.*

La prima parte del testo è stata illustrata, svolgendo il pensiero dei *Veteres* e quello di Plauzio. Quest'ultimo, dopo aver distinto l'inadempimento dal semplice ritardo, poneva il problema se l'offerta tardiva estinguesse la mora: se fosse cioè da ammettere la purgazione o emendazione della mora (7). Plauzio, purtroppo, non dà — come si è

(7) Secondo il Mommsen, *Beiträge*, 3, p. 344, n. 8, la *quaestio* verterebbe non già sulla purgazione, ma sulla necessità o meno dell'offerta, come fatto positivo.

detto — una soluzione al problema, almeno allo stato attuale del frammento. Ma l'*haesitatur* presuppone di certo un dibattito di idee sul problema. Ora, il primo a dare una soluzione motivata e giuridicamente fondata della *quaestio* fu verosimilmente proprio Celso, citato da Paolo, nella seconda parte del frammento. Grazie al riferimento del giurista dell'età dei Severi noi conosciamo sia il principio giuridico su cui poggia la dottrina di Celso, sia un suo responso sopra un caso particolare.

Il principio giuridico è racchiuso nella frase: — *esse enim hanc quaestionem de bono et aequo* —, con la quale viene precisata la natura ed enunciati, al tempo stesso, i criteri per la soluzione del problema della *purgatio morae*. Il prudente apprezzamento di tutte le circostanze obbiettive e subbiettive costituisce, a parere di Celso, il fondamento dell'emendazione della mora. Quale esempio del principio, Paolo riferisce un responso giovanile (si giustifica così la passionalità della polemica) dello stesso Celso in materia di *stipulatio*: *Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo.* L'offerta integrale (lo si deduce logicamente) della prestazione (*hominem*) è, in questo caso, alla base della estinzione della mora. Il creditore, infatti, non avrebbe motivo di pretendere l'ulteriore sopravvivenza dell'obbligazione, qualora il debitore offra l'oggetto senza recargli danno alcuno. L'offerta può estinguere la mora, nei *iudicia stricta*, solo attraverso una *exceptio*: si tratta, come ha affermato il Guarneri Citati (8), di un «temperamento al rigore del diritto» in tutte quelle ipotesi in cui l'offerta, riconosciuta regolare, lo suggerisce.

(8) Il Guarneri Citati, *Contributi*, cit., p. 230, n. 1, sospetta il termine *emendare*, che il Boháček, in *Annali Palermo*, XI, p. 369, per contro, ritiene genuino.

(9) *Op. cit.*, p. 230.

La dottrina di Celso è, invero, rivoluzionaria rispetto ai principi del *ius civile* e ben si comprende come essa non fosse pienamente condivisa al suo tempo, ma anzi vivacemente contrastata. La frecciata lanciata contro gli avversari (*plerumque*) della sua opinione spiega l'*haesitatur* della prima parte: esso «ci richiama ad una concezione più rigorosa ed antica» (¹⁰), combattuta da Celso col vigore e la decisione di chi vede la scienza giuridica non già nelle astrazioni logiche e nelle generalizzazioni esiziali (*perniciose*), ma sibbene nella interpretazione del sentimento giuridico e nella giusta valutazione della complessa e multiforme realtà giuridico-sociale. I criteri informatori della dottrina di Celso trovano applicazione in un frammento concernente gli effetti dell'offerta tardiva nella *poena compromissi* (¹¹).

D. 4, 8, 23 pr. (Ulp. 13 ad ed.): *Celsus ait, si arbitrer 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. Contra, ubi dumtaxat dare iussus est.*

Celso, secondo quanto riferisce Ulpiano, si occupa di una fattispecie concreta: l'offerta tardiva della prestazione, oggetto della sentenza arbitrale. Il problema consiste nello stabilire se l'offerta di eseguire la sentenza abbia o meno effetti estintivi sulla mora, se cioè il debitore possa evitare il pagamento della pena, mediante l'esecuzione della sentenza arbitrale.

(¹⁰) GUARNERI CITATI, *Contributi*, cit., p. 230.

(¹¹) Sul frammento torneremo in seguito, trattando della *mora debitoris* nelle clausole penali.

Celso, a tale scopo, distingue due ipotesi, a seconda che la sentenza dell'arbitro abbia fissato o meno un termine per l'adempimento. Nel primo caso, se il creditore non accetta la prestazione tardiva, l'offerta non potrà avere effetti estintivi, *quoniam semper verum est intra Kalendas datum non esse*; se, invece, la prestazione viene accettata, il creditore sarà respinto (*removendus*) con una *exceptio doli*.

Nella seconda ipotesi (*contra, ubi dumtaxat dare iussus est*) (¹²), mancando un termine tassativo, l'offerta sarà considerata tardiva, e quindi non liberante, solo se non avvenga entro il termine del *modicum spatum* o abbia, comunque, leso l'interesse del creditore alla pronta esecuzione della prestazione (D. 4, 8, 21, 12 e 22).

In conclusione, il caso della *poena compromissi* dimostra come il problema dell'emendazione della mora sia da risolvere tenendo conto di tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi del caso concreto.

* * *

Il pensiero di Celso sulla *mora debitoris* nelle clausole penali può desumersi con sufficiente esattezza dai seguenti testi:

D. 4, 8, 21, 12 (Ulp. 13 ad ed.): *Intra quantum autem temporis, nisi detur quod arbiter iusserit, committatur stipulatio, videndum est. Et si quidem dies adiectus non sit, Celsus scribit libro secundo digestorum inesse quoddam modicum tempus: quod ubi praeterierit, poena statim peti po-*

(¹²) La frase *contra, ubi dumtaxat dare iussus est* è ritenuta interpolata dal GUARNERI CITATI, in *BIDR*, 32, p. 255. *Contra FREZZA, Le garanzie*, cit., p. 329.

test : et tamen, inquit, et si dederit ante acceptum iudicium, agi ex stipulatu non poterit :

D. 4, 8, 22 (Paulus 13 ad ed.): *utique nisi eius interfuerit tunc solvi.*

D. 4, 8, 23 pr. (Ulp. 13 ad ed.): *Celsus ait, si arbitrer 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. Contra, ubi dumtaxat dare iussus est.*

Del terzo frammento⁽¹³⁾ ci siamo poc'anzi occupati per la ricostruzione della *purgatio morae*. Ora è opportuno esaminarlo in funzione della costituzione in mora e degli effetti della *mora debitoris*, nelle clausole penali. I tre frammenti presentano delle indubbiie difficoltà di interpretazione⁽¹⁴⁾. Una manipolazione formale può essere certo possi-

bile, specie nel senso di qualche eventuale accorciamento o sunto. Tuttavia il pensiero di Celso affiora dal loro insieme. Il giurista considera le due ipotesi di sentenza: *cum die* e *sine die*. Nel primo caso la costituzione in mora del debitore e la conseguente *commissio poenae* coincide con la scadenza del termine, conformemente ad un criterio logico consolidato nella giurisprudenza precedente. Nel secondo caso invece, poichè *poena statim peti potest*, la costituzione in mora avviene anch'essa *statim*, non nel senso stretto della parola, ma nel senso ampio, comprensivo di un *quoddam modicum tempus*.

Come si vede, Celso adopera lo *statim* in senso logico e non meramente verbale, riallacciandosi ad una tradizione scientifica iniziata da Quinto Mucio Scevola e continuata da Sabino⁽¹⁵⁾.

Il *quoddam modicum tempus* trova, invero, spiegazione « nella tendenza umanitaria che muoveva l'interpretazione celsina dello *statim* . . . raccolta e slabbrata nella prassi postclassica e giustinianea in materia di *mora solvendi* »⁽¹⁶⁾.

In base a questi principi il debitore è costituito in mora solo quando trascorso il *modicum tempus*, l'esecuzione della sentenza pregiudicherebbe gli interessi del creditore *tunc solvi*. Di conseguenza il debitore può adempiere, come li-

⁽¹³⁾ Il testo, da *licet* in poi, è ritenuto interpolato dall'ALBERTARIO, *Contributo alla critica del Digesto*, p. 14; KRÜGER, *ad h. l.* Per contro il FERRINI, in un lavoro dedicato alla costruzione giustinianea *licet...attamen*, in *BIDR*, 14 (1901) p. 218, rilevando nel nostro testo l'uso classico del *licet* congiuntivo, ha ritenuto che l'alterazione consista solo nella formale sostituzione di *attamen* all'originario *tamen*.

Il testo è ritenuto sostanzialmente genuino dal BERGER, *Strafklauseln*, p. 213 n. 6. Per il GUARNERI CITATI, in *BIDR*, 32, p. 249 ss., il testo è alterato solo nel tratto finale *sin autem...iussus est*. Per la genuinità vedi FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 327 ss.

⁽¹⁴⁾ I Compilatori inserirono il fr. 22 di PAOLO fra i due testi di ULPIANO, ma non hanno alterato il senso originario del pensiero di Celso. Il principio dell'interesse *tunc solvi*, che vi affiora, ben poteva essere considerato dal giurista classico. In tal senso

cfr. FREZZA, *op. cit.*, p. 327 ss. Il GUARNERI CITATI (*BIDR*, 32, p. 253), pensa che la menzione dell'interesse possa essere genuina (l'interesse *tunc solvi* poteva essere fatto valere, secondo l'autore, mediante una *replicatio doli*), ma non lo sarebbe altrettanto la funzione cui è rivolta: limitare l'esperibilità dell'azione al caso di danno causato dalla mora.

⁽¹⁵⁾ MUCIO e SABINO impiegano, infatti, il termine *confestim* anzichè *statim*, ma sempre in un senso ampio, come si è a suo tempo detto.

⁽¹⁶⁾ Il FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 329. *Modicum tempus* è considerato compilatorio dal GUARNERI CITATI, in *BIDR*, 32, p. 251 ss.; vedi pure TALAMANCA, *Sul compromissum*, cit., p. 90.

mite ultimo, prima della *litis contestatio*, sempre che il creditore non dimostri che l'esecuzione debba considerarsi tardiva.

* * *

Ultimata l'indagine sulla *mora debitoris*, passiamo ora all'esame dei frammenti concernenti la *mora creditoris*: D. 19, 1, 38, 1; D. 4, 9, 23, 1 e 3.

Il primo, ricavato dal libro 8 dei *Digesta* di Celso, è stato già illustrato trattando del pensiero dei giuristi repubblicani Sesto Elio e Livio Druso.

D. 19, 1, 38, 1 (Celsus 8 dig.): *Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.*

Qui basti richiamare l'attenzione sull'atteggiamento di Celso rispetto all'opinione dei due giuristi repubblicani: *quod et mihi iustissima videtur esse sententia*. La calorosa approvazione acquista il giusto rilievo ove si pensi sia al motivo dominante del pensiero di Celso (*ius est ars boni et aequi*), sia alla progressiva estinzione del principio dell'abbandono dell'oggetto dovuto ed al correlativo affermarsi del principio della responsabilità del debitore per colpa (come si vedrà meglio trattando della dottrina di Pomponio), dopo la *mora creditoris*.

Attraverso una lenta evoluzione, non compiutamente rilevabile dalle fonti, si viene affermando l'obbligo del debitore di evitare il pregiudizio economico delle ragioni del creditore, cui corrisponde logicamente l'affermazione dell'obbligo del creditore di risarcire al debitore le spese (cibarie, nel caso in esame) incontrate a causa del protrarsi del vincolo obbligatorio, dopo la mora del creditore.

Nel corso di vari secoli, grazie alla costante maturazione della coscienza giuridica, un nuovo principio, ispirato al giusto equilibrio dei rapporti patrimoniali, viene decisamente affermando sui rigidi principi scaturiti dalla precedente esperienza.

Interessanti, per l'evoluzione della dottrina, sono due frammenti relativi alla mora del creditore nelle clausole penali.

D. 4, 8, 23, 1 (Ulp. 13 ad ed.): *Idem (Celsus) ait, si iusserit me tibi dare et valetudine sis impeditus, quo minus accipias, aut alia iusta ex causa, Proculum existimare poenam non committi, nec si post Kalendas te parato accipere non dem. Sed ipse recte putat duo esse arbitrii praecepta, unum pecuniam dari, aliud intra Kalendas dari: licet igitur in poenam non committas, quod intra Kalendas non dederis, quoniam per te non stetit, tamen commitis in eam partem, quod non das.*

D. 4, 8, 23, 3 (Ulp. 13 ad ed.): *Idem Celsus ait, si arbiter me tibi certa die pecuniam dare iusserit, tu accipere nolueris, posse defendi ipso iure poenam non committi.*

I due passi, tratti dal libro 13 ad *Edictum* di Ulpiano, offrono la possibilità di valutare, integrandoli a vicenda, il pensiero di Celso, sia in rapporto al pensiero di Proculo, citato nel frammento 23, 1 (già noto), sia in rapporto al pensiero di Servio Sulpicio Rufo, cui si rifà Proculo. Quest'ultimo, applicando al *compromissum* il principio serviano *si per stipulatorem stetit, quo minus accipiat non committi poenam*, ritiene che la pena non si commetta nell'ipotesi di impossibilità del creditore, *valetudine impeditus*, di accettare l'esecuzione della sentenza.

La dottrina di Servio e Proculo non è del tutto condivisa da Celso, il cui diverso orientamento si può ricavare tanto dalla seconda parte di D. 4, 8, 23, 1 (*sed ipse recte*

putat . . .), quanto dal *posse defendi ipso iure poenam non committi* del D. 4, 8, 23, 3.

Nel primo testo il ragionamento di Celso, riferito da Ulpiano, è basato sulla *distinctio* fra i *duo arbitri praecepta: pecuniam dari e pecuniam intra Kalendas dari* (17). Ora, se in seguito all'impossibilità di *accipere* per *iusta causa*, entro il termine previsto dall'arbitro, il creditore decade dall'*actio ex stipulatu* per chiedere la pena, non è certo giusto che egli debba rinunciare anche alla *pecunia*, oggetto della sentenza. In altri termini, Celso intende evitare che lo *stipulator, valetudine impeditus*, debba rinunciare alla possibilità, di ottenere l'esecuzione della sentenza permettendo, così, al promissore di trarre un ingiusto vantaggio.

Il pensiero di Celso va completato con l'insegnamento ricavabile dal secondo frammento, in cui la fatti-specie non è data dalla *valetudo* del creditore, come nel primo caso, ma sibbene dal rifiuto ingiustificato di accettare la prestazione. Si capisce, in conseguenza, come non ricorrono più i motivi che suggerivano a Celso, nell'ipotesi di impedimento, una opportuna tutela delle ragioni del creditore. Alla luce di queste considerazioni appare chiaro il significato del *posse defendi ipso iure poenam non committi*. Le frase assume il valore di adesione ad un aspetto della dottrina di Servio e Proculo compatibile con le esigenze dell'*aequitas* (18).

(17) Il FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 345, scorge una corrispondenza fra le due forme di responsabilità contenute nel preceitto arbitrale e le due diverse figure di stipulazioni penali (propria ed impropria) distinte in D. 45, 1, 115, 2.

(18) In tal senso vedi FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 346 ss., il quale così si esprime: «La consapevole volontà del creditore, che rifiuta la prestazione (nell'altro caso non la rifiutava, ma non poteva riceverla a tempo debito perché *valetudine impeditus*), conduce Celso ad affermare che in questo caso poteva essere accettata

In conclusione, solo nel caso di volontario rifiuto da parte del creditore, Celso aderisce al pensiero di Servio e Proculo, non anche nell'ipotesi di giustificata impossibilità di accettazione della prestazione offerta dal debitore.

2. — SALVIO GIULIANO

I frammenti, che conservano e documentano aspetti del pensiero di Salvio Giuliano sulla mora, permettono di tracciare un quadro d'insieme della sua dottrina (19).

senza riserve l'opinione messa innanzi da Servio e ricevuta dai *Veteres* ».

Una diversa interpretazione del *posse defendi* ha dato il GUARNERI CITATI (BIDR, 32, p. 260), il quale ha pensato che la frase «dimostra che si è ancora in un periodo di transizione nel quale la nuova opinione si va facendo strada, senza che tuttavia si ripudi come assurda l'antica». L'opinione antica, di cui parla l'autore, sarebbe rappresentata dall'idea di considerare la pena commessa in ogni caso, anche nell'ipotesi di dolo del creditore. Le conseguenze di questa rigida opinione sarebbero state eliminate, in concreto, dalla concezione di una *exceptio doli* al promissore. La nuova opinione, viceversa, risalente a Servio, importerebbe la mancata commissione della pena nel caso di *mora accipiendo*.

(19) Tralasciamo l'esame di due testi, in cui ricorre il termine *mora*, giacchè si riferiscono alla materia dei diritti reali, nei confronti dei quali si può parlare solo di contumacia, come è stato più volte detto, e non di mora nel senso tecnico di ritardo nell'adempimento di una obbligazione. Sui due frammenti cfr. PERNICE, *Labeo*, II, 2 p. 21 ss.; CHIAZZESE, *Iusiurandum*, cit., p. 57 e 107. Il primo frammento è il seguente: D. 6, 1, 17, 1 (Ulp. 16 ad Ed.): *Idem Iulianus eodem libro scribit, si moram fecerit in homine reddendo possessor et homo mortuus sit, et fructuum rationem usque ad rei iudicatae tempus spectandam esse. Idem Iulianus ait non solum fructus, sed etiam omnem causam praeslandam: et ideo et partum venire in restitutionem et partuum fructus. Usque adeo autem et causae veniunt, ut Iulianus libro septimo scribit, si per eum servum*

Giurista equilibrato, chiaro e profondo, egli rappresenta una delle figure che più efficacemente contribuirono all'evoluzione della teoria e dell'istituto della mora. Avverso alle radicali ed ingiustificate novità, propenso ad accettare le idee altrui, allorchè rispondessero ad obbiettive esigenze ed a razionali impostazioni, cercò di superare ardитamente e con grande spirito di concretezza e di sensibilità giuridica posizioni, concezioni ed idee contrastanti con la esigenza della logica giuridica e con il sentimento dell'equità ⁽²⁰⁾.

possessor adquisierit actionem legis Aquiliae, restituere cogendum. Quod si dolo malo ipse possessor desierit possidere et aliquis homine iniuria occiderit aut praetium hominis actiones suas praestare cogetur, utrum eorum voluerit actor, sed et fructus, quos ab alio possessore percepit, restituere eum oportet: lucrum enim ex eo homine, qui in lito esse coepit, facere non debet, sed fructus eius temporis, quo tempore possessus est ab eo qui evicerit, restituere non debet; sed quod dicit de actione legis Aquiliae, procedit, si post litem contestatam usucepit possessor, quia plenum ius incipit habere.

Il caso considerato da GIULIANO nei suoi *digesta* e riferito da ULPIANO riguarda un'ipotesi particolare: *l'arbitratus de restituendo*. In seguito all'obbligo di restituzione di uno schiavo, imposto al debitore, il possessore non adempie tempestivamente (*contumacia*); successivamente il servo muore, con la conseguenza della mancata liberazione da parte del possessore, sia pure di buona fede, che non ha adempito *l'arbitratus de restituendo*. Disputata è la natura e il contenuto dell'obbligo di restituzione. Vedi per i diversi punti di vista, SIBER, *Röm. Recht*, 2, p. 241 ss.; KASER, *Restituere*, cit., p. 9; ID., in ZSS, 51, p. 118; LEVY-KRÜGER, in ZSS, 36, p. 32 n. 1; NIEDERMEYER, *op. cit.* p. 436. Sul testo vedi pure BONFANTE, *Corso-La proprietà*, I, p. 304. Sul secondo frammento, D. 6, 1, 33 (Paul. 21 ad ed.) rinviamo ai rilievi fatti nell'esaminare il pensiero di TREBAZIO.

⁽²⁰⁾ Sulla vita e sull'opera di SALVIO GIULIANO vedi, fra i più recenti contributi, KUNKEL, *Herkunft*, cit., p. 157; REGGI, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano* (estratto da *Studi Parmensi*, 1953); STEIN, *Julian and liability for loss suffered in the execution of a contract in roman law*, in *Betterworths S. A. Law*

Queste sintetiche note, suggerite da esplicite attestazioni delle fonti, risultano adeguatamente motivate da alcuni frammenti, che possono fungere da inquadramento generale della materia e valgono a porre in primo piano i contributi specifici del pensiero giuliano alla dottrina della mora.

Confermano l'avversione di Giuliano per innovazioni radicali, non sostenute da solide basi logiche, i frammenti D. 45, 1, 56, 8 e D. 2, 14, 54, nei quali il Compilatore dell'editto, forse in opposizione a Servio Sulpicio Rufo, ritiene inefficaci, rispetto alla mora, tanto la stipulazione novatoria condizionale, quanto il *pactum de non petendo*. Giuliano, infatti, osserva che la novazione condizionale non è efficace sino al verificarsi della condizione e non può, in conseguenza, esplicare alcun effetto sulla mora. Il *pactum de non petendo* offre al debitore solo una *exceptio*, ma non influisce né sulla esistenza della obbligazione, né sulla mora.

Il ragionamento di Giuliano, se coglie un'insufficienza del pensiero di Servio, il quale non aveva dato una rigorosa dimostrazione e una adeguata motivazione della sua opinione, non tiene conto, d'altra parte, dell'intrinseca natura delle convenzioni successive, che manifestano la specifica volontà delle parti di rinunziare agli effetti giuridici del precedente rapporto.

L'opinione giuliana, predominante nel periodo di Adriano ⁽²¹⁾, sarà felicemente superata, come vedremo, da Marcello.

La predilezione per la logica giuridica, che spinge Giuliano a ripudiare la teoria della novazione con effetti immediati, lo induce ad aderire alla teoria celsina della *pur-*

Review in mem. JOLOWICZ (Durban, 1956), p. 64 *SERRAO, Il giurista Salvio Giuliano nell'iscrizione di Thuburbo maius*, in *Atti III Congr. Inter. Epigraf.* (1959), p. 395 ss.; *GUARINO, Alla ricerca di Salvio Giuliano*, in *Labeo*, 5 (1959), p. 67 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. BOHÁCEK, *op. cit.* p. 346.

gatio morae, solidamente sorretta da una razionale impostazione di principio ed ancorata all'equità, quale fonte del *ius*.

Equità e logica giuridica sono, infine, le fonti alle quali Giuliano attinge nell'estendere ai legati obbligatori i principi della mora in materia di fedecommissi e nell'ammettere sia pure con limitati effetti, il deposito pubblico o giudiziario, quale mezzo di liberazione dall'obbligazione.

Premessi questi rilievi sulla dottrina della mora di Giuliano, passiamo all'esame delle singole fonti, secondo il seguente schema: requisiti e costituzione in mora del debitore (D. 50, 17, 63; D. 45, 1, 91, 2; D. 36, 1, 26, 2; D. 12, 1, 22); effetti *mora debitoris* (D. 13, 5, 23; D. 45, 1, 91, 6; D. 13, 4, 2, 8; Gai *Inst.*, 2, 280); *purgatio morae* (D. 45, 1, 91, 3; D. 45, 1, 56, 8; D. 2, 14, 54); mora nelle clausole penali (D. 4, 8, 21, 9; D. 36, 2, 19 pr.; D. 33, 9, 1); mora nelle obbligazioni condizionali (D. 35, 1, 24); requisiti ed effetti della *mora creditoris* (D. 16, 1, 37; D. 30, 84, 3; D. 45, 5, 47, 2).

* * *

Iniziamo con un gruppo di testi concernenti i requisiti e la costituzione in mora del debitore. A favore del requisito soggettivo della *mora debitoris* può essere addotto D. 50, 17, 63, in cui Giuliano enuncia una regola di diritto:

D. 50, 17, 63 (Iulianus 17 dig.): *Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere.*

Occorre notare che la massima, ricavata dal libro 17 dei *Digesta* di Giuliano, è inserita nelle Pandette sotto il titolo: *de diversis regulis iuris antiqui*. Il che pone un interrogativo preliminare, se cioè i Compilatori abbiano alterato il passo con l'utilizzarlo in un titolo a carattere gene-

rale. Il Montel ritiene che il frammento, originalmente riferentesi alla mora del marito, nell'adempimento della dote, abbia subito una generalizzazione per effetto della sua collocazione nel titolo dedicato alle regole di diritto (22).

L'osservazione circa l'originaria appartenenza del testo alla materia della dote trova riscontro nella *Palingenesia* del Lenel (23), ma la sua assunzione nel titolo delle *regulae* non presuppone necessariamente sostanziali modifiche, come del resto avverte lo stesso Montel. Onde si può concludere per la sostanziale attendibilità del testo, che assume così un grande rilievo per l'aspetto soggettivo della mora e presuppone un lento e continuo lavorio giurisprudenziale attorno alla responsabilità per il ritardo nell'adempimento.

Per tale via si veniva, intanto, fissando la necessità che la mora fosse un ritardo imputabile, non prodottosi, cioè, totalmente al di fuori da ogni partecipazione volontaria del soggetto.

Nelle fonti repubblicane e della prima età classica ricorrono, a questo proposito, sovente i termini dolo e colpa, quali coefficienti di graduazione della responsabilità. Attraverso questa attività interpretativa e dogmatica, si risalì a delle cristallizzazioni logico-schematiche, di cui è testimonianza il testo adottato da Triboniano.

Qualunque argomentazione voglia trarsi da «colpa» e «dolo», è certo che questi costituiscono storicamente tentativi e tappe di superamento del criterio oggettivo di attribuzione. Forse una regola generale non fu mai posta e, più attendibilmente, furono formulate singole *regulae* per classi di fattispecie. Così è da dire per D. 50, 17, 63. Giuliano enuncia un principio che attiene a tutte le ipotesi in cui il debitore, in buona fede, credendo di non essere ob-

(22) *Op. cit.*, p. 188 ss.

(23) *Palingenesia*, I, 365.

bligato, costringe il creditore a convenirlo in giudizio. C'è mora in questi casi?

Partendo da un criterio rigorosamente oggettivo, si dovrebbe dire di sì, perché il debitore non ha adempiuto la prestazione entro il termine. Senonchè Giuliano, sintetizzando forse un movimento interpretativo precedente in una formula assiomatica, esclude la mora nel caso che il debitore abbia agito *sine dolo malo*. Espressione che pone, evidentemente e senza possibilità di dubbio, in chiaro risalto la necessità che il debitore non abbia, biasimevolmente, agito a scopo dilatorio o desfatigatorio. In altre parole, la mora non sussiste solo se il debitore costringe, in buona fede, il creditore ad intentare l'azione, nell'onesto convincimento di non essere obbligato.

Ciò posto se ne deduce logicamente che il debitore sarà in mora solo se, accertato il suo obbligo, non adempia: infatti interverrebbe, allora, la piena conoscenza del vincolo.

Assodato questo risultato, occorre ora occuparsi di una questione di carattere logico formale e di natura terminologica, sollevata dal Kniep (24) e discussa dal Montel (25).

Il testo parla di un *provocare ad iudicium*, formula, questa, usata per indicare l'attività dell'attore, mentre qui viene riferita al debitore. Tale inconveniente indusse il Kniep ad avanzare l'ipotesi tanto originale, quanto aberrante, che il testo si riferisca alla contumacia dell'attore, presente e pronto il debitore.

Il chiaro significato di *provocare ad iudicium* esclude una siffatta interpretazione; invero sta ad indicare semplicemente, come già fu notato dalla Glossa, che il debitore ritiene di potersi difendere: *id est se defendendo* (26). Si

(24) *Die Mora des Schuldners*, I (Rostock, 1871), p. 341.

(25) *Op. cit.*, p. 188 ss.

(26) Cfr. CUIACIO, *Opera*, III, 8999, II 2170; MONTEL, *op. cit.*, p. 188, che dà all'espressione il significato tradizionale di «spingere al giudizio».

tratta, cioè, di una normale attività dell'attore, determinata e causata dal rifiuto scusabile del debitore di adempiere in via extra processuale, ritenendo che esistano validi motivi a sostegno dell'inesistenza del vincolo.

Concludendo, l'insegnamento di Giuliano si può così sintetizzare: il ritardo acquista valore di mora, quando il debitore *sa* di dovere adempiere e, dolosamente (*dolo malo*), non adempie (27).

Il principio, secondo cui il debitore non incorre in mora se ritarda in buona fede l'adempimento, subisce, nel pensiero di Giuliano, una deroga nel caso in cui l'erede renda temporaneamente impossibile la prestazione nell'ignoranza dell'obbligo impostogli dal testatore in un fedecomesso o in un legato. L'ipotesi si trova discussa nei seguenti due frammenti:

D. 45, 1, 91, 2 (Paulus 17 ad Plautium): *De illo quaeritur, an et is, qui nesciens se debere occiderit, teneatur: quod Julianus putat in eo, qui, cum nesciret a se petitum codicillis ut restitueret, manumisit.*

D. 36, 1, 26, 2 (Julianus 39 dig.): *Si quis filium suum ex asse heredem instituit et codicillis, quos post mortem filii aperiri iussit, fidei eius commisit, ut, si sine liberis decesserit, hereditatem suam sorori sua restitueret, et filius cum sciret, quod in codicillis scriptum esset, Stichum servum hereditarium testamento suo liberum esse iussit: heredes filii pretium eius servi sorori defuncti praestare debent libertate favore sui servata. Hoc amplius et si ignorasset filius codi-*

(27) Cfr. ARNÒ, *Perpetuatio*, cit., p. 13, che ricava dal testo lo insegnamento dell'irresponsabilità del debitore nell'ignoranza del vincolo.

*cillos a patre factos, nihilo minus heredes eius pretium prae-
stare debebunt, ne factum cuiusquam alteri damnum adferat.*

I frammenti si riferiscono espressamente all'ipotesi di inadempimento assoluto, ma è lecito ricavarne delle conclusioni per l'ipotesi della mora. Si è discusso delle ragioni dell'eccezionale *sententia* giulianea in netto contrasto con i principi che regolano la responsabilità del debitore. Il motivo è da vedere nel rispetto della volontà del testatore, il quale, ponendo un obbligo a carico dell'erede, ha diritto a che venga realizzato in ogni caso⁽²⁸⁾.

Al di fuori di questa ipotesi particolare torna ad assumere efficacia generale il principio della necessità della conoscenza del vincolo obbligatorio e della intenzionalità del ritardo per la configurazione della *mora debitoris*⁽²⁹⁾.

L'imputabilità del ritardo è di per sé costitutiva della mora e non occorre alcuna espressa e solenne richiesta del creditore (*interpellatio*), dovendo il debitore adempiere alla scadenza del termine previsto o, in mancanza, entro il termine desumibile dal contratto o dalla natura della prestazione, ovvero dopo la richiesta comunque fatta del creditore.

E' significativo in tal senso D. 12, 1, 22, già illustrato nella trattazione del pensiero di Sabino.

D. 12, 1, 22 (Iulianus 4 ex Minicio): *Vinum, quod
mutuum datum erat, per indicem petitum est: quaesitum est,
cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an
cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. Sabinus*

⁽²⁸⁾ Così MOMMSEN, *Die Mora*, cit., p. 352 ss.; MONTEL, *op. cit.* p. 173.

⁽²⁹⁾ Secondo l'ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., p. 16 ss., il principio giulianeo sui legati e i fedecommissi, espressione saliente della responsabilità obbiettiva, corrisponderebbe ad una direttiva ampiamente seguita dalla giurisprudenza classica.

*respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti
tunc fuisset; si dictum non esset, quanti tunc fuisset, cum
petitum esset. Interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat,
respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo
loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.*

* * *

In materia di effetti della *mora debitoris*, tre interessanti frammenti forniscono sufficienti elementi per valutare il pensiero di Giuliano, tanto nel campo nei negozi di stretto diritto, quanto in quello dei negozi di buona fede.

La mora produce come conseguenza normale e diretta la *perpetuatio obligationis*, qualunque sia la natura del rapporto da cui sorge l'obbligazione. Per effetto della *perpetuatio* l'obbligazione, in caso di perimento dell'oggetto, non si estingue, ma perdura come se la prestazione fosse ancora possibile.

Partendo da queste premesse di ordine logico-giuridico, Giuliano ritiene che l'obbligazione, già perpetuata dalla mora, possa essere oggetto di stipulazione di garanzia e di stipulazioni novatorie.

All'assunzione di garanzie mediante *constitutum debiti*⁽³⁰⁾ si riferisce il frammento:

D. 13, 5, 23 (Iulianus 11 dig.): *Promissor hominis homi-
ne mortuo, cum per eum staret quo minus traderetur, essi*

⁽³⁰⁾ Sul *constitutum debiti*, vedi ASTUTI, *Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento*, I e II (già citati); ROUSSIER, *Le Constitut*, in *Varia-Études de droit romain* (Sirey, 1958), su cui BURDESE, in *IURA*, 10, (1959), p. 216; FREZZA, *Questioni esegetiche, e sistematiche in materia di constitutum debiti*, in *Studi in memoria di G. B. Funaioli* (Milano, 1962).

hominem daturum se constituerit, de constituta pecunia tenetur, ut pretium eius solvat.

Il passo ha destato sospetti nella letteratura critica, perché presenta il caso singolare di un *constitutum debiti*, avvenuto per oggetto uno schiavo. E' noto, infatti, che nel diritto classico potevano formare oggetto di *constitutum* soltanto somme di danaro e cose fungibili.

Questa circostanza farebbe pensare che il caso considerato da Giuliano sia stato alterato dai Compilatori (31). L'idea dell'alterazione, ammissibile a prima vista, sbiadisce ad un attento esame della fattispecie. Il servo, oggetto dell'obbligazione, è infatti già morto e solo per una finzione si considera come ancora in vita (*perpetuatio*), ai fini dell'esperibilità dell'azione: *effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit* (D. 45, 1, 91, 6). Deriva da ciò che l'oggetto specifico del *constitutum*, nel caso esaminato, è rappresentato solo formalmente dallo schiavo, mentre sostanzialmente è dato dal suo valore economico: *aestimatio rei o pretium* (32).

(31) Il KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Abhandlungen zum röm. Staats- und Privatrecht*. III. *Über constituta pecunia* (Stuttgart, 1885), p. 251 ss., ritiene che GIULIANO abbia scritto « *etsi pretium daturum se constituerit, de constituta pecunia tenetur* » anzichè « *etsi hominem.. solvat* ». Nello stesso senso vedi GRADENWITZ, in ZSS, 34 (1913), p. 269. Il KAPPEYNE è seguito dall'ASTUTI, *Studi*, cit., II, p. 178: « al riguardo sono io pure propenso ad ammettere con KAPPEYNE che si debba leggere *pretium* ».

(32) Cfr. Voci, *Risarcimento*, cit., p. 33, il quale giustamente rileva che, « sarebbe stato farisaico negare la validità del patto in omaggio alla finzione della *perpetuatio* ». Anche l'ASTUTI, *Studi*, II, p. 184 pone in evidenza il caso specialissimo, contemplato da Giuliano: « Invero da un canto il debitore più non avrebbe potuto prestare se non la *aestimatio* della cosa perita, e dal momento che si era liberamente accordato con il creditore sull'ammontare di questa e ne aveva anche promesso il pagamento, poteva sembrare

Nessun ostacolo si pone, quindi, ad un accordo fra le parti volto a garantire l'obbligazione perpetuata dalla mora, con l'oggetto espresso monetariamente. Anzi, si può ricavare dal testo un principio generale, forse risalente proprio a Giuliano, secondo cui l'obbligazione perpetuata a causa della mora *debendi* può essere garantita mediante *constitutum debiti*.

L'obbligazione, dopo la *perpetuatio*, può essere anche oggetto di stipulazione novatoria. Il tema si trova discusso in:

D. 45, 1, 91, 6 (Paulus, 17 ad Plautium): ... *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 Julianus placet.*

Il frammento è stato già utilizzato nella trattazione del pensiero di Plauzio, del quale ci è conservata la sola posizione del problema senza la corrispondente soluzione. E' rimasta, invece, la soluzione giulianea, riferita da Paolo nella sua annotazione ai libri di Plauzio.

Non sono mancate da parte della critica moderna, riserve sulla genuinità del testo (33). In effetti il frammento si presenta alquanto contratto rispetto alla prevedibile stesura originaria, certo di ben più ampio sviluppo nei confronti del-

assurdo ed iniquo l'escludere la validità di quella promessa, tanto più considerando che d'altronde il giudice, in sede di valutazione della condanna nell'azione principale, non avrebbe potuto non tener conto dell'accordo già intervenuto su quel punto dalle parti ». Da ultimo FREZZA, *Le garanzie*, I, cit., p. 258 ss., trova la *ratio decidendi* del testo in esame nella trasformazione dell'*obligatio* di una *certa res* in una *obligatio* di dare una somma di denaro, per effetto della *perpetuatio*, nascente dalla mora.

(33) Cfr. *Index interpolationum*. Il LENEL, ad h. l., ritiene interpolato il tratto: *si hoc actum inter partes sit*.

l'attuale (34). Tuttavia, pur rilevando siffatti limiti, la menzione di Giuliano e l'attestazione della sua propensione per la novabilità dell'obbligazione, nonostante i gravi ostacoli (impossibilità di *stipulare hominem qui non est* ovvero *pecuniam quae non debetur*) alla sua ammissibilità (35), possono restare in piedi e trovano il loro sostegno ed il loro parallelo nell'atteggiamento di Giuliano favorevole alla garanzia della obbligazione perpetuata. Il fondamento giuridico nei due casi è, infatti, identico: la finzione dell'esistenza dell'oggetto dell'obbligazione.

Si è detto che effetto principale della mora è la *perpetuatio*, cioè la possibilità di esperire l'azione, malgrado l'impossibilità della prestazione.

La *perpetuatio* non è però l'unico effetto della mora. Come si è già osservato, nei giudizi di buona fede, aventi ad oggetto somme di danaro o cose fungibili, il ritardo colpevole produce la maturazione del corso delle usure senza bisogno di apposite stipulazioni, come è necessario per i giudizi di stretto diritto. Ma già nel corso del primo secolo d. C. (da Labeone in poi), i principi sugli effetti della *mora debitoris* nei negozi di stretto diritto avevano subito un considerevole processo di rinnovamento. Tale processo continua con Giuliano, il quale, se da un lato accoglie l'innovazione di Labeone in materia di *actio arbitraria*, consacrandone il successo definitivo con la propria autorità, dall'altro apporta il suo contributo alla parificazione dei due ordini di negozi,

(34) Così MAYER-MALY, *Perpetuatio*, cit., p. 23.

(35) Vedi GIARDINA, *Studi sulla novazione nella dottrina del diritto intermedio* (Milano, 1952), p. 23. Il FREZZA, *Le garanzie*, I, cit., p. 259, nel rilevare i predetti ostacoli all'ammissione della novazione, riporta proprio a GIULIANO il superamento del «formalistico ragionamento», che aveva impedito in precedenza il ricorso alla novazione nell'ipotesi di perimento dello schiavo per colpa del debitore.

mediante l'estensione del regime dei fedecomessi ai legati obbligatori.

L'adesione di Giuliano a Labeone, nella stima dell'interesse *loci* del creditore, è testimoniata la Ulpiano in un frammento già esaminato, ricostruendo il pensiero di Labeone:

D. 13, 4, 2, 8 (Ulp. 27 ad ed.): *Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet.*

I vari problemi sollevati dall'interessante testo, trascritto solo nella parte riguardante il pensiero di Giuliano, sono stati esaminati a suo tempo. Qui è sufficiente rilevare l'adesione di Giuliano all'opinione di Labeone, adesione chiaramente espressa dalle parole di Ulpiano: *habuit rationem* (36).

Grande importanza assume, per il successo ottenuto presso la dottrina posteriore, l'estensione al legato *sinendi modo* del regime dei fedecomessi. Gaio ricorda, nelle sue Istituzioni, l'innovazione giulianea, ormai divenuta dominante al suo tempo:

Gai Inst. II, 280: *Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debet; legatorum vero usurae non debentur: idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Iuliano placuisse in eo legato, quod sinendi modo relinquatur, idem iuris esse, quod in fideicommissis: quam sententiam et his temporibus magis optinere video.*

(36) Il LENEL, *Palingenesia*, I, cl. 342 annota al termine *rationem* le seguenti parole: *id est veteris formulae conceptionem a Labeone notatam emendavit: Ulpianum haec quoque ex Iuliani digestis repetivisse pro certo habeo.*

La *sententia* di Giuliano, innovatrice rispetto ad uno stesso rescritto imperiale, rappresenta un nuovo e decisivo colpo ai principi rigorosi dei *iudicia stricto iure*, legati all'esclusivo valore della cosa, ed un nuovo decisivo passo verso la fusione dei diversi tipi negoziali.

Gli effetti della *mora debitoris* s'imperniano, così, sempre più attorno al criterio del risarcimento del danno, arretrato dal ritardo colpevole del debitore.

Il criterio dell'*id quod interest* trova, inoltre, applicazione in materia di legato di usufrutto (*legatum incerti*), relativamente al quale, secondo Giuliano, la mora dell'erede dà luogo, in caso di perimento dell'oggetto legato, alla condanna al *quanti intersit moram factam non esse*. Il principio si trova riferito (*ait*) in un frammento, tratto dalle *Quaestiones* di Africano, che sarà esaminato in seguito: D. 7, 1, 36, 2 (Afric. 5 *quaest.*).

* * *

Passiamo ora all'esame di un gruppo di testi utilizzabili per la costruzione della dottrina giulianea della *purgatio morae*.

Giuliano, in materia di emendazione della mora, aderisce alla dottrina di Celso, secondo il quale l'offerta posteriore, purchè non pregiudichi l'interesse del creditore, può eliminare gli effetti della mora. Accettando il principio dell'emendazione della mora, quale *quaestio de bono et aequo*, Giuliano non ne allarga il contenuto, ma anzi nega decisamente efficacia estintiva ad altri fattori diversi dall'offerta regolare, quali la stipulazione novatoria o il *pactum de non petendo*.

Il pensiero di Giuliano, così sinteticamente riferito, affiora da tre testi: D. 45, 1, 91, 3; D. 45, 1, 56, 8; D. 2, 14, 54.

Il primo giustamente famoso per averci fornita, sia pure succintamente, la storia del pensiero giuridico sulla mora, è stato esaminato a proposito dei *Veteres*, di Plauzio e di Celso. Occorre ora esaminare l'ultima parte del testo, che documenta l'adesione di Giuliano alla dottrina di Celso.

Nella versione triboniana del frammento si legge:

Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Julianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et per utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?

Dal testo emerge che l'innovazione, apportata da Celso, fu seguita da Giuliano ed approvata anche dallo stesso Paolo; ma è opportuno ricordare qui che il giurista Marcello allargò il concetto di emendazione, facendovi rientrare qualsiasi patto successivo fra le parti (D. 46, 3, 72).

Quanto al periodo, che segue ai due punti: *nam... fin.*, e che vorrebbe essere una motivazione della precedente affermazione, è stato considerato concordemente interpolato, per il suo contenuto sibillino e sconnesso, dal Guarneri Cittati (37) e dal Boháček (38).

Diverso avviso è stato espresso dal Mayer-Maly (39), il quale considera classica l'espressione *sane probabilis* e riporta la frase retorica: *nam... persequitur* all'intervento di un glossatore postclassico, nel cui pensiero era dominante (lo dimostrerebbe il principio di D. 45, 1, 91) l'analogia con la *rei vindicatio*: «Sie stammt von jenem auch im prin-

(37) *Contributi*, cit., in *Annali Palermo*, XI, p. 270.

(38) *Annali Palermo*, XI, p. 367. L'Autore espunge tutto il periodo compreso da *et sane probabilis* alla fine, notando che la citazione di GIULIANO è genuina, mentre sarebbe falsa l'opinione che gli si attribuisce.

(39) *Perpetuatio obligationis*, cit., in *IURA* 7 (1956) p. 20.

cipium von D. 45, 1, 91 tätigen Bearbeiter, dessen Lieblingsidee eine Analogie zum Recht der *rei vindicatio* — hier zur überdies missverstandenen Faustregel *beati possidentes* — ist».

L'idea della glossa, invero, spiegherebbe meglio il carattere sconnesso della frase, che se riferita a Triboniano non suonerebbe logicamente.

Questo primo testo ci dice che Giuliano, in materia di emendazione, era dell'avviso che solo un'offerta successiva, rispondente a determinati requisiti, da esaminare caso per caso (*quaestio de bono et aequo*), potesse estinguere la mora. Se ne potrebbe — in via di principio — dedurre che qualsiasi altro rimedio, diverso dall'offerta, non valesse allo scopo.

Ebbene, questa deduzione logico-ermeneutica è pienamente confermata dagli altri testi sopra citati; il secondo dei quali riguarda la novazione:

D. 45, 1, 56, 8 (Iulianus 52 dig.): *Si hominem, quem a Titio pure stipulatus fueram, Seius mihi sub condicione promiserit et is pendente condicione post moram Titii deceserit, confessim cum Titio agere potero, nec Seius existente condicione obligetur: at si Titio acceptum fecisset, Seius existente condicione obligari potest. Idcirco haec tam varie, quod homine mortuo desinit esse res, in quam Seius obligatur: acceptilatione interposita superest homo, quem Seius promiserat.*

La mora non è affatto estinta, dice Giuliano nei suoi *Digesta*, ove l'oggetto della prima *obligatio* venga deditto in una nuova obbligazione. Infatti la mancata realizzazione della novazione, a causa del perimento dell'oggetto *pendente condicione*, lascia inalterata l'azione nascente dalla prima *stipulatio (agere confessim)*, perpetuata dalla mora ⁽⁴⁰⁾. In

⁽⁴⁰⁾ Si è discusso se la mora del primo debitore sia avvenuta prima o dopo la stipulazione. Per la prima ipotesi si è espresso,

altre parole la novazione, fin quando non diviene efficace, non può influire sulla sorte della precedente obbligazione. Ciò significa che una nuova stipulazione, in sè e per sè, non ha per Giuliano il potere di estinguere la mora. Il che val quanto dire che non è ammessa emendazione al di fuori della *oblatio* della prestazione ⁽⁴¹⁾.

Se Giuliano non riconosce, in contrasto con Servio Sulpicio Rufo, effetti estintivi immediati alla stipulazione novatoria, non ammette neppure l'efficacia estintiva del *pactum de non petendo*. Lo si deduce indirettamente da una nota di Scevola a Giuliano, riportata nel Digesto:

D. 2, 14, 54 (Scaevola apud Iulianum libro vicensimo secundo digestorum notat): *Si pactus sim, ne Stichum, qui mihi debebatur, petam: non intellegitur mora mihi fieri mortuoque Sticho puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat.*

Scevola, aderendo alla dottrina di Marcello, che esamineremo in seguito, avversa l'opinione di Giuliano, non esplicitamente riferita, ma indirettamente desumibile. Giuliano si doveva orientare, in materia di *pactum de non petendo*, in maniera simile alla novazione condizionale: doveva negare, cioè, qualsiasi effetto sulla mora verificatasi prima o dopo il patto.

fra gli altri, GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 306; per la seconda BOHÁČEK, in *Annali Palermo*, XI, p. 345. Cfr. sul testo GIARDINA, *Studi sulla novazione*, cit., p. 37 ss.; ivi riferita e valutata la letteratura sul problema.

⁽⁴¹⁾ La seconda ipotesi prevista nel testo concerne l'accettazione: questa, verificatasi la condizione ed esistente l'oggetto, non influisce sulla seconda obbligazione, incidendo estintivamente solo sulla prima.

* * *

Il pensiero di Giuliano sulla *mora debitoris*, nei rapporti obbligatori muniti di clausola penale, emerge da tre frammenti, il primo dei quali riguarda la *poena compromissi*, gli altri due la *penus legata*.

La fattispecie della *poena compromissi*, posta a garanzia della esecuzione della sentenza arbitrale, figura in un passo di Ulpiano, già illustrato nella ricostruzione della dottrina di Proculo:

D. 4, 8, 21, 9 (Ulp. 13 ad ed.): *Si quis ex litigatis ideo non adfuerit, quod valetudine vel rei publicae causa absentia impeditus sit aut magistratus aut alia iusta de causa, poenam committi Proculus et Atilicinus aiunt: sed si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari aut exceptione tutum fore. Sed hoc ita demum verum erit, si arbiter recipere in se arbitrium fuerit paratus: nam invitum non esse cogendum Iulianus libro quarto digestorum recte scribit: ipse autem nihilo minus poena absolvitur.*

Si è già detto che il tema svolto da Ulpiano, con largo riferimento della dottrina precedente, è costituito dalla *commissio poenae* nell'ipotesi di assenza giustificata di uno dei *litigatores*. I problemi specifici sollevati dal testo, imputabilità del ritardo e valore dell'offerta di un nuovo compromesso, sono stati svolti in quella sede. Qui preme rilevare il valore dell'*invitum non esse cogendum*, attribuito da Ulpiano a Giuliano. Il punto può essere così chiarito: Giuliano aderisce all'opinione di Proculo e di Atilicino, secondo i quali l'offerta successiva di un nuovo compromesso fa sì che possa esser concessa al *litigator*, assente per un motivo giustificabile, una *exceptio*, però ponendo il limite della volontà arbitrale: limite che, verosimilmente, costituisce il sin-

tomo di una tendenza verso una maggiore valutazione delle funzioni arbitrali.

Maggiore rilievo assumono, per la ricostruzione del pensiero di Giuliano, gli altri due passi concernenti la *penus legata* (42).

Il primo fu estratto dai *Digesta* di Giuliano, il secondo dai libri *ad Sabinum* di Ulpiano:

D. 36, 2, 19, pr. (Iulianus 70 digestorum): *Cum sine praefinitione temporis legatum ita datum fuerit: 'uxori meae penum heres dato: si non dederit, centum dato', unum legatum intellegitur centum et statim peti potest, penoris autem causa eo tantum pertinet, ut ante litem contestatam tradila peno heres liberetur.*

D. 33, 9, 1 (Ulp. 24 ad Sab.): *Uxori suae in annos singulos penoris aliquid heres dare iussus est, si non dedisset, nummos dare damnatus est: quaeritur, an penus legata peti possit an vero solummodo sit in praestatione et, si non praestetur, tunc quantitas petatur. Et si quidem semel penus sit legata, non per singulos annos, certo iure utimur, ut et Marcellus libro trigesimo nono digestorum apud Iulianum notat, in praestatione esse dumtaxat penum, quantitatem vero et peti posse. Habet igitur heres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur, nisi forte aliud tempus vel mente vel verbis testator praestituit. Quod si in annos singulos penus legata sit, per singulos annos penus adhuc poterit praestari, si minus, summae per singulos annos pertinentur. (rel.)*

(42) Sulle diverse figure della *penus legata*, forma particolare di legato di alimenti, cfr. FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 321, n. 1; ORMANNI, *Penus legata*, in *Studi Betti*, IV (Milano, 1962), p 626 ss.; VOCI, *Dir. ereditario rom.*, II, p. 307 ss.

I due frammenti sollevano interessanti e complessi problemi, che possono costituire oggetto di apposite ed autonome indagini: unicità o duplicità del legato di *penus*; alternatività, facoltatività, condizionalità dell'obbligazione *ex legato* (43).

In questa sede interessa solo il problema della *commissio poenae*, cioè del momento in cui la clausola penale acquista piena efficacia. A tale scopo poniamo, preliminarmente, in particolare risalto il passo di Giuliano, ove il giurista considera il caso di un legato di *penus sine praefinitione temporis*, sottoposto alla condizione di *dare centum si heres non dederit*. Precisato che, nel caso prospettato, *unum legatum intellegitur centum*, il giurista, seguendo un principio dominante nella scuola sabiniana, afferma che la pena, rappresentata da *centum, statim peti potest*. Lo *statim*, nel pensiero di Giuliano, corrisponde al *confestim*, col quale operano Mucio e Sabino nel campo della stipulazione penale.

Si è già osservato che il *confestim* comporta, secondo Quinto Mucio e Masurio Sabino, la possibilità da parte del creditore di chiedere immediatamente la *pecunia*, provando che *per heredem staret quo minus hominem daret*, provando cioè la mora del debitore, la quale faceva decadere quest'ultimo dalla *facultas alternativa* della prestazione principale. Qualora, invece, il debitore non sia ancora in mora, in quanto non si possa a lui imputare la mancata esecuzione della prestazione entro un termine razionalmente determinabile, potrebbe prestare *hominem* senza correre il rischio di *solvare aliud pro alio* (Gai, 3, 168).

Il ragionamento fatto da Quinto Mucio e Sabino è seguito pienamente da Giuliano, in relazione alla *penus le-*

(43) Sulle varie questioni cfr. MARCHI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *BIDR*, 21 (1909), p. 76 ss.; GUARNERI CITATI, *Contributi*, cit., in *Annali Palermo*, XI, p. 99 ss.; FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 321 ss.

gata. Si può intendere così il valore del periodo finale: *penoris autem causa eo tantum pertinet, ut ante litem contestatam tradita peno heres liberetur*, periodo che ha destato i sospetti del Guarneri Citati (44).

Il passo presuppone, invero, come ha notato il Frezza (45), che la *traditio* sia stata accettata dal legatario creditore o che, in ogni caso, la prestazione provenga dall'erede non ancora costituito in mora.

Il passo di Giuliano, così precisato, trova il corrispondente nel frammento di Ulpiano (D. 33, 9, 1), che però parla di semplice *oblatio*, anzichè di *traditio*: *habebit igitur heres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur* (46).

(44) GUARNERI CITATI, *op. cit.*, p. 261 ss. L'autore adduce, a sostegno dell'interpolazione, ragioni formali e sostanziali non del tutto decisive.

(45) FREZZA, *op. cit.*, p. 323; contro GUARNERI CITATI, vedi pure TALAMANCA, *Ricerche sul compromissum*, cit., p. 90, n. 117.

(46) Sul testo di ULPIANO vedi GUARNERI CITATI, *op. cit.*, p. 259 ss., che ritiene il passo *et si quidem . . . testator praestituit* interpolato, per il solito motivo della liberazione dall'obbligazione mediante *oblatio*. Scopo dell'intervento dei Compilatori sarebbe stato di «ampliare la facoltà del debitore in ordine al tempo della *solutio*». L'*oblatio* avverrebbe, secondo il GUARNERI CITATI, quando la mora si fosse già verificata, giacchè questa non inizia con la *litis contestatio*, ma secondo le varie teorie «sia *statim*, sia tostochè l'adempimento fosse divenuto possibile o non lo fosse più» (p. 259). Ne conseguirebbe che, verificatasi già la mora del debitore, l'efficacia liberatoria della *oblatio* rientrerebbe nei principi giustinianei della *purgatio morae*. Alla *purgatio* ricorre pure la Glossa *ad l.* D. 45, 2, 1, 8. Invero, l'offerta o la consegna, come si è sopra detto, presuppongono nel pensiero di Ulpiano non la mora, ma piuttosto la regolarità della prestazione eseguita nel congruo termine, entro il quale il creditore non può provare che *per heredem stetisse quo minus penum praestaret*. Vedi, in tal senso, FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 323.

In conclusione il pensiero di Giuliano, in materia di rapporti obbligatori, muniti di clausola penale, ricalca la teoria di Mucio e Sabino e si può così sintetizzare: il debitore, in mancanza di un *dies* prefissato, è costituito in mora, rispetto alla prestazione principale, *statim*, determinando lo *statim* in relazione al tempo in cui, potendo il debitore adempire, non adempia. Il termine entro il quale la prestazione può dirsi regolare, pur essendo variabile, trova il suo limite massimo nella contestazione della lite.

L'adesione di Giuliano alla dottrina sabiniana è, infine, documentata da un frammento di Africano, il cui esame sarà fatto in seguito. Qui è sufficiente ricordare che Africano nelle sue *Quaestiones* riferisce un responso di Giuliano (*consultus respondit*), che rappresenta una sintetica formulazione del principio sabiniano: *nec aliter non committi stipulacionem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret* (D. 44, 7, 23).

* * *

Passiamo ora all'esame di un famoso testo concernente l'avveramento fittizio della condizione apposta ad un negozio (47).

D. 35, 1, 24 (Iulianus 55 dig.): *Iure civili receptum est, quo otiens per eum, cuius interest condicionem impleri, sit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset: quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per*

(47) Cfr. Voci, *Diritto ereditario rom.*, II, cit., p. 596 ss.

promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret (48).

Giuliano, nel presente frammento, escerpto dal libro 55 dei suoi *Digesta*, enuncia una celebre massima, che costituisce una delle più significative attestazioni dell'opera creativa, di trasformazione e di adeguazione, esplicata dalla giurisprudenza classica, e che assume una grandissima importanza per la teoria generale del negozio giuridico e per lo stesso istituto della mora, in particolare.

E' subito da precisare che, in questa sede, del testo ci occupiamo solo in funzione delle deduzioni che esso legittima ai fini della determinazione dell'indugio colpevole, solo limitandoci, per il resto, ad una sommaria informazione.

La *regula iuris* suddetta stabilisce che, qualora la condizione, apposta ad un negozio, non si verifica per colpa della parte, che aveva interesse a che non si verificasse, si considera come verificata. Il contenuto del presente principio si trova, nelle sue linee essenziali, riprodotto in un altro testo della Compilazione (appartenente ad Ulpiano), sotto il titolo: *De diversis regulis iuris antiqui* (49). I rapporti fra i due testi paralleli sono stati oggetto di studio da parte

(48) RICCOPONO, in *Mél. Cornil*, II, 341; e già SAVIGNY, *Sistema*, III, p. 140; DERNBURG, *Pandette*, I, 194, n. 9; l'APPLETON, in *N.R.H.*, 40 (1916), p. 56 inseriscono «non» fra *condicionem* e *impleri*. Vedi pure Voci, *Diritto ereditario rom.*, II, cit., p. 596, secondo il quale l'inserzione del *non* fra *condizione* e *impleri* è richiesta dalla logica, mentre la frase *e libertatibus* sarebbe richiesta dal successivo *perduxerunt*.

(49) D. 50, 17, 161 (Ulp. 77 ad ed.): *In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberri, ac si impleta condicio fuisset. Quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. Quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promisorem factum esset.*

della critica romanistica⁽⁵⁰⁾, al fine di delimitare l'opera di Giustiniano. E' stato acquisito il risultato che la massima si è formata, probabilmente, proprio al tempo di Giuliano. Onde, nel secondo secolo, era regola generale che la condizione, non verificata per colpa, si aveva per verificata.

Questo risultato acquista un grande valore ai fini della mora. Infatti, chi si adopera per impedire l'avveramento della condizione può essere tanto il debitore, quanto il creditore. Nel primo caso, non essendo ancora l'obbligazione perfetta ed esigibile, non si può parlare di *mora debitoris*, giacchè non si può ovviamente essere in mora per un obbligo non ancora sorto⁽⁵¹⁾. E' necessaria la realizzazione della condizione perchè si abbia l'obbligazione e perchè si possa verificare l'eventuale mora successiva. Svanita invece la condizione per colpa del debitore, secondo il diritto quiritario l'obbligazione non veniva neppure ad esistenza.

Al fine di eliminare l'inconveniente, la giurisprudenza, qui come altrove (*purgatio morae*, obbligazione condizionale, etc.), diede risalto alla sostanza a preferenza della forma, attuando l'*aequitas* intrinseca⁽⁵²⁾.

Conseguenza di tutto ciò è che l'obbligato non solo è tenuto al pagamento o meglio all'adempimento della presta-

(50) Il RICCOPONO, in *Mél. Cornil*, II, p. 341, ha ritenuto interpolato «iure civili» di D. 35, 1, 24, in base alla considerazione che nell'ambito dello *ius strictum* «il fatto oggettivo della condizione traeva seco inesorabilmente l'inesistenza di qualsiasi effetto giuridico». Per questo motivo e per altri (la seconda parte, contenente la estensione del principio a legati, stipulazioni ecc., è in contrasto con *iure civili*) ritiene che la massima si sia formata nell'ambito di un altro ordinamento (*extra ordinem*). Cfr. anche VASSALI, in *BIDR*, 27 (1914), p. 195 n. 1; DE FRANCISCI, *Synallagma*, I, p. 279.

(51) Cfr., MONTEL, *La mora del debitore*, cit., p. 20.

(52) RICCOPONO, in *Mél. Cornil*, II, p. 342.

zione, ma è soggetto, altresì, in caso di ritardo a tutte le conseguenze della mora.

L'innovazione è notevole ed attesta come, già nel corso del secondo secolo, i giuristi classici operassero nel senso di modificare intrinsecamente, e non solamente *ab externo*, le basi dello stesso *ius civile*.

Passando a considerare il secondo caso, e precisamente l'ipotesi in cui l'impedimento della condizione provenga dal creditore, occore rilevare che il comportamento di costui non può integrare gli estremi della *mora creditoris*, neppure sotto il profilo della mancata cooperazione, comprendente ogni atteggiamento diretto a procrastinare il vincolo obbligatorio, giacchè, con l'impedimento della condizione, non sorge addirittura il rapporto obbligatorio.

* * *

Il pensiero di Giuliano sulla *mora creditoris* è documentato da un gruppo di testi particolarmente interessanti. Ne diamo la trascrizione di seguito, per comodità:

D. 30, 84, 3 (Iulianus 33 dig.): *Si cui homo legatus fuisset et per legatarium stetisset, quo minus Stichum, cum heres tradere volebat, acciperet, mortuo Sticho exceptio doli mali heredi proderit.*

D. 40, 5, 47, 2 (Iulianus 42 dig.): *Si Sticho libertas per fideicommissum data fuerit sub condicione, si rationes redditisset, et is absente herede paratus sit reliqua solvere, praetoris officio continetur, ut virum bonum eligat, cuius arbitrio rationes computentur, et pecuniam, quae ex computatione colligitur, deponat, atque ita pronuntiet libertatem ex causa fideicommissi deberi. Haec autem fieri conveniet, si heres ex iusta causa aberit: nam si latitabit, satis erit liquere*

praetori per servum non stare, quo minus condicione pareat, atque ita pronuntiare de libertate oportet.

D. 16, 3, 1, 37 (Ulp. 30 ad ed.): *Apud Iulianum libro tertio decimo digestorum talis species relata est: ait enim, si depositor decesserit et duo existant, qui inter se contendant unusquisque solum se heredem dicens, ei tradendam rem, qui paratus est adversus alterum reum defendere, hoc est eum qui depositum suscepit* ⁽⁵⁸⁾: *quod si neuter hoc onus suscipiat, commodissime dici ait non esse cogendum a praetore iudicium suspicere: oportere igitur rem deponi in aede aliqua, donec de hereditate iudicetur.*

Il concetto di *mora creditoris*, per quanto non espresamente formulato in nessuno dei testi su riportati, comprende, secondo Giuliano, tanto il rifiuto del creditore di accettare la prestazione offerta dal debitore (D. 30, 84, 3), quanto ogni ostacolo al tempestivo adempimento della prestazione, derivante da un fatto del creditore: assenza, anche giustificata (D. 40, 5, 47, 2); ovvero incertezza soggettiva nella persona del creditore (D. 16, 1, 37). Come si vede, il concetto, ancora all'inizio del secondo secolo d. C., ha una notevole ampiezza, retaggio evidente della concezione repubblicana. Neppure in ordine ai requisiti, il pensiero di Giuliano si distingue dalla dottrina precedente. Infatti nel caso del rifiuto, ipotesi normale, i requisiti sono costituiti dall'offerta del debitore e dall'ingiustificato rifiuto (lo si può dedurre logicamente da D. 30, 84, 3) del creditore. Nelle altre ipotesi, invece, i requisiti sono costituiti dalla prontezza del debitore ad adempire e dalla impossibilità di eseguire la prestazione per un ostacolo riguardante la sfera del creditore.

⁽⁵⁸⁾ L'inciso *hoc-suscepit* è ritenuto una glossa dal LENEL, *Paligenesia*, II, 612 n. 1.

E' nel campo degli effetti della *mora creditoris* che Giuliano apporta il contributo della sua originalità ed acutezza. Il vecchio principio dell'abbandono dell'oggetto dovuto può dirsi, ormai, nella sua concezione, superato. Le conseguenze della *mora creditoris* vengono analizzate con maggiore precisione da Giuliano, ispirandosi al movimento di pensiero iniziatosi con Labeone e continuatosi, con sempre maggiore precisione e decisione, lungo il corso del primo secolo.

La *mora creditoris* non importa più l'immediata liberazione dal vincolo obbligatorio. Condizione essenziale perché il debitore possa sciogliersi dal vincolo è l'impossibilità obiettiva di potere eseguire la prestazione. Gli effetti della impossibilità (rischio) vengono, infatti, trasferiti a carico del creditore per effetto della mora e non sono sopportati dal debitore. Questi sono i principi che stanno alla base di D. 30, 84, 3. La fattispecie ivi considerata è costituita da un legato (*per damnationem*) di uno schiavo.

L'erede, conformemente all'obbligo derivantegli dal legato, offre al legatario la consegna dello schiavo Stico, dato che la scelta spetta all'erede, essendo oggetto del legato semplicemente e genericamente *hominem*. In seguito al rifiuto del legatario (*per legatarium stetisset quo minus... accipisset*), muore Stico.

Si tratta di stabilire da chi debbano essere sopportate le conseguenze dell'evento e di dedurre, correlativamente, gli effetti della *mora creditoris*.

Nel testo si legge: *exceptio doli mali heredi proderit*. Ora, una siffatta affermazione, mentre pone l'evento a carico del creditore, esclude, in maniera chiara ed inequivocabile, che la liberazione del debitore avvenga *ipso iure*, per il solo fatto della mora. Al contrario, anzi, la mora non elimina affatto la responsabilità del debitore per dolo (cfr. D. 18, 6, 18); solamente un evento fortuito, come il perimento dell'oggetto, può liberare il debitore da ogni responsabilità.

E' questo il valore dell'*exceptio doli mali* offerta al debitore. L'azione, pertanto, non è estinta per il semplice verificarsi della *mora creditoris*, chè anzi lascia inalterata l'obbligazione. Solo in caso di perimento fortuito, l'azione potrà essere paralizzata dalla *exceptio doli mali*: questa non servirà ad altro che a far constatare che la liberazione è avvenuta per effetto del perimento; in altre parole l'*exceptio* ha solo effetti di natura processuale (54).

Dai suddetti rilievi si può, in conclusione, ricavare che la *mora creditoris* produce, come effetti immediati, il passaggio del rischio al creditore e l'attenuazione della responsabilità del debitore; responsabilità che, peraltro, non si estingue se non dopo il perimento dell'oggetto dovuto.

(54) Il GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 193 (cfr. pure Appendice I) ritiene che, in base al passo genuino D. 30, 84, 3, di GIULIANO, ove si afferma che in seguito alla *mora accipiendi* il debitore si libera solo quando la cosa perisca, si debba considerare interpolato un altro frammento di GIULIANO, ove si attribuisce efficacia liberatoria all'*oblatio*: D. 46, 3, 33, 1 (Julianus 52 dig.):
...item qui hominem dari promisit et vulneratum a se offert, non liberatur. Iudicio quoque accepto si hominem is cum quo agetur vulneratum a se offert, condemnari debet. In effetti il frammento non riguarda la *mora* e non può essere preso in considerazione per un raffronto con D. 30, 84, 3. Infatti il caso esaminato in D. 46, 3, 33, 1 concerne l'offerta irregolare (per difetto dell'oggetto) della prestazione. Offerta che, ovviamente, non può liberare il debitore. Rileva il GUARNERI CITATI che « il dire che colui che offre lo schiavo a se vulneratum non si libera perché lo schiavo era vulneratum, importa che, se lo schiavo fosse stato integro, l'offerta di esso avrebbe prodotto di per sé la liberazione del promissore » (p. 191). Ma la liberazione deriverebbe semmai dalla regolare esecuzione della prestazione promessa e non dall'offerta successiva alla *mora creditoris*. In base al tenore attuale del testo non si può presupporre che l'offerta implichi o segua il rifiuto del creditore. L'*offerre* equivale, nel caso in esame, ad esecuzione regolare. Cfr. PERNICE, *Labeo*, cit., 2, 2 p. 124 ss.

Ne consegue che la semplice *oblatio* della prestazione, ingiustamente rifiutata dal creditore, non è sufficiente a liberare il debitore. In altre parole, l'estinzione del vincolo non costituisce, in generale, un effetto immediato della *mora creditoris*. E' significativo, sotto questo profilo, un frammento, estratto dalle *Quaestiones* di Africano, nel quale il giurista riferisce un parere di Giuliano in materia di *statulibertas*: *itaque et si offerente statulibero pecuniam tutor in fraudem pupilli accipere nolit, non aliter libertatem contingere, quam si servus fraude careat* (D. 40, 4, 22). La limitazione *si fraudem careat* è un chiaro indice della tendenza, pur nel campo particolare della *statulibertas*, ad escludere la sufficienza della semplice offerta.

Tali risultati vanno integrati con quelli ricavabili da altri due frammenti, avanti riportati. Entrambi riguardano ipotesi particolari, in cui il destinatario della prestazione è assente o incerto. Si pone, in questi casi, in maniera specifica, il problema di attuare il giusto equilibrio fra le ragioni del creditore e quelle del debitore. Ed è proprio dalla peculiarità delle fattispecie su ricordate che Giuliano ricava la peculiarità della soluzione, tenendo anche conto della più recente produzione normativa.

Iniziamo con l'ipotesi di assenza del creditore, discussa in D. 40, 5, 47, 2. Il testo riguarda una manomissione testamentaria sottoposta alla condizione di *reddere rationes*. Sappiamo che, già con Trebazio, l'assenza era stata configurata come un caso di impedimento all'esecuzione della prestazione da parte del debitore pronto ad adempire, e quindi come un caso di *mora creditoris*. Il giurista repubblicano riteneva che al servo bastasse la dimostrazione: *per eum non steterit quo minus det*, per ottenere la libertà e la liberazione dall'onere di dare.

Giuliano, invece, pone una distinzione fra assenza giustificata ed assenza ingiustificata (55). Distinzione che trova i suoi presupposti normativi ed i suoi precedenti in due senatoconsulti, emanati nei primissimi anni del secondo secolo d. C.: il primo, S.C. Rubriano (103 d. C.), prevede il ritardo dell'erede o del fedecommissario onerato di una manomissione testamentaria (56). Il secondo, S.C. Dasumiano (120 d. C.), prevede il ritardo dell'erede, determinato da una *iusta causa* (57).

Se l'assenza è ingiustificata: *satis erit liquere praetori per servum non stare, quo minus condicione pareat, atque ita pronuntiare de libertate*. Se, per contro, l'assenza è giustificata, la fondamentale esigenza di garantire la prestazione al creditore e di tutelare, ad un tempo, il debitore, per il quale il lungo protrarsi del vincolo creerebbe una pesante situazione, esige di trovare un'adeguata soluzione, che non può consistere, né nella semplice dimostrazione *per eum* etc., né nella persistenza integrale del vincolo.

E' nel deposito (58), eseguito per ordine e dietro controllo del pretore, che Giuliano trova la soluzione giusta e

(55) Il SOLAZZI *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, p. 151 ss., ritiene che la distinzione non sia stata conosciuta dal diritto classico. *Contra*, vedi per tutti NITSCHKE, *Die Hinterlegung*, cit., p. 163 ss.

(56) Cfr. Voci, *Diritto ereditario rom.*, II, cit., p. 412. Il senatoconsulto Rubriano si trova ricordato in diversi testi: cfr. D. 40, 5, 26, 9; 28 pr.; 33, 1; 36 pr.; 26, 7.

(57) Cfr. Voci, *op. cit.*, p. 412; NITSCHKE, *op. cit.*, p. 164. Cfr. pure i frammenti D 40, 5, 36 pr.; eod., 51, 4; 19 pr.; 22, 1-2; 28, 3-5; 47, 2.

(58) Come ha posto in rilievo il NITSCHKE, *op. cit.*, p. 162, nel caso di manomissioni testamentarie, sottoposte alla condizione di dare, non si può parlare di deposito di cosa dovuta, ma l'assetto di interessi (*Interessenlage*) è simile a quello del deposito della cosa dovuta.

l'equilibrio degli opposti interessi. Occorre, di conseguenza, stabilire il valore e gli effetti del deposito nel caso contemplato da Giuliano. Quanto al valore va detto che si tratta di un deposito *sui generis*, la cui funzione consiste nel rendere possibile l'adempimento della condizione e l'acquisto della libertà. Si è a lungo discusso sulla infelice frase: *et pecuniam.....deponat*, evidentemente scorretta sotto l'aspetto grammaticale, dato che il *deponat* si riferisce al magistrato, cosa davvero assurda.

Il De Ruggiero, per superare l'ostacolo ed escludere la interpolazione, ha proposto di sostituire *deponat* con *deponatur* (59). Evidentemente il vizio di forma non basta da solo a fondare l'interpolazione. Potrebbe, in ogni caso, il *deponat* avere, più che il significato di deporre materialmente, il significato speciale di ordinare di deporre.

Il vero è che il testo non permette una recisa soluzione ed appaiono nel complesso fondate le affermazioni del Nitschke: « Die Frage der Textherstellung lässt sich weder in dem einem noch in dem anderen Sinn mit Sicherheit beantworten. Einerseits sind die Gründe, die für eine nachträgliche Veränderung sprechen, nicht sehr überzeugend, andererseits ist es aber nicht ganz unwahrscheinlich, dass hier, wie auch in anderen Fällen, die Hinterlegung als eine besonders von Tribonian bevorzugte Sicherheit erst nachträglich verlangt worden ist (60). »

La soluzione meno compromettente ci sembra quella di sciogliere il nucleo fondamentale del testo nel senso della necessità dell'intervento dell'autorità pubblica per realizzare l'adempimento della condizione e dichiarare l'acquisto della

(59) DE RUGGIERO, *Note sul deposito pubblico o giudiziale in diritto romano*, in *Studi Cagliari*, I (1909), p. 163. Vedi pure CATALANO, in *Annali Catania* (1948-49), cit., p. 515. Entrambi ritengono che il deposito abbia carattere pubblico nel testo in esame.

(60) NITSCHKE, *op. cit.*, p. 165.

libertà, mediante l'affidamento della somma computata ad un *vir bonus*. Ed è proprio l'affidamento al *vir bonus* che realizza l'interesse del creditore, più di quanto non avvenga con la semplice dimostrazione: *per eum non stet, quo minus condicioni pareat*.

A questo punto è necessario precisare la posizione di Giuliano rispetto a quella di Sabino (D. 40, 7, 4 pr.), il quale, come sappiamo, considerava il deposito, nel caso di assenza giustificata, come una ipotesi rientrante nel: *per eum non stare, quo minus daret* (61).

Giuliano modifica e completa la concezione sabiniana, richiedendo il deposito o comunque l'affidamento ad un *vir bonus*, qualora l'assenza sia dovuta ad una *iusta causa*, e ritenendo, per contro, sufficiente la semplice dimostrazione: *per eum non stare, quo minus condicioni pareat*, nel caso di assenza ingiustificata. Tale dimostrazione consiste nell'essere pronto il debitore ad adempiere e nel non potere adempiere per la *latitatio* dell'erede. In altri termini, mentre l'eventuale deposito era, nella concezione sabiniana, uno dei possibili rimedi, spontaneamente scelti dal servo, nella concezione di Giuliano rappresenta un rimedio scelto direttamente dal magistrato ed imposto al servo.

Quest'ultimo, dopo il deposito della somma, non può più richiedere quanto è stato depositato o presso il *vir bonus* o anche presso terzi con l'assistenza del *vir bonus* (62). Ciò significa che il deposito assume il significato e la funzione di mezzo di liberazione dall'obbligazione o dall'onere, nel caso particolare.

(61) Secondo il FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 358 ss., con GIULIANO «il principio (sabiniano) è definitivamente affermato e formulato». L'Autore non rileva la differenza esistente fra GIULIANO (D. 40, 5, 47, 2) e SABINO (D. 40, 7, 4 pr.; D. 40, 7, 20, 3).

(62) Per la irrevocabilità del deposito, cfr. NITSCHKE, *op. cit.*, p. 166 ss.

Passiamo ora all'esame della seconda ipotesi, costituita dalla incertezza circa la persona del creditore. Se ne occupa Ulpiano in D. 16, 3, 1, 37, riferendo il pensiero di Giuliano: *apud Iulianum libro tertio decimo digestorum talis species relata est*.

Il caso è il seguente: in seguito alla morte del depositante (63), gli eredi, ciascuno affermando di essere il solo erede, chiedono al depositario la restituzione della cosa. A chi va consegnato l'oggetto depositato? L'interrogativo riveste particolare importanza ai fini della liberazione del depositario dall'obbligo assunto con la *susceptio depositi*. Giuliano afferma che la *res* deve essere consegnata a chi dia cauzione di *rem defendere adversus alterum reum*. Qualora nessuno *hoc onus suscipiat*, prosegue il testo, giacchè non è giusto obbligare il depositario a *suscipere iudicium*, questi dovrà effettuare il deposito presso un tempio, finchè il magistrato non si pronunzi sulla lite ereditaria: *oportere igitur rem deponi in aede aliqua, donec de hereditate iudicetur*. La soluzione, che si legge nel testo, ha dato luogo a sospetti ed a discussioni da parte della critica romanistica, specie per la menzione del deposito (64). A prescindere dalle

(63) L'ARANGIO RUIZ, *Studi sulla dottrina romana del sequestro*, in *Archivio giuridico*, 76 (1906), p. 480 ss., ritiene che il defunto sia il depositario. Tale interpretazione è inaccettabile ed è contraddetta anche dai Basilici (13, 2, 37). Vedi MONTEL, *La mora*, cit., p. 212.

(64) Il periodo finale, ove ricorre il deposito, è ritenuto interpolato dal FABRO, *Rationalia in Pandectas*. Il più spinto sostenitore dell'interpolazione è l'EISELE, in *ZSS*, 18 (1897), p. 40, il quale, partendo da osservazioni stilistiche, sospetta il brano *et duo heredem dicens*, oltre al periodo finale *oportere iudicetur*. Il periodo finale è inoltre ritenuto interpolato dal RICCOBONO, *Dalla comunione del diritto giustinianeo alla proprietà moderna*, in *Essays in Legal History* (1913), p. 106 n. 2; GUARNERI CITATI, in *Annali Paiermo*, XI, p. 212 ss.; MONTEL, *op. cit.*, p. 213, secondo il

mende di ordine formale-stilistico, più volte rilevate, occorre notare che il deposito *in aede aliqua*, nell'ipotesi prospettata da Giuliano, non funge da mezzo di liberazione dalla obbligazione, in quanto rappresenta un espediente di limitata importanza, dato che è solo con la decisione della lite da parte del magistrato che il depositario si libera dall'obbligo di restituzione.

Il deposito non avrebbe, in conseguenza, altro scopo che di esonerare il depositario dall'obbligo di custodia ed impedire la mora del debitore. Sotto questo profilo il ricorso al deposito potrebbe risalire a Giustiniano.

A conclusione dell'indagine sugli effetti della *mora creditoris* è opportuno sintetizzare i risultati conseguiti. La mora del creditore, secondo il pensiero di Giuliano, non estingue l'obbligazione neppure nei casi di rifiuto o di *latitatio* del creditore. L'estinzione e la correlativa liberazione dalla obbligazione si ottengono solo con il perimento dell'oggetto dovuto ovvero con il deposito giudizialmente eseguito, limitatamente all'ipotesi di assenza giustificata del creditore.

quale «per il diritto classico il passo si limitava a dire che la cosa doveva essere consegnata a chi desse cauzione e lasciava perciò argomentare che, se la cauzione non fosse stata data, il debitore poteva rifiutare la restituzione, senza con ciò incorrere in mora». Infatti il MONTEL considera il frammento come una testimonianza a favore del principio: *in illiquidis non fit mora*, e precisamente come un caso di esclusione della *mora debitoris* per l'incertezza sulla persona del creditore; NITSCHKE, *op. cit.*, p. 187. Per la genuinità del frammento si è, invece, pronunziato il DE RUOGIERO, in *Studi Cagliari*, *cit.*, p. 135 ss.

3. — SESTO POMPONIO

Numerosi frammenti dei *Digesta* forniscono sufficienti dati per la ricostruzione della dottrina di Pomponio in materia di *mora debitoris* e di *mora creditoris* (65).

Dall'insieme del materiale raccolto è possibile ricavare le caratteristiche fondamentali del pensiero di Pomponio. La sua dottrina rappresenta la sintesi di tutta la dottrina precedente, la coordinazione e la sistemazione delle *sententiae*, dei pareri, delle teorie formulate dai *Veteres* e dai giuristi del primo secolo dell'Impero (66). Dotato di una grande capacità di assimilazione e di rielaborazione, nonché di una spiccata tendenza alla schematizzazione dei concetti, Pomponio testimonia la maturità raggiunta dalla dottrina della mora nel corso del secondo secolo, specie nella compiuta esposizione dei requisiti della *mora debitoris*, contenuta nel celebre frammento: D. 12, 1, 5 (Pomp. 22 *ad Sab.*). Pomponio, infatti, in quel brano dei suoi libri *ad Sabinum*, svolgendo il tema dei requisiti della *mora debitoris*, assume come punto di partenza l'impostazione teorica di Sabino, ma si preoccupa di chiarirne il significato ed il valore alla luce della dottrina precedente.

Premessi questi rilievi, va inoltre precisato che il contributo di Pomponio alla dottrina della mora non si risolve

(65) Sulla vita e sull'opera di POMPONIO vedi KUNKEL, *op. cit.*, p. 170; MOMMSEN, *Staatsrecht*, II, p. 21 ss.; DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio ad Quintum Mucium*, 1889; SANFILIPPO, *Di una singolare sopravvivenza di Pomponio in un'opera letteraria dell'età bizantina*, in *Annali Catania*, 6-7 (1953), p. 89.

(66) Interessanti rilievi si trovano in DE FRANCISCI, *Sintesi storica*, p. 316, sui caratteri generali dell'opera di Pomponio: «Maestro e scrittore, Pomponio è autore limpido e piano, che si preoccupa soprattutto di raccogliere le dottrine di una tradizione ormai secolare per ordinarle in una esposizione dogmatica: e la sua opera per questo riuscì preziosa ai posteri».

in una semplice, per quanto proficua opera di utilizzazione e sistemazione, ma è costituita anche da apporti personali e da *sententiae* originali, seguite con fortuna presso la giurisprudenza posteriore. In altre parole, Pomponio non è solo un conoscitore ed un dominatore della letteratura giuridica, ma anche un acuto innovatore (67).

La sua teoria della mora del garante, costruita mediante un'analisi profonda ed una chiara dissociazione degli aspetti del rapporto di garanzia, rivela sufficientemente l'acume del suo pensiero.

Tracciati questi lineamenti generali sui caratteri fondamentali della dottrina di Pomponio, passiamo all'esame del materiale esegetico, disponendolo secondo un ordine ricavabile dal contenuto dei diversi testi: requisiti della *mora debitoris* (D. 12, 1, 5; D. 50, 17, 14; D. 45, 1, 33; D. 46, 3, 92 pr.; D. 33, 2, 6; D. 30, 26, 1; D. 23, 3, 15; D. 22, 1, 32 pr.; D. 22, 2, 2; D. 45, 1, 23; D. 30, 36, 3); effetti della *mora debitoris* nei *iudicia stricta* (D. 12, 1, 5; D. 46, 3, 92 pr.; D. 33, 2, 6; D. 45, 1, 23); effetti *mora debitoris* nei *iudicia b. f.* (D. 23, 3, 14; D. 23, 3, 15; D. 19, 1, 33; D. 16, 3, 12, 3; D. 17, 2, 60 pr.); mora del garante (D. 45, 1, 91, 4 e 5); mora nelle clausole penali (D. 4, 8, 40); requisiti ed effetti della *mora creditoris*; influenze sulla contestuale, antecedente e susseguente *mora debitoris* (D. 18, 6, 18; D. 24, 3, 9; D. 19, 1, 3, 4; D. 33, 6, 8).

* * *

Sui requisiti della *mora debitoris*, tema ricorrente in un folto gruppo di testi, si è a lungo discusso nella letteratura

(67) Lo studio del pensiero di POMPONIO dimostra quanto sommario ed affrettato sia il giudizio negativo dato dal MOMMSEN, *Staatsrecht*, II, p. 163. In senso contrario, cfr. RICCOPONO, voce *Iurisprudentia*, cit. § 19.

romanistica, specie in relazione ad alcuni punti delicati: essenzialità del requisito soggettivo, dolo e colpa, essenzialità dell'*interpellatio*.

Problemi tutti ampiamente discussi nei frammenti di Pomponio e ripetutamente ricorrenti. Per una chiara ed organica impostazione assumiamo come centro di indagine il noto

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 debet, 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.*

La prima parte del frammento è stata esaminata nella trattazione del pensiero di Sabino. Si è allora notato che, secondo la dottrina seguita da Pomponio e facente capo a Sabino, i requisiti della *mora debitoris* sono costituiti dalla esistenza di un obbligo giuridico (*quod te mihi dare oporteat*), posto a carico di un soggetto e dal ritardo volontario del debitore (*per te factum erit quominus id dares*).

Nella seconda parte del frammento, Pomponio puntualizza il valore e la portata del requisito soggettivo, illustrando il significato della tradizionale espressione: *per te factum erit...* Questa comprende e presuppone due elementi: la possibilità di adempire (cui va equiparata l'impossibilità causata dal debitore) e l'esistenza di una *iusta causa*, per la quale il debitore debba sapere che è giunto il momento di adempire. Sull'esatta determinazione dei predetti elementi e della relazione fra loro esistente, la dottrina romanistica ha disputato a lungo. Per una compiuta intelligenza dell'intera seconda parte del frammento, è opportuno distinguere

tre ordini di problemi: il significato da attribuire al *si in potestate tua fuerit nec ne*; il valore della disgiuntiva *aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit nec ne*; il contenuto della *iusta causa intelligendi*.

Quanto al primo problema riteniamo che la frase: *si in potestate tua fuerit nec ne* debba essere riferita all'impossibilità oggettiva di adempire, cioè all'impossibilità assoluta e non meramente soggettiva di eseguire la prestazione (68).

All'impossibilità oggettiva deve parificarsi l'impossibilità causata da un comportamento imputabile del debitore. E' questo il valore da attribuire alla disgiuntiva: *dolo malo feceris*. Il *dolus malus*, assunto nel senso tecnico, col quale si contrappone a colpa (69), non è logico nel testo. Volendolo, infatti, accettare senza riserve, ne deriverebbero, come ha rilevato il Montel, due inaccettabili conseguenze: « se il debitore è in dolo nel causare l'impossibilità della prestazione, ma non vi è una *iusta causa intelligendi debiti*, egli non è tenuto a sopportare le conseguenze dell'inadempimento. E se c'è una buona ragione perché egli sappia di dovere, ma l'impossibilità è causata dalla sua colpa soltanto, egli evita egualmente la mora! » (70).

E' ben probabile, in conclusione, che *dolo malo* sia una aggiunta posteriore e che il testo originale si limitasse a dire: *aut feceris quominus esset vel fuerit nec ne*.

(68) Cfr. PERNICE, *Labeo*, II, 2, p. 137; MONTEL, *op. cit.*, p. 181. Interpretano la frase, nel senso di una impossibilità soggettiva, CUIACIO, *Opera*, VII, 1022 e FABRO, *Rationalia in Pandectas*, ad d. l.

(69) Il GENZMER, in ZSS, 44 (1924), p. 139 ss., ritiene che la espressione *dolo malo feceris* implichi che l'elemento soggettivo della mora è costituito dal dolo. Il MOMMSEN, *Beiträge*, III, p. 77, ritiene che il termine *dolus* comprenda anche la colpa. Per l'interpolazione di *dolus malus* propende il MONTEL, *op. cit.*, p. 183.

(70) MONTEL, *op. cit.*, p. 183. L'autore ritiene interpolata tutta la frase: *aut dolo malo feceris . . . nec ne*.

Resta ora da precisare il significato da attribuire alla *iusta causa* (71), della quale parla Pomponio. Occorre, anzitutto, rilevare che nel pensiero del nostro giurista la *iusta causa* non può identificarsi con una specifica e tassativa ragione: il termine *aliqua* dimostra infatti che le *causae* possono essere diverse, purchè idonee a far conoscere al debitore che è giunto il momento di adempiere. Ne discende che l'*interpellatio* non può identificarsi con la *iusta causa*, ma può semmai rappresentare solo una delle possibili ragioni (72). Di conseguenza, requisito essenziale della mora non è la *interpellatio*, ma piuttosto la conoscenza del vincolo e del momento dell'adempimento.

Tale momento coincide con il termine previsto nell'atto costitutivo dell'obbligazione ovvero con il *praesenti die*, in mancanza di un termine prestabilito. Significativi sono in tal senso due frammenti di Pomponio. Il primo riguarda il caso di una obbligazione *ad diem*:

D. 45, 1, 33 (Pomponius 25 ad Sab.): *Si Stichus certo die dari promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor.*

(71) Il KNIEP, *Die Mora*, I, p. 330 ss. identifica la *iusta causa* con la causa dell'obbligazione. Per la critica della sua opinione vedi, per tutti, MONTEL, *op. cit.*, p. 31; il DONATUTI, *Iustus, iusie, iustitia*, in *Annali Perugia* (1921), p. 422, considera interpolata la frase finale: *sed etiam . . . dare oportere*, nella quale ricorre la *iusta causa*. Secondo l'autore la *iusta causa* sarebbe pleonastica in relazione al dolo. *Contra* vedi MONTEL, *op. cit.*, p. 182.

(72) Secondo il PERNICE, *Labeo*, II, p. 136 ss., la *iusta causa* si identifica con l'*interpellatio*. Vedi pure in tal senso, da ultimo, ELEFANTE, *Interpellatio e mora*, in *Labeo*, 6 (1960), p. 38: « Il passo, se non prova direttamente per la tesi tradizionale, non di certo le si oppone: la *iusta causa* richiesta (*propter quam intelligere deberes te dare oportere*) potrebbe benissimo essere l'*interpellatio* ». Per la limitazione dell'*interpellatio* ad una delle possibili cause, vedi MONTEL, *op. cit.*, p. 181 ss.

Il frammento costituisce una prova limpiddissima della necessità della scadenza dell'obbligazione per il passaggio del rischio al debitore. Questi, finchè non sia scaduto il termine, non risponde del perimento naturale dell'oggetto (schiaffo nella fattispecie), ma ne risponderà soltanto se l'evento accadrà dopo la scadenza del termine: allora, e solo allora, sarà in mora. Nel caso, invece, che un termine prestabilito non sia stato previsto, il debitore sarà tenuto ad adempiere *praesenti die* ed, in caso di ritardo, incorrerà nella mora, a prescindere da ogni richiesta da parte del creditore.

D. 50, 17, 14 (Pomponius 5 ad Sab.): *In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.*

Questi principi risultano confermati da un gruppo di testi, nei quali Pomponio richiede, per la costituzione in mora, il semplice *stare o facere quo minus* (inteso nel senso illustrato in D. 12, 1, 5), senza l'ulteriore presupposto dell'interpellazione:

D. 46, 3, 92 pr. (Pomponius 9 epist.): *Si mihi alienum servum dari promiseris aut testamento dare iussus fueris isque servus, antequam per te staret quo minus dares, a domino manumissus sit....*

D. 30, 26, 1 (Pomponius 5 ad Sab.): *Si certum corpus heres dare damnatus sit nec fecerit, quo minus ibi ubi id esset traderet....*

D. 33, 2, 6 (Pomponius 15 ad Sab.): *Si ususfructus mihi in biennium continuum a morte testatoris legatus sit et per heredem steterit, quo minus eum mihi daret....*

D. 23, 3, 15 (Pomponius 14 ad Sab.): *quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert....*

Vi sono tuttavia quattro frammenti, che sembrano richiedere, a prima vista, l'*interpellatio*, quale requisito essenziale della costituzione in mora. Un attento esame permette, però, di eliminare l'apparente contrasto fra questo secondo gruppo di testi ed il primo. Avvertiamo, anzitutto, che in uno dei frammenti l'*interpellatio* non ricorre nel senso tecnico e quindi non se ne può ricavare un elemento di prova, nè prò, nè contro. Si tratta di

D. 22, 2, 2 (Pomponius 3 ex Plautio): *Labeo ait, si nemo sit, qui a parte promissoris interpellari traiectiae pecuniae possit, id ipsum testatione complecti debere, ut pro petitione id cederet.*

Il frammento è stato già illustrato, trattando del pensiero di Labeone: non è il caso di ripetere quanto è stato allora osservato.

L'esame si restringe, pertanto, ai rimanenti testi. Cominciamo dal celebre frammento di Marciano che, ad una parte della dottrina risalente ai Glossatori, ha fornito lo spunto della pretesa essenzialità dell'*interpellatio*:

D. 22, 1, 32 pr. (Marcianus 4 regulaum): *Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est si interpellatus oportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur: nam, ut et Pomponius libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorem quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris.*

La mora, è stato sostenuto, nasce *ex persona* (sottinteso *creditoris*), cioè in seguito all'interpellazione del creditore (*id est si interpellatus oportuno loco non solverit*), salvo casi eccezionali, per i quali si prescinde da ogni esplicita richiesta.

L'accertamento dell'avvenuta interpellazione e del successivo inadempimento, essendo questioni di fatto più che di diritto, dovrebbero essere esaminate dal giudice e non potrebbero formare oggetto di una precisa definizione (come dice Pomponio), né di una determinazione scientifica o normativa (come dice l'Imperatore Antonino Pio).

Contro questa interpretazione del frammento, recentemente ripresa e difesa dall'Elefante (73), ci sembrano ancora valide le osservazioni fatte dal Siber prima (74) e dal Montel poi (75). I due romanisti hanno giustamente rilevato che l'interpellazione ed il successivo inadempimento sono fatti positivi che non presentano alcuna seria difficoltà, tale da rendere impossibile una loro determinazione da parte del giudice o dell'imperatore e da richiedere l'indagine del giudice. Al giudice, invece, sarebbe deferita l'indagine sulla sussistenza dell'elemento soggettivo, che non può essere stabilito mediante una regola generale.

Ad integrazione dei predetti rilievi si può aggiungere la seguente osservazione. Il quesito, rivolto da Tullio Balbo all'imperatore Antonino Pio, verte non già su ciò che debba intendersi per *interpellatio* e sul fatto se essa si debba ritenere verificata, ma piuttosto sulle condizioni necessarie per configurare la mora, cioè sulla sussistenza dei requisiti costitutivi della *mora debitoris*: *an mora facta intellegatur*. Ciò significa che la *difficilis definitio* riguarda non il fatto se l'interpellazione sia avvenuta, ma sibbene la sussistenza dei requisiti essenziali ed, in particolare, l'accertamento dell'elemento soggettivo. Infatti, gli accertamenti della volontarietà del ritardo, della conoscenza del vincolo obbligatorio, della possibilità di adempiere sono questioni di fatto che

(73) ELEFANTE, in *Labeo*, 6 (1960), p. 35 ss.

(74) *Interpellatio und Mora*, in *ZSS*, 29 (1908), p. 52 ss.

(75) *Op. cit.*, p. 27 ss.

vanno accertate da parte del giudice e non possono essere stabilite a priori senza un adeguato esame della fattispecie. Ciò che può stabilirsi in via generale è che il ritardo, per dar luogo alla mora, deve essere volontario, deve cioè scaturire da un *facere quo minus*. Espressione, questa, vaga e che proprio Pomponio aveva cercato di precisare, ricorrendo al criterio della possibilità di adempiere e della conoscenza del vincolo obbligatorio. Ma anche così precisato, l'elemento soggettivo richiede pur sempre l'accertamento del giudice, il quale è chiamato a stabilire, in ogni caso, se ricorra nella fattispecie concreta e la conoscenza e la possibilità.

In conclusione, la frase: *id est si interpellatus oportuno loco non solverit*, staccata, sotto il profilo logico-grammaticale, dal contesto, era estranea all'originale di Marcianno, il quale, sulla scia di Pomponio e dell'imperatore, si limitava verosimilmente «ad affermare che il fondamento della mora non è nel semplice fatto del ritardo (*ex re*), ma un elemento subiettivo (*ex persona*)» (76).

L'interpellatio, quale mezzo costitutivo della mora, ricorre in un altro frammento di Pomponio, estratto dai suoi libri *ad Sabinum*:

D. 45, 1, 23 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non eliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te stelerit, quo minus vivo eo (77) eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum.*

Il testo si può dividere in due parti. La prima contiene la posizione del problema (*quaestio*) e la relativa soluzione. La seconda (successiva ai due punti) costituisce una precisazione della precedente decisione.

(76) MONTEL, *op. cit.*, p. 28.

(77) Il MOMMSEN, *ad h. l.* propone *vivum* al posto di *eo vivo*.

La *quaestio* esaminata dal giurista concerne la responsabilità del debitore nell'ipotesi di morte dello schiavo *certus*, dovuto *ex legati causa* o *ex testamento*. La soluzione, data da Pomponio nella prima parte, rappresenta l'applicazione del tradizionale principio, secondo cui il debitore è responsabile solo se *per eum steterit quo minus daret*. Nella seconda parte il giurista precisa le ipotesi in cui è possibile configurare uno *stare per aliquem quo minus*, individuandole nell'*interpellatio* (mora) e nell'uccisione dello schiavo (inadempimento): *quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum*. Come si può facilmente evincere, il frammento pone un problema delicato circa il valore da attribuire alla frase finale. In base ad essa si potrebbe, infatti, ritenere che l'*interpellatio* costituisca un requisito essenziale della mora, un elemento assolutamente indispensabile perché il ritardo possa integrare gli estremi dello *stare per aliquem quo minus*. Una tale interpretazione è scartata sia dal Siber che dal Montel (78), i quali ritengono interpolata la frase in esame. I due romanisti rilevano come il carattere tassativo della forma non corrisponda alla sostanza, meramente esemplificativa. Infatti, se l'uccisione dello schiavo non esaurisce tutte le possibili ipotesi d'inadempimento (manomissione, *per insidiosa loca mittere*, lasciar fuggire e simili), occorre ritenere che neppure l'*interpellatio* esaurisce i casi di mora, avendo un valore esclusivamente esemplificativo.

L'interpretazione del Siber e del Montel è criticata dall'Elefante (79), il quale ritiene di potere affermare la tassatività dell'*interpellatio*, attraverso la dimostrazione della tassatività dell'uccisione dello schiavo. Nel caso esaminato da

Pomponio, nota l'Elefante, si tratta di morte dello schiavo, onde l'unica ipotesi d'inadempimento assoluto può essere rappresentata soltanto dall'uccisione. Dimostrato il carattere tassativo di *aut occidisti*, verrebbe in conseguenza fondato il carattere tassativo dell'*interpellatio*.

Riteniamo che un giudizio sull'equivoca frase di Pomponio non possa prescindere dalle testimonianze fornite da testi già noti. In fondo, il caso contemplato in D. 45, 1, 23 è simile a quello esaminato in D. 12, 1, 5. In entrambi i frammenti Pomponio considera il caso del perimento dello oggetto dovuto; in entrambi la responsabilità del debitore viene risolta alla stregua del criterio dello *stare per eum quo minus*; in entrambi il giurista cerca di spiegare quale sia il valore del predetto criterio. Ma mentre nel primo frammento vengono indicati degli elementi logici idonei a stabilire o a fondare la responsabilità del debitore caso per caso, secondo un metodo tipico della giurisprudenza romana, nel secondo frammento, invece, si indicano con formula sentenziosa ipotesi di responsabilità tipiche e tassative, che non si giustificano neppure con riferimento alla specialità della fatti-specie considerata.

La frase: *quod ita fit si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum* doveva, nell'originario testo pomponiano, essere certamente più circostanziata e motivata ed in ogni caso doveva assumere ben più ampio sviluppo. Infatti, se l'*interpellatio* in sè e per sè non è estranea al pensiero classico, lo è sicuramente come requisito essenziale, generalmente richiesto per ogni tipo di rapporto.

Secondo il genuino pensiero di Pomponio, l'*interpellatio* è solo una delle cause idonee — e magari la più comoda e la più sicura (specie ai fini probatori) — a creare la certezza della colpevolezza del debitore. Vi possono essere ipotesi in cui l'*interpellatio* rappresenta l'unica delle possibili cause, ma vi sono ipotesi, e sono la maggioranza, in cui essa non è necessaria, ma è addirittura superflua. Questi rilievi, de-

(78) SIBER, *Interpellatio und Mora*, cit., p. 52; MONTEL, *op. cit.*, p. 29.

(79) ELEFANTE, in *Labeo*, 6 (1960), p. 39.

sumibili dall'insieme dei testi fin qui esaminati (ed in particolare da D. 12, 1, 5), ricevono ulteriore conferma da altri due frammenti.

Il primo fornisce l'esempio di una ipotesi in cui l'*interpellatio* rappresenta il mezzo più idoneo a costituire in mora il debitore. Si tratta di un frammento escerpto dai libri *ad Sabinum* di Pomponio:

D. 30, 36, 3 (Pomp. 6 *ad Sab.*): *Si alteri Stichum heres dederit, quem duobus dare damnatus fuerat, et antea quam interpellaretur ab altero, Stichus mortuus est, heres non tenetur, quia nihil per eum factum intellegitur.*

La fattispecie, considerata da Pomponio, è costituita da un legato cumulativo di uno schiavo. L'erede obbligato, in base ad un legato *per damnationem*, a dare un servo a due legatari, esegue la prestazione nei confronti di uno solo. Successivamente sopraggiunge la morte dello schiavo, senza che l'altro collegatario abbia precedentemente interpellato l'erede. Pomponio ritiene che *heres non tenetur, quia nihil per eum factum intellegitur*. Occorre, quindi, stabilire il fondamento della sua *sententia*. L'Elefante ritiene che il responso di Pomponio stia a testimoniare che l'*interpellatio* costituisca un requisito essenziale della mora e non semplicemente una delle sue possibili fonti. « Il ragionamento fatto da Pomponio — scrive l'Elefante — è dunque semplicissimo: per accertare la responsabilità per mora del debitore, indiana per compiere è quella circa l'esistenza o meno dell'*interpellatio* »⁽⁸⁰⁾.

Non crediamo che il responso di Pomponio giustifichi una tale deduzione generale, che ha la pretesa di esser valida per ogni tipo di rapporto e per ogni circostanza. In-

vero, il fondamento della *sententia* risiede proprio nella specialità del rapporto considerato dal giurista. Se l'erede è tenuto ad eseguire la prestazione di *species* (*Stichum*) a favore di due collegatari, e dà lo schiavo Stico ad uno solo, l'interpellazione da parte dell'altro è il mezzo più idoneo a costituire in mora l'erede ed a fondare la sua responsabilità per l'*aestimatio* del servo morto, dopo la consegna ad uno dei collegatari.

Il ricorso ad altro criterio creerebbe, infatti, incertezze circa la volontarietà del ritardo.

Ma se, in alcune ipotesi, l'interpellazione da parte del creditore rappresenta la *iusta causa intelligendi*, richiesta da Pomponio, in altre invece è assolutamente superflua, in quanto la *iusta causa* risiede in un elemento diverso, ricavabile dal rapporto obbligatorio.

Significativo è in questo senso un frammento estratto dal libro 5 *ad Sabinum*, dal quale è possibile ricavare un argomento indiretto per la costituzione in mora.

D. 45, 1, 14 (Pomp. 5 *ad Sab.*): *Si ita stipulatus essem abs te 'domum aedicari?' vel heredem meum damnavero insulam aedicare, Celso placet non ante agi posse ex ea causa, quam tempus praeterisset, quo insula aedicari posset: nec fideiussores dati ante diem tenebuntur.*

La *quaestio* principale discussa nel frammento riguarda il momento in cui l'azione, nascente da un contratto di appalto trasfuso in una stipulazione, diventa esperibile. Pomponio risolve il problema aderendo all'opinione di Celso, secondo il quale *non ante agi posse ex ea causa, quam tempus praeterisset, quo insula aedicari posset*. Il criterio che sta alla base del responso, formulato in ordine all'esperibilità dell'azione, può essere utilizzato per la questione della costituzione in mora. Infatti il decorso del lasso di tempo necessario e sufficiente al compimento dell'*opus* è decisivo,

(80) ELEFANTE, in *Labeo*, 6 (1960), p. 40.

in mancanza di un termine prestabilito, tanto per l'esperibilità dell'azione, quanto per la costituzione in mora (81). Quindi il decorso di un ragionevole spazio di tempo, nel contratto di appalto, rappresenta una *iusta causa intelligendi*, a meno che l'appaltatore non sia stato impossibilitato obbiettivamente a compiere l'*opus*.

In conclusione, Pomponio richiede, per la configurazione della *mora debitoris*, il ritardo volontario, cioè un ritardo che non sia giustificato da impossibilità obbiettiva o da ignoranza o incertezza del tempo dell'adempimento. L'*interpellatio*, pur non essendo un requisito essenziale, rappresenta una delle possibili cause *intelligendi*.

* * *

Passiamo ad esaminare i frammenti riguardanti gli effetti della *mora debitoris*, distinguendoli in due gruppi, a seconda che si riferiscono ai negozi di stretto diritto o ai negozi di buona fede.

Nei rapporti obbligatori di stretto diritto, con oggetto determinato, gli effetti della mora sono dati esclusivamente dalla *perpetuatio obligationis*, il cui concetto è stato più volte illustrato.

Pomponio esprime l'idea della *perpetuatio*, in alcuni testi mediante il verbo *teneri*, che implica la persistenza del vincolo, nonostante l'impossibilità della prestazione:

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...*

(81) Vedi BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, parte I (Padova, 1962), p. 439 ss.

D. 33, 2, 6 (Pomp. 15 ad Sab.): *Si usus fructus mihi in biennium continuum a morte testatoris legatus sit et per heredem steterit, quo minus eum mihi daret, praeterito biennio nihilo minus tenetur (quemadmodum teneretur, si res legata in rerum natura esse desisset, quam quis deberet, moratusque eset in ea danda), ut peti quidem iam usus fructus qui legatus sit non possit, quia aliis futurus sit quam qui legatus fuerit, sed aestimatio eius bima dumtaxat facienda sit* (82).

D. 30, 36, 3 (Pomp. 6 ad Sab.): *Si alteri Stichum heres dederit, quem duobus dare damnatus fuerat, et antequam interpellaretur ab altero, Stichus mortuus est, heres non tenetur, quia nihil per eum factum intellegitur.*

In altri testi mediante espressioni che implicano ed esprimono l'idea della mancata liberazione del debitore, dopo il perimento dell'oggetto o l'impossibilità, in genere, di eseguire l'originaria prestazione:

D. 30, 26, 1 (Pomp. 5 ad Sab.): *Si certum corpus heres dare damnatus sit nec fecerit, quo minus ibi ubi id eset traderet, si id postea sine dolo et culpa heredis perierit, deterior fit legalarii condicio.*

D. 12, 1, 5 (Pomp. 22 ad Sab.): *Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat.*

(82) Il frammento non riguarda, nella questione principale, la mora, ma piuttosto l'inadempimento assoluto. Infatti, *praeterito biennio* (termine essenziale), il debitore non è solo moroso, ma ad dirittura inadempiente. Tuttavia l'analogia (messa in rilievo dalla glossa esplicativa *quemadmodum teneatur*: cfr. ARNÒ, *Perpetuatio obligationis*, cit. p. 16), esistente fra mora ed inadempimento, permette di utilizzarlo per la determinazione della responsabilità del debitore dopo il perimento della cosa dovuta.

Il debitore non è tenuto ovviamente per i casi di impossibilità della prestazione (perimento, manomissione, etc.), verificatisi prima della mora:

D. 46, 3, 92 pr. (Pomp. 9 *epistularum*): *Si mihi alienum servum dari promiseris aut testamento dare iussus fueris isque servus, antequam per te staret quo minus dares, a domino manumissus sit, haec manumissio morti similis sit: si autem decessisset, non tenearis* (83).

Per effetto della perpetuazione, all'originaria prestazione subentra, in caso d'impossibilità, l'*aestimatio rei*, cioè il valore economico dell'oggetto dovuto. L'*aestimatio* ha carattere obiettivo e non comporta il risarcimento del danno arretrato al creditore. Le espressioni usate da Pomponio denunciano chiaramente il carattere obiettivo della stima dell'oggetto dovuto, la quale viene determinata con riferimento alla sfera del debitore e non già alla sfera del creditore: *tuum fore id detrimentum* (D. 12, 1, 5); *deterior fit legatarii condicio* (84).

In materia di effetti della *mora debitoris* nei *bonae fidei iudicia*, un gruppo di testi fornisce interessanti notizie sul pensiero di Pomponio. Anzitutto apprendiamo da D. 16, 3, 12, 3 che il nostro giurista, aderendo alla dottrina sabiniana, generalmente accolta, applicava ai *bonae fidei iudicia* il principio della *perpetuatio* originariamente formatosi nell'ambito dei *iudicia stricta*:

D. 16, 3, 12, 3 (Pomp. 22 *ad Sab.*): *Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post iu-*

(83) Il BESELER, in *ZSS*, 53 (1933), p. 44 ritiene interpolato *haec-fin.*

(84) Cfr. NIEDERMAYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen*, cit., p. 405 ss.

dicum acceptum cum detrimento rei periret, sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius apud quem depositum fuerit est, si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit.

Il frammento è stato già ricordato nella trattazione del pensiero di Sabino. Qui basti rilevare l'uso dell'espressione *cum detrimento rei periret*, usata spesso da Pomponio per esprimere l'idea della persistenza della responsabilità del debitore.

L'equiparazione fra i due tipi di *iudicia*, valida per il principio della perpetuazione (*quemadmodum . . . sic*), non si estende al metodo della condanna. Infatti, nei giudizi di stretto diritto il giudice si ispira nella condanna al metodo oggettivo della *aestimatio rei*, mentre nei giudizi di buona fede si ispira al criterio soggettivo dell'*id quod interest* (85).

L'applicazione del criterio soggettivo emerge chiaramente da un testo riguardante la compravendita del vino (cosa fungibile):

D. 19, 1, 3, 3 (Pomp. 9 *ad Sabinum*): *Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit vel quo lis in condemnationem (86) deducitur, item quo loco pluris fuit, vel quo venit vel ubi agatur.*

Il testo concerne la responsabilità del debitore moroso per la diminuzione del prezzo della cosa venduta. La di-

(85) Cfr. Voci, *Risarcimento del danno*, cit., p. 96: « Il principio dell'*id quod interest* non guarda, quindi, alla *res* da prestare, ma al soggetto, a cui la *res* deve essere prestata: di fronte al metodo dell'*aestimatio* che è oggettivo, si deve qualificare come soggettivo ».

(86) Il BETTI, *La litis aestimatio in rapporto al tempo* (Camerino, 1918), p. 11, sostituisce *condemnationem* con *iudicium*.

minuzione del prezzo importa la condanna al pagamento del maggiore valore che il vino abbia avuto nel tempo (giorno della consegna o della *litis contestatio*).

Il fondamento della conseguenza, posta da Pomponio a carico del debitore, risiede nell'intento di far conseguire al creditore il valore effettivo che la prestazione abbia avuto al momento stabilito, in relazione al possibile variare dei prezzi, da provarsi caso per caso da parte dell'interessato. In caso contrario il compratore subirebbe una diminuzione patrimoniale, che altererebbe l'equilibrio delle prestazioni.

Passiamo all'esame di due frammenti, l'uno di Ulpiano e l'altro di Pomponio, riguardanti gli effetti della *mora debendi* in materia di *dos aestimata*.

D. 23, 3, 14 (Ulp. 34 ad ed.): *Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde ea moram faciente in tradizione in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto.*

D. 23, 3, 15 (Pomp. 14 ad Sab.): *Quod si per eam non stetisset, perinde pretium auferit ac si tradidisset, quia quod evenit emptoris periculo est.*

Ci occupiamo in questa sede anche del frammento 14, tratto dall'opera di Ulpiano *ad edictum*, in quanto costituisce parte integrante della fattispecie del frammento 15 di Pomponio.

I Compilatori, con il collocare i due testi l'uno di seguito all'altro, unendoli sintatticamente, oltre che logicamente, per mezzo del «*quod*», hanno fatto sì che l'uno (il 15) non possa essere inteso appieno senza l'esame dell'altro (il 14).

La chirurgia legislativa dei commissari giustinianei non ha, però, compromesso il pensiero di Pomponio, che crediamo possa essere facilmente ricostruito.

Pomponio si occupava verosimilmente del problema dell'incidenza del rischio nella dote⁽⁸⁷⁾ ed a questo proposito doveva fare, secondo un uso comunissimo ai giuristi classici, una *distinctio* simile a quella che figura nei due frammenti e della quale resta nel testo pomponiano solo la seconda ipotesi.

Dopo essersi chiesto quale delle due parti (costituente la dote e marito) dovesse sopportare il rischio del perimento casuale della *res dotale*, stimata in danaro⁽⁸⁸⁾, Pomponio avrà notato che occorre stabilire se la donna costituente la dote sia o meno in mora nella consegna. Solo nel caso che il perimento avvenga dopo la mora della donna — secondo il ragionamento di Pomponio e di Ulpiano — questa ne sopporterà le conseguenze, nel senso che non avrà diritto alla restituzione del prezzo. In caso contrario il rischio sarà sopportato dal marito *emptor*, che dovrà restituire il prezzo.

I romanisti si sono interessati dei testi su riferiti in materia di pericolo nella vendita, per indagare — al fine di accertare la genuinità del principio *periculum est emptoris* — se il rischio del perimento fortuito passi al compratore dopo o prima della *traditio*.

Senonchè nei due testi non si dice che il rischio (*periculum*) passi prima o dopo la *traditio*, ma si afferma piuttosto che il rischio è una conseguenza del ritardo (*mora*).

Quindi il *periculum* deve essere valutato non in relazione alla *traditio*, ma sibbene alla *mora*. Il che ci induce a ritenere che per i classici il *periculum* era considerato una

(87) Come ha già rilevato lo APPLETON, in *Rev. hist. de dr.*, 1927, p. 195 ss., si tratta di dote costituita con la forma della *dotis dictio*: onde la sostituzione compilatoria di *dixerit* con *derit*. Sul punto vedi ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 266.

(88) Con la *aestimatio* la *res dotale* si considera come venduta. Vedi in proposito ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 266.

conseguenza, un effetto della mora, del ritardo nella consegna di una *res*.

Ciò perchè i giuristi del periodo classico non formulano forse il noto principio *periculum est emptoris*, ma considerarono il problema come una *quaestio* da risolvere caso per caso, tenendo conto del comportamento delle parti, e principalmente dell'eventuale ritardo nella consegna. Ritardo che, come violazione dell'obbligo di consegnare entro un termine stabilito ovvero entro un termine desumibile da altre circostanze, doveva essere considerato, secondo il loro punto di vista, come mora. Effetto di una tale mora, nel caso specifico della *dos aestimata*, era quello della impossibilità di chiedere il prezzo.

* * *

Sul pensiero di Pomponio in materia di mora nelle clausole penali va ricordato un frammento già esaminato trattando del pensiero di Servio Sulpicio, citato nella parte finale e di Cassio:

D. 4, 8, 40 (Pomp. 11 *ex variis lectionibus*): *Arbiter calendis Ianuariis adesse iussit et ante eum diem decessit: alter ex litigatoribus non adfuit. Procul dubio poena minime commissa est: nam et Cassium audisse se dicentem Aristote ait in eo arbitro, qui ipse non venisset, non esse commissam: quemadmodum Servius ait, si per stipulatorem stet, quo minus accipiat, non committi poenam.*

Non è qui necessario ripetere quanto è stato allora detto. E' sufficiente ribadire che Pomponio si riallaccia al movimento dottrinario dei secoli precedenti, senza scostarsi sostanzialmente dalle impostazioni di Servio Sulpicio e di Cassio.

* * *

Il campo, in cui Pomponio rivela il suo acume e dimostra capacità innovative e non soltanto doti di rielaborazione e sistemazione, è quello della mora del garante e precisamente del fideiussore, al quale è paragonato il *pater familias quod iussu* (89).

Abbiamo osservato che la giurisprudenza del primo secolo aveva posto il problema della mora del garante, ma non ne aveva dato una soluzione, almeno allo stato attuale delle nostre conoscenze.

Plauzio e Nerazio, in particolare, si erano occupati del tema, senza però fornire una risposta definitiva all'interrogativo circa la possibilità di una mora del garante e di una successiva *perpetuatio*.

Non siamo, purtroppo, adeguatamente informati sul movimento di pensiero sviluppatosi durante il primo secolo e la prima metà del secondo intorno al problema in esame. Tuttavia possiamo fondatamente ritenere che la teoria della mora del garante (fideiussore) risale a Pomponio. I paragrafi 4 e 5 del più volte ricordato D. 45, 1, 91 forniscono dati attendibili sulla paternità di Pomponio:

D. 45, 1, 91, 4 e 5 (Paulus 17 *ad Plautum*): *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 perpetuant, dubium est. Pomponio perpetuare placet: quare enim facto suo fideiussor suam obli-*

(89) Cfr. FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 12.

gationem 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 spoponderunt. 5 An filius familias, qui iussu patris promisit, occidendo servum producat patris obligationem, videndum est. Pomponius producere putat, scilicet quasi accessionem intellegens eum qui iubeat.

La prima parte di D. 45, 1, 91, 4 è stata illustrata nel capitolo dedicato a Plauzio. Resta da esaminare la seconda parte (⁹⁰), in cui Paolo, mediante una nota all'opera di Plauzio, ricorda l'innovazione di Pomponio. Questa consiste nell'ammettere la perpetuazione dell'obbligazione da parte del fideiussore, il quale in conseguenza risponde contrattualmente tanto della distruzione dolosa dell'oggetto, quanto del ritardo volontario. Per comprendere esattamente il valore della *sententia* di Pomponio, occorre ricordare che la precedente dottrina, rappresentata soprattutto da Nerazio e Giuliano, aveva risolto il problema della responsabilità del fideiussore, ricorrendo all'*actio de dolo*. Pomponio, invece, fonda la responsabilità non più sulla sleale condotta del fideiussore, ma sull'obbligo contrattualmente assunto di eseguire la prestazione. Ne consegue che, al posto dell'*actio de dolo*, subentra un'*actio utilis ex stipulatu*, che finisce col parificare il fideiussore allo *sponsor*:

(⁹⁰) La seconda parte del frammento è stata manipolata dai Compilatori, i quali hanno probabilmente suntato l'originale testo paolino. Tuttavia l'idea di Pomponio sulla *perpetuatio* da parte del fideiussore non è sospettabile. La possibilità di un accorciamento compilatorio è ampiamente ammessa nella letteratura romanistica. Cfr. PUGLIESE, *Intorno all'impossibilità della prestazione*, cit., p. 596: «Non v'è dubbio che ci troviamo di fronte ad un testo certamente accorciato e raffazzonato»; FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 89: «Il testo, nella sua stesura originale, doveva certamente svolgersi con altra perspicuità da quella attuale».

sore allo *sponsor*: ormai la teoria della mora del *fideiussore* è definitivamente costruita. Il ritardo volontario nello adempimento dell'obbligo assunto mediante *fideiussio* dà luogo alla *perpetuatio obligationis*, che legittima, in caso di perimento dell'oggetto dovuto, l'esperibilità dell'*actio utilis ex stipulatu*, per il conseguimento dell'*aestimatio rei*.

Occorre inoltre notare che l'*actio utilis*, rispetto all'*actio de dolo*, presenta un altro vantaggio rilevato dallo stesso Pomponio e cioè la possibilità di trasmettere la responsabilità *ex stipulatu* agli eredi: *itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum* (⁹¹).

Il principio sulla perpetuazione dell'obbligazione da parte del fideiussore, sopra esaminata, viene applicato da Pomponio, come testimonia il paragrafo quinto, anche al *pater familias*, la cui posizione nell'età classica viene spesso equiparata a quella di un debitore accessorio (⁹²).

* * *

Il pensiero di Pomponio sulla *mora creditoris* è desumibile da un gruppo di testi, tratti da opere diverse del giurista classico ed inseriti in diversi titoli del Digesto.

Qualunque sia l'entità delle alterazioni apportate dai Compilatori, è certo che il pensiero giuridico di Pomponio sulla *mora creditoris* è riferito in termini sostanzialmente genuini, dato che la enunciazione o l'applicazione di alcuni principi si trova riferita, in maniera identica, in più frammenti.

Ciò dimostra, da un lato, che i Commissari non modificarono sostanzialmente i testi, ma si limitarono a re-

(⁹¹) FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 89.

(⁹²) Vedi MAYER-MALY, *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 21 ss.

stringerli, spinti dalla necessità della semplificazione compilatoria.

Dall'altro, attesta come i giuristi romani andavano costruendo, secondo un metodo caratteristico del loro procedimento scientifico, la dottrina della mora, non astrattamente, mediante costruzioni generali, ma piuttosto in base alla casistica dei rapporti e delle situazioni giuridiche (dote, legato, compravendita, etc.).

Ciò posto, passiamo all'esame dei vari testi e alla individuazione dei principi in essi formulati od applicati, relativamente ai rapporti considerati, per pervenire poi alla enucleazione della dottrina della mora di Pomponio, anticipando come risultato che il nostro giurista appare, più che un innovatore in materia di *mora creditoris*, un coscienzioso interprete della precedente dottrina, opportunamente ed utilmente (per lo storico del diritto) sincretizzata.

Riferiamo il primo testo :

D. 18, 6, 18 (17) (Pomp. 31 *ad Quintum Mucium*) : *Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Quod si per venditorem et emptorem mora fuerit, Labeo quidem scribit emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam, sed vindendum est, ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id quod emeram, deinde postea offerente illo ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emptorem mora fuisset, deinde, cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem moram venditori nocere.*

Il frammento, come risulta dalla ricostruzione del Lenel, deriva dal libro 31 *ad Quintum Mucium*, dedicato alla *emptio venditio*; esso ha attirato l'attenzione degli studiosi, i quali, specie nel periodo dell'apogeo degli studi interpolazionistici, lo

sottoposero a larghi tagli, inserendovi frasi supposte conformi all'originale.

Sotto questo profilo, il Beseler (93) è stato il più laborioso, rinvenendo «errori di carattere filologico e sintattico».

Il frammento è stato già esaminato, in parte, a proposito di Labeone, il cui pensiero è riprodotto qui e nel testo parallelo D. 19, 1, 51, pr.. Ora è necessario analizzarlo per intero.

Nella prima parte si trova formulato il principio generale, secondo cui il debitore, successivamente alla *mora creditoris*, è tenuto solo per dolo.

Tale enunciazione costituisce un notevole progresso rispetto alla primitiva illimitata facoltà di liberazione dal vincolo (come in Catone) e contemporanea, ad un tempo, gli interessi del creditore (di chiedere la prestazione) e quelli del debitore (di essere liberato dalla obbligazione). E' da precisare tuttavia che il principio sostanzialmente si era formato già prima, tra la fine della Repubblica e l'inizio del secondo secolo dell'era volgare, e non costituisce una originale formulazione di Pomponio.

Confortano tale opinione i risultati ottenuti attraverso lo studio della dottrina dei precedenti giuristi, nonché la stessa forma di *regula* data al principio, che è certo preesistente.

Ogni dubbio sulla sua genuinità è fugata da altri testi, ove la regola ritorna sostanzialmente in particolari applicazioni. Così in D. 24, 3, 9, in materia di dote.

(93) Cfr. *Romanistische Studien*, in *Tijdschrift*, 28 (1928) p. 277, ove vengono proposte le emendazioni [*videndum . . . mihi deberet*] in *(non idem dicendum est)* e [*fuisset*] in *(fuerit)*, nonché la espunzione [*cum posset . . . fin*]; cfr. inoltre *Beiträge* 3, 65 per la espunzione di tutto il passo [*sed videndum . . . fin*] e l'emendazione [*culpam*] [*custodiam*]. Su basi puramente linguistiche si fonda pure il GUARNERI CITATI, *Obbligazioni indivisibili*, I, 137 nota 1, per espungere «*aequum est*» della frase finale. Cfr. pure JÖRS, *Röm. Privatrecht*, 128 ss.

D. 24, 3, 9 (Pomponius *14 ad Sabinum*): *Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem recipere, dolum malum dumtaxat in ea re, non etiam culpam maritus praestare debet, ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur: fructus tamen, qui pervenissent ad virum, redduntur.*

Frammento, questo, interessante per la motivazione che Pomponio fa seguire alla formulazione del principio: *ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur*. Ne risulta oltremodo chiara la ragione della diminuzione della responsabilità dopo la *mora creditoris*: il debitore non può essere costretto a sopportare indefinitivamente gli oneri derivanti dall'obbligo assunto, senza turbare il suo patrimonio, con indebito vantaggio del creditore moroso. Con la semplice riduzione al dolo o colpa grave, la responsabilità rientra, viceversa, nel normale e generico obbligo di *neminem laedere* (94).

(94) Sul punto v. Scuto, *La mora del creditore*, p. 120 e 159; GUARNERI CITATI, *Contributi*, p. 167. Contrasta col principio della limitazione della responsabilità del debitore dopo la *mora creditoris* un frammento inserito nel titolo *de diversis regulis iuris* dei *Digesta*, ove si afferma che l'impossibilità di adempire a causa della mora del creditore equivale ad adempimento (*pro facto*) e quindi a liberazione dall'obbligazione: D. 50, 17, 39 (Pomp. 32 *ad Sab.*): *in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat.* Il testo, invero, come è stato dimostrato dal GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 183, è frutto di una generalizzazione dei Compilatori, chiaramente denunciata dalle parole *in omnibus causis*, e non rispecchia il genuino pensiero di Pomponio. Ma, a parte l'entità dell'alterazione compilatoria, occorre precisare che il frammento, malgrado la presenza del termine *mora*, non è utilizzabile per la ricostruzione del pensiero di POMPONIO sulla mora, giacchè faceva parte del libro 32 *ad Sabinum*, nel quale POMPONIO svolgeva il tema *de possessione et usucapione*: Cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, cl. 140-142.

Nè basta secondo Pomponio, la sola limitazione della responsabilità, ma occorre ancora il diritto al risarcimento. Sotto questo profilo è alquanto esplicito il testo seguente (95):

D. 33, 6, 8 (Pomponius *6 epistularum*): *Si heres damnatus sit dare vinum, quod in dolis esset, et per legatarium stetit, quo minus accipiat, periculose heredem facturum, si id vinum effundet: sed legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id, quod propter moram eius damnum passus sit heres.*

Qui Pomponio, trattando del legato *per damnationem*, avente ad oggetto *vinum in dolis*, attribuisce all'erede la facoltà di respingere con la *exceptio doli mali* il legatario moroso, che non presti *id, quod propter moram eius damnum passus sit heres*.

L'eccezione presuppone, ovviamente, la possibilità del legatario di esperire l'azione e, quindi, la persistenza del vincolo.

Questo non viene meno *ipso iure*, ma sussiste finchè l'oggetto non perisca accidentalmente, senza dolo del debitore.

L'abbandono dell'oggetto dovuto si può giustificare solo in presenza di circostanze eccezionali, tali da configurare il dolo o la colpa grave. Da questo punto di vista il «*periculose*» potrebbe costituire un'abbreviazione compilatoria di un più lungo discorso di Pomponio. La sostituzione «*impune*», per contro, proposta del Riccobono (96), sarebbe eccessiva, se intesa in senso illimitato.

Dalla persistenza del vincolo, sia pure con responsabilità affievolita, deriva la possibilità della prestazione del

(95) Cfr. Scuto, *op. cit.*, p. 147-48 e p. 165; GUARNERI CITATI, *op. cit.*, p. 167.

(96) RICCOBONO, in *Riv. Dir. Civ.*, 3, p. 53, n. 6.

pretium, in caso di perimento doloso. Però, secondo quanto afferma Pomponio in D. 19, 1, 3, 4, la stima deve essere fatta con riferimento al prezzo *quod sit cum agatur, et quo loco minoris sit*:

D. 19, 1, 3, 4 (Pomponius 9 ad Sab.): *Quod si per emptorem mora fuisset, aestimari oportet pretium quod sit cum agatur, et quo loco minoris sit. Mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impedit, quo minus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere. Item non oportet eius loci pretia spectari, in quo agatur, sed eius, ubi vina tradi oportet: nam quod a Brundisio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundisi tradi oportet.*

Nel frammento ha destato sospetto il periodo *mora... tradere*, che il Montel (97) considera «una zeppa cacciata a forza in un testo che parlava di tutt'altro». Invero esso non ha un collegamento logico con la parte che precede e con quella che segue (98), onde i motivi di sospetto avanzati dal Betti (99) e dell'Albertario (100) appaiono fondati.

Ma è ben probabile che i Compilatori abbiano accorciato il passo originario, in cui presumibilmente Pomponio, ponendo la questione della responsabilità del debitore dopo la *mora creditoris*, trattava dei requisiti della *mora creditoris*. Si capisce così il valore normativo dato alla enunciazione, che nel «*praesertim si omni tempore paratus fuit tradere*» denuncia chiaramente l'intervento di Triboniano (101).

(97) *Op. cit.*, p. 198.

(98) Cfr. GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 210.

(99) *Litis aestimatio*, cit., p. 12.

(100) *Sul diritto agli alimenti*, in *Studi di dir. rom.*, I (Milano, 1933), p. 262, n. 4.

(101) Cfr. GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 210, che aduce vari motivi di interpolazione.

Concludendo su questa parte di D. 18, 6, 18 (17) e sugli altri testi logicamente con essa connessi, se ne ricava che la *mora creditoris*, determinata dalla prontezza del debitore e dalla mancata accettazione del creditore, importa la diminuzione della responsabilità del debitore, il diritto del debitore al risarcimento del danno, la paralizzazione della azione del creditore, che non voglia risarcire il danno, con l'*exceptio doli mali*, l'incidenza del rischio sul creditore.

Inoltre la liberazione del debitore, attenuata la facoltà di abbandono, è ritardata al giorno del perimento o del risarcimento ovvero del mancato risarcimento.

Passando alla seconda parte di D. 18, 6, 18 (17), questa pone il problema della influenza della *mora creditoris* sulla *mora debitoris* contestuale (*quod si... moram adhibitam*), antecedente (*sed videndum... mihi deberet*) e susseguente (*sed si per emptorem... venditori nocere*).

Sulla contestualità delle due more si rinvia a Labeone. Gli altri due casi, consistenti nella successione cronologica della mora, sono introdotti dalla frase: *sed videndum... ei sit*, chiara generalizzazione compilatoria. Del resto l'intervento giustinianeo, in questa seconda parte, è dimostrato dall'*interpellavero*, che richiama un istituto estraneo al diritto classico (102), nonché dal *sane*.

Tuttavia, la sostanza del pensiero di Pomponio non ne è uscita adulterata. Infatti nella prima ipotesi (antecedenza della *mora debitoris*), la incidenza della *mora creditoris* sullo stesso creditore è giustificata dalla precedente *offerta* del debitore, che libera quest'ultimo dal vincolo obbligatorio. Il frammento D. 4, 5, 9, 3 è esplicito ed insospettato da questo punto di vista. Quindi il problema dell'influenza della seconda mora (*creditoris*) sulla prima (*debitoris*)

(102) *Contra* vedi ELEFANTE, in *Labeo*, 6 (1960), p. 44.

neppure si dovrebbe porre: il che giustifica il timore del rimaneggiamento ed il sospetto per: *sed videndum... ei sit.*

La seconda ipotesi (antecedenza della *mora creditoris*) corrisponde alla fattispecie di cui in D. 19, 1, 51, 1 e merita un più lungo discorso.

In seguito alla *mora creditoris* valgono i principi fissati nella prima parte di D. 18, 6, 18 (17) e negli altri frammenti esaminati.

Orbene, secondo quanto si è detto, il debitore continua ad essere obbligato dopo la mora del creditore. Sicché, ove il creditore si dichiara pronto a ricevere la prestazione ed il debitore *moram adhibet* (103), si estingue la mora del creditore con tutte le conseguenze che vi sono connesse, ed il ritardo colposo del debitore nuoce esclusivamente a quest'ultimo: in altre parole è la seconda mora che produce regolarmente i suoi effetti, una volta estinta la prima (104). Si verifica, cioè, una situazione simile a quella vista relativamente alla prima ipotesi. Si spiega, in base a queste considerazioni, il «*cum omnia in integro esset*», giacchè, ove la *res*, oggetto della prestazione, fosse perita nell'intervallo fra *mora creditoris* ed accettazione successiva, il debitore, in base al principio affermato nella prima parte di D. 18, 6, 18, non ne risponderebbe e la sua mora non potrebbe neppure sussistere, essendo venuto meno lo stesso vincolo obbligatorio.

Si spiega, inoltre, il «*cum posset se exsolvere*», giacchè il debitore, in ogni caso, non può essere tenuto *ad impossibilia*: per quanto, veramente, quest'ultima frase appare sospetta, quale ripetizione ingiustificata, non familiare alla semplicità ed alla concisione classica di Pomponio.

(103) Il KUNKEL, *Diligentia*, in ZSS, 45 (1925), 278 n. 3, nota la classicità della espressione *moram adhibere*, adducendo a sostegno anche D. 17, 2, 60 pr. dello stesso POMPONIO.

(104) Cfr. Scuto, *La mora del creditore*, cit., p. 246.

Non accettabile appare, però, il taglio di tutto il periodo finale, proposto dal Beseler.

Laequum est, infine, appuntato dal Guarneri Citati (105), è da ritenere una soluzione equitativa introdotta dai Compilatori, ai quali interessava risolvere il problema del rischio nella compravendita: il frammento è stato inserito, infatti, sotto il titolo: *de periculo et commodo rei venditae*. Pomponio, invece, nel libro 31 ad *Quintum Mucium* trattava dell'azione derivante dalla compravendita, e doveva dare una soluzione identica quanto al risultato, ma diversa nella motivazione.

Doveva, cioè, ritenere ammessa la responsabilità del debitore moroso e, correlativamente, affermare l'esperibilità dell'azione del creditore, pur sempre subordinata all'eventuale risarcimento del danno subito dal debitore ed alla mancanza di un comportamento doloso da parte del creditore: così si spiegherebbe *laequum est*, con cui i Compilatori avrebbero semplificato tutta la discussione.

Questa interpretazione risulta, altresì, corroborata da D. 19, 1, 51, 1, per il cui contenuto si rinvia alla trattazione del pensiero di Labeone.

4. — SESTO CECILIO AFRICANO

La dottrina della mora di Africano riflette i caratteri generali del suo pensiero, sufficientemente documentato dalle sue note *quaestiones* (106). In esse Africano esamina una varietà di quesiti, che risolve spesso in conformità al pensiero del maestro Salvio Giuliano, il cui nome, nei *libri*

(105) *Obbligazioni indivisibili*, I, p. 137, n. 1.

(106) Cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, cl. 2 ss.; Id., in ZSS, 51 (1931), p. 1 ss. Vedi pure SCHULZ, *History*, cit., p. 230 ss.

quaestionum, è ricordato direttamente o per mezzo della terza persona del verbo: *consultus respondit, ait, notat, etc.* (107).

La dottrina di Africano, fortemente condizionata dallo insegnamento del maestro, non si risolve in una meccanica raccolta dei responsi di Giuliano, ma spesso si arricchisce di note critiche, nelle quali rivela acutezza di pensiero ed originalità di vedute.

Nelle *quaestiones* egli tratta analiticamente — come già si è detto — casi diversi, con richiami alle varietà delle situazioni che i rapporti giuridici in concreto presentano. Ne deriva il carattere frammentario dell'impostazione, accentuato dell'oscurità dell'espressione, più volte rilevata dagli studiosi. Tuttavia, nonostante la frammentarietà delle *quaestiones*, la dottrina della mora di Africano può essere sufficientemente enucleata e può essere definita come una esposizione critica della dottrina di Giuliano.

Quali siano con esattezza i punti, in cui Africano si distacca da Giuliano, non è facile precisare. Non è agevole, in particolare, stabilire se debba riportarsi a Giuliano o ad Africano il principio, secondo cui il debitore dopo la mora risponde non solo per il perimento della cosa, ma anche per il suo danneggiamento (D. 30, 108, 11). Forse è più esatto ritenere che il principio sia stato formulato per la prima volta da Africano, dato che questi solitamente, quando non riferisce il proprio pensiero, usa ricordare espressamente l'opinione del maestro o di altri (es. D. 46, 3, 39, in cui è citato il giurista Mela).

(107) Il LENEL, *Palingenesia*, I, cl. 2 n. 1, attribuisce gran parte del contenuto delle *quaestiones* a GIULIANO: *Summam autem huius operis non Africano deberi, sed Iuliano, cum Africanus satis habuerit quaestiones a Iuliano tractatas referre atque exponere eiusque, si res postularet, sententiam retractare supplere adnotare, iam viderunt Cuiacius, Antonius Augustinus atque multi.*

Passiamo ora all'esame dei frammenti secondo l'ordine seguente: requisiti ed effetti della *mora debitoris* nei *iudicia stricta* e *b. f.* (D. 30, 108, 11; D. 7, 1, 36, 2; D. 46, 6, 10; D. 13, 4, 8; D. 22, 1, 27); mora nelle clausole penali (D. 44, 7, 23); requisiti ed effetti della *mora creditoris* (D. 46, 3, 39).

* * *

I frammenti di Africano, che trattano della *mora debitoris*, non accennano esplicitamente ai suoi requisiti. La *mora debendi* è in genere indicata con le tradizionali espressioni: *stare quo minus* e *moram facere*. Espressioni, che sicuramente implicano nel pensiero di Africano, conformemente alla tradizione scientifica, la volontarietà del ritardo (108).

E' interessante notare la frequenza dell'espressione *moram facere*, segno evidente della sua progressiva affermazione sull'altra espressione *stare quo minus*:

- D. 30, 108, 11: *ei moram heres fecerit*;
D. 7, 1, 36, 2: *quanti legatarii intersit moram factam non esse*; *ex eo tempore, quo mora sit facta*;
D. 13, 4, 8: *si post moram factam*;
D. 22, 1, 27: *cum patri familias mora facta sit*;
D. 44, 7, 23: *ipse moram fecerit*.

(108) E' opportuno porre in rilievo che in D. 17, 1, 37 (Afric. 8 *quaest.*), la frase finale *etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet*, considerata in genere interpolata dalla dottrina romistica (cfr. *Index interpolationum*), altro non esprime se non la volontarietà di un comportamento, le cui dannose conseguenze non debbono ledere i terzi.

A questo rilievo occorre aggiungere un'altra considerazione, e cioè che la formula dello *stare quo minus* viene usata non solo in relazione ai singoli soggetti passivi del rapporto obbligatorio (*heres, promissor, etc.*), ma anche in relazione all'astratto *debitor* ⁽¹⁰⁹⁾, come in D. 44, 7, 23: *per debitorem non stetisset, quo minus solveret*. Il che denuncia il graduale processo di generalizzazione della teoria della mora.

Passando agli effetti della *mora debendi*, iniziamo con un frammento, nel quale Africano ritiene il debitore responsabile tanto per il perimento, quanto per il deterioramento dell'oggetto dovuto.

D. 30, 108, 11 (Africanus 5 *quaest.*): *Si servus legatus sit et moram heres fecerit, periculo eius et vivit et deterior fit, ut, si debilem forte tradat, nihil minus teneatur.*

La *sententia* di Africano costituisce l'estensione logica del principio della *perpetuatio*, prima concettualmente limitato al caso di perimento ed ora comprendente anche l'ipotesi della semplice diminuzione di valore della *res*.

Perpetuatisi l'obbligazione per mora, il debitore è tenuto sia nei confronti del creditore che nei confronti degli eredi di quest'ultimo:

D. 22, 1, 27 (Africanus 8 *quaest.*): *Cum patri familias mora facta sit, iam in herede eius non quaeritur mora: nam tunc heredi proximo hereditario iure ea competit ideoque ad ceteros quoque deinceps transmittitur.*

Il frammento, inserito nel titolo *de usuris*, in origine si riferiva probabilmente all'*actio rei uxoriae*. Ne deriva che

⁽¹⁰⁹⁾ Vi corrisponde per la *mora creditoris* la formula: *per creditorem (stare) quo minus acciperet* di D. 17, 1, 37.

la collocazione in un titolo diverso, di più vasta portata, potrebbe avere attribuito significato generale ad un principio, forse limitato in origine al rapporto dotale ⁽¹¹⁰⁾.

Comunque, vi sia stata o meno attività generalizzatrice da parte dei Commissari ⁽¹¹¹⁾, è qui da valutare e spiegare il perchè di questa efficacia della mora nei confronti degli eredi.

Orbene, l'efficacia si spiega in base al principio generale della trasferibilità dei rapporti obbligatori agli eredi. Perpetuatisi l'obbligazione in seguito alla mora (*perpetuatio* in senso sostanziale), il rapporto non si estingue ma continua a sussistere, anche se uno dei soggetti venga meno.

L'azione posta a tutela del diritto di credito, pertanto, si trasferisce ai successori del testatore *ereditario iure* ⁽¹¹²⁾.

In altri termini, la perpetuazione prodotta dalla mora assoggetta l'obbligazione ai principi generali sulla ambulatorietà soggettiva — *moris causa* — dei rapporti giuridici obbligatori.

La responsabilità del debitore, in conseguenza della perpetuazione per mora, assume un diverso contenuto, a seconda dei diversi tipi di rapporti. Nei *iudicia stricta* è limitata all'*aestimatio rei*, in caso di *certa res*, o al capitale nel caso di cose fungibili. Le *usurae*, in particolare, sono dovute solo se appositamente stipulate:

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. anche Ulp. 6, 7. Il LENEL, *Palingenesia*, I, 30 colloca il frammento sotto la rubrica concernente la dote, annotando: *Post divortium defuncta muliere, quae in potestate patris fuit, patri familias competit rei uxoriae actio: quae ad patris heredes non transmittitur nisi mora facta.* Nello stesso senso vedi MONTEL, *op. cit.*, p. 89.

⁽¹¹¹⁾ Va notato che in un'opera come quella di Africano ben poteva un principio, magari largamente accolto, costituire motivo di ricerca relativamente ad un caso particolare.

⁽¹¹²⁾ L'ultima parte del testo è sospettata dal BESELER, in ZSS, 45 (1925), p. 468.

D. 19, 5, 24 (Africanus 8 *quaest.*): *pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationes deductas non deberi*;

D. 13, 4, 8 (Africanus 3 *quaest.*): *.... nec oportebit quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuae solverentur, obligationem fideiussoris augeri: neque enim haec causa recte comparabitur obligationi usurarum.*

I rigorosi principi sugli effetti della *mora debitoris* nei *iudicia stricta* subiscono, nel pensiero di Africano, due deroghe: l'una in relazione al legato di usufrutto; l'altra in relazione all'interesse *loci*, valutato mediante l'*actio de eo quod certo loco*.

Il legato di usufrutto, per quanto sia un negozio di stretto diritto, è considerato dalla giurisprudenza romana come *incertum* (113), e di conseguenza la sua formula è concepita con la clausola: *quidquid dare facere oportet*. Ne deriva che la valutazione del contenuto dell'obbligo del debitore, in sede di condanna, si articola sul criterio dell'*id quod interest*, anzichè sul criterio dell'*aestimatio rei*.

Esplicito sotto questo profilo un passo escerpto dal libro 5 *quaestionum*:

D. 7, 1, 36, 2 (Africanus 5 *quaest.*): *Usus fructus servi Titio legatus est: cum per heredem staret, quo minus praestaretur, servus mortuus est: aliud dici non posse ait, quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii intersit*

(113) Vedi BESELER, in *ZSS*, 53 (1933), p. 50; VOCI, *Risarcimento*, cit., p. 34 ss.; NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftlichen*, cit., p. 407: il KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 101 ss., ritiene di potere scorgere, nell'ambito della giurisprudenza classica, un contrasto fra una corrente (Ulpiano) che considera il legato di usufrutto come *incertum* ed un'altra che lo considera come *certum* (Pomponio).

moram factam non esse, ut scilicet ex eo tempore in diem, in quo servus sit mortuus, usus fructus aestimetur. Cui illud quoque consequens esse, ut, si ipse Titius moriatur, similiter ex eo tempore, quo mora sit facta, in diem mortis aestimatio usus fructus heredi eius praestaretur.

Africano, riallacciandosi all'opinione di Giuliano (ait), ritiene che la particolare natura del legato di usufrutto comporti la corresponsione da parte dell'erede moroso del *quanti legatarii intersit moram factam non esse*, cioè il risarcimento del danno arrecato dal ritardo nell'adempimento (114).

Alla valutazione dell'interesse *loci* si riferisce il seguente passo di Africano:

D. 13, 4, 8 (Africanus 3 *quaest.*): *Centum Capuae dari stipulatus fideiussorem accepisti: ea pecunia ab eo similiter ut ab ipso promissore peti debet, id est ut, si alibi quam Capuae pelantur, arbitraria agi debeat lisque tanti aestimetur, quanti eius vel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi. Nec oportebit, quod forte per reum*

(114) Quanto al tempo della determinazione del contenuto dell'obbligo, il testo afferma che si deve tener conto del periodo compreso tra il giorno della mora ed il giorno della morte del servo. Questa decisione è considerata strana dal VOCI, *Risarcimento*, cit., p. 36, dato che, logicamente, AFRICANO «dovrebbe attribuire al legatario l'interesse ad usufruire dello schiavo legato dal giorno in cui l'usufrutto doveva essere costituito». Sulla base della predetta considerazione, il VOCI è indotto a ritenere che il periodo da *ut scilicet* in poi non possa essere che una glossa, come appunto parrebbe a suo avviso palesare lo *scilicet*.

Il BESELER, invece, è per l'interpolazione del brano (ZSS, 53, p. 50). Infine l'ARNÒ, *Perpetuatio*, cit., p. 15, sulle orme del Cuiacio (I, 1349), spiega il passo nel senso che: *Stichi usufructu qui legatus est, morte Stichi vel morte legatarii perempto post moram, aestimationem non deberi futuri temporis.*

steterit, quo minus tota centum Capuae solverentur, obligacionem fideiussoris augeri: neque enim haec causa recte comparabitur obligationi usurarum: ibi enim duae stipulationes sunt, hic autem una pecuniae creditae est, circa cuius executionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur. Eiusque differentiae manifestissimum argumentum esse puto, quod, si post moram factam pars pecuniae soluta sit et reliquum petatur, officium iudicis tale esse debeat, ut aestimet, quanti actoris intersit eam dumtaxat summam quae petetur Capuae solutam esse.

Sulla natura e sulla funzione dell'*actio de eo quod certo loco* si è già detto, trattando del pensiero di Labeone, successivamente ripreso e rafforzato da Giuliano. Qui è sufficiente puntualizzare la *quaestio*, esaminata con un'analisi sottile e penetrante da Africano. Questi, premesso che la *mutatio loci* (*alibi* anzichè Capua) legittima, secondo la teoria di Giuliano, l'*aestimatio* del *quanti actoris* *interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi* (¹¹⁵), passa ad esaminare quali siano con esattezza le conseguenze giuridiche della teoria del suo maestro. Si potrebbe, infatti, ritenere *prima facie* che l'*aestimatio* si risolva in un aumento dell'obbligazione (*obligacionem augeri*), che, cioè, la *mora debitoris, loci ratione*, si risolva in un accrescimento dell'obbligazione anzichè in un semplice aumento della condanna. Se nonchè, la natura specifica dell'*actio de eo quod certo loco*, che è quella di un'azione di stretto diritto, esclude una simile interpretazione. Non si può paragonare per Africano la determinazione dell'interesse *loci* con l'obbligazione *usu-*

(¹¹⁵) Il BIONDI, *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, cit., p. 57, ritiene che Africano non trattasse dell'interesse dell'attore, ma si limitasse all'interesse del debitore principale e del fideiussore. *Contra*, ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, cit., p. 171 ss.

rarum. Le *usurae* si risolvono in un aumento dell'obbligazione e sono dovute, in un rapporto di stretto diritto, solo se appositamente stipulate.

Quale corollario delle precedenti argomentazioni, dirette a chiarire criticamente la teoria dell'interesse *loci*, il giurista adduce un *manifestissimum argumentum*. Se il debitore paga una parte del debito e per la rimanente viene convenuto con l'*actio arbitraria*, il giudice dovrà limitarsi a determinare l'interesse dell'attore, esclusivamente in riferimento alla parte dedotta in giudizio e non a tutto il debito, anche se il debitore sia in mora nei confronti della parte già pagata. Ciò significa che la *mora debendi*, nei *iudicia stricta* aventi ad oggetto cose fungibili, non produce alcun effetto sull'entità dell'obbligazione. E' solo la *mutatio loci*, che impone di tener conto dell'interesse del creditore in sede di condanna, fermo restando l'ammontare dell'obbligazione.

In conclusione, la *quaestio* illustrata da Africano costituisce una acuta analisi della teoria di Giuliano, della quale vengono posti in rilievo gli aspetti fondamentali e le conseguenze logiche.

* * *

Il pensiero di Africano, in materia di stipulazioni forniti di clausola penale, riecheggia la teoria di Giuliano, informata — come già si è detto — al principio sabiniano: *non aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem stetisset, quo minus solveret* (¹¹⁶).

(¹¹⁶) Il BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae*, in *Studi senesi*, 60 (1946-47), p. 608, sostituisce la frase: *nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret*, con la frase: *nec aliter non committi stipulationem, quam si per creditorem stetisset, quo minus ei solveretur*.

Trascriviamo il fr. 23 D. 44, 7, la cui parte finale è stata già esaminata nella trattazione del pensiero di Sabino :

D. 44, 7, 23 (Africanus 7 quaest.): *Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta: is qui eam pecuniam petebat parte exacta petere desierat, deinde interposito tempore interpellare instuerat. Consultus respondit eius quoque temporis, quo interpellatus non esset, poenam peti posse: amplius etiamsi omnino interpellatus non esset: nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quominus solveret: alioquin dicendum et si is, qui interpellare coepisset, valetudine impeditus interpellare desisset, poenam non committi. De illo sane potest dubitari, si interpellatus ipse moram fecerit, an, quamvis pecuniam postea offerat, nihilo minus poena committatur: et hoc rectius dicitur. Nam et si arbiter ex compromisso pecuniam certo die dare iusserit neque per eum, qui dare iussus sit, steterit, non committi poenam respondit: adeo ut et illud Servius rectissime existimaverit, si quando dies, qua pecunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset, modicum spatum datum videri. Hoc idem dicendum et cum quid ea lege venierit, ut, nisi ad diem pretium solutum fuerit, inempta res fiat.*

Africano, nel lungo passo, tratta delle conseguenze della *mora*, sia *debitoris* che *creditoris*, sulle clausole di natura penale, derivino esse da stipulazione accessoria o dal comando di un *arbiter ex compromisso*.

E' ben probabile che tutto il testo originario sia stato dai Compilatori fortemente contratto: i diversi casi che vi

figurano sono, infatti, slegati fra loro e nebulosamente formulati ⁽¹¹⁷⁾.

Inoltre, citazioni di carattere doctrinario sono state eliminate da tagli poco accorti. Nè l'attività dei Compilatori si è limitata a operare dei semplici tagli, ma si è spinta ad introdurre elementi diretti a porre il testo in armonia con il nuovo istituto dell'*interpellatio* (la parola vi ricorre a profusione). Tuttavia la sostanza del frammento corrisponde allo stato del diritto classico.

Nella prima parte si fa l'ipotesi che il debitore di una obbligazione, garantita da una clausola penale, cada in mora. In base ai principi generali del diritto classico, la *poena* si commette al momento della mora, a prescindere da qualsiasi richiesta da parte del creditore. L'*interpellatio*, che figura nel testo, è un'invenzione giustinianea, del tutto superflua, nella ipotesi riferita da Africano, anche per lo stesso diritto giustinianeo.

Ai predetti principi si riallaccia il discepolo di Giuliano, facendo tesoro dell'insegnamento del suo maestro (*ait*), secondo cui la pena « *peti posse* ».

La seconda parte del testo ha dato luogo a varie difficoltà. Già il Mommsen notò la strana articolazione del passo: ad una configurazione della *mora debitoris*, malamente prospettata nel tratto: *de illo sane ... dicitur*, segue, introdotta da un *nam*, che vorrebbe essere esplicativo del primo periodo, la configurazione della *mora creditoris*, senza alcun legame logico. Per sanare questo iato concettuale il Mommsen inserì, fra *dicitur* e *nam*, la frase: *ceterum poena non committitur si per debitorem non steterit, quo minus ea die solverit*, annotandola con la premessa: *interciderunt talia*.

⁽¹¹⁷⁾ Per le varie proposte di restituzione del testo, vedi GUARNERI CITATI, *Semel commissa poena non evanescit*, in *BIDR*, 32 (1922), p. 258 ss.; BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae*, cit., p. 616; FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 347 ss.

Il Guarneri Citati ha proposto di risolvere la difficoltà, avanzando un'ipotesi, da lui definita audace ma suggestiva. Egli suppone che Africano nel periodo: *de illo ... dicitur* abbia trattato della *mora accipiendi*, e non già della *mora debendi*: il che spiegherebbe il « *nam* », renderebbe superflua la emendazione del Mommsen e, soprattutto, darebbe valore « storicamente » al « *dubitari* ». Il dubbio doveva essere determinato, a parere del Guarneri Citati, dal fatto che la pena si commetteva « nonostante che l'inadempimento fosse provocato dal dolo dello stesso creditore (D. 2, 10, 1, 3) o la prestazione resa impossibile, sia dal perimento dell'oggetto (D. 9, 2, 22; 45, 1, 8), sia dal furto di esso (D. 47, 2, 68, 1), sia dalla inesistenza del debitore (D. 22, 2, 9) o del creditore (D. 22, 2, 9, 1) » (118).

Per tali motivi il Guarneri Citati ritiene, che anche nel caso di inadempimento per *mora accipiendi*, la pena doveva essere commessa, secondo lo spirito formalistico dell'antica giurisprudenza. L'opinione contraria sarebbe stata avanzata da Servio e poi ripresa da Giuliano e, conseguentemente, da Africano.

Le difficoltà del testo, che hanno indotto diversi romani a proporre le più varie ricostruzioni, sbiadiscono solo se si raffronti — come nota il Frezza (119) — il pensiero di Sabino (D. 45, 1, 115, 2) con quello di Servio Sulpicio (D. 4, 8, 40; D. 22, 2, 8). Sabino, Giuliano, Africano risolvono il problema della *commission poenae*, e quindi il problema della mora, in funzione del principio: *non aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret*. Pongono, cioè, come limite della responsabilità del

(118) GUARNERI CITATI, *Semel commissa poena*, cit., p. 259. Il FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 348 ss., ritiene interpolata la frase: *de illo...hoc rectius dicitur*.

(119) *Le garanzie*, cit., p. 347 ss.

debitore, il *per eum stare quo minus*, anzichè il limite *per creditorem stare quo minus*, adottato da Servio.

* * *

Il pensiero di Africano sui requisiti e gli effetti della *mora creditoris* è desumibile da un interessante testo, ricavato dal libro 8 *quaestionum*:

D. 46, 3, 39 (Africanus 8 *quaest.*): *Si, soluturus pecuniam tibi, iussu tuo signatam eam apud nummularium, quoad probaretur, deposuerim, tui periculi eam fore Mela libro decimo sribit. Quod verum est, cum eo tamen, ut illud maxime spectetur, an per te steterit, quo minus in continent probaretur: nam tunc perinde habendum erit, ac si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere nolles. In qua specie non utique semper tuum periculum erit: quid enim, si inopportuno tempore vel loco optulerim? His consequens esse puto, ut etiam, si et emptor nummos et vendor mercem, quod invicem parum fidei haberent, deposuerint, et nummi emptoris periculo sint (utique si ipse eum, apud quem deponerentur, elegerit) et nihil minus merx quoque, quia emptio perfecta sit.*

Nel frammento, inserito sotto il titolo: *De solutionibus et liberationibus* dei *Digesta*, Africano si occupa del momento in cui si effettua il passaggio del rischio nei rapporti obbligatori.

Nella prima parte viene ricordata l'opinione di Mela, secondo cui il debitore di una somma di denaro, in seguito alla *signatio* ed alla *depositio*, su ordine del creditore, presso un nummulario, è liberato. La *depositio* richiesta dal creditore ha lo scopo di accertare la genuinità della moneta (corso legale).

La fattispecie così configurata è generica; tuttavia, Africano ne trae lo spunto per precisare l'incidenza della *mora creditoris* nelle obbligazioni di genere. Infatti, se la predetta *probatio* non avviene subito (*in continentu*) per il ritardo colpevole e cioè ingiustificato del creditore, il debitore è egualmente liberato.

Il fondamento di questa conseguenza risiede — motiva il giurista — nel fatto che, pure essendo il debitore pronto ad eseguire regolarmente la prestazione con ogni garanzia, il creditore ne rifiuta l'accettazione per un motivo ingiustificato. Viceversa, ove il motivo del rifiuto fosse giustificato, se cioè il debitore non effettuasse regolarmente ed esattamente la prestazione, non si avrebbe *mora creditoris* ed il debitore sarebbe responsabile dell'inesatto adempimento.

L'ipotesi successiva, considerata da Africano, attiene agli effetti della compravendita ed esula dal punto fondamentale che qui interessa: la *mora creditoris*.

Infatti la responsabilità del debitore per l'eventuale rischio viene fondata sull'avvenuta *perfectio emptionis* (cfr. D. 18, 6, 8 pr.)⁽¹²⁰⁾.

Tornando all'ipotesi centrale, va subito posto il problema della sua valutazione. Anzitutto occorre precisare il significato di *aliqua causa* e della successiva esplicazione: *quid enim ... optulerim*.

Le due espressioni si integrano a vicenda e sono perfettamente logiche nella economia del pensiero di Africano. Il giurista ha voluto con esse mettere in chiaro i requisiti e gli effetti della *mora creditoris*.

Volendo sceverare i termini della questione, per meglio penetrarne il significato, occorre distinguere due punti:

⁽¹²⁰⁾ Cfr. HAYMANN, in *ZSS*, 48 (1928), p. 337, 340 n. 6, 416 n. 3; SECKEL-LEVY, in *ZSS*, 47 (1927), p. 242.

1. — Perchè sorga la *mora creditoris* è essenziale che il rifiuto dell'offerta o il ritardo nell'accettazione siano ingiustificati: solo allora la mancata collaborazione nell'adempimento assumerà valore di mora. Diversamente il creditore avrà il diritto di rifiutare una prestazione non perfettamente eseguita⁽¹²¹⁾.

2. — Il debitore, che abbia offerto esattamente la prestazione rifiutata dal creditore, sarà sollevato da ogni responsabilità per l'eventuale perimento o smarrimento dello oggetto. Ciò significa che la mora del creditore non libera definitivamente il debitore dal vincolo obbligatorio, ma lo esonerà semplicemente dalla responsabilità del fortuito. Insomma il rischio passa dal debitore al creditore.

Questi sono gli elementi ricavabili dall'esame del testo. Che esso possa essere stato rimaneggiato è cosa probabile, ma che la revisione compilatoria sia stata diretta ad introdurre — come da qualche parte si è sostenuto — nuovi principi giuridici è da escludere.

A Giustiniano è stato attribuito, in particolare, il tratto: «*in qua specie ... optulerim*»⁽¹²²⁾. In contrario, il Guarneri Citati⁽¹²³⁾ ha osservato che «*bēn* poteva Africano in una

⁽¹²¹⁾ *Contra Donatutu*, in *Annali Perugia*, 33 (1921), p. 46 ss. (estratto); cfr. Scuto, *La mora del creditore*, p. 91 ss., ove è trattata la questione della colpa del creditore. Per sostenere il requisito della colpa il DERNBURG, *Pandette*, II (Torino, 1903), p. 170 n. 10, richiama anche, D. 17, 1, 37 (Africanus 8 quæst.): *Hominem certum pro te dari fideiussi et solvi: cum mandati agatur, aestimatio eius ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet, et ideo etiamsi mortuus fuerit, nihil minus utilis ea actio est. Alter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur quo agitur, nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.*

⁽¹²²⁾ Cfr. DE MEDIO, in *Archivio giuridico*, 68, p. 237. SECKEL-LEVY, inoltre, ritengono glossa *ex qua causa* (*ZSS*, 47 (1927), 242).

⁽¹²³⁾ *Contributi*, cit., p. 227.

quaestio, ricordare l'ipotesi del credito esigibile in un luogo diverso da quello convenuto per la prestazione». Del resto, la spiegazione fatta da Africano, con la proposizione seguente ai due punti, è una necessaria spiegazione del periodo precedente: *in qua specie non utique semper tuum periculum erit*; in caso contrario, tale periodo costituirebbe una generica formulazione assolutamente ingiustificabile.

5. — Q. CLAUDIO VENULEIO SATURNINO

Pochi ma interessanti frammenti tratti dai *libri stipulationum* di Venuleio permettono di cogliere alcuni aspetti della sua dottrina della mora, che purtroppo non può essere ricostruita compiutamente nelle sue linee generali, né tanto meno nei particolari⁽¹²⁴⁾. Dall'esame dei testi emergono, tuttavia, alcuni dati, idonei a delineare approssimativamente la posizione di Venuleio nell'ambito della giurisprudenza del secondo secolo.

Il suo pensiero appare ancorato ai principi del *ius civile*⁽¹²⁵⁾ e rappresenta uno dei filoni della dottrina legata strettamente alla tradizione, in contrapposto all'altro filone costituito dai grandi giuristi innovatori, come Celso e Marcello.

Dalla stretta interpretazione di un principio del *ius civile*: *si defecerit condicio, durat prior obligatio*, discende in particolare la negazione, da parte di Venuleio, di qual-

siasi efficacia emendativa della stipulazione novatoria condizionale, rispetto alla *mora debendi* (D. 46, 2, 31 pr.). Ciò non toglie che Venuleio appartenga al novero di quei giuristi che, pur legati allo spirito della tradizione, abbiano sentito la necessità di operare un rinnovamento all'interno del diritto civile. Ne è prova D. 45, 1, 137, 2 e 3, in cui il giurista illustra il principio: *quod sine die debetur, statim debetur*, relativamente alle ipotesi di una stipulazione «*Ephesi dari*» ed in quella «*insulam fieri*». Sul solco della dottrina precedente, Venuleio interpreta lo *statim* in maniera elastica, ricorrendo al criterio del *diligens paterfamilias*.

Questi rilievi valgono a tracciare un profilo necessariamente vago della dottrina della mora di Venuleio, alla quale manca una impronta originale ed alla quale convergono motivi e principi già formati nei secoli precedenti.

Esaminiamo esegeticamente i pochi frammenti, disponendoli secondo il seguente schema: requisiti (D. 45, 1, 137, 2-4; D. 50, 17, 99) ed effetti della *mora debitoris* (D. 46, 2, 31 pr.).

Circa i requisiti della *mora debitoris* è particolarmente interessante un lungo frammento del libro I *stipulationum*:

D. 45, 1, 137, 2-4 (Venuleius I *stipulationum*): *Cum ita stipulatus sum 'Ephesi dari?' inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur. Et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias confidere possit, quod facturum se promiserit, ut qui Ephesi daturum se sponderit, neque duplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, cum id agat, ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique eiusdem conditionis homines solent pervenire. Eoque transacto, quamvis*

⁽¹²⁴⁾ Su VENULEIO, v. KUNKEL, *Herkunft*, cit., p. 181 ss.. Sulla questione del nome di VENULEIO, cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, 1207. Nei *Digesta* si rinvengono tre nomi, che forse si riferiscono alla stessa persona: VENULEIO SATURNINO, CLAUDIO SATURNINO, QUINTO SATURNINO.

⁽¹²⁵⁾ E' significativa la circostanza che una delle opere principali del giurista sia costituita dai libri *stipulationum*.

Romae remanserit nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilo minus ei recte condicetur, vel quia per ipsum steterit, quo minus Ephesi daret, vel quoniam per alium Ephesi possit dari vel quia ubique potest solvere: nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest. Quod si duplomate usus aut felici navigatione maturius quam quisque pervenerit Ephesum, confessim obligatus est, quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullus est conjectuae locus. 3. Item qui insulam fieri spopondit, non utique conquisitis undique fabris et plurimis operis adhibitis festinare debet nec rursus utroque aut altero contentus esse, sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque. Item si non inchoetur opus, id tantum aestimetur, quod in illo intervallo effici potuit. Transactoque tempore, quo insulam consummare oportuerit, si postea aedificetur, liberetur reus, sicut liberatur, qui se daturum spopondit, si quandoque tradit. 4. Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confessim teneatur an vero casset obligatio, donec pecuniam conferre possit. Quid ergo, si neque domi habet neque inveniat creditorem? sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur. Et alioquin si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus, ubi sit Stichus: aut si non multum referre videatur 'Ephesi daturum se', an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat: nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.

Dai tre paragrafi si ricavano due requisiti: la possibilità di adempiere (§ 4) e la scadenza dell'obbligazione (§§ 2

e 3). Il debitore è costituito in mora se, potendo oggettivamente adempiere entro il tempo dovuto, non adempia. Non basta ad esonerare il debitore dalla responsabilità per il ritardo — e quindi ad impedire la mora — la semplice impossibilità relativa o soggettiva di adempiere, cioè la difficoltà della prestazione: *causa difficultatis ad incommodum promissoris pertinet* (126). E' qui opportuno ricordare che il requisito della possibilità oggettiva della prestazione puntuale era stato già fissato dalla giurisprudenza precedente ed, in particolare, da Pomponio. A Venuleio spetta solo il merito di averlo precisato ed illustrato con esempi.

Le predette osservazioni valgono anche per la scadenza dell'obbligazione. La passata dottrina aveva stabilito il principio: *quod sine die debetur statim debetur*, ed aveva anche precisato che lo *statim* dovesse essere interpretato *cum aliquo spatio*. Partendo da queste premesse, Venuleio risolve il problema della determinazione del tempo dell'adempimento, nelle stipulazioni di fare *sine diei adiectione*, in funzione del criterio del *diligens paterfamilias*, cioè del normale comportamento dell'uomo medio (127). Il criterio viene applicato tanto al caso della stipulazione «*Ephesi dari*» (§ 2), quanto al caso della stipulazione «*insulam fieri*» (§ 3).

Nel secondo paragrafo Venuleio, premesso che nella stipulazione «*Ephesi dari*» *inest tempus*, si pone il problema di stabilire il metodo per fissare in concreto il termine di adempimento. Tale termine, secondo Venuleio, deve essere determinato in base al tempo, in cui il *diligens paterfamilias* *confidere possit quod facturum se promisit*. L'adozione del predetto criterio comporta la necessità di deferire al giudice il compito di stabilire, in relazione a tutte le circostanze

(126) Cfr. MONTEL, *op. cit.*, p. 165.

(127) Il ricorso al criterio del *diligens paterfamilias* è attribuito ai Compilatori dall'ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 182 ss.

soggettive ed oggettive, indicate nel testo con eccessiva e forse non classica prolissità⁽¹²⁸⁾, il tempo necessario e sufficiente per raggiungere il luogo di adempimento. Vogliamo qui ricordare che la determinazione di un criterio generale ed il deferimento al giudice del compito di accertare, *an mora facta sit*, sono stati già rilevati nella trattazione del pensiero di Pomponio: D. 12, 1, 5; D. 22, 1, 32 pr. L'influenza del pensiero dei giuristi precedenti e contemporanei è quindi del tutto evidente.

Nel terzo paragrafo il giurista esamina il caso di una stipulazione avente ad oggetto «*insulam fieri*». Anche in questa seconda ipotesi, il termine viene fissato con riferimento alla condotta del *diligens aedificator*, non troppo solerte né troppo lento.

La seconda parte del paragrafo ha suscitato notevoli sospetti, e in realtà le argomentazioni che vi si rinvengono sono in palese contrasto con quelle figuranti nella prima parte. Vi si dice, infatti, che *transacto tempore, quo insulam consummare oportuerit*, il debitore si libera da ogni responsabilità, *si postea aedificetur*. Affermazione, questa, che finisce col togliere ogni valore a qualsiasi criterio adottato o adottabile per la determinazione del tempo dell'adempimento⁽¹²⁹⁾.

(128) La minuta elencazione e le ripetizioni, che si rinvengono nel testo, non sono del tutto conciliabili con la sobrietà e la precisione dei classici. Per questi motivi il testo ha destato i sospetti della dottrina romanistica. Cfr. BESELER, *Das edictum de eo quod certo loco* (Leipzig, 1907), p. 96 ss.; KUNKEL, in *ZSS*, 45 (1925), 306; ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 186, il quale osserva: «Il testo presenta, oltre la ridondanza eccessiva, anche numerose imprecisioni, ripetizioni, sconnessioni, che da tempo lo hanno segnalato ai critici». L'A. ricava però delle conclusioni non del tutto giustificate.

(129) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 183; GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 245 ss., il quale ritie-

Prima di concludere sul tema dei requisiti, occorre stabilire se l'elemento soggettivo sia estraneo o meno alla concezione di Venuleio.

Si è notato come dai frammenti siano enucleabili due elementi: la possibilità di adempire e la scadenza dell'obbligazione; manca un accenno espresso alla conoscenza del vincolo obbligatorio, alla quale chiaramente accenna Pomponio. Ciò non significa però che il requisito soggettivo sia negato da Venuleio. Non siamo sufficientemente documentati sulla questione, ma il fatto che due requisiti corrispondano esattamente a quelli isolati dalla giurisprudenza precedente potrebbe indurre a ritenere che anche Venuleio dovesse richiedere il terzo requisito, cioè l'elemento soggettivo. Tale deduzione è confortata dall'uso della tradizionale formula: *per ipsum stelerit quo minus Ephesi daret* (§ 2), che sicuramente non può essere considerata quale espressione di responsabilità oggettiva⁽¹³⁰⁾. Del resto lo stesso criterio del *diligens paterfamilias*, se pure non è esplicito circa il tipo di responsabilità, non è certo adatto a giustificare una concezione oggettivistica, se proprio l'Arangio-Ruiz vi ha visto un «accenno preciso ad un criterio soggettivo di responsabilità»⁽¹³¹⁾.

Non si possono infine ricavare elementi decisivi circa il requisito soggettivo della *mora debendi* dal seguente fram-

ne che la interpolazione del testo sia dovuta al principio giustinianeo della liberazione *ipso iure*, dopo l'offerta della prestazione, anche se non accettata dal creditore.

(130) *Contra ARANGIO-RUIZ, Responsabilità contrattuale*, cit., p. 187.

(131) L'ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 183; il MONTEL, *op. cit.*, p. 185 ritiene ingiustificato il dedurre il sistema soggettivo della responsabilità dal criterio del *diligens paterfamilias*.

mento, in cui ricorre il termine *improbus*, da molti riferito alla mora (132) :

D. 50, 17, 99 (Venuleius 12 *stipulationum*): *Non potest improbus videri, qui ignorat quantum solvere debeat.*

In effetti *improbus* non equivale a *morosus*, ed in conseguenza il frammento non può costituire un elemento di prova. In ogni caso, la fattispecie discussa da Venuleio riguardava verosimilmente la cauzione pretoria: *si cui plus quam lege Falcidia licuerit legatum esse dicetur*, che ovviamente è ben diversa dalla *mora debendi* (133).

* * *

Circa gli effetti della *mora debendi* è da esaminare quest'altro frammento :

D. 46, 2, 31 pr. (Venuleius 3 *stipulationum*): *Si rem aliquam dari stipulatus sum, deinde eandem sub condicione novandi animo ab eodem stipuler, manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit, nisi per promissorem steterit, quo minus daret. Ideoque si hominem mihi dare te oporteat*

(132) Sul punto vedi MONTEL, *op. cit.*, p. 206 ss., il quale critica l'assimilazione del termine *improbus* a *morosus*. Il GENZMER, in ZSS, 44 (1924), p. 127 così si esprime sulla questione: «Das Wort *improbus* deutet auf *dolus*, das *quantum solvere debeat* auf eine Schuld in Geld. Dann könnte die Stelle jedenfalls den Verzug bei einer *stipulatio conventionalis* nicht betreffen. Aber solange man sie nicht durch Einreibung in den Zusammenhang irgendeines Rechtsinstituts konkretisieren kann, ist mit ihr nichts anzufangen. Es wäre willkürlich, wollten wir sie für die *mora debitoris* werten».

(133) Cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, 1222.

et in mora fueris, quo minus dares, etiam defuncto eo teneris: et si, priusquam decederet, cum iam mora facta sit, cundem a te sub condicione stipulatus fuerit et servus postea decesserit, deinde condicio exstiterit, cum iam ex stipulato obligatus es mihi, novatio quoque fiet.

Venuleio, nel testo, si occupa degli effetti della stipulazione novatoria condizionale sulla obbligazione preesistente e sulla mora verificatasi prima della stipulazione novatoria.

Sulla preesistente obbligazione la stipulazione non spiega alcun effetto, se la condizione non venga ad esistenza o se al momento del suo verificarsi non esista l'oggetto dell'obbligazione: *manere oportet rem in rebus humanis ut novationi locus sit*. Neppure sulla mora verificatasi prima della stipulazione, quest'ultima dispiega i suoi effetti. Il debitore *post moram* vede aggravare la sua responsabilità, che non viene meno neppure con l'eventuale perimento fortuito dell'oggetto, in conseguenza del principio della *perpetuatio* chiaramente richiamato da Venuleio: *si hominem mihi dare te oporteat et in mora fueris, quo minus dares, etiam defuncto eo teneris*. Ciò significa che Venuleio non attribuisce alla stipulazione novatoria efficacia estintiva rispetto alla *mora debendi*. Questa, anzi, produce regolarmente i propri effetti come se la convenzione fra le parti non fosse mai avvenuta.

La dottrina di Marcello, come vedremo in seguito, poggia proprio sulla convenzione novatoria, che viene interpretata quale manifestazione della volontà delle parti di volere la sostituzione di un nuovo rapporto al posto del precedente e di rinunciare agli effetti della *perpetuatio*, causata dalla mora. Tra la concezione di Venuleio e quella di Marcello vi è in fondo questa differenza: la prima si fonda sulla formalistica struttura della novazione condizionale, la cui efficacia è subordinata al verificarsi della condizione; la seconda poggia sulla interpretazione della volontà delle parti, alla

quale viene subordinato il rigido funzionamento del rapporto condizionale.

Ma cosa accade se, perpetuarsi per mora l'obbligazione e morire lo schiavo promesso, *deinde condicio exstiterit?* Si verifica o meno la novazione? Nel frammento si afferma: *novatio quoque fiet*. Il motivo della soluzione positiva risiederebbe nel fatto che il presupposto della esistenza dell'oggetto è fatto salvo dalla *perpetuatio obligationis*, causata dalla mora. Tale motivazione è stata criticata dal Boháček (¹³⁴), che ha ritenuto alterato il testo, proprio nella parte in cui si accenna alla possibilità della novazione. Secondo il Boháček, Venuleio, conformemente a Giuliano (D. 45, 1, 56, 8), avrebbe negato la novazione ed ammesso la persistenza della prima obbligazione.

La questione, come ha notato lo stesso Boháček, non ha invero rilevanza pratica, ma solo dommatica, dato che le due soluzioni (responsabilità in base alla nuova o alla vecchia obbligazione) conducono allo stesso risultato. Comunque non è da escludere che la soluzione del testo sia davvero conforme al pensiero di Venuleio, il quale poteva discostarsi da Giuliano. Del resto, lo stesso Giuliano aveva ritenuto che una obbligazione già perpetuata dalla mora, potesse esser novata dopo il perimento dell'oggetto (D. 45, 1, 91, 6). Se, per contro, egli aveva negato la possibilità che la stipulazione novatoria, esistente la *res*, potesse divenire efficace dopo il perimento (D. 45, 1, 56, 8), il motivo va ricercato nel fatto che, sul piano pratico, doveva apparire più semplice e più aderente al meccanismo del negozio con-

(¹³⁴) *Annali Palermo*, XI, p. 347 ss.; gli argomenti addotti per sostenere l'interpolazione non sono assolutamente insuperabili e trovano il loro più solido appiglio nel testo di GIULIANO (D. 45, 1, 56, 8): ma due giuristi possono ben decidere diversamente sullo stesso problema.

dizionale il ritenere obbligato il debitore in base alla prima obbligazione, anziché in base alla seconda.

6. — GAIO

Il pensiero di Gaio sulla mora, scarsamente documentato da alcuni frammenti delle sue *Istitutioni* e dei *Digesti* di Giustiniano, presenta caratteristiche che confermano il giudizio generale attribuito dalla dottrina romanistica all'opera del celebre giurista dell'età degli Antonini: chiaro ed elegante compilatore più che originale autore di principi e teorie; ma figura di giureconsulto passata alla storia soprattutto per le sue spiccate doti di ordine e di semplicità, tanto apprezzate dai posteri (¹³⁵).

Dai frammenti utilizzati per ricostruire il suo pensiero si rileva, infatti, che egli discutendo problemi connessi alla mora, spesso richiama esplicitamente le opinioni dei maggiori maestri della scuola sabiniana: Sabino, Cassio, Giuliano. Né si può presumere che, ove manchi una citazione espresa, il giurista esponga un proprio punto di vista originale; anzi la forma impersonale usata da Gaio, il carattere di *regula* da lui attribuito sovente alle decisioni, le notizie forniteci da altre fonti depongono contro la originalità del pensiero gaiano.

Ma se nel pensiero di Gaio difetta l'originalità, marcatamente presente nel pensiero di altri giureconsulti, è invece presente un'altra qualità, pur essa apprezzabile nel campo della scienza giuridica: il senso della storia. Ciò dimostrano perspicuamente due frammenti delle *Istitutioni* (2,

(¹³⁵) Il CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Palermo, 1961) esprime, su GAIO, il seguente giudizio: «tempra di giurista poco originale, per lo più legato agli altri insegnamenti» (p. 230). Su GAIO vedi, da ultimo, A. M. HONORÉ, *Gaius* (Oxford, 1962).

280; 3, 179), nei quali il giurista, svolgendo il tema degli effetti della mora nei fedecommissi e nei legati ed il tema della novazione condizionale, non si limita ad enunciare il diritto vigente e l'opinione dominante al tempo suo, ma si preoccupa di discutere le due *quaestiones* nella loro evoluzione storico-giuridica.

I frammenti, che passiamo ad esaminare, possono essere così raggruppati: requisiti ed effetti della *mora debitoris* nei *iudicia stricta* e *b. f.* (Gai 2, 280; D. 13, 3, 4; D. 16, 3, 14, 1); *purgatio morae* (D. 2, 11, 8; Gai, 3, 179; D. 2, 14, 30, 2); requisiti ed effetti della *mora creditoris* (D. 44, 4, 6; D. 22, 4, 11, 4; D. 10, 2, 5).

* * *

Sebbene nessun testo di Gaio tratti espressamente dei requisiti della *mora debitoris*, pure si può ritenere che il suo pensiero in materia non sia diverso da quello della precedente dottrina. Gaio doveva, cioè, richiedere la possibilità oggettiva di adempiere, l'esigibilità dell'obbligazione e la conoscenza del vincolo. Depone a favore di questa ipotesi la stessa terminologia usata da Gaio per indicare la *mora debitoris*: *si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debet* (*Inst. 2, 280*). L'espressione «*moram facere*», che nel corso del secondo secolo diventa sempre più frequente, costituisce una sintesi dei predetti elementi e rappresenta la formulazione tecnica del ritardo imputabile. E' interessante in proposito un rescritto dell'imperatore Antonino Pio, nel quale si chiarisce cosa debba intendersi per «*moram facere*»:

D. 22, 1, 17, 3 (Paulus *libro singulari de usuris*): *Si pupillo non habendi tutorem fideicommissum solvi non potuit, non videri moram per heredem factam divus Pius rescripsit.*

Il rescritto, riferito da Paolo, riguarda un caso particolare, e precisamente il caso in cui l'erede non può *solvere fideicommissum* per mancanza del tutore. Nella *quaestio* sottoposta all'imperatore si chiedeva verosimilmente se il ritardo, causato dalla mancanza del tutore, potesse configurare la mora dell'erede. La soluzione adottata dall'imperatore: *non videri moram per heredem factam*, fornisce gli elementi necessari per potere stabilire, in via generale, quando ricorresse, al tempo di Gaio, un *moram facere*. La *mora debendi* è configurabile solo se il ritardo sia dovuto alla volontà del debitore, non è configurabile se l'adempimento tempestivo è impedito da un fatto estraneo alla volontà del debitore.¹³⁶

17

Quanto al requisito della scadenza dell'obbligazione è più esplicito un frammento escerpto dal libro 9 *ad edictum provinciale* di Gaio, già illustrato trattando del pensiero di Cassio:

D. 13, 3, 4 (Gaius 9 *ad ed. prov.*): *Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit: si de die nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur. Idemque iuris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit, si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo petetur. Quod et de ceteris rebus iuris est.*

Circa gli effetti della *mora debendi*, Gaio distingue fra i due tipi di *iudicia*. Conseguenza principale della mora è la *perpetuatio obligationis*¹³⁷. Questa vale tanto per le ob-

(136) Su D. 22, 1, 17, 3 vedi GENZMER, in *ZSS* 44 (1924), p. 157; MONTEL, *op. cit.*, p. 40.

(137) Il principio della *perpetuatio*, effetto principale della *mora debendi*, parrebbe, a prima vista, escluso da un frammento, nel

bligazioni di *species*, quanto per le obbligazioni di *genus* (D. 13, 3, 4). La *perpetuatio* nei *iudicia stricta*, con formula *quanti ea res est*, comporta solamente la *aestimatio rei*, cioè la determinazione del *pretium*, che va stabilito con riferimento al tempo dell'adempimento o, in mancanza, al tempo del perimento o della *litis contestatio* (D. 13, 3, 4).

Le usure, in particolare, non sono affatto dovute. Il principio dell'inammissibilità delle usure, nell'ambito dei negozi di stretto diritto, venne richiamato ed applicato, in un rescritto dell'imperatore Adriano, al legato:

Gaius, *Inst. II*, 280: *Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit, qui fideicommissum debet; legatorum vero usurae non debentur: idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Iuliano placuisse in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse, quod in fideicommissis: quam sententiam et his temporibus magis obtainere video.*

Gaio, dopo avere accennato allo stato del diritto e alla dottrina dominante in passato, ricorda l'innovazione di Giuliano, il quale aveva esteso il regime dei fedecommissi al legato *sinendi modo*. La dottrina di Giuliano già al tempo

quale Gaio riferisce l'opinione di **SABINO** e **CASSIO**: D. 16, 3, 14, 1 (Gaius 9 ad ed. prov.): *Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvit debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori.*

Il testo è stato illustrato trattando del pensiero di **SABINO** e non è necessario ripetere quanto è stato allora detto per stabilirne l'esatto valore. Basta qui ribadire che il testo gaiano non presuppone una *mora debendi* e, quindi, non può essere addotto quale prova contraria alla *perpetuatio*.

di Gaio era divenuta dominante: *quam sententiam et his temporibus magis obtainere video*. Segno manifesto della graduale evoluzione verso metodi di stima, fondati sul principio del risarcimento del danno.

Diversi principi valgono per i fedecommissi, che rientrano nella categoria dei *iudicia b. f.*. La mora, nei fedecommissi, produce come sua tipica conseguenza l'obbligo del pagamento delle *usurae*, che comportano un aumento dell'obbligazione. Le usure rappresentano, quindi, una conseguenza diretta della mora: sicchè esse sono dovute solo se l'erede è in mora nell'adempimento e vanno computate dal giorno in cui la mora si verifica. Che questi principi regolassero, al tempo di Gaio, gli effetti della *mora debendi* relativamente ai fedecommissi, è documentato da due rescritti, l'uno di Antonino Pio (già riferito) e l'altro di Marco Aurelio, emanati nel tempo in cui furono scritte le Istituzioni gaiane (138).

D. 22, 1, 17, 3 (Paulus *libro singulari de usuris*): *Si pupillo non habenti tutorem fideicommissum solvi non potuit, non videri moram per heredem factam divus Pius rescripsit. Ergo nec ei debetur* (sottinteso: *usurarum emolumentum*) (139).

D. 22, 1, 3 pr. (Papinianus 20 *quaest.*): *In fideicommissi persecutione, cum post iudicis sententiam moram fe-*

(138) Le Istituzioni gaiane furono scritte, come è noto, sotto gli Antonini, e quindi nel periodo storico, cui risalgono i due rescritti.

(139) La seconda parte del frammento, omessa nella trascrizione sopra riferita, concerne il caso del creditore impedito per una *iusta causa*. Questo secondo caso risale a PAOLO e non era contemplato nel rescritto imperiale. Qui interessa solo il fatto che l'imperatore, dopo avere escluso l'esistenza della norma nella fattispecie sottoposta al suo esame, negava all'erede il diritto alle *usurae*. Cfr. KNIEP, *Die mora*, cit., p. 45.

cisset heres, iussit imperator Marcus Antoninus, intermissio legitimo tempore quod condemnatis praestatur ut usque ad sententiam commoda fideicommissarius accipiat. Quod decre- tum ita accipi oportet, si ante iudicis sententiam mora non intervenit (140).

I due rescritti integrano le notizie forniteci da Gaio nel brano delle Istituzioni ed offrono un quadro chiaro degli effetti della mora nella delicata materia dei fedecommissi.

* * *

Passiamo ora ad esaminare un gruppo di testi, dai quali si possono ricavare alcuni spunti per ricostruire il pensiero di Gaio in materia di *purgatio morae*.

Iniziamo da un frammento riguardante il *vadimonium*:

D. 2, 11, 8 (Gaius 29 ad ed. prov.): *Et si post tres aut quinque pluresve dies, quam iudicio sisti se reus promisit, secum agendi potestatem fecerit nec actoris ius ex mora deterius factum sit, consequens est dici defendi eum debere per exceptionem.*

L'offerta successiva, ingiustamente rifiutata dal creditore, legittima le attribuzioni al debitore di rimedi processuali, quali l'*exceptio dolii*, sempre che la *mora debitoris* non abbia arrecato danno al creditore.

E' questo, in poche parole, il nocciolo della decisione che Gaio fa seguire alla esposizione della fatispecie.

(140) Sul testo, sospettato in alcuni punti, vedi ARANGIO-RUIZ, in *BIDR*, 25 (1912), p. 142; KASER, *Restituere*, cit., p. 62; VOCI, *Diritto ereditario rom.*, II, p. 392.

Il giurista classico si pone, così, sulla scia della precedente dottrina sulla *purgatio morae*, avviata da Celso e seguita da altri giuristi. Secondo i principi fondamentali della dottrina celsina, la *purgatio* è una *quaestio de bono et aequo*, da decidere caso per caso, non essendo agevole stabilire *a priori* se una data offerta possa essere considerata in sè idonea e quindi valida per la liberazione del debitore.

Solo un esame compiuto dal giudice può stabilire se ricorrano i requisiti necessari, che nel passo gaiano ritornano: mancanza di una *iusta causa accipiendi*, determinata fra l'altro dall'assenza di un danno provocato dalla mora, nonchè, ulteriormente, regolarità della offerta (141).

Compiuto l'esame ed accertati i requisiti necessari, il giudice concede una *exceptio dolii*, che paralizza l'azione del creditore agente in malafede (142).

L'offerta, nel pensiero di Gaio, come del resto nel pensiero di Celso, rappresenta l'unica causa di emendazione della mora, sempre che ricorrano i requisiti su indicati. Nessuna efficacia purgativa, invece, Gaio riconosce alla stipulazione condizionale e a qualsiasi patto posteriore. A questo proposito, il pensiero del nostro giurista può essere precisato in base ad un passo delle sue Istituzioni:

(141) Invero l'offerta, nell'ipotesi trattata da GAIO, avviene dopo la scadenza del termine fissato nella stipulazione e cioè dopo che la pena è divenuta efficace. Ne consegue che l'ammissione della offerta tardiva, a prima vista, parrebbe in contrasto con il principio della automaticità della efficacia della scadenza del termine, nonchè con il principio *semel commissa poena non evanescit*. Il contrasto è però risolvibile, come ha rilevato il FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 320, ove si consideri che il frammento deriva dal commento all'editto provinciale. Ora, non è da escludere che, nella prassi provinciale, i governatori avessero attenuato il rigore dei principi, regolanti la comparizione delle parti.

(142) Cfr. GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 224 ss.

Gaius, *Inst.* III, 179: *Quod autem diximus, si condicio adiciatur, novationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed videamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoveri, quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio.*

Il chiaro testo permette di cogliere il pensiero di Gaio, in relazione a quello di Giuliano e Venuleio. Costoro, *pendente condizione*, negavano alla stipulazione novatoria ogni efficacia, tanto rispetto alla prima obbligazione, quanto rispetto alla mora. Gaio, esposta la dottrina tradizionale, secondo la quale: *si defecerit condicio, durat prior obligatio*, pone l'interrogativo se: *qui eo nomine agat doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoveri*.

La soluzione dell'interrogativo non è formulata in termini esplicativi, ma la risposta positiva può egualmente ricavarsi dall'argomentazione, che nel testo segue alla posizione del problema: *quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio*. Il senso della frase gaiana può essere così chiarito: la stipulazione novatoria, per quanto inefficace, attesta la volontà delle parti di considerare inesperibile l'azione nascente dalla prima obbligazione, *pendente condizione*. Gaio, in fondo, segue, applicandola alla stipulazione novatoria, una dottrina, iniziata da Sabino e sviluppata da Pedio, secondo la quale in ogni negozio è insita una convenzione (143).

La stessa questione, trattata da Gaio nelle Istituzioni, è riprodotta in un frammento dei Digesti, ricavato dal commento all'editto provinciale:

(143) Cfr. D. 2, 14, 1 (Ulp. 4 ad ed.). Sulla questione vedi RICOBONO, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione del diritto romano*, cit., p. 60 ss.

D. 2, 14, 30, 2 (Gaius 1 ad ed. prov.): *Si sub condizione stipulatus fuerim a te, quod Titius mihi pure deberet: an deficiente condizione si a Titio petam, exceptione pacti conventi et possim et debeam summoveri? et magis est exceptionem non esse opponendam.*

La soluzione: *et magis est non esse opponendam* è dovuta all'intervento dei Compilatori, che avranno sostituito un più lungo e circostanziato discorso di Gaio con una decisione «conforme all'opinione dominante formatasi già nel periodo classico» (144).

Concludendo, Gaio non riconosce alla stipulazione l'efficacia di purgare la mora, ma attribuisce alla convenzione, implicita nella stipulazione, l'effetto di paralizzare l'azione, scaturente dalla prima obbligazione. Ci avviamo ormai verso la poderosa costruzione di Marcello.

* * *

Il concetto di *mora creditoris*, desumibile dai frammenti di Gaio, rispecchia la nozione tradizionale di ritardo causato dal fatto del creditore:

D. 44, 4, 6 (Gaius 30 ad ed. prov.): *Si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet, exceptione doli mali creditor removebitur. Idem est et si creditor eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat.*

D. 20, 4, 11, 4 (Gaius libro singulari de formula hypothecaria): *Si paratus est posterior creditor priori creditoris solvere quod ei debetur, videndum est, an competit ei hypo-*

(144) BOHÁCEK, in *Annali Palermo*, XI, p. 365.

thecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere. Et dicimus priori creditoris inutilem esse actionem, cum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur.

Il ritardo può precisamente essere causato, tanto da un ostacolo opposto dal creditore all'adempimento, quanto dal rifiuto di costui di accettare la prestazione: *nolente creditore pecuniam accipere.*

I requisiti della *mora creditoris* sono costituiti dall'offerta o dalla prontezza del debitore di eseguire la prestazione (D. 44, 4, 6: *quam soluturus erat*; D. 20, 4, 11, 4: *si paratus est posterior creditor*) e da una ingiusta condotta del creditore, diretta a protrarre il vincolo obbligatorio. Al creditore incombe, infatti, non solo l'obbligo negativo di non ostacolare l'adempimento, ma anche l'obbligo positivo di rendere possibile l'adempimento.

Gli effetti della *mora creditoris*, secondo quanto è possibile desumere dai due frammenti, sono dati dall'impossibilità che possa verificarsi una *mora debendi*, dopo la *mora creditoris*; dal passaggio del rischio al creditore, la cui azione, dopo il perimento dell'oggetto, è respinta da una *exceptio doli mali*; dall'impossibilità che il creditore possa esprimere l'azione ipotecaria. Quest'ultimo effetto rappresenta una conseguenza particolare del rapporto ipotecario. Per potere intendere appieno la *ratio*, che sta a base del divieto di esprimere l'azione, è opportuno esaminare la fattispecie considerata in D. 20, 4, 11, 4, escerpto dalla monografia gaiana de *formula hypothecaria*.

La fattispecie può essere così ricostruita: uno stesso bene viene costituito in ipoteca, in tempi diversi, a due creditori. Orbene, secondo i principi generali del diritto classico, i rapporti tra più creditori ipotecari erano regolati dal principio: *prior tempore potior iure*, che comporta la subordinazione del soddisfacimento della pretesa del creditore di grado ulteriore a quella di grado poziore. Poteva, tuttavia,

ciascun concorrente di grado ulteriore, soddisfacendo il creditore antecedente, surrogarsi nelle ragioni di quest'ultimo, anche in caso di mancata sua accettazione dell'offerta.

Ciò posto risulta chiara la fattispecie prospettata da Gaio. L'offerta del creditore ulteriore, rifiutata dal creditore poziore, ponendo in mora costui, determina come conseguenza immediata la perdita del diritto di esprimere l'azione ipotecaria.

Infatti, mirando l'azione stessa a far conseguire al creditore la prestazione, lo scopo ed il fondamento ad un tempo dell'azione vengono meno, allorchè il creditore rifiuti la offerta fattagli dall'altro creditore.

A conclusione di queste note sulla *mora creditoris*, va posto in rilievo che neppure nel pensiero di Gaio si trova alcun cenno alla originaria liberazione dal vincolo dopo la mora del creditore. Anzi dai due frammenti sopra trascritti si evince chiaramente che la *mora creditoris* lascia sussistere il vincolo obbligatorio.

Di deposito *in aede sacra* si parla nel seguente frammento:

D. 10, 2, 5 (Gaius 7 ad ed. prov.): *Si quae sunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet ut apud eum maneant, qui maiore ex parte heres sit, ceteri descriptum et recognitum faciant, cautione interposita, ut, cum res exegerit, ipsae exhibeantur. Si omnes isdem ex partibus heredes sint nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet: aut ex consensu vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur: vel in aede sacra deponi debent.*

Il testo, però, non può essere addotto quale testimonianza diretta del regime del deposito nel diritto romano, in relazione alla liberazione del debitore.

La fattispecie non è, infatti, data dall'offerta fatta dal debitore al creditore, cui segue, dopo il rifiuto, il deposito, ma piuttosto dalle cauzioni ereditarie in un giudizio divisorio. L'inserzione del frammento sotto il titolo: «*familia erescundae*» è, in proposito, alquanto eloquente.

Gaio si occupava della struttura e del giudizio di divisione ereditaria, nonchè delle conseguenze (cauzioni) che, secondo i casi, dovevano essere prestate e deposte secondo regole precise.

La menzione della «*aedes sacra*» è verosimilmente interpolata; tutto il periodo finale del resto è alquanto sospetto. Tuttavia se il passo, pur con le sue alterazioni tribonianee, nulla prova per il tema della liberazione, può essere utilizzato come prova indiretta della esistenza di alcune forme di deposito per il diritto classico, anche se devesi rilevare che nella fattispecie, da Gaio considerata, il deposito delle cauzioni ha una destinazione giuridica economica diversa.

7. — ULPPIO MARCELLO

La dottrina della mora di Marcello segna una delle più alte vette raggiunte dalla giurisprudenza romana lungo il corso del suo fecondo processo creativo.

Idee, principi e teorie, formatisi nei secoli precedenti, convergono nel pensiero del grande giureconsulto dell'età degli Antonini, che riesce, con rara acutezza, a ricavarne gli elementi di originali e poderose costruzioni teoriche, culminanti nella teoria della *purgatio morae*, capolavoro del suo spiccatissimo acume giuridico⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ Su MARCELLO, cfr. KUNKEL, *Herkunft*, cit., p. 213. Ricordiamo qui che il più volte citato scritto del BOHÁČEK, in *Annali Palermo*, XI, è dedicato alla dottrina di MARCELLO: *La dottrina di Marcello sulla mora e la novazione condizionale*.

La dottrina marcelliana rappresenta efficacemente la maturità scientifica della giurisprudenza del secondo secolo e può essere considerata come l'apogeo della dottrina della mora.

Linearità e precisione di linguaggio, sobrietà ed incisività di stile, acutezza ed originalità di pensiero: queste sono le caratteristiche principali di Marcello, che valsero a procurargli l'ammirazione e l'adesione dei giuristi posteriori.

Non tutto ci è noto della sua dottrina della mora; anzi larghe zone d'ombra precludono allo storico del diritto la possibilità di ricostruirla compiutamente. Solo la teoria della *purgatio morae* è sufficientemente documentata da un gruppo di testi, che si integrano a vicenda. Per il resto possediamo solo notizie isolate, che però acquistano maggiore consistenza per quanto riguarda la *mora creditoris*.

Premessi questi rilievi, passiamo ad esaminare i testi, raggruppandoli nel seguente ordine: requisiti (D. 46, 3, 72 pr. e 1; D. 18, 3, 4, 4) ed effetti della *mora debitoris* (D. 13, 3, 3); *purgatio morae* (D. 46, 3, 72, 1-3; D. 46, 2, 14; D. 45, 1, 29, 1; D. 46, 2, 8 pr.); requisiti ed effetti della *mora creditoris* (D. 46, 3, 72 pr.; D. 26, 7, 28, 1).

* * *

Circa i requisiti della *mora debitoris*, vengono in considerazione alcuni frammenti, nei quali ricorre il termine *interpellatio*. Il problema storico-giuridico consiste nell'accertare se l'*interpellatio*, per Marcello, costituisca o meno un requisito generale della *mora debitoris*. L'esame dei testi conduce ad una risposta negativa. Iniziamo da:

D. 46, 3, 72 pr. (Marcellus 20 dig.): *Qui decem debet, si ea optulerit creditoris et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli*

mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit.

La parola *interpellatio* figura nella frase : *quamquam aliquando interpellatus non solverit*, che, nell'insieme del testo, risulta ingiustificata. Infatti Marcello applica il principio classico, secondo cui il debitore, dopo la *mora accipiendi* del creditore, non risponde del fortuito. La *interpellatio* del creditore è, di conseguenza, del tutto irrilevante ed anche fuori luogo (146). L'inciso fu inserito dai Compilatori, i quali vollero attribuire all'*interpellatio* il carattere di requisito generale della *mora debitoris*. Rilevata la palese incongruenza della *interpellatio* nel principio del fr. 72 D. 46, 3, è facile intendere il valore del periodo finale : *nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem periculo liberari*, con il quale termina il § 1 dello stesso frammento. *Interpellatus dare noluit* non è impeccabile dal punto di vista formale : anzi, come rileva il Guarneri Citati (147), « è banale di fronte al preciso e classico *in solvendo moram facere* ». Marcello doveva tutto al più dire : *qui dare noluit* ovvero *non dedit*. Si tratta, è vero, di rilievi di carattere formale, come nota l'Elefante (148) : ma, considerata la illogica presenza dell'*interpellatio* al principio del frammento, possono essere ben sufficienti vizi formali per ritenere non classico *qui interpellatus dare noluit* (§ 1).

Vi è ancora un altro frammento, nel quale ricorre la parola *interpellatio*. Si tratta di

D. 18, 3, 4, 4 (Ulp. 32 ad ed.) : *Marcellus libro vicensimo dubitat, commissoria utrum tunc locum habet, si interpellatus non solvat, an vero si non optulerit. Et magis ar-*

bitror offerre eum debere, si vult se legis commissoriae potestate solvere : quod si non habet cui offerat, posse esse securum.

Ulpiano si occupa del regime della *lex commissoria*, in base alla quale il contratto di compravendita si aveva per non concluso, qualora il compratore non pagasse il prezzo entro il termine stabilito. Il compratore, pertanto, al fine di evitare il pericolo della risoluzione del contratto, doveva eseguire la sua prestazione nel tempo debito. Trascorso il termine, il venditore poteva chiedere la risoluzione del contratto o il pagamento del prezzo. Ora, secondo quanto riferisce Ulpiano, Marcello era in dubbio se il meccanismo della *lex commissoria* entrasse in funzione tosto che il termine fosse scaduto ovvero dopo una espressa richiesta del venditore. E' logico che non è possibile sospettare la genuinità del dubbio di Marcello ; ma, si badi bene, si tratta di un dubbio, e quindi non è lecito dedurne che l'*interpellatio* sia un requisito generale. Se mai il dubbio lascia presumere che l'*interpellatio*, nel pensiero di Marcello, costituisca solo una causa particolare, richiesta in ipotesi specifiche. Nel caso della *lex commissoria*, infatti, data la facoltà di scelta spettante al creditore, l'*interpellatio* poteva costituire un elemento idoneo a stabilire immediatamente quale fosse la volontà del creditore (149).

(146) *Contra ELEFANTE*, in *Labeo*, 6 (1960), p. 45.

(147) In *Annali Palermo*, XI, p. 290.

(148) In *Labeo*, 6 (1960), p. 45.

(149) Sulla *lex commissoria* vedi BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi Betti*, II (Milano, 1962), p. 575 ss. ; ELEFANTE, in *Labeo*, 6 (1960), p. 42, ritiene che l'*interpellatio* ricorra, nel testo sopra esaminato, nel senso di requisito generale della *mora debitoris* : « ma se d'*interpellatio* si era parlato (tanto che MARCELLO si trovava in dubbio), molto probabilmente ciò dipendeva dal fatto che alla mente dei giuristi era presente quella che era la disciplina normale della responsabilità del debitore : cioè che si poteva parlare di responsabilità di costui solo nel caso in cui *interpellatus non solverit* ».

* * *

Circa gli effetti della *mora debitoris* non possediamo sufficienti notizie. Il pensiero di Marcello su questo punto resta un po' velato. Vi è un testo, tuttavia, dal quale si rileva che, anche in materia di effetti della *mora debitoris*, il pensiero del nostro giurista è aperto alle più recenti innovazioni, avallate e rafforzate dalla sua autorità :

D. 13, 3, 3 (Ulp. 27 ad ed.): *...si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro vicensimo habendam aestimationem, quanto deterior res facta sit: et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum: quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.*

Marcello segue un indirizzo, facente capo a Giuliano-Africano, secondo cui il debitore, dopo la *perpetuatio obligationis*, risponde tanto del perimento fortuito, quanto del deterioramento. Segue da ciò che il debitore non si libera dando l'oggetto deteriorato, ma solo con il dare l'*aestimatio* della diminuzione di valore dell'oggetto, determinata con riferimento al tempo della mora⁽¹⁵⁰⁾.

* * *

Esaminiamo ora i testi riguardanti la teoria della *purgatio*.

La possibilità di eliminare gli effetti della *perpetuatio*, prodotti dalla *mora debitoris*, secondo la dottrina formulata

⁽¹⁵⁰⁾ cfr. Voci, *Risarcimento del danno*, cit., p. 56 ss.; vedi pure PERNICE, *Labeo*, II, 2, p. 138; GENZMER in *ZSS*, 44 (1924), p. 104 ss.; KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 93 ss.; MARCHI, *Il giuramento in lite e la stima della cosa perita nei giudizi di stretto diritto*, in *Studi Scialoja*, I, p. 174.

da Celso e seguita da Giuliano, era stata la grande conquista della giurisprudenza dell'età adrianea.

La rigida struttura della responsabilità debitoria ne era rimasta scossa in uno dei suoi punti fondamentali: incondizionato passaggio del rischio del perimento dalla cosa al debitore del rapporto obbligatorio, perpetuato della mora.

La *purgatio*, però, si verifica secondo la teoria su esposta, solo se il debitore, dopo la mora, offre (*oblatio*) la prestazione senza che il creditore possa addurre una valida *iusta causa non accipiendi*.

Nel periodo degli Antonini, Marcello, riallacciandosi e sviluppando con piena coscienza logico-giuridica, affinata dalla esperienza storica della giurisprudenza, un'idea embrionale del giurista repubblicano Servio Sulpicio Rufo, apporta alla dottrina della *purgatio* una estensione concettuale, che assume il valore di una vera e propria rivoluzione nel cammino della tradizionale struttura dell'obbligazione e della correlative responsabilità.

Non solamente l'offerta purga, agli occhi di Marcello, la mora, ma anche qualsiasi stipulazione novativa successiva, anche se nulla od inefficace ovvero se fatta da un terzo per l'obbligato, sia pure questi un *fur*.

Le ragioni logiche della dottrina marcelliana si basano su questo acuto ed a un tempo semplice ragionamento: se l'offerta purga la mora, in quanto la tardiva ma esatta ed integrale prestazione elimina ogni motivo di rifiuto del creditore, allo stesso modo una stipulazione novatoria condizionale⁽¹⁵¹⁾, intervenuta dopo la mora, deve purgare la mora

⁽¹⁵¹⁾ MARCELLO parla di *purgatio* nel caso di stipulazione novatoria condizionale, ma come ha notato il GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 307 n. 1, «a fortiori doveva ammetterla per la stipulazione pura».

stessa perchè, a prescindere da ogni altro effetto, vale essa a mostrare l'intenzione del creditore di rinunciare agli effetti della perpetuazione, e di volere costituire un nuovo vincolo al posto del precedente.

La *purgatio* nel secondo caso poggia, pertanto, su una interpretazione della volontà delle parti ed, in particolare, della volontà del creditore.

Dalla originaria idea di Servio Sulpicio Rufo, che considerava la *stipulatio* novatoria, benchè nulla o inefficace, come produttiva di effetti estintivi immediati sulla prima obbligazione, Marcello, avvalendosi dello strumento della *purgatio*, perviene alla concezione che la *stipulatio*, quale *pactum de non petendo*, vale in ogni caso a purgare la mora.

La protezione del debitore raggiunge così la sua piena espressione, e la genialità costruttiva, umana e logica della giurisprudenza classica conquista mete di valore universale.

Occorre tuttavia notare, per potere meglio cogliere lo sviluppo storico che culmina in Marcello, che il giurista dell'età degli Antonini trovò la strada spianata, oltre che da Servio (efficacia immediata della stipulazione novativa) e da Celso (perpetuazione), anche da quella concezione ricordata da Gaio (III, 179), secondo cui la stipulazione novativa equivale ad un *pactum de non petendo: quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis exstiterit condicio*.

Tutti e tre i movimenti dottrinari fornirono utili spunti a Marcello, che sintetizzò con l'acutezza consueta una lenta, ma decisa tendenza, anche se fortemente contrastata, della giurisprudenza romana (come già si è visto in Giuliano e Venuleio).

Con ciò la dottrina di Marcello non risulta affatto diminuita, ma se mai valorizzata, giacchè il merito del giurista non è direttamente proporzionale al *quantum* di originalità assoluta delle proprie idee, quanto piuttosto all'effettiva ca-

pacità di penetrare nella complessa dinamica storica del diritto ⁽¹⁵²⁾ e di coglierne le esigenze nel proprio tempo per risolverle nella maniera più confacente alla evoluzione della coscienza sociale.

Ciò posto, è necessario ora passare all'esame dei testi, che permettono di ricostruire la dottrina marcelliana.

Si tratta di tre frammenti, uno dello stesso Marcello (D. 46, 3, 72), formato da tre paragrafi; due di Ulpiano (D. 46, 2, 14 pr. e D. 45, 1, 29, 1).

Il primo, tratto dal libro 20 dei *Digesta* di Marcello, è inserito sotto il titolo «*De solutionibus et liberationibus*» e consta, come detto, di più paragrafi (tralasciamo il principio che riguarda la *mora accipiendo*), in cui il giurista pone ed illustra più casi. Gli altri due frammenti ulpianei, escresciti dai *libri disputationum* e da quelli *ad Sabinum*, trattano di alcuni casi illustrati da Marcello nei paragrafi 1-3 D. 46, 3, 72 e costituiscono utili raffronti testuali per la ricostruzione della dottrina, che ci interessa.

Sulla genuinità dei passi si è formata tutta una vasta letteratura, che possiamo dividere in due gruppi: negatori e sostenitori della nuova dottrina marcelliana. I primi, attribuendo carattere sostanziale alle interpolazioni dei frammenti sopra citati ed in particolare di D. 46, 2, 14 pr. e D. 46, 3, 72, hanno negato la genuinità della dottrina di Marcello, demolendola con tagli del tutto ingiustificati. Tra gli appartenenti a questo gruppo ricordiamo il Vassalli ⁽¹⁵³⁾, per il quale Marcello non avrebbe attribuito alcuna influenza

⁽¹⁵²⁾ Sulla coscienza storica della giurisprudenza romana cfr. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., p. 116 ss. (ivi notevoli esempi). La dottrina della *purgatio morae* costituisce una perspicua prova di un orientamento storico della giurisprudenza romana.

⁽¹⁵³⁾ *Dies vel condicio - Lineamenti della dottrina romana della condizione*, in *BIDR*, 27 (1914), p. 222.

alla *stipulatio* sulla mora precedente; il Kaden (154), secondo cui Marcello avrebbe seguito la precedente dottrina classica — unitariamente considerata — che, negando valore estintivo alla stipulazione condizionale, si sarebbe limitata a paralizzare l'azione della prima *obligatio* con una *exceptio*. Sicché, inefficace o nulla la *condicio*, avrebbe ripreso efficacia la mora, già perpetuata e non purgata.

Fa parte pure di questo gruppo lo Haymann che, elevando a dogma del diritto classico la dottrina di Venuleio (D. 46, 2, 31 pr.), nega la classicità della dottrina di Marcello (155).

Al secondo gruppo appartengono invece il Guarneri Citati (156) ed il Boháček (157), i quali hanno dimostrato l'infondatezza della tesi del Vassalli, sostenendo la genuinità della innovazione di Marcello, pur rilevando tuttavia notevoli alterazioni formali e sostanziali, che non sono però tali da inficiare la nuova dottrina.

I Compilatori si sarebbero limitati a generalizzare ed a trasformare in effetti *ipso iure* gli effetti che, nella concezione marcelliana, si realizzavano *ope exceptionis*. La teoria di questi ultimi autori sarà più estesamente riferita nel corso dell'esame dei testi; per ora basti dire che la loro opinione è stata seguita dal Koschaker (158) e dal Thorenz (159).

(154) In *ZSS*, 44 (1924), p. 194 ss.

(155) In *ZSS*, 41 (1920), p. 87 ss. Sostengono, inoltre, la paternità triboniana dell'efficacia purgativa della stipulazione novatoria, sia pure con proprie vedute, il KNIEP, *Die Mora des Schuldners*, cit., I, p. 100 ss.; il SALKOWSKI, *Zur Lehre von der Novation nach röm. Recht. Ein Beitrag zum röm. Obligationenrecht* (Leipzig, 1866).

(156) In *Annali Palermo*, cit., XI, p. 121 ss.

(157) In *Annali Palermo*, XI, p. 341 ss.

(158) *Bedingte Novation und Pactum in röm. Recht*, in *Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte* (Graz, 1925), p. 124 ss.; 131 ss.

(159) *La novation conditionnelle* (Losanna, 1927), p. 55 ss.

Iniziamo l'esame dal famoso testo di Marcello, di cui trascriviamo i primi tre paragrafi:

D. 46, 3, 72, 1 (Marcellus 20 dig.): *Cum Stichum mihi deberes et in solvendo moram fecisses, sub condicione eum promisisti: pendente ea Stichus decessit: videamus, an, quia novari prior obligatio non potest, petitio servi competat ea, quae competeteret, si non intercessisset stipulatio. Sed in promptu contradicton est debitorem, cum stipulanti creditoris sub condicione promisit, non videri in solutione hominis cessasse: nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.* 2 - *Sed quid si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? hic quoque extimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si quolibet nomine eius servum offerente stipulator accipere noluisset.* 3 - *Idem responsum est, si quis, cum subreptus sibi servus esset, sub condicione stipulatus fuerit quidquid furem dare facere oportet: nam et fur condicione liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit. Si tamen, cum in provincia forte servus esset, intercesserit stipulatio (et finge prius quam facultatem eius nanciseretur fur vel promissor, decessisse servum), non poterit rationi, quam supra reddidimus, locus esse: non enim optulisse eum propter absentiam intellegi potest.*

Il giurista esamina più fatti specie, costituenti esplicazioni di una *quaestio*, che riguarda la purgabilità della mora (160).

1 — Nel primo paragrafo egli considera l'ipotesi che il debitore di uno schiavo, già in mora, stipuli l'*idem sub condicione*; morto Stico, *pendente condicione*, poiché la novation

(160) Cfr. BOHÁČEK, in *Annali Palermo*, XI, p. 341.

zione non potrà più compiersi per mancanza di oggetto, si chiede se il creditore possa agire con l'*actio* nascente dalla prima *obligatio*. Tale la *quaestio*.

E' da notare che l'impostazione problematica del caso era giustificata dalla concezione, dominante nella giurisprudenza, che escludeva la possibilità di una novazione dopo il perimento dell'oggetto. Alla posizione del problema Marcello fa seguire la soluzione, che appare polemica, ma non completamente svolta.

Gli studiosi si sono trovati in difficoltà ed hanno rimosso l'ostacolo con un'accusa a Triboniano. Che una alterazione giustinianea ci sia, è indubbio; è invece da rigettare che l'interpolazione abbia determinato un vero e proprio travisamento del pensiero di Marcello (161).

Le frasi: « *sed in promptum ... hominis cessasse* » e « *nam verum est ... periculo liberari* » sono state ritenute interpolate.

Tuttavia le alterazioni attengono soprattutto alla forma più che alla sostanza. L'attività dei Compilatori si dovette limitare a tagliare ed a suntare, sopprimendo controversie giuriprudenziali e citazioni di giuristi. In particolare il Guarneri Citati dopo avere rilevato imperfezioni formali del testo ed incongruenze logiche, conclude l'indagine col ritenerre «la dottrina attribuita a Marcello originale per la sostanza e solo alterata per la forma» (162).

Non dissimile è l'opinione del Bohácek, che si limita solo a rilevare il carattere « troppo generale e fuori proposito » del principio accolto nell'ultima frase: *nam... liberare* (163).

(161) Cfr. BESELER, in *ZSS*, 47, p. 378; vedi anche HAYMANN, in *ZSS*, 41, p. 90 n. 1, che espunge il tratto *quia...stipulatio*. Per l'interpolazione del tratto da *sed* alla fine, vedi VASSALLI, in *BIDR*, 27 (1914), p. 223; KADEN, in *ZSS*, 44, p. 193.

(162) In *Annali Palermo*, XI, p. 289.

(163) In *Annali Palermo*, XI, p. 343 ss.

Invero la frase suona male, oltre che per l'*interpellatio*, anche per il « *nam* », che vorrebbe essere una motivazione delle precedenti affermazioni e che, invece, non lo è affatto: forse tutto ritorna piano supponendo, come nota il Guarneri Citati, che Marcello abbia voluto semplicemente addurre l'esempio dell'offerta reale non come motivazione, ma come termine di paragone.

Quindi l'andamento originario del testo doveva essere il seguente: posizione del problema; soluzione affermativa; critica dell'opinione contraria, rilevabile dal polemico « *in promptum contradictio est* »; raffronto a modo di paragone tra gli effetti dell'offerta reale e quelli della stipulazione condizionale.

Questa ricostruzione positiva della dottrina di Marcello è rafforzata da un argomento testuale, ricavato da

D. 46, 2, 14 pr. (Ulpianus 7 *disputationum*): *Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit; et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, nec novatio contingit, quia non subest res eo tempore, quo condicio impletur. Unde Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem ductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat.*

Il raffronto fra il primo paragrafo di D. 46, 3, 72 e il testo ulpiano è luminoso: esso dimostra come la dottrina di Marcello, sopra ricostruita, sia stata seguita da Ulpiano, che la riproduce in termini sostanzialmente identici. Ogni dubbio deve essere fugato ed appare superfluo insistere sulla infondatezza della asportazione del Vassalli, il quale taglia tutto il passo da *unde Marcellus* alla fine, sopprimendo la citazione stessa del giurista.

Il testo è abbastanza chiaro: per Marcello — riferisce Ulpiano — la stipulazione, *pendente condicione*, benchè ineficace vale a purgare la mora (164).

2 — Nel secondo paragrafo Marcello esamina un altro aspetto della *quaestio*: la stipulazione fatta da un terzo, *ignorante debitore* (165).

Anche in questo caso, la risposta al quesito è nel senso di ritenere purgata la mora dalla stipulazione condizionale (il testo non precisa la «condizionalità» della stipulazione, ma si deve sottintenderla, perchè il quesito risulti logico) come avviene nel caso di offerta reale.

Qui, anzi, è meglio enunciata la conseguenza della purgazione: la liberazione dal pericolo del perimento dell'oggetto, che altrove i Compilatori hanno sostituito con la liberazione *ipso iure* (166). Liberazione dal pericolo significa che l'eventuale perimento scioglie il debitore da ogni responsabilità.

Per questi motivi non appare fondata l'opinione del Guarneri Citati (167), secondo cui l'affermazione *hic quoque extimandus est debitor periculo liberatus* accenna chiaramente ad una liberazione *ipso iure*.

3. — Lo «*idem responsum est*» con cui inizia il terzo paragrafo è — come hanno rilevato Guarneri Citati (168)

(164) Sulla genuinità del termine *purgare*, vedi BOHÁCEK, in *Annali Palermo*, XI, p. 369; contra GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 276 ss.

(165) Forse il testo originale doveva fare il caso della delegazione; vedi BOHÁCEK, in *Annali Palermo*, XI, p. 349.

(166) Vedi *Index interpolationum*. Il DERNBURG, *Pand.*, II, p. 166, nota che il testo sta a dimostrare come valga a purgare e, quindi, a far cessare la mora una completa offerta di pagamento in tempi e luogo opportuni, anche se l'offerta stessa provenga dal terzo anzichè dal debitore.

(167) In *Annali Palermo*, XI, p. 293.

(168) In *Annali Palermo*, XI, p. 292.

e Bohácek (169) — una espressione sintetica, con la quale i Compilatori vollero sostituire tutto un più lungo discorso, in cui Marcello esponeva la sua dottrina della purgabilità della mora ad opera di una stipulazione condizionale, nel caso di una stipulazione fatta dal *fur* ed avente ad oggetto: *quidquid furem dare facere oportet*.

Veroisimilmente il giurista doveva accennare all'opinione tradizionale, secondo la quale *semper furem moram facere* (D. 13, 1, 8, 1) ed illustrare la sua opinione con il solito argomento della stipulazione condizionale, equivalente ad un *pactum de non petendo*. Senonchè i Compilatori semplificarono tutta la esposizione generalizzando, fondendo e tagliando.

Risultato: inesattezze ed incongruenza largamente rilevabili in tutto il paragrafo.

Infatti, la frase: *nam et fur condicione liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit*, è alquanto sospetta nella posizione strutturale e sintattica in cui si trova nella redazione giustinianea. Anzitutto essa non è affatto una motivazione — come vorrebbe far presumere il «*nam*» — perchè, per Marcello, non c'è affatto identità tra stipulazione condizionale ed offerta reale: lo dimostra il seguito stesso del frammento, che pone in evidenza la necessaria presenza del servo nel caso dell'offerta reale, e la possibilità di effettuare la stipulazione anche in assenza del servo (170).

In secondo luogo, per il diritto classico, il *ladro* non si libera dalla *condicione* con la semplice offerta, ma solo col perimento dell'oggetto. Giustiniano, rabberciando così il pe-

(169) In *Annali Palermo*, XI, p. 349.

(170) L'inciso: *et finge...decessisse servum configura*, secondo il GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 294, una ipotesi non «seriamente sostenibile».

riodo, ha voluto raggiungere due risultati: 1) parificare la *oblatio* alla stipulazione condizionale (il paragrafo precedente lo dimostra); 2) attribuire efficacia liberatoria *ipso iure* alla *oblatio* ed alla stipulazione condizionale.

Viceversa il pensiero originale di Marcello doveva essere così articolato: 1) istituzione di un parallelo fra efficacia purgativa dell'*oblatio* ed efficacia purgativa della stipulazione condizionale; 2) liberazione del debitore in seguito al perimento dell'oggetto.

Quindi, concludendo: Marcello nel terzo paragrafo sviluppava la *quaestio* dell'efficacia purgativa della stipulazione condizionale, relativamente al caso del ladro, affermando che la stipulazione condizionale, avente ad oggetto *quidquid furem dare facere oportet*, era idonea a purgare la mora.

Quest'ultimo aspetto della dottrina di Marcello è davvero rivoluzionario, perché porta al superamento del rigoroso principio, che considerava il ladro sempre in mora. La opinione di Marcello, che potrebbe sembrare ingiustificata a prima vista (data la natura del debitore), appare invece oltremodo logica, ove si ponga mente al valore della stipulazione condizionale che, sia pure inefficace (per mancata realizzazione della condizione), sta a dimostrare la volontà del creditore di volere sostituire al precedente rapporto, che viene — per così dire — ripudiato, un nuovo rapporto che nasce rigenerato e purificato dalla volontà contrattuale. Sicché venuto meno l'oggetto, *pendente condicione*, segue la liberazione del *fur* promittente.

Il pensiero di Marcello relativamente al caso del ladro, già evidente ed inattaccabile in base al terzo paragrafo di D. 46, 3, 72, risulta maggiormente rafforzato, chiarito ed integrato dal raffronto con il seguente passo:

D. 45, 1, 29, 1 (Ulpianus 46 *ad Sabinum*): *Si a fure hominem sim stipulatus, quaesitum est, an stipulatio valeat. Movet quaestionem, quod stipulatus hominem plerumque meum*

videor: non valet autem huiusmodi stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est. Et constat, si quidem ita stipulatus sim: « quod ex causa condictionis dare facere oportet? » stipulationem valere: si vero hominem dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem. Quod si postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem condictione Marcellus ait: quamdiu enim vivit, condici poterit, at si decessisse proponatur, in ea condicione est, ut evanescat condicio propter stipulationem (171).

Il frammento è stato senza dubbio alterato formalmente dai Compilatori, ma la sostanza non ha subito gravi conseguenze. Ciò è stato posto in luce dal Guarneri Cittati (172) e dal Boháček (173), i quali, tuttavia, si sono orientati diversamente nella formulazione delle rispettive conclusioni.

Ulpiano pone il caso della novazione del *debitum* del ladro, considerata da Marcello, distinguendo due ipotesi: 1) che si stipuli « *hominem* »; 2) che si stipuli *quod ex causa condictionis dare facere oportet*.

La prima stipulazione è nulla, perché il ladro non può promettere ciò che è del derubato.

La seconda è valida, poiché ha per oggetto ciò che il ladro deve *ex condicione furtiva*.

Il testo non dice che il ladro abbia stipulato sotto condizione, ma la clausola *sub condicione* è ovviamente sottintesa. E' facile rilevare la strana ed ingiustificata ripetizione: *si vero hominem...nullius momenti esse stipulationem*, indice di una manipolazione evidente. Ma non è la sola.

(171) Sul testo vedi BESELER, in ZSS, 47 (1927), p. 378; 52 (1932), p. 55; BOSSOWSKI, in Annali Palermo, 13 (1927), p. 422 ss.

(172) In Annali Palermo, XI, p. 300 ss.

(173) In Annali Palermo, XI, p. 352 ss.

Il periodo: *quod si postea...Marcellus ait*, con cui segue il frammento, strettamente legato all'ipotesi della stipulazione nulla⁽¹⁷⁴⁾, contiene la citazione di Marcello, secondo la stipulazione condizionale per quanto nulla è idonea a purgare la mora.

Orbene il *sine mora* è alquanto strano nella redazione compilatoria del testo. Il servo muore dopo la mora del ladro, solo che la mora è stata purgata dalla stipulazione successiva.

Per questo motivo il Boháček, a ragione, pensa che il *sine mora* sia da attribuire ad una «glossa in cui effettivamente fu posto in risalto il vero motivo della estinzione della *condictio*»⁽¹⁷⁵⁾. Quest'ultima viene meno non «*propter stipulationem*»⁽¹⁷⁶⁾, ma solo se il servo muoia *pendente condicione*, perchè la mora purgata dalla stipulazione non perpetua più l'obbligazione. Quindi Ulpiano, ricordate le due ipotesi, le doveva risolvere, in caso di morte del servo *pendente condicione*, in base all'opinione di Marcello, che considerava la stipulazione condizionale quale causa di purgazione della mora, non solo in caso di inefficacia (determinata dalla mancata realizzazione della condizione), ma anche nel caso di stipulazione nulla.

Questo secondo caso riferito, da Ulpiano, permette di integrare la dottrina di Marcello, la quale risulta così compiutamente ricostruita.

L'eventuale ostacolo, derivante dalla nullità della stipulazione, può essere facilmente superato dalla considerazione che lo stesso Gaio (III, 176) attribuisce efficacia novativa alla stipulazione nulla e, soprattutto, da un'altra testimonianza

⁽¹⁷⁴⁾ Vedi GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 301.

⁽¹⁷⁵⁾ In *Annali Palermo*, XI, p. 356.

⁽¹⁷⁶⁾ Il BOHÁČEK, in *Annali Palermo*, XI, p. 356, trasforma «*propter stipulationem*» in «una *cum stipulatione*».

ulpianea ricavata dallo stesso libro *ad Sabinum* ed inserita nel Digesto.

D. 46, 2, 8 pr. (Ulp. 46 *ad Sab.*): *Si Stichum dari stipulatus fuerim et, cum in mora promissor esset, quo minus daret, rursus eundem stipulatus fuero, desinit periculum ad promissorem pertinere quasi mora purgata.*

L'aliiquid novi è requisito essenziale per la validità della stipulazione e la sua mancanza ne determina la nullità. Ci nonostante la stipulazione è idonea a purgare la mora⁽¹⁷⁷⁾.

Questo in sintesi il contenuto del frammento, che risulta utilissimo per sciogliere ogni residuo dubbio sulla nullità della stipulazione.

Resta da vedere se l'efficacia purgativa della stipulazione nulla sia effettivamente scaturita dal pensiero di Marcello o sia il frutto di un'applicazione estensiva di Ulpiano.

E' da ritenere, per i motivi sopra detti, che Ulpiano si sia limitato a riferire l'opinione di Marcello. Il D. 45, 1, 29, 1 conforta tale interpretazione, cui non è certo di ostacolo la mancata citazione di Marcello in D. 46, 2, 8 pr., estratto dallo stesso 46° libro.

Per il riferimento della decisione ulpianea alla dottrina marcelliana si è pronunziato pure il Boháček⁽¹⁷⁸⁾. Il Guarneri Citati⁽¹⁷⁹⁾, viceversa, dopo avere discusso ampiamente sulle interpolazioni di D. 45, 1, 29, 1 ed avere avanzato l'ipotesi che i Compilatori abbiano potuto riunire i due ca-

⁽¹⁷⁷⁾ La frase «*quasi mora purgata*» è una sintesi compilatoria di un discorso presumibilmente di Ulpiano, in cui il giurista doveva citare MARCELLO (come fa in D. 45, 1, 9, 1) e motivare la sua adesione alla dottrina marcelliana; LENEL, *Palingenesia*, II, 1181 pone il fr. 8 pr. D. 46, 2 subito dopo D. 45, 1, 29, 1.

⁽¹⁷⁸⁾ In *Annali Palermo*, XI, p. 370 ss.

⁽¹⁷⁹⁾ In *Annali Palermo*, XI, p. 303.

si di stipulazione (nulla e valida) ed estendere in certo modo anche alla prima stipulazione, nulla, le conseguenze della seconda, valida, così si esprime: «io non saprei negare in modo reciso che Ulpiano avesse potuto applicare la dottrina di Marcello anche alla stipulazione *hominem dari*, sicchè, morto lo schiavo, il ladro potesse difendersi con l'*exceptio doli o pacti conventi*».

Orbene, nè ai Compilatori, nè ad Ulpiano si deve riportare il caso della stipulazione nulla, ma esclusivamente a Marcello, la cui dottrina, definita dal Boháček come il « capolavoro » del giurista dell'epoca degli Antonini⁽¹⁸⁰⁾, costituisce una delle più belle testimonianze della forza costruttiva della giurisprudenza classica ed uno dei monumenti più significativi della genialità interpretativa e della tecnica dei giuristi romani, sensibili alle esigenze della coscienza sociale in evoluzione, e ligi e fedeli seguaci della *naturalis ratio*.

* * *

La dottrina marcelliana della *mora creditoris*, può essere desunta da due frammenti dei *Digesta giustinianei*, tratti entrambi dai *libri Digestorum* di Marcello, rispettivamente, il primo dal 20º libro ed il secondo dal libro 8:

D. 46, 3, 72 pr. (Marcellus 20 dig.): *Qui decem debet, si ea optulerit creditor et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. Quare pro*

⁽¹⁸⁰⁾ In *Annali Palermo*, XI, p. 371.

soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. Et sane si servus erat in dole eumque optulit maritus et is servus decessit, aut nummos optulit eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso iure desinet teneri.

D. 26, 7, 28, 1 (Marcellus 8 dig.): *Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, usuras praestare non debet ex quo optulit pecuniam: quin etiam iustius mihi videtur eum per quem non sletit, quo minus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. Ulpianus notat: non sufficit optulisse, nisi i et depositum ob signatam tuto in loco.*

Nel primo testo il giurista si occupa dei requisiti e degli effetti della *mora creditoris* e della liberazione del debitore.

Nel secondo sono illustrati gli effetti sugli accessori del debito. Perchè sorga la mora, secondo Marcello, occorre l'offerta del debitore, seguita dal rifiuto ingiustificato del creditore. Questo secondo presupposto, negato dal Donatutti⁽¹⁸¹⁾, per il quale il diritto classico avrebbe richiesto il semplice rifiuto, senza ulteriori indagini sui motivi, è difeso dal Guarneri Citati, che, fra l'altro, nota che « se per aversi *mora debendi* si richiede un inadempimento colposo (*cessatio fraudolosa*), un ritardo imputabile al debitore..., analogamente per aversi *mora accipiendi* deve richiedersi un rifiuto ingiustificato della prestazione: il rifiuto colposo di accettarla » intendendo colposo come obiettivamente ingiustificato⁽¹⁸²⁾.

Un tale parallelismo fra *mora creditoris* e *mora debitoris*, già sostenuto dal Dernburg⁽¹⁸³⁾ era stato negato dallo

⁽¹⁸¹⁾ In *Annali Perugia*, vol. 33 (1921), p. 40 ss. (estratto).

⁽¹⁸²⁾ In *Annali Palermo*, XI, p. 225.

⁽¹⁸³⁾ *Diritto delle Obbligazioni*, §. 43.

Scuto, secondo cui la « *iusta causa*, riferendosi semplicemente ad un motivo obbiettivo di giustificazione ... fa pensare al caso in cui la cosa che si cercò di dare non è conforme alla obbligazione, od in cui l'adempimento non è eseguito nel tempo e nel luogo opportuno: qui infatti il creditore è nel suo diritto se rifiuta; e la *mora creditoris* non può sorgere affatto » (184).

Come si vede dai due squarci su riportati, il Guarneri Citati e lo Scuto intendono in maniera simile la *iusta causa*, anche se si discostano quanto al problema dei rapporti tra *mora creditoris* e *mora debitoris*.

Ora, se la mora del debitore richiede, come richiede, la colpa subbiettivamente intesa, non c'è dubbio che il parallelismo con la *mora accipiendi* non sussiste, giacchè quest'ultima non comporta affatto una ricerca psicologica, ma sussiste solo con il rifiuto di una prestazione obbiettivamente regolare, ovvero anche con la regolare « offerta-prontezza » del debitore in caso di assenza, d'incertezza o di incapacità del creditore.

In altre parole, la *iusta causa*, con riferimento alle ipotesi di rifiuto della prestazione, sta ad indicare la « regolarità obbiettiva » della prestazione dovuta.

Gli effetti della *mora creditoris*, illustrati nella parte da *deinde* alla fine del frammento 72 pr., consistono nella limitazione della responsabilità del debitore e nel passaggio del rischio del perimeto o dello smarrimento dell'oggetto al creditore.

Questa seconda parte del testo non è tutta genuina (185). Il *sine culpa*, secondo Guarneri Citati, è interpolato, poichè il debitore dopo la mora rispondeva solo per dolo o colpa

(184) *La mora del creditore*, cit., p. 97.

(185) Cfr. DONATUTI, in *Annali Perugia*, 33 (1921), p. 40 (estr.); *Contra, GUARNERI CITATI*, in *Annali Palermo*, XI, p. 179.

grave, onde il testo doveva dire *sine dolo malo* (186), come si rileva facilmente dal *doli mali exceptione*. Inoltre, il *quamquam aliquando interpellatus non solverit* introduce un requisito caro a Triboniano.

L'*interpellatio* non è assolutamente giustificata nell'ipotesi marcelliana. Il giurista considera due ipotesi: 1) che sia oggetto dell'obbligazione *decem*; 2) che sia oggetto dell'obbligazione *il servus*.

In entrambi i casi si suppone che, dopo la *mora creditoris*, l'oggetto perisca. *Quid iuris?* E' forse responsabile il creditore? La risposta di Marcello è negativa, perchè si tratta di una impossibilità naturale ed obbiettiva della prestazione, che non può ricadere sul debitore. Ciò significa che la *mora accipiendi* determina il passaggio del rischio e del pericolo dal debitore al creditore (187).

E' interessante la giustificazione del principio dato da Marcello: *etenim non est aequum ... accipere voluisse*. E non risponde certo ai principi dell'equità il far ricadere sul debitore le conseguenze dannose del perimeto che questi avrebbe potuto evitare, se il creditore fosse stato sollecito nell'accettazione. L'ordinamento giuridico non può pretendere che il debitore continui ad essere obbligato dopo la perdita dell'oggetto, per garantire al creditore una prestazione, che egli non ha cercato di rendere possibile. Per tali motivi il vincolo obbligatorio non ha più ragione di sussistere, a meno che non si voglia considerare l'obbligazione come un asservimento economico del debitore.

Concludendo, per Marcello il perimeto libera il debitore dal vincolo e l'eventuale azione del creditore può essere paralizzata da una *exceptio doli*.

(186) Il MOMMSEN, ad h. l. restituisce: *sine [dolo malo] sua culpa*.

(187) Il principio della liberazione dal rischio, dopo l'offerta rifiutata, si trova affermata, in via di paragone, anche nel § 2 del frammento 72.

Occorre rilevare, a questo punto, la contraddizione in cui cade il testo. Mentre, infatti, si dice che il debitore *doli mali exceptione potest se tueri*, successivamente si afferma che il debitore *ipso iure desinet teneri*.

Tale contrasto, assai netto, è dovuto senz'altro ai Compilatori. Marcello non poteva cadere in una così vistosa antinomia. L'alterazione giustinianea si spiega con la tendenza de Commissari a sostituire gli effetti *ope exceptionis* con effetti *ipso iure*.

Anche il passo: *quare pro soluto ... oportet esse* non può essere uscito dalla penna di Marcello. Il Guarneri Citati (188), sulla scia del Biondi (189), ne ha illustrato i motivi.

Le conclusioni sugli effetti (passaggio del rischio, liberazione dopo il perimeto fortuito), ricavate dal frammento 72, devono essere integrate dell'insegnamento del frammento 28, 1, D. 26, 7, che riguarda gli effetti della mora del creditore sulle usure. Dice il testo: *usuras non debet ex quo optulit pecuniam*, il che farebbe supporre che il corso delle usure cessi con la semplice offerta. Senonchè Ulpiano richiama nell'annotazione la necessità del deposito, quale strumento necessario per interrompere il corso delle usure (190).

(188) In *Annali Palermo*, XI, p. 180.

(189) In *Annali Palermo*, 7, p. 57.

(190) Sul problema del deposito, come requisito della cessazione degli interessi, si è molto discusso. Per la letteratura più antica vedi Scuro, *La mora del creditore*, cit., p. 142 ss.; il De Ruogiero, in *Studi Cagliari*, 1 (1909), ritiene sufficiente la sola offerta. Così CATALANO, in *Annali Catania* (1948-49), p. 512 ss.; contra, Bove, in *Labeo*, 1 (1955), p. 174 ss. Recentemente il NITSCHKE, *Die Hinterlegung*, cit., p. 136 ss. ha ritenuto nell'illustrare il frammento 28, 1, che al tempo di Marcello doveva essere sufficiente la semplice offerta da parte del debitore, per liberarlo dall'obbligo del pagamento degli interessi. Infatti, con la offerta infruttuosa, il creditore aveva dimostrato che *per eum non stetit, quominus conventus restitueret tutelam*.

E' chiaro che il testo ha subito delle trasformazioni. Tuttavia il contrasto fra Marcello ed Ulpiano, che annotò i *Digesta* marcelliani, doveva certamente concernere un diverso orientamento sul problema, non potendosi supporre che i Compilatori abbiano addirittura creato il tale contrasto giurisprudenziale. Ciò è sufficiente per rilevare la delicatezza della questione e l'obbligo del romanista odierno di cercare di dare una soluzione, che non sia la radicale soppressione del periodo.

E' da ritenere che il testo di Marcello documenti una tendenza verso la sufficienza dell'offerta per la interruzione del corso delle usure. L'annotazione ulpiana, certo, fu suggerita da un movimento giurisprudenziale forse risalente a Papiniano, la cui opinione decisamente prevalse.

Resta da vedere quale valore occorra dare a: *quin etiam... non compelli*, che costituisce una vera ripetizione dell'affermazione precedente, mentre il *quin* parrebbe introdurre una precisazione. Lo Scialoja, per superare l'ostacolo, propone, nella edizione italiana dei *Digesta*, la inserzione di *Ulpianus notat* dopo *pecuniam*; ma anche così modificato, il testo non suona chiaro. E' ben probabile che i Compilatori abbiano alterato, accorciandola, una ben più circostanziata motivazione, in cui Marcello doveva illustrare il suo pensiero sulla immediata cessazione del corso delle usure, dopo l'offerta (191).

Nel tempo di ULPIANO, invece, secondo il NITSCHKE, la semplice offerta non doveva essere certo sufficiente. Il danaro doveva essere depositato e sigillato. In base a queste considerazioni, l'autore trae la conseguenza che sul problema indicato, fra i giuristi classici, si dovevano trovare almeno (zumindest) due opinioni diverse, delle quali l'una era rappresentata da MARCELLO e l'altra da PAPINIANO e ULPIANO.

(191) Sul testo vedi anche DONATUTI, in *Annali Perugia*, vol. 33 (1921), p. 393; SIBER, *Röm. Privatrecht*. (Berlin, 1928), p. 260, n. 6; SOLAZZI, *La minore età in diritto romano* (Roma, 1912), p. 57 n. 3;

Concludendo, la dottrina marcelliana sulla mora del creditore può essere così sintetizzata:

1) — la *mora creditoris* sorge ogni qualvolta la regolare offerta della prestazione non possa essere eseguita dal debitore per una causa riguardante il creditore; nella fattispecie, rifiuto;

2) — la *mora creditoris* determina il passaggio del rischio dal debitore al creditore; la limitazione della responsabilità del debitore al dolo o colpa grave; la cessazione del corso delle usure;

3) — il debitore si libera con il perimento casuale dell'oggetto o con lo smarrimento incolposo, e può respingere l'eventuale azione del creditore con *l'exceptio doli mali*.

La dottrina di Marcello sulla mora del creditore dimostra, come la sua dottrina sulla purgabilità della mora, una decisa tendenza verso la protezione del debitore, in ossequio alla tradizione romana dell'*aequitas* e del *favor debitoris*.

Forse, così, si può chiarire come Marcello abbia richiesto per l'interruzione del corso delle usure la sola mora, derivante dall'offerta, anziché il deposito. Tuttavia la concezione di Papiniano, sopra rilevata, tutelando il debitore, indubbiamente tutela ad un tempo, anche gli interessi dell'altra parte. Nello spirito di questa evoluzione sta il grande significato del pensiero giuridico romano.

8. — FLORENTINO

Intorno al pensiero di Florentino (192) possediamo una

GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 217; KASER, *R. E.*, 16 (1931), p. 276; ZSS, 58 (1938), p. 99 nota 1.

(192) Sulla figura di FLORENTINO poco sappiamo; è incerto anche il tempo in cui visse, ma sembra probabile che le sue *Istitu-*

sola testimonianza, contenuta in un frammento delle sue *Institutiones*:

D. 19, 2, 36 (Florentinus 7 *inst.*): *Opus quod aversio ne locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nocitum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.*

Il frammento è particolarmente interessante, in quanto permette di individuare con precisione i rapporti esistenti fra il rischio (*periculum*) e la *mora creditoris*.

Il giurista si occupa del *periculum* nel contratto d'opera, che rientra nello schema della *locatio conductio*. In questo tipo di contratto, grava sul *conductor* il rischio, finché non siano avvenuti il collaudo dell'opera (*donec adprobetur*) o la misurazione (*quatenus admensum non sit*) da parte del *locator*. Il rischio, invece, passa dal *conductor* al *locator*, se questi è in mora nell'eseguire il collaudo o la misurazione (*si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur*).

Dalla fattispecie, così chiaramente formulata e svolta da Florentino (193), è possibile ricavare due osservazioni per quanto riguarda la *mora creditoris*: la prima concerne l'ambito concettuale, la seconda gli effetti.

zioni siano state scritte nell'età degli Antonini: cfr. KUNKEL, *Her kunft*, cit., p. 217; SCHULZ, *History*, cit., p. 158 ss.

(193) Sul testo cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 199.

Orbene, nel concetto di *mora creditoris* rientra ogni violazione dell'obbligo di cooperazione. Al creditore, infatti, incombe l'obbligo dell'*adprobatio* e dell'*admetiri*, obblighi che, solo se osservati, rendono possibile l'adempimento (194).

Effetti della *mora creditoris*, nella fattispecie particolare del ritardo nel collaudo e nella misurazione, è il passaggio del rischio dal *conductor* al *locator*.

9. — Q. CERVIDIO SCEVOLA

Dall'insieme dei frammenti di Scevola, qui utilizzati per il nostro tema, emergono alcuni elementi, che opportunamente coordinati permettono di delineare un profilo della dottrina della mora di questo giureconsulto (195).

Tre qualità caratterizzano il pensiero di Scevola: l'adesione alle nuove teorie e la correlativa critica di quelle ancorate ai principi del *ius civile* (cfr. D. 2, 14, 54); l'eccezionale capacità di soluzione dei diversi e nuovi casi pratici, sottoposti alla sua osservazione; la tendenza all'analisi degli elementi di ogni fenomeno giuridico, base principale per la costruzione di teorie e principi.

L'adesione alle nuove dottrine, maturate nel corso del secondo secolo, grazie all'affinamento del pensiero giuridico

(194) Scuto, *La mora del creditore*, cit., p. 132 n. 17.

(195) Sulla figura di Scevola, vedi KUNKEL, *Herkunft*, cit., p. 217; SCHULZ, *History*, cit., p. 174; 232 ss.; SCIASCIA, *Le annotazioni ai digesta responsa di Q. Cervidio Scevola*, in *Annali Camerino*, 16-18 (1945); WENGER, *Die Quellen des römn Rechts* (Wien, 1953), p. 511. Il RICOBONO, voce *Iurisprudentia*, cit., § 19, esprime su C. SCEVOLA il seguente giudizio: «Fu giureconsulto acuto, nei Responsi molto conciso, formulati con un arte meravigliosa nel riferire gli elementi essenziali del caso, in modo che la decisione ne discende in maniera naturale contenuta per lo più in una sola parola o frase».

e ad una maggiore sensibilità verso le esigenze del proprio tempo, è attestata chiaramente da tre frammenti. In uno di essi (D. 2, 14, 54), il giurista segue la teoria della *purgatio morae* di Marcello e rigetta la contraria teoria di Giuliano; negli altri due, invece, segue la teoria della mora del garante, formulata da pomponio (D. 38, 1, 44; D. 45, 1, 127).

La spiccatà capacità di Scevola nel trovare la soluzione idonea delle più disparate fattispecie affiora da un altro testo, molto interessante per capire l'indole scientifica del giureconsulto. Si tratta di D. 22, 1, 13, in cui Scevola espone un caso particolare mediante un esame di tutti gli aspetti della *quaestio* considerata:

D. 22, 1, 13 pr. (Scaevara i responsorum): *Qui semisses usuras promisit, per multos annos minores praestitit: heres creditoris semisses petit. Cum per debitorem non steterit, quo minus minores solvat, quaero an exceptio doli vel pacti obest. Respondi, si exsolvendis ex more usuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit, posse secundum ea, quae proponerentur obstat exceptionem.*

Un debitore, tenuto in base a una *stipulatio* al pagamento degli interessi, fissati al 5% (semisses), paga, senza opposizione del creditore e per un lungo periodo (*per multos annos*), interessi inferiori a quelli stabiliti. Morto il creditore, l'erede di questi reclama la parte degli interessi non pagata. Si chiede se l'azione dell'erede possa essere respinta con un *exceptio doli vel pacti*. Scevola, vagliato il caso, si dichiara favorevole all'opponibilità dell'*exceptio*. Questo il caso. Occorre individuare e giustificare la motivazione del risponso del giurista.

Un esame esteriore e sommario del caso indurrebbe a ritenere che la condotta del debitore, il quale ha pagato gli interessi trascorsi in misura inferiore al dovuto, abbia po-

tuto creare una responsabilità per inesatto adempimento. Scevola, però, non si ferma all'esame esteriore della fatti-specie: egli spinge l'analisi in profondità, in modi da cogliere l'individualità del caso. Orbene, due sono gli elementi che, secondo Scevola, devono essere considerati per giungere ad un'adeguata soluzione del quesito: la corresponsione *per multos annos* di interessi inferiori a quelli stabiliti, senza opposizione del creditore, e la mancanza di una *mora debendi* nel pagamento delle *minores usurae*.

Il primo dei suddetti elementi presuppone e rivela una rinuncia implicita da parte del creditore all'intero ammoniare degli interessi stipulati, con la conseguenza che gli interessi si debbano considerare ridotti per tacito consenso⁽¹⁹⁶⁾.

Il secondo elemento, consistente nella puntualità della prestazione modificata per tacito consenso, rivela per contro la regolarità del comportamento del debitore, che il giurista ritiene opportuno proteggere per mezzo della *exceptio*⁽¹⁹⁷⁾.

⁽¹⁹⁶⁾ Fra le forme di manifestazione del consenso i giureconsulti romani annoverano anche il *tacite consensu convenire*, che consiste in un comportamento dal quale si ricava univocamente una determinata volontà, incompatibile con una contraria volontà. Cfr. D. 2, 14, 2 (Paulus 3 ad ed.): *Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse; sed etiam tacite consensu convenire intellegitur.* Sull'interessante questione vedi BIONDI, *Contratto e stipulatio* (Milano, 1953), p. 178 ss. Connesso al problema del tacito consenso è il tema del silenzio: vedi DONATUTI, *Il silenzio come manifestazione di volontà*, in *Studi Bonfante*, 4, p. 461 ss. Questi rilievi inducono a ritenere che la *exceptio pacti*, che figura nel frammento è genuina. Per sospetti di interpolazioni vedi *Index Interpolationum*.

⁽¹⁹⁷⁾ Il principio della riduzione degli interessi per tacito consenso, formulato da SCEVOLA, nel responso sopra illustrato, si trova applicato in un rescritto del Codice giustinianeo: C. 4, 32, 5 (Impp. Severus et Antoninus A. A. Lucio): *Adversus creditorem usuras maiores ex stipulatu petentem, si probatur per certos annos minores postea consecutus, utilis est pacti exceptio.* Vedi pure C. 4, 32, 8.

La profonda analisi, che sta alla base del predetto responso, è lo strumento essenziale, attraverso il quale Scevola giunge ad isolare i caratteri fondamentali di uno dei presupposti della *mora debitoris*: l'esistenza di una obbligazione. Un gruppo di testi documenta, infatti, il pensiero di Scevola su questo importante punto, che era rimasto in ombra nella dottrina precedente. In verità, alcuni elementi del rapporto obbligatorio erano impliciti nel pensiero di altri giuristi, ma spetta a Scevola il merito di averne fatto oggetto di una teorica impostazione.

Prima di iniziare l'esame dei singoli testi, è utile qui aggiungere un rilievo di carattere terminologico: con Scevola l'espressione *moram facere*, già adoperata con frequenza da Africano, diviene quasi esclusiva rispetto all'altra: *per aliquem stare, quo minus*⁽¹⁹⁸⁾.

Disponiamo nell'ordine seguente i singoli passi: requisiuti della *mora debitoris* (D. 50, 17, 88: D. 45, 1, 127; D. 2, 14, 54; D. 22, 1, 47); effetti della *mora debitoris* (32, 35 pr.); *purgatio morae* (D. 45, 1, 135, 2; D. 2, 14, 54); mora del garante (D. 45, 1, 127; D. 38, 1, 44); requisiuti ed effetti della *mora creditoris* (D. 18, 3, 8; D. 45, 1, 122 pr.; D. 44, 4, 15; D. 45, 1, 135, 2).

⁽¹⁹⁸⁾ Nei frammenti qui utilizzati, il termine *mora*, usato sempre in relazione al ritardo del debitore, ricorre ben otto volte, mentre l'espressione *per aliquem stare quo minus* ricorre una sola volta. In un testo «*mora*» presenta il significato comune di decorso del tempo e non quello tecnico di ritardo imputabile: D. 15, 1, 51 (Scaevola 2 quaest.): *Quod debetur servo ab extraneis, agenti de peculio non omnimodo dominus ad quantitatem debiti condemnandus est, cum et sumptus in petendo et eventus executionis possit esse incertus et cogitanda sit mora temporis quod datur iudicatis, etc.* Cfr. KNIEP, *Die mora des Schuldners*, I, p. 6; MONTEL, *op. cit.*, p. 4. Sul testo vedi pure BESELER, *Beiträge*, II, p. 183-4; LEVY, *Konkurrenz*, I, p. 242; SCHULZ, in *ZSS*, 27 (1906), p. 130.

* * *

I frammenti, che documentano il pensiero di Scevola sui requisiti della *mora debitoris*, riguardano quasi esclusivamente il presupposto della esistenza dell'obbligazione. Tale presupposto, implicito nel pensiero di altri giuristi per l'evidente motivo che la *mora debendi* presuppone logicamente e necessariamente un vincolo obbligatorio, diviene per Scevola oggetto di particolare introspezione al fine coglierne le riposte condizioni essenziali. E' merito di questo giurista l'essere riuscito nell'opera sua a penetrare i valori sostanziali di quanto da lui esaminato, sì da fornire ai Compilatori materia per la formulazione di una *regula iuris*, che quest'ultimi inserirono in D. 50, 17, 88 e che trassero dal libro 5 delle *quaestiones* (D. 45, 1, 127).

Il presupposto dell'obbligazione era stato indicato finora con termini generici. Si ricordi, ad esempio, il «*quod te mihi dare oporteat*» (D. 12, 1, 5), con cui Pomponio esprime il requisito del vincolo obbligatorio. Scevola, invece, enuncia le condizioni fondamentali cui deve rispondere l'obbligazione per assurgere a requisito della mora.

La prima condizione è data dalla natura civile del vincolo obbligatorio. Non è infatti configurabile la mora rispetto alle obbligazioni naturali. Il principio si trova formulato in due frammenti escerpti entrambi del libro 5 *quaestionum* di Scevola:

D. 50, 17, 88, (Scaevola 5 *quaest*): *Nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.*

D. 45, 1, 127, (Scaevola 5 *quaest*): *Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat et fideiussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fi-*

deiussor erit propter pupilli moram obligatus: nulla enim intellegitur mora fieri, ubi nulla petitio est. Esse autem fideiussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur vel ex mora sua postea.

La derivazione del primo passo dal secondo è dimostrata dalla identità della *inscriptio* e della formulazione. I Compilatori staccarono il principio che Scevola enunciava nel libro 5 delle sue *quaestiones*, inserendolo nel titolo delle *regulae*. Il tenore del principio, elevato a *regula*, è il seguente: la mora presuppone l'azione (*petitio*) del creditore; ove l'azione difetti, come nel caso dell'obbligazione naturale, il ritardo non assume il valore di mora, non è cioè produttivo di conseguenze giuridiche (199).

Una seconda condizione dell'obbligazione, ricavabile da una nota di Scevola ai *digesta* di Giuliano, consiste nel fatto che l'azione, una volta esperita, non possa essere paralizzata da eventuale *exceptio*:

D. 2, 14, 54 (Scaevola *apud Iulianum libro vicensimo secundo digestorum nota*): *Si pactus sim, ne Stichum, qui mihi debebatur, petam: non intellegitur mora mihi fieri mortuoque Sticho puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat.*

L'opponibilità di una *exceptio* impedisce il sorgere della mora, in quanto non si può configurare un ritardo colpevole rispetto ad una obbligazione, il cui adempimento può essere differito definitivamente o temporaneamente per una circostanza riconosciuta valida dal magistrato. In altri termini,

(199) I giuristi medioevali interpretarono il termine *petitio* nel senso di richiesta di pagamento (*interpellatio*): cfr. MONTEL, *op. cit.*, p. 16.

la *mora debendi* presuppone, secondo Scevola, un'obbligazione rispetto alla quale sia esperibile efficacemente una azione.

L'esistenza di un'obbligazione, fornita di azione efficacemente esperibile, è solo uno dei requisiti della *mora debitoris*, ma non l'unico. Non possediamo, in particolare, dati testuali sull'elemento soggettivo. Tuttavia, da un noto frammento, è possibile desumere che il pensiero di Scevola doveva esser conforme alla dottrina precedente, rappresentata soprattutto da Giuliano e Pomponio:

D. 22, 1, 47 (Scaevola 22 dig.): *Respondit paratum iudicium accipere, si ab adversario cessatum est, moram facere non videri.*

Nel testo si afferma che il debitore-convenuto non incorre in mora, se il creditore-attore⁽²⁰⁰⁾ desiste dall'azione. Ciò implica che il debitore aveva assunto l'onere della difesa in giudizio, nell'onesto convincimento di potere respingere definitivamente o solo temporaneamente l'azione del creditore. E' invero possibile che il debitore fosse già in mora al momento dell'esercizio dell'azione, con la conseguenza, in questa ipotesi, che la desistenza successiva del creditore dovrebbe esser considerata come un fatto emendativo della mora.

* * *

Circa gli effetti della *mora debitoris*, viene in considerazione un testo interessante, nel quale Scevola si occupa

⁽²⁰⁰⁾ Forse in origine il passo si riferiva alla materia dotale e, quindi, al posto dell'attuale *adversario* si doveva leggere probabilmente *uxore*. Vedi sul punto MINTEL, *op. cit.*, p. 189.

del ritardo nell'adempimento di un fedecomesso, avente ad oggetto «*tribum emere*»:

D. 32, 35, pr. (Scaevola 17 dig.): *Patronus liberto statim tribum emi petierat: libertus diu moram ab herede patroni passus est et decedens heredem reliquit clarissimum virum: quaesitum est, an tribus aestimatio heredi eius debeatur. Respondit deberi. Idem quaesiit, an et commoda et principales liberalitates, quas libertus ex eadem tribu usque in diem mortis suae consecuturus fuisset, si ei ea tribus secundum voluntatem patroni sui tunc comparata esset, an vero usurae aestimationis heredi eius debeantur. Respondi, quidquid ipse consecuturus esset, id ad heredem suum transmittere.*

Il legato o fedicomesso di *tribus*⁽²⁰¹⁾, disposto a favore del liberto, ponendo a carico dell'erede l'obbligo di pagare l'iscrizione ad una tribù urbana, comportava delle prerogative a favore del liberto⁽²⁰²⁾. Ora, la mora dell'erede, nell'adempimento dell'obbligo di *emere tribum*, implica, secondo Scevola, la condanna dello stesso erede all'*aestimatio* della *tribus* e di tutti i suoi accessori. Ciò significa che il criterio della determinazione della condanna ha valore puramente obiettivo, in quanto non si attribuisce all'erede *l'id quod interest*, ma piuttosto l'*aestimatio* della *tribus* e di tutti quegli elementi, che sono ontologicamente legati all'oggetto della prestazione.

⁽²⁰¹⁾ Affine al legato di *tribus* era il legato di tessera frumentaria: quest'ultimo, come il primo, era diretto alla *res* o alla sua *aestimatio*. Cfr. Voci, *Diritto ereditario rom.*, cit., II, p. 337.

⁽²⁰²⁾ Cfr. MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht*, III (Leipzig, 1887), p. 477; KNIPE, *Die Mora des Schuldners*, cit., II, p. 397 ss.

* * *

Il pensiero di Scevola sulla *purgatio morae* è strettamente legato alla dottrina di Marcello. Per Scevola, come per Marcello, la mora si emenda per mezzo di un'offerta tardiva della prestazione o per mezzo di una convenzione tra le parti.

All'offerta tardiva si riferisce il seguente frammento:

D. 45, 1, 135, 2 (Scaevola 5 responsorum): *Seia cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in cum proprietatem hortorum translaturam: deinde in continentis inter utrumque convenit, ut intra kalendas Apriles primas universam summam mandator numeraret et hortos acciperet. Quaeritur, cum ante kalendas Apriles non omne pretium cum usuris a Lucio Titio Seiae solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum usuris Seiae Titius solvere paratus fuerit neque Seia accipere voluit et usque in hodiernum per Titum non stet, quo minus reliquum solveret, an nihilo minus Lucius Titius, si Seiae universam pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit. Respondit posse, si non multo post optulisset nec mulieris quicquam propter eam moram interesset: quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est.*

Il testo, come è stato più volte rilevato a cominciare dai giuristi medievali (203), non è immune da interpolazioni.

(203) Il GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 255 ss., ha fatto un esame dettagliato delle alterazioni giustinianee, rinvenibili nel frammento; vedi pure RICCOPONO, *Stipulatio ed instrumen-*

Tuttavia, tra le alterazioni giustinianee, è possibile cogliere le tracce del genuino pensiero di Scevola.

Nel quesito, rivolto al giurista, si chiede se colui che diede l'incarico di *hortos emere*, essendo pronto ad adempiere, possa agire in base alla stipulazione, con cui il mandatario promise di trasferirgli la proprietà degli orti, dietro pagamento del prezzo e delle usure, e non osti il fatto che, entro il termine fissato mediante apposito patto, non abbia pagato *omne pretium cum usuris*.

La soluzione del quesito, stando alla lezione del testo accolto nei *Digesta*, sarebbe la seguente: *respondit posse, si non multo post optulisset nec mulieris quicquam propter eam moram interesset: quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est.* La ratio decidendi, che sta alla base della predetta soluzione, non è classica per i seguenti motivi. Nella frase su riferita, la esperibilità dell'*actio ex stipulatu* è chiaramente subordinata all'esistenza di due circostanze, il cui accertamento viene devoluto al giudice: la modicità del ritardo e l'inesistenza del danno del creditore in conseguenza della mora. Segue da ciò che l'inosservanza del termine stabilito nel patto determinerebbe il sorgere della *mora debendi*, i cui effetti possono essere estinti solo se ricorrono i presupposti della *purgatio*. In altri termini, il patto intervenuto tra le parti produrrebbe effetti immediati, *ipso iure*, e non già *ope exceptionis*. Una tale soluzione del quesito non può certo essere conforme al genuino pensiero di Scevola. Infatti, nel diritto classico, il *patto*, fosse o meno considerato come *adiectum in continentis*, poteva avere efficacia solo *iure praetorio* (204); e di conseguenza, Scevola doveva dare una diversa e più dettagliata soluzione: dove-

tum, in *ZSS*, 43 (1922), p. 347; Id., *Stipulationes contractus pacta* (Milano, 1935), p. 395.

(204) Vedi GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 255 ss.

va cioè ritenere esperibile l'*actio ex stipulatu*, che non poteva esser preclusa *iure civili* dal *pactum*, ma doveva cor- relativamente e subordinatamente ritenere opponibile una *exceptio pacti conventi*, paralizzabile a sua volta — come ha notato il Guarneri Citati (205) — da una *replicatio doli* a favore del mandante, che offrisse *prelum cum usuris*. Scevola, insomma, doveva attribuire al *pactum* efficacia solo sul piano del diritto pretorio, grazie ai tradizionali rimedi processuali, dei quali si serviva il magistrato: *exceptio* e *replicatio*. Rimedi che, tramontato il dualismo *ius civile-ius honorarium* per il noto processo di fusione avvenuto in età postclassica, furono poi soppressi dai commissari di Giustiniiano. Ciò posto, il pensiero di Scevola può essere così ricostruito: il mandante, pronto ad adempiere, può sempre agire *ex stipulatu*; l'*actio ex stipulatu* può essere paralizzata dall'*exceptio pacti*; a quest'ultima può essere opposta una *replicatio doli*. E' evidente che l'efficacia della *replicatio* è subordinata alla esiguità del ritardo e alla mancanza di un danno del creditore, in conseguenza della mora.

Concludendo, Scevola attribuisce efficacia emendativa alla offerta della prestazione, quando essa sia regolare ed il creditore non abbia una *iusta causa* di respingere l'offerta. L'accertamento di queste circostanze, che nella enunciazione ripetono i motivi della dottrina marcelliana, è devoluto al giudice, il quale è chiamato a stabilire, in concreto, se l'offerta tardiva della prestazione possa avere l'effetto di estinguere la mora, anche contro la stessa volontà del creditore.

Scevola, seguendo la dottrina di Marcello, attribuisce efficacia emendativa non solo alla semplice offerta, ma anche ad ogni patto, in forza del quale possa desumersi la volontà delle parti, e segnatamente del creditore, di eliminare le conseguenze della mora. Così il *pactum de non petendo*,

(205) Vedi GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 257.

pur non incidendo sull'esistenza dell'obbligazione, che rimane in vita *iure civili*, è considerato da Scevola come un fatto emendativo o impeditivo della mora :

D. 2, 14, 54 (Scaevola apud Julianum 22 dig. notat):
Si pactus sim, ne Stichum, qui mihi debebatur, petam: non intellegitur mora mihi fieri mortuoque Sticho puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat.

Il frammento è stato già esaminato, ricostruendo la teoria della *purgatio morae* di Giuliano. Si notò allora come Scevola, nella nota al libro 22 dei *digesta* di Giuliano, applicando la teoria di Marcello al caso del *pactum de non petendo*, si opponesse ad una contraria opinione di Giuliano, il quale, tenendo conto soltanto del rigoroso meccanismo del negozio condizionale, negava che la novazione sottoposta a condizione potesse avere efficacia relativamente alla mora. Marcello, invece, come si è visto, vedeva nella stipulazione novatoria una convenzione estintiva della mora.

Scevola applica il principio, che sta a fondamento della concezione di Marcello e ne trae le conseguenze relativamente all'ipotesi del *pactum de non petendo*: questo, presupponendo la volontà del creditore di rinunciare definitivamente o temporaneamente al suo diritto di credito, estingue la mora sorta prima del patto ed impedisce che questa si verifichi successivamente (206).

In conclusione, il pensiero di Scevola sulla *purgatio morae*, che si è cercato di ricostruire attraverso i due testi

(206) Il BOHÁČEK, in *Annali Palermo*, XI, p. 360, ritiene che il periodo finale del frammento (*qui ante pactum moram non fecerat*) sia un'aggiunta dei Compilatori o di un glossatore, in quanto vi si enuncia, subito dopo la decisione, un « presupposto fondamentale della medesima, che doveva essere necessariamente collocato nella relazione del caso contemplato ».

sopra esaminati, costituisce una intelligente applicazione della teoria di Marcello, della quale mette in rilievo l'ampiezza della concezione, l'acutezza dell'impostazione, e soprattutto la possibilità di innumerevoli applicazioni.

* * *

Due interessanti frammenti, escerpiti rispettivamente dal libro 4 e 5 delle *quaestiones* di Scevola, ci danno la possibilità di intravedere il pensiero del nostro giurista sulla mora del garante:

D. 38, 1, 44 (Scaevola 4 *quaestionum*): *Si libertus moram in operis fecerit, fideiussor tenetur: mora fideiussoris nulla est. At in homine debito fideiussor etiam ex sua mora in obligatione retinetur.*

D. 45, 1, 127 (Scaevola 5 *quaestionum*): *Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat et fideiussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fideiussor erit propter pupilli moram obligatus: nulla enim intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. Esse autem fideiussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur vel ex mora sua postea.*

Entrambi i frammenti presentano segni di formale rielaborazione, ma la loro sostanza è sicuramente genuina. Il primo testo, alquanto contratto, è stato probabilmente ripulito di tutte le argomentazioni, discussioni e citazioni dottrinarie, con le quali il giurista, conformemente al metodo delle *quaestiones*, doveva svolgere il tema della mora del reo e del garante, in relazione ai diversi tipi di stipulazione. Nella versione del frammento, come ci è riferita nel Di gesto, non è rimasta che una stringata e categorica affer-

mazione di alcuni principi, che rappresentano solo le originarie *decisiones* dei diversi punti di vista, in base ai quali Scevola svolgeva la *quaestio* della mora e del garante. Ammesso però il rimaneggiamento del testo, non è necessario ritenere che esso sia dovuto all'opera dei Compilatori. Costoro ben potevano avere utilizzato una edizione scolastica delle *quaestiones* di Scevola (207).

Il frammento, a causa della sua stesura estremamente succinta, non è certo di facile intelligenza. Si coglie subito il contrasto fra la categorica affermazione contenuta nella frase: *mora fideiussoris nulla est* e l'affermazione che segue immediatamente all'avversativa « *at* »: *fideiussor etiam ex sua mora in obligatione retinetur.*

Il Flume (208) ha creduto di potere individuare la causa dell'antinomia nella sostituzione, da parte dei Compilatori, della parola *fideiussor* al posto dell'originario *sponsor*, che doveva figurare nel periodo finale. La sostituzione sarebbe stata imposta dal superamento, avvenuto in età postclassica, della diversità di struttura fra *sponsio* e *fideiussio*. In base all'esegesi del Flume, la frase: *mora fideiussoris nulla est*, dovrebbe quindi essere intesa nel senso che non è possibile configurare la mora del fideiussore, mentre è possibile configurare la mora dello *sponsor*. Siffatta spiegazione ha il torto di non considerare che il valore della frase è strettamente legato all'ipotesi considerata nel periodo precedente, e cioè all'ipotesi di una *stipulatio in faciendo*. Se si tiene conto di questa circostanza, è facile capire che la mora del

(207) L'idea che il testo rappresenti un sunto scolastico dello originale di SCEVOLA è stata avanzata dal DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I, cit., p. 168; e dal FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 87.

(208) *Studien zur Akzessorieläit der röm. Bürgschaftsstipulationen* (Weimar, 1932), p. 111 ss. L'opinione del FLUME è stata ripresa dal PUOLIESE, *Intorno alla impossibilità della prestazione*, cit., p. 594 ss.

fideiussor è nulla solo nel caso di stipulazione *in faciendo*, mentre è perfettamente configurabile nell'ipotesi di *stipulatio in dando* (209). In altri termini, il contrasto sopra rilevato, è dovuto alla diversa natura della *stipulatio in faciendo* rispetto a quella *in dando*, e non alla diversa natura della fideiussione rispetto a quella della *sponsio*.

L'attuale stesura del testo non permette di stabilire con precisione se Scevola trattasse solo del fideiussore od anche dello *sponsor*, dato che la *stipulatio in faciendo* poteva essere garantita tanto dal *fideiussor* quanto dallo *sponsor*. Forse Scevola si occupava di entrambi, illustrando così la *quaestio* della mora del garante da tutti i punti di vista.

Non sembra invece dubitabile il fatto che Scevola, sulle orme di Pomponio, ritenga responsabile il debitore moroso in base alla propria obbligazione e non in base ad una responsabilità extracontrattuale fondata sul dolo.

Anche nel secondo frammento, D. 45, 1, 127, si parla di responsabilità del garante quale conseguenza diretta della sua propria mora: *esse autem fideiussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur vel ex mora sua postea*. Il periodo, che si presenta come uno scarno e poco felice riasunto dell'originale, pone il principio secondo cui il fideiussore, che ha garantito una obbligazione altrui invalida, è responsabile in caso di sua mora. Neppure in questo secondo testo è possibile stabilire con sicurezza se Scevola trattasse del *fideiussor* o dello *sponsor*. Il Lenel (210) ritiene, in base a Gai III, 119a, che l'ipotesi originale fosse quella di uno *sponsor*. L'argomento, invero, non è decisivo, dato che da altri testi del Digesto è documentata la possibilità che

l'obbligazione, assunta dal pupillo *sine tutoris auctoritate*, fosse garantita tanto da uno *sponsor*, quanto da un *fideiussor* (211).

* * *

Il concetto di *mora creditoris* assume, nel pensiero di Scevola, come nella dottrina precedente, un ampio contenuto e comprende tutte le ipotesi in cui il ritardo è dovuto ad una circostanza attinente alla sfera del creditore, compresa l'assenza giustificata. Ciò è confermato dal seguente testo:

D. 18, 3, 8 (Scaevola 7 dig.): *Mulier fundos Gaio Seio vendidit et acceptis arrae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae: quibus si non paruisset emptor, pactus est, ut arram perderet et inemptae villae essent. Die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere (et saccum cum pecunia signatorum signis obsignavit), defuisse autem venditricem, posteriore autem die nomine fisci testato conventum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret. Quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditoris. Respondit secundum ea quae proponerentur non commisisse in legem venditionis emptorem.*

Nel frammento vengono in considerazione diversi problemi: il regime dell'*arra*; il regime della *lex commissoria*; l'*obsignatio pecuniae* (212).

(209) Così già DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I, cit., p. 168; FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 87.

(210) cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, cl. 275. Così pure PUGLIESE, *Intorno all'impossibilità della prestazione*, cit., p. 593.

(211) Sul punto vedi FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 44 ss.

(212) Sul testo vedi, per i diversi problemi, CORNIL, *Die Arrha im Justinianischen Recht*, in ZSS, 48 (1928), p. 68; PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, in ZSS, 50 (1930), p. 406.

Qui, per il nostro tema, interessa solamente la *ratio* su cui poggia il responso di Scevola. Il giurista nega che il compratore *commisisse in legem venditionis*, in quanto il mancato pagamento entro il termine stabilito è stato determinato dall'assenza del venditore e non da un fatto del compratore.

I requisiti della *mora creditoris*, secondo Scevola, variano a seconda delle diverse ipotesi. Nell'ipotesi di assenza, sopra ricordata, il requisito è rappresentato dalla prontezza del debitore ad adempire la prestazione. Tale prontezza può essere evidentemente manifestata in più modi, a seconda delle modalità contrattuali. Nell'ipotesi di rifiuto della prestazione i requisiti sono costituiti dall'offerta regolare della prestazione e dal rifiuto ingiustificato del creditore.

Non si verifica la mora del creditore se la prestazione offerta non corrisponde esattamente alla prestazione dovuta o se il creditore rifiuta per un motivo giustificato.

Questi principi, che richiamano la dottrina di Marcello, affiorano dai seguenti due frammenti:

D. 45, 1, 122 pr. (Scaevola 28 dig.): *Qui Romae mutuam pecuniam acceperat solvendam in longinqua provincia per menses tres eamque ibi dari stipulanti spondisset, post paucos dies Romae testato creditoris dixit paratum se esse Romae eam numerare detracta ea summa, quam creditoris suo usurarum nomine dederat. Quaesitum est, cum in integrum summam, qua stipulatione obligatus est, optulerit, an eo loco, in quo solvenda promissa est, sua die integra peti posset. Respondit posse stipulatorem sua die ibi, ubi solvendam stipulatus est, petere.*

D. 44, 4, 15 (Scaevola 5 responsorum): *Fideiussor evictionis nomine condemnatus id praedium, quod evictum est, et omnia praestare paratus est, quae iure empti continentur: quaero, an agentem emptorem exceptione ex causa iudicati doli mali summovere potest. Respondit exceptionem quidem*

opponi posse, iudicem autem aestimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat.

Nel primo testo l'offerta non è regolare, sia perchè viene fatta in un luogo diverso da quello stabilito, sia perchè il debitore non paga ciò che deve al creditore *usurarum nomine*: il creditore, quindi, non incorre in *mora accipiendi*.

Più delicata è la fattispecie del secondo testo. Nel quesito rivolto a Scevola si chiede se, verificatasi l'evizione, possa il garante dell'*auctor* respingere l'azione del compratore con una *exceptio doli*, nel caso che lo stesso garante sia pronto a prestare *praedium, quod evictum est et omnia, quae iure empti continentur*. La soluzione del quesito sarebbe stata formulata in questi termini: *exceptionem quidem opponi posse, iudicem autem aestimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat*. Tale soluzione, che non è certo un modello di precisione classica, ha suscitato riserve nella letteratura romistica (213). In questa sede non è necessario un esame particolare del responso, ma è sufficiente stabilire quando, verificatasi l'evizione, l'offerta possa considerarsi regolare per costituire in mora il compratore. Ora, in base al diritto classico, l'obbligo del venditore, dopo l'evizione, non consiste nella restituzione della *res* (*praedium*, nel caso contemplato da Scevola), ma piuttosto nella prestazione del *quod emptoris interest* (214). Di conseguenza l'offerta può considerarsi regolare solo nel caso in cui il venditore presti il *quod emptoris interest*. Nell'ipotesi considerata da Scevola vengono offerti *praedium et omnia, quae iure empti continentur*. E' regolare una tale offerta? Il Guarneri Citati ri-

(213) Cfr. RICCOPONO, in *Annali Palermo*, 3-5 (1917), p. 597 n. 1; BIONDI, in *Annali Palermo*, 7 (1918), p. 21; GUARNERI CITATI, in *Annali Palermo*, XI, p. 185 ss.

(214) Cfr. D. 21, 2, 67 (Pap. 10 resp.).

tiene che anche con l'aggiunta: *omnia, quae iure empti continentur*, «la prestazione offerta restava sempre fondamentalmente diversa da quella a cui il compratore aveva diritto» (215). L'aggiunta, secondo il Guarneri Citati, sarebbe stata fatta dai Compilatori, i quali avrebbero così giustificato l'opponibilità dell'*exceptio*. In effetti la formulazione della frase è alquanto vaga e non esprime compiutamente il contenuto dell'obbligo del venditore dopo l'evizione. L'idea dell'alterazione giustinianea si presenta, quindi, necessaria. Comunque, nonostante l'imprecisione della frase e le mende del testo, da esso si ricava un dato sicuro: l'offerta è valida solo quando è regolare, cioè quando è conforme alla prestazione cui ha diritto il creditore.

Quanto agli effetti della *mora creditoris*, si può ricavare un argomento indiretto da un frammento già utilizzato per la ricostruzione del pensiero di Cervidio Scevola sulla *purgatio morae*. Si tratta di D. 45, 1, 135, 2, in cui si pone il quesito: *an nihil minus* (nonostante, cioè, la violazione del patto) *Lucius Titius, si Seiae universam pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit*.

Nel ricostruire la soluzione del giurista, fu già posto in rilievo come l'offerta della prestazione, puntuale rispetto alla *stipulatio*, potesse essere considerata invece tardiva rispetto al patto.

Ne deriva che, qualora la prestazione offerta sia perfettamente regolare e conforme all'obbligazione assunta mediante *stipulatio*, allora il creditore, che rifiuti senza giustificato motivo di accettare l'offerta, cade in mora. In tal caso sorge, correlativamente, il diritto del debitore alla controprestazione.

(215) In *Annali Palermo*, XI, p. 189. L'Autore adduce motivi di ordine formale contro la genuinità della predetta frase: *omnia*, espressione troppo vaga; *contineri iure*, espressione usata solo due volte presso i giuristi; *iure*, seguito dal genitivo *empti*.

10 — CONTRIBUTI DELLA GIURISPRUDENZA ROMANA DEL SECONDO SECOLO D. C. ALLA DOTTRINA DELLA MORA.

L'analisi esegetica, fin qui svolta, ha permesso di individuare i contributi specifici di ciascun giureconsulto alla dottrina della mora.

Dalla massa dei frammenti, assunti come dati della elaborazione concettuale della giurisprudenza romana, sono emerse nitidamente le singole personalità di giuristi: innovatori, come Celso, Giuliano, Pomponio, Marcello, i quali impressero alla dottrina della mora significativi impulsi verso l'ulteriore progresso tecnico e scientifico; conservatori, come Venulio e Gaio; analitici, come Africano, Marcello, Scevola; sistematici, come Pomponio.

Sono emersi, ancora, contrasti di opinioni, dibattiti di idee, pluralità di correnti, che nel loro insieme offrono un quadro sufficientemente chiaro della dottrina della mora nel secondo secolo d. C.

A complemento dell'indagine è ora opportuno raffrontare i risultati della elaborazione concettuale dei giureconsulti del secondo secolo con i risultati conseguiti dalla giurisprudenza del primo secolo, in modo da isolare il preciso contributo fornito alla dottrina della mora dal pensiero giuridico romano durante il secolo della maturità dell'Impero e della scienza giuridica.

Un primo sommario raffronto porta a rilevare un decisivo ed imponente progresso, che non è certo sovvertimento del patrimonio scientifico del passato.

Lo sviluppo della dottrina della mora si realizza e viene portato quasi a compimento con osservazioni ed analisi finissime, mediante un'evoluzione organica, senza sconvolgimenti. Attraverso questo processo si compie la revisione ed insieme la correzione di responsi dei precedenti giuristi, di regole di diritto, di clausole e di interpretazioni ritenute prima indistruttibili. Nel ricostruire il pensiero dei singoli

giuristi abbiamo potuto rilevare tutta una serie di esempi, che stanno a dimostrare il processo di trasformazione, di rinnovamento e di arricchimento della dottrina della mora. Basti pensare alla teoria della *purgatio morae* di Celso e Marcello e alla teoria della mora del garante di Pomponio.

Abbiamo potuto inoltre rilevare come rimaneggiamenti postclassici e rielaborazioni giustinianee, non abbiano, in linea di massima, modificato sostanzialmente il pensiero dei vari giuristi. La loro opera ha resistito fondamentalmente alle esigenze della prassi giudiziaria e dell'unità legislativa. La critica di frasi e di singoli testi non può distruggere una tradizione scientifica, disseminata nei diversi frammenti del Digesto. Per questo non è solo prudente, ma anche necessario rimanere fedeli allo spirito dell'opera compiuta dai giuristi, i quali hanno creato la scienza del diritto con tutti i mezzi, che traggono la loro forza non da pura speculazione, ma dalla vita stessa.

Il progresso ed il perfezionamento interessano quasi tutti i settori delle dottrina della mora: sia della *mora debitoris*, sia della *mora creditoris*.

1. *Mora debitoris* - Neppure alla fine del secondo secolo la giurisprudenza romana perviene ad una definizione della *mora debitoris*. L'idea del ritardo imputabile continua ad essere espressa mediante la circonlocuzione *per aliquem stare, quo minus* o per mezzo del termine *mora*, usato con sempre maggiore frequenza, fino a divenire quasi esclusivo con Cervidio Scevola. Alla mancanza di una definizione fa riscontro una maggiore precisione ed omogeneità nell'ambito concettuale. Il riferimento della parola *mora* e dell'espressione *per aliquem stare, quo minus* al sostantivo *debitor* è un evidente indice del processo di astrattizzazione dell'idea del ritardo. L'indugio è ormai colto in relazione ad uno schema sempre più ampio del rapporto debitorio.

L'approfondimento dell'idea della mora è rilevabile soprattutto attraverso l'analisi minuta dei suoi requisiti oggettivi e soggettivi. In questo settore la giurisprudenza del secondo secolo perviene a risultati notevoli. Il requisito oggettivo, costituito da un vincolo obbligatorio, era stato prima indicato con espressioni generiche e considerato quasi implicito. Ora, specie con Cervidio Scevola, si precisano le condizioni essenziali, cui esso deve rispondere per assurgere a requisito della mora. Soltanto una obbligazione fornita di azione, efficacemente ed immediatamente esperibile, può costituire il presupposto oggettivo del ritardo imputabile. Non si può, quindi, incorrere in mora per una obbligazione naturale.

Anche il requisito soggettivo appare ormai delineato in tutti i suoi aspetti. La giurisprudenza del secondo secolo, sulle orme di quella del primo, fornisce i criteri fondamentali per stabilire, caso per caso, la sussistenza di tale requisito: la possibilità oggettiva di adempiere (cui va equiparata la impossibilità causata dal creditore) e l'esistenza di una *iusta causa*, per la quale il debitore debba conoscere che è giunto il momento di adempiere. L'*interpellatio* rappresenta solo una delle cause, cioè una delle fonti della conoscenza, ma non è mai considerata come requisito generale della mora. Spetta al giudice stabilire, nella fattispecie concreta, se ricorrono tutti i requisiti costitutivi della *mora debitoris*. La giurisprudenza può infatti risolvere solo questioni di diritto, ma non anche questioni di fatto.

Contributi non meno significativi si hanno nel campo degli effetti della mora. Il principio della *perpetuatio*, formulato per fondare la responsabilità del debitore nel caso di perimento dell'oggetto, viene ora applicato anche all'ipotesi di deterioramento della cosa (D. 30, 108, 11; D. 13, 3, 3). Cogliendo l'essenza specifica della *perpetuatio*, che consiste nella finzione dell'esistenza della *res*, si ammette, nonostante il perimento, la possibilità di garantire un'obbliga-

gazione perpetuata dalla mora, nonchè la possibilità di novare l'obbligazione stessa. Inoltre, per effetto della perpetuazione, il debitore è tenuto nei confronti degli eredi del creditore. Va pure ricordato che si attenuano le differenze fra *iudicia bonaे fidei* e *iudicia stricta*. In tal senso un decisivo passo avanti viene compiuto con la parificazione del regime del legato *sinendi modo* al regime dei fedecommissi.

I contributi più importanti della giurisprudenza del secondo secolo riguardano indubbiamente la teoria della *purgatio morae* e la teoria della mora del garante. La giurisprudenza del primo secolo aveva posto i rispettivi problemi, senza però giungere a delle soluzioni scientifiche. Con Celso e Marcello il problema, ereditato dall'età precedente, si risolve in una sistemazione teorica.

All'inizio del secondo secolo, Celso risolve criticamente il problema della emendazione della mora per mezzo dell'offerta tardiva, individuandone la natura specifica (*quaestio de bono et aequo*) e ponendo il principio, secondo cui l'ammisibilità della *purgatio* dipende dalle circostanze particolari (oggettive e soggettive) del rapporto giuridico. Non è, infatti, possibile stabilire *a priori* se una data offerta sia idonea, e quindi valida, a liberare il debitore. Celso, però, non ammette possibilità di emendazione al di fuori dell'offerta. Qualunque patto successivo alla mora non può eliminarne gli effetti. Ma già nel corso del secolo, un movimento dottrinario, di cui si fa interprete Gaio, individua nella stipulazione novatoria, successiva alla mora, un patto implicito diretto a paralizzare l'azione, scaturente dalla prima obbligazione.

Tutto questo movimento di pensiero confluiscce nella grande costruzione di Marcello, secondo il quale la mora può essere emendata mediante offerta successiva o patto, idoneo a dimostrare la volontà delle parti, in ispecie del creditore, di eliminare gli effetti della mora. Per Marcello, a differenza di Giuliano e Venuleio, la stipulazione novatoria, anche se nulla o inefficace, vale a purgare la mora.

Quanto alla teoria della mora del garante, si può affermare che essa è già compiuta col giurista Pomponio, il quale considera il fideiussore responsabile, in base alla propria obbligazione, alla stessa stregua dello *sponsor*.

2. *Mora creditoris* - La giurisprudenza del secondo secolo assume il concetto di *mora creditoris* nell'ampio significato delineato dalla precedente tradizione scientifica. Ma essa apporta rilevanti contributi alla precisazione dei requisiti e degli effetti.

Quanto ai requisiti, viene approfondita soprattutto l'ipotesi più frequente, rappresentata dal rifiuto della prestazione. Requisiti della *mora accipiendi* sono l'offerta regolare della prestazione ed il rifiuto ingiustificato del creditore. Nelle altre ipotesi è sufficiente la prontezza del debitore per costituire in mora il creditore.

Circa gli effetti, superato ormai il principio dell'abbandono dell'oggetto dovuto, la giurisprudenza perviene ai seguenti risultati. La mora del creditore determina: la limitazione della responsabilità del debitore al dolo o colpa grave; il passaggio del rischio dal debitore al creditore; la cessazione del corso delle usure; il diritto del debitore alla rifusione delle spese sostenute ed al risarcimento del danno; il diritto del debitore alla controprestazione; l'impossibilità da parte del creditore di potere esperire le azioni a tutela del suo diritto di credito (es. azione ipotecaria).

Sul problema del deposito, quale mezzo di liberazione dall'obbligazione, si può constatare che esso non è divenuto ancora, nel corso del secondo secolo, un mezzo generale di liberazione. Il deposito della cosa dovuta non si distingue da quello comune e non è richiesto neppure per interrompere il corso delle usure. Solamente nelle ipotesi di manomissioni testamentarie, sottoposte alla condizione di dare o fare, il deposito assume il valore di mezzo di liberazione dall'obbligo della prestazione, imposta dal testatore. Ma si tratta di

un caso particolare, in cui opera più il *favor debitoris* che il principio della efficacia liberatoria del deposito pubblico o giudiziale.

Rivive, infine, negli scritti della giurisprudenza del secondo secolo, la problematica intorno alla simultaneità o alla successione nel tempo della *mora debitoris* e della *mora creditoris*. In questo campo, però, la dottrina precedente non viene superata, ma influenza direttamente il pensiero dei giuristi di questo periodo.

In conclusione, il secondo secolo dell'era volgare si chiude con la piena maturità raggiunta dalla dottrina della mora. Questa rappresenta una delle più poderose costruzioni del pensiero romano, cui i giuristi pervennero attraverso il quotidiano lavoro di analisi dei fatti umani, l'adeguazione dei vecchi principi della tradizione ai nuovi bisogni pratici, la chiarificazione dei concetti, la critica e l'affinamento delle precedenti elaborazioni concettuali. La dottrina della mora giustifica pienamente il giudizio autorevole dato dal Mitteis all'opera creatrice della giurisprudenza: « Nella evoluzione dei primi due secoli dell'Impero si ha un progresso che nella storia dell'umanità, nel campo dello spirito, solo in tutto un millennio si riscontra uno o due volte » (216).

(216) L. MITTEIS, *Storia del diritto antico e studio del diritto romano*, in *Annali Palermo*, 12 (1929), p. 492. .

INDICE DELLE FONTI CITATE

A) FONTI LETTERARIE

AUCTOR AD HERENNIVM

II, 13, 20: p. 297 n. 4.

BOETIUS

ad Cic. top., 17, 63: p. 151 n. 29.

CATO

de agr. 1 ss.: p. 128 n. 15.

147: p. 136 ss.

148: p. 139 ss; 167; 219 n. 52.

CICERO

de offic. I, 7: p. 297 n. 4.

de orat. I, 37, 171: p. 135 n. 5.

II, 33, 142: p. 134 n. 1.

III, 33, 135: p. 134 n. 1.

Philip., 11, 10: p. 158 n. 40.

topica, 36: p. 179 n. 7.

CORN. NEPOS

Cato, 3: p. 134 n. 1.

FESTUS

144, 18: p. 135 n. 7.

314: p. 171.

GELLIUS

N. A., 3, 51: p. 163 n. 48.

4, 3, 2: p. 150 n. 27.

13, 20, 9: p. 135 n. 6.

LIVIUS

ab U. C., 8, 28: p. 110 n. 5.
39, 40, 4: p. 134 n. 1.

PLINIUS SECUNDUS

cp. 7, 24, 8: p. 256 n. 111.

PLUTARCHUS

Cato, 5; p. 138 n. 12.
C. Gracchus 17, 5: p. 147.

QUINTILIANUS

Inst. orat. 12, 11, 23: p. 134 n. 1.

TACITUS

Ann. 12, 12: p. 256 n. 111.
14, 3: p. 294 n. 155.

VARRO

de l. l., 7, 105: p. 110 n. 5.

B) FONTI GIURIDICHE:

Gai instit., II, 280: p. 312, 321,
397, 398, 400 ss.
III, 78: p. 110 n. 6.
III, 119: p. 448.
III, 146: p. 218 n. 51.
III, 168: p. 328.

- III, 176: p. 424.
 III, 179: p. 154, 398, 404, 414.
Coll., X, 22: p. 147 n. 24.
Ulp. reg., 2, 4: p. 170.
 6, 7: p. 377 n. 110.
Vat. Frag., 60: p. 233.
 94: p. 147 n. 24.
Codex Theodosianus:
 I, 2, 8: p. VIII (Introd.).
Institutiones Iustiniani:
 III, 13 pr.: p. 106 n. 2.
 III, 23, 3: p. 164 n. 51.
 III, 25, 5: p. 211 n. 39.
Codex Iustinianus rep. prael.:
 I, 19, 4: p. VIII (Introd.).
 4, 32, 5: p. 436 n. 197.
 4, 32, 8: p. 436 n. 197.
 6, 47, 3: p. 166 n. 53.
Digesta:
 I, 2, 2, 47: p. 193.
 2, 10, 1, 3: p. 384.
 2, 11, 8: p. 398, 402 ss.
 2, 11, 10, 1: p. 267, 274.
 2, 14, 1: p. 404 n. 143.
 2, 14, 4: p. 437 n. 196.
 2, 14, 30, 2: p. 368, 405.
 2, 14, 54: p. 311, 312, 322, 325,
 435, 437, 439 ss., 445.
 4, 3, 19: p. 279 ss.
 4, 8, 19, 2: p. 256 n. 111.
 4, 8, 21, 9: p. 246, 250 ss., 259,
 332, 6.
 4, 8, 21, 12: p. 198 n. 19, 298,
 303.
 4, 8, 22: p. 304.
- 4, 8, 23 pr.: p. 298, 302, 304 ss.
 4, 8, 23, 1: p. 246, 253 ss., 298,
 306, 307.
 4, 8, 23, 3: p. 224 n. 60, 298,
 306, 307 ss.
 4, 8, 27, 1: p. 194, 197.
 4, 8, 40: p. 157, 257, 258 ss.,
 344, 362, 384.
 5, 3, 40 pr.: p. 246 n. 94.
 6, 1, 17, 1: p. 309 n. 19.
 6, 1, 33: p. 175.
 7, 1, 35 pr.: p. 227, 232.
 7, 1, 36, 2: p. 233 n. 76, 322,
 375, 378.
 7, 1, 37: p. 233 n. 76.
 9, 2, 22: p. 384.
 9, 2, 52, 2: p. 163 n. 48.
 10, 2, 5: p. 398, 407 ss.
 12, 1, 2, 1: p. 115 n. 13.
 12, 1, 5: p. 195 n. 7, 201 n. 21;
 227, 228 ss., 230, 290, 343,
 344, 345 ss., 357, 358, 392,
 438.
 12, 1, 22: p. 227, 228 ss., 257
 n. 112, 260, 312, 316.
 12, 1, 36: p. 155.
 12, 3, 3: p. 213 n. 41.
 12, 6, 65, 8: p. 270.
 13, 1, 8, 1: p. 421.
 13, 1, 20: p. 119, 129 ss.
 13, 3, 3: p. 261 n. 120, 409,
 412, 455.
 13, 3, 4: p. 257, 259, 260 ss.,
 398, 399 ss.
 13, 4, 2, 7: p. 215 n. 45.
 13, 4, 2, 8: p. 194, 208, 211 ss.,
 215 n. 44 e 45, 290, 312,
 321.
 13, 4, 3: p. 215 n. 45.
 13, 4, 8: p. 215 n. 45, 375, 378,
 379 ss.
 13, 4, 10: p. 215 n. 45.

- 13, 5, 23: p. 312, 317 ss.
 14, 2, 10, 1: p. 202 n. 23.
 15, 1, 5: p. 437 n. 198.
 16, 1, 37: p. 312, 334 ss., 341.
 16, 2, 10 pr.: p. 221.
 16, 3, 12, 3: p. 227, 236 ss.,
 290, 344, 358.
 16, 3, 14, 1: p. 227, 235 ss.,
 257, 398, 400 n. 137.
 16, 3, 34: p. 209 n. 37.
 17, 1, 10, 4: p. 217 n. 49.
 17, 1, 37: p. 375 n. 108, 376
 n. 109, 387 n. 121.
 17, 2, 4, 1: p. 211 n. 39.
 17, 2, 60 pr.: p. 194, 208 ss.,
 344, 372 n. 103.
 18, 1, 50: p. 194, 218 ss.
 18, 3, 4, 4: p. 409, 410 ss.
 18, 3, 8: p. 437, 449 ss.
 18, 6, 1, 2: p. 173, 192 n. 4.
 18, 6, 1, 3: p. 138, 167.
 18, 6, 1, 4: p. 119, 126 ss., 136,
 174, 227, 235.
 18, 6, 8 pr.: p. 386.
 18, 6, 13 (12): p. 163, 168.
 18, 6, 15 (14): p. 163, 168.
 18, 6, 18 (17): p. 194, 209 n. 37;
 222, 224, 335, 344, 366 ss.,
 371, 372.
 19, 1, 3, 3: p. 344, 359.
 19, 1, 3, 4: p. 344, 370.
 19, 1, 11, 9: p. 279, 286.
 19, 1, 31, 1: p. 279, 285 ss.
 19, 1, 38, 1: p. 142 ss., 298, 306.
 19, 1, 51 pr.: p. 194, 220 ss., 367.
 19, 1, 51, 1: p. 194, 223 ss., 372,
 373.
 19, 2, 36: p. 433 ss.
 19, 5, 24: p. 378.
 19, 5, 34: p. 217 n. 49.
 20, 4, 11, 4: p. 398, 405 ss.
 21, 1, 67: p. 451 n. 214.
 21, 1, 1, 1: p. 210 n. 37.
 22, 1, 3: p. 401.
 22, 1, 8: p. 285 n. 145.
 22, 1, 13 pr.: p. 435 ss.
 22, 1, 14, 1: p. 279, 283 ss.
 22, 1, 17, 3: p. 398 ss., 399
 n. 136, 401.
 22, 1, 27: p. 375, 376.
 22, 1, 32: p. 195 n. 7.
 22, 1, 32 pr.: p. 344, 349 ss.,
 392.
 22, 1, 38, 7: p. 217 n. 49, 227,
 231 ss., 257, 261, 267, 271.
 22, 1, 39: p. 285 n. 146.
 22, 1, 41, 2: p. 217 n. 49.
 22, 1, 47: p. 437, 440.
 22, 2, 2: p. 194 ss., 196 n. 13,
 344, 349.
 22, 2, 8: p. 157, 384.
 22, 2, 9: p. 194, 196, 384.
 23, 3, 2: p. 149 n. 26.
 23, 3, 14: p. 344, 360 ss.
 23, 3, 15: p. 344, 348, 360 ss.
 23, 3, 17 pr.: p. 150 n. 28.
 23, 3, 72, 1: p. 147 n. 24.
 23, 3, 80: p. 155.
 23, 4, 12, 4: p. 147 n. 24.
 24, 3, 1: p. 150 n. 26.
 24, 3, 9: p. 344, 367 ss.
 24, 3, 25, 1: p. 147 n. 24.
 24, 3, 25, 2: p. 201 n. 21, 206
 n. 23.
 24, 3, 66 pr.: p. 147 ss., 151, 157
 n. 38, 276.
 24, 3, 67: p. 147 n. 24.
 26, 7, 28, 1: p. 409, 427 ss.
 30, 26, 1: p. 344, 348, 357.
 30, 36, 3: p. 344, 354 ss., 357.
 30, 47: p. 192, 207.
 30, 47, 6: p. 194, 200 ss., 202
 n. 23, 205, 208, 227.
 30, 84, 3: p. 312, 333 ss.

- 30, 108, 11: p. 201 n. 21, 206
n. 23, 374, 375, 376, 455.
32, 26: p. 279, 282 ss.
32, 35 pr.: p. 437, 441.
33, 2, 6: p. 344, 348, 357.
33, 6, 8: p. 344, 369.
33, 9, 1: p. 312, 327 ss.
35, 1, 24: p. 218 n. 51, 312,
330 ss.
36, 1, 26, 2: p. 312, 315 ss.
36, 1, 64: p. 284 n. 144.
36, 2, 19 pr.: p. 198 n. 19, 312,
327 ss.
38, 1, 44: p. 435, 437, 446 ss.
40, 4, 22; p. 337.
40, 5, 19 pr.: p. 338 n. 57.
40, 5, 22, 1-2: p. 338 n. 57.
40, 5, 26, 7: p. 338 n. 56.
40, 5, 28 pr.: p. 338 n. 56.
40, 5, 28, 3-5: p. 338 n. 57.
40, 5, 30, 16: p. 171 n. 58.
40, 5, 33, 1: p. 338 n. 56.
40, 5, 36 pr.: p. 338 n. 56 e 57.
40, 5, 47, 2: p. 312, 333 ss.,
338 n. 57.
40, 5, 51, 4: p. 338 n. 57.
40, 7, 3, 2: p. 160 ss., 193 n. 4,
257, 261, 263.
40, 7, 3, 10: p. 170, 227.
40, 7, 3, 11: p. 169 n. 55, 234,
243.
40, 7, 3, 12: p. 172.
40, 7, 4 pr.; p. 227, 242, 340.
40, 7, 20, 3: p. 242, 340 n. 61.
40, 7, 23: p. 227, 330, 382 ss.
40, 7, 28 pr.: p. 234, 257, 262 ss.,
276, 277.
40, 7, 39, 4: p. 169, 172, 193, 276,
278.
42, 2, 11: p. 298 ss.
43, 4, 2, 7: p. 216 n. 46.
- 43, 24, 7, 4: p. 118 n. 17.
44, 4, 6: p. 398, 405.
44, 4, 15: p. 437, 450 ss.
44, 7, 23: p. 157, 158, 375, 376.
45, 1, 4, 1: p. 135 n. 8.
45, 1, 8: p. 227, 239 ss., 246,
247, 249, 256, 384.
45, 1, 14: p. 298, 355.
45, 1, 23: p. 195 n. 7, 201 n. 21,
344, 351 ss., 356.
45, 1, 24: p. 195 n. 7.
45, 1, 29, 1: p. 409, 415, 422
ss., 425.
45, 1, 33: p. 344, 347 ss.
45, 1, 41 pr.: p. 227, 230 ss.
45, 1, 49, 3: p. 195 n. 7.
45, 1, 56, 8: p. 311, 312, 322,
324, 396.
45, 1, 82, 1: p. 20 n. 21, 206
n. 23.
45, 1, 84: p. 248 n. 101.
45, 1, 91: p. 192, 266, 267.
45, 1, 91 pr.: p. 323.
45, 1, 91, 2: p. 269, 290, 312,
315 ss.
45, 1, 91, 3: p. 113, 116, 118 n. 17,
119, 120 ss., 124, 131 n. 23,
168, 183, 190 n. 2, 195, 268
ss., 273, 292, 297, 298, 300
ss., 312, 323, 371.
45, 1, 91, 4: p. 271, 281, 344,
363 ss.
45, 1, 91, 5: p. 344, 364 ss.
45, 1, 91, 6: p. 270, 312, 318,
319 ss., 396.
45, 1, 105: p. 227, 241 ss., 291.
45, 1, 113 pr.: 246, 247 ss.,
252, 292.
45, 1, 113, 1: p. 246, 255 ss., 290.
45, 1, 115, 2: p. 152 ss., 198 n.
19, 227, 239, 263, 276, 277,
288, 384.

- 45, 1, 122 pr.: p. 437, 450 ss.
45, 1, 123: p. 248 n. 101.
45, 1, 124: p. 275 n. 136.
45, 1, 127: p. 435, 437, 438,
446 ss.
45, 1, 135, 2: p. 437, 442 ss.,
452.
46, 1, 16, 1: p. 216 n. 46.
46, 2, 8 pr.: p. 409, 425 ss.
46, 2, 14: p. 155, 409, 415, 419.
46, 2, 31 pr.: p. 155, 389, 394
ss., 416.
46, 3, 33, 1: p. 336 n. 54.
46, 3, 39: p. 374, 375, 385 ss.
46, 3, 72 pr. - 3: p. 155, 323,
409, 415, 417 ss.
- Basilici:*
- 13, 2, 37: p. 341 n. 63.

INDICE-SOMMARIO

INTRODUZIONE

1. Lo studio del Niedermeyer sulla mora: valore e limiti della trattazione	Pag. I
2. Rassegna della letteratura romanistica antecedente e sussegente allo studio del Niedermeyer	» IV
3. Scopo e ragioni della presente indagine.	» IX

L'ETÀ PRECLASSICA DALLE ORIGINI ALLA FINE DELL'ETÀ REPUBBLICANA

I

L'INADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE SINO ALLA FINE DELL'ETÀ REPUBBLICANA

1. <i>Obligatio</i> primitiva e asservimento della persona del debitore	Pag. 105
2. Ragioni storiche della genesi della <i>mora debitoris</i>	» 111
3. Distinzione tra <i>mora debitoris</i> e <i>mora creditoris</i>	» 114

II

LA DOTTRINA DEI *VETERES* SULLA *MORA DEBITORIS* E SULLA *MORA CREDITORIS*

1. Esame del principio dei <i>Veteres</i> : <i>Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem</i> , contenuto in D. 45, 1, 91, 3	Pag. 120
2. La regola dei <i>Veteres</i> in ordine alla mora del creditore: D. 18, 6, 1, 4	» 126
3. La dottrina dei <i>Veteres</i> in materia di mora del <i>fur</i> : D. 13, 1, 20	» 129

III

ALTRÉ ATTESTAZIONI DI GIURISTI REPUBBLICANI

1. Catone il Censore: <i>de agric.</i> 147; 148	Pag. 136
2. Sesto Elio e Livio Druso: D. 19, 1, 38, 1	» 142
3. Publio Mucio Scevola: D. 24, 3, 66 pr.	» 147
4. Quinto Mucio Scevola - Il problema della <i>mora debitoris</i> nelle clausole penali: imputabilità del ritardo ed effetti (D. 45, 1, 115, 2)	» 152
5. Servio Sulpicio Rufo - Il problema della stipulazione novatoria condizionale (Gai 3, 179)	» 154
- il problema della <i>mora</i> nelle clausole penali (D. 44, 7, 23; D. 4, 8, 40; D. 22, 2, 8)	» 157
- <i>mora creditoris</i> nelle manomissioni testamentarie (D. 40, 7, 3, 2)	» 160
6. Alfeno Varo - Effetti della <i>mora creditoris</i> e della <i>mora debitoris</i> nelle obbligazioni di <i>species</i> (D. 18, 6, 13; D. 18, 6, 15)	» 163
7 - Trebazio Testa - <i>Mora creditoris</i> nel legato condizionale di libertà (D. 40, 7, 3, 11; 40, 7, 39, 4)	» 169
- la <i>signalio</i> del vino e la <i>mora</i> (D. 18, 6, 1, 2)	» 173

IV

IL PROBLEMA DELLA MORA
SULLA FINE DELL'ETÀ REPUBBLICANA

1. Profilo storico-dogmatico: problemi terminologici e problemi concettuali	Pag. 176
---	----------

L'ETÀ CLASSICA

DAL PERIODO AUGUSTEO ALL'ETÀ DEGLI ANTONINI

I

LA DOTTRINA DELLA MORA
NEL PENSIERO DEI GIURECONSULTI CLASSICI
(da Augusto a Traiano)

1. M. Antistio Labeone: - il suo pensiero	Pag. 192
- costituzione in <i>mora</i> (D. 22, 2, 2; D. 22, 2, 9)	» 194

- <i>mora</i> nella <i>poena compromissi</i> (D. 4, 8, 27, 1)	Pag. 197
- effetti della <i>mora debitoris</i> nelle obbligazioni di <i>species</i> (D. 30, 47, 6) e di <i>genus</i> (D. 17, 2, 60 pr.; D. 13, 4, 2, 8)	» 199
- <i>mora creditoris</i> (D. 18, 1, 50)	» 218
- contestualità della <i>mora debitoris</i> e della <i>mora creditoris</i> (D. 19, 1, 51 pr.; D. 18, 6, 18)	» 220
- ipotesi della successione nel tempo della <i>mora debitoris e creditoris</i> (D. 19, 1, 51, 1)	» 223
2. Masurio Sabino: - il suo pensiero	» 225
- requisiti, costituzione in <i>mora</i> ed effetti della <i>mora debitoris</i> nei <i>iudicia stricta</i> (D. 12, 1, 5; D. 12, 1, 22; D. 45, 1, 41 pr.; D. 30, 47, 6; D. 22, 1, 38, 7; D. 7, 1, 35 pr.)	» 227
- costituzione in <i>mora</i> ed effetti nei <i>b. f. iudicia</i> (D. 18, 6, 1, 4; D. 16, 3, 14, 1; D. 16, 3, 12, 3) .	» 235
- requisiti ed effetti della <i>mora debitoris</i> nelle clausole penali (D. 45, 1, 8; D. 45, 1, 115, 2)	» 238
- requisiti ed effetti della <i>mora creditoris</i> nelle stipulazioni alternative (D. 45, 1, 105) e nel legato condizionale di libertà (D. 40, 7, 20, 3; D. 40, 7, 4 pr.; D. 40, 7, 3, 10)	» 243
3. Proculo: - il suo pensiero	» 245
- costituzione in <i>mora</i> , requisiti, effetti ed emendazione della <i>mora debitoris</i> nelle stipulazioni penali con termine prestabilito (D. 45, 1, 8; D. 45, 1, 113 pr.; D. 4, 8, 11, 9)	» 246
- requisiti ed effetti della <i>mora creditoris</i> nelle stipulazioni penali (D. 4, 8, 23, 1)	» 253
- effetti della <i>mora debitoris</i> nelle stipulazioni di fare con <i>intentio incerta</i> (D. 45, 1, 113, 1)	» 255
4. Cassio Longino: - il suo pensiero	» 256
- costituzione in <i>mora</i> del debitore nelle clausole penali con termine prestabilito (D. 4, 8, 40); costituzione in <i>mora</i> (D. 13, 3, 4) ed effetti della <i>mora debitoris</i> nei <i>iudicia stricta</i> (D. 16, 3, 14, 1; D. 22, 1, 38, 7)	» 257
- requisiti ed effetti della <i>mora creditoris</i> nelle manomissioni testamentarie sottoposte alla condizione di dare (D. 40, 7, 3, 2; D. 40, 7, 28 pr.)	» 261
5. Pegaso: - il suo pensiero in materia di clausole penali (D. 45, 1, 115, 2)	» 263

6. Plauzio: - il suo pensiero	Pag. 264
- requisiti ed effetti della <i>mora debitoris</i> nei <i>iudicia stricta</i> (D. 45, 1, 91; D. 22, 1, 38, 7)	» 267
- costituzione in mora nelle clausole penali a termine (D. 2, 11, 10, 1)	» 274
7. Giavoleno Prisco: - requisiti ed effetti della <i>mora debitoris</i> (D. 24, 3, 66 pr.); effetti della <i>mora creditoris</i> nelle stipulazioni alternative (D. 45, 1, 105); requisiti ed effetti della <i>mora creditoris</i> nelle manomissioni testamentarie condizionate (D. 40, 7, 28 pr.; D. 40, 7, 39, 4)	» 276
8. Nerazio Prisco: - mora del fideiussore (D. 4, 3, 19)	» 278
- effetti della <i>mora debitoris</i> nei negozi di buona fede (D. 22, 1, 14, 1; D. 32, 26; D. 19, 1, 31, 1; D. 19, 1, 11, 9)	» 281
9. Contributo della giurisprudenza romana del primo secolo d. C. alla dottrina della mora	» 287

LA DOTTRINA DELLA MORA
NEL PENSIERO DEI GIURECONSULTI CLASSICI
(da Adriano agli Antonini)

1. Giuvenzio Celso (<i>filius</i>): - il suo pensiero	Pag. 296
- costituzione in mora del debitore (D. 42, 1, 11)	» 298
- natura e limiti della <i>purgatio morae</i> (D. 45, 1, 91, 3; D. 4, 8, 23)	» 299
- <i>mora debitoris</i> nelle clausole penali (D. 4, 8, 21, 12; D. 4, 8, 22; D. 4, 8, 23 pr.)	» 303
- requisiti ed effetti della <i>mora creditoris</i> (D. 19, 1, 38, 1; D. 4, 8, 23, 1; D. 4, 8, 23, 3)	» 306
2. Salvio Giuliano: - il suo pensiero	» 309
- requisiti e costituzione in mora del debitore (D. 50, 17, 63; D. 45, 1, 91, 2; D. 36, 1, 26, 2; D. 12, 1, 22)	» 312
- effetti della <i>mora debitoris</i> (D. 13, 5, 23; D. 45, 1, 91, 6; D. 13, 4, 2, 8; Gai <i>Inst.</i> II, 280)	» 317
- <i>purgatio morae</i> (D. 45, 1, 91, 3; D. 45, 1, 56, 8; D. 2, 14, 54)	» 322
- <i>mora debitoris</i> nelle clausole penali (D. 4, 8, 21, 9; D. 36, 2, 19 pr.; D. 33, 9, 1)	» 326
- mora nelle obbligazioni condizionali (D. 35, 1, 24)	» 330

- requisiti ed effetti della <i>mora creditoris</i> (D. 30, 84, 3; D. 40, 5, 47, 2; D. 16, 3, 1, 36)	Pag. 333
3. Sesto Pomponio - il suo pensiero	» 343
- requisiti della <i>mora debitoris</i> (D. 12, 1, 5; D. 50, 17, 14; D. 45, 1, 33; D. 46, 3, 92 pr.; D. 33, 2, 6; D. 30, 26, 1; D. 23, 3, 15; D. 22, 1, 32 pr.; D. 22, 2, 2; D. 45, 1, 23; D. 30, 36, 3)	» 344
- effetti <i>mora debitoris</i> nei <i>iudicia stricta</i> (D. 12, 1, 5; D. 46, 3, 92 pr.; D. 33, 2, 6; D. 45, 1, 23)	» 356
- effetti <i>mora debitoris</i> nei <i>iudicia b. f.</i> (D. 23, 3, 14; D. 23, 3, 15; D. 19, 1, 3, 3; D. 16, 3, 12, 3; D. 17, 2, 60 pr.)	» 358
- mora nelle clausole penali (D. 4, 8, 40)	» 362
- la teoria della mora del debitore accessorio (D. 45, 1, 91, 4 e 5)	» 363
- il pensiero di Pomponio sulla <i>mora creditoris</i> (D. 18, 6, 18; D. 24, 3, 9; D. 33, 6, 8; D. 19, 1, 3, 4)	» 365
4. Sesto Cecilio Africano: - il suo pensiero	» 373
- requisiti ed effetti della <i>mora debitoris</i> nei <i>iudicia stricta</i> e <i>b. f.</i> (D. 30, 108, 11; D. 7, 1, 36, 2; D. 46, 6, 10; D. 13, 4, 8; D. 22, 1, 27)	» 375
- mora nelle clausole penali	» 381
- requisiti ed effetti della <i>mora creditoris</i> (D. 46, 3, 39)	» 385
5. Q. Claudio Venuleio Saturnino: - il suo pensiero	» 388
- requisiti della <i>mora debitoris</i> (D. 45, 1, 137, 2-4; D. 50, 17, 99)	» 389
- effetti della <i>mora debitoris</i> (D. 46, 2, 31 pr.)	» 394
6. Gaio: - il suo pensiero	» 397
- requisiti ed effetti della <i>mora debitoris</i> nei <i>iudicia stricta</i> e <i>b. f.</i> (Gai. 2, 280; D. 13, 3, 4; D. 16, 3, 14, 1)	» 398
- <i>purgatio morae</i> (D. 2, 11, 8; Gai 3, 179; D. 2, 14, 20, 2)	» 402
- il pensiero di Gaio sulla <i>mora creditoris</i> (D. 44, 4, 6; D. 20, 4, 11, 4; D. 10, 2, 5)	» 407
7. Ulpio Marcello: - il suo pensiero	» 408
- requisiti (D. 46, 3, 72 pr.-1; D. 18, 3, 4, 4) ed effetti della <i>mora debitoris</i> (D. 13, 3, 3)	» 409
- la dottrina della <i>purgatio morae</i> (D. 46, 3, 72, 1-3; D. 46, 2, 14; D. 45, 1, 29, 1; D. 46, 2, 8 pr.)	» 412
- il pensiero di Marcello sulla <i>mora creditoris</i> (D. 46, 3, 72 pr.; D. 26, 7, 28, 1)	» 426
8. Florentino: una testimonianza in materia di <i>mora</i>	» 426

<i>creditoris</i> (D. 19, 2, 36)	Pag. 432
9. Q. Cervidio Scevola: - il suo pensiero	» 434
- requisiti della <i>mora debitoris</i> (D. 50, 17, 88; D. 45, 1, 127; D. 2, 14, 54; D. 22, 1, 47)	» 438
- effetti della <i>mora debitoris</i> (D. 32, 35 pr.)	» 440
- <i>purgatio morae</i> (D. 45, 1, 135, 2; D. 2, 14, 54)	» 442
- il pensiero di Scevola sulla mora del garante (D. 45, 1, 127; D. 38, 1, 44)	» 446
- requisiti ed effetti della <i>mora creditoris</i> (D. 18, 3, 8; D. 45, 1, 122 pr.; D. 44, 4, 15; D. 45, 1, 135, 2)	» 449
10. - Contributo della giurisprudenza romana del secondo secolo d. C. alla dottrina della mora	» 453
INDICE DELLE PONTI CITATE	» 459

83248

5.5.964

£ 5.500

ERRATA CORRIGE

Invece di:

- p. V rigo 1: al
p. 106 rigo 7: *nexus*
p. 109 rigo 12 (nota): *sponsio* e *stipulatio*
p. 113 rigo 18: *a priori*
p. 115 rigo 9: che ritardi
p. 116 rigo 23: concetto stesso di mora
p. 119 rigo 7 e 8: dal tempo e, solo in relazione al tempo
p. 120 rigo 7: *intelligendum*
p. 121 rigo 5: *intelligendum*
p. 125 rigo 17: criterio soggettivistico
p. 126 rigo 9: si allontanarono
p. 126 rigo 16: *emeris, nec de tradendo*
p. 135 nota 8: D. 45, 17, 4, 1
p. 147 nota 45: *Vat. Frag.*
p. 193 nota 4: D. 45, 7, 39, 4
p. 206 nota 33: D. 24, 2, 25, 1
p. 215 nota 45: D. 18, 4, 2, 8
p. 226 nota 64: D. 50, 17, 1, 2-49
p. 306 rigo 5: D. 4, 9, 23, 1 e 3
p. 312 rigo 18: D. 45, 5, 47, 2
p. 329 nota 46: D. 45, 2, 1, 8
p. 344 rigo 20-21: D. 19, 1, 33
p. 398 rigo 12: D. 22, 4, 11, 4

leggasi:

- la
nexum
stipulatio e *sponsio*
a priori
se ritardi
fatto stesso che determina la mora
dai tempi e, solo in relazione ai tempi
intelligendum
intelligendum
valutazione soggettivistica
si allontaneranno
emeris nec de tradendo
D. 45, 1, 4, 1
Vat. Frag. 94
D. 44, 7, 39, 4
D. 24, 3, 25, 1
D. 13, 4, 2, 8
D. 50, 17, 1-40
D. 4, 8, 23, 1 e 3
D. 40, 5, 47, 2
D. 45, 1, 8
D. 19, 1, 3, 3
D. 20, 4, 11, 4

INDICE DEL VOLUME

- B. ALBANESE — La struttura della *manumissio inter amicos* Pag. 5 (*)
- S. RICCOPONO JR. — Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano » 105 (**)

(*) L'estratto è comparso nel 1962.

(**) Precede l'Introduzione con le pagine numerate da I a XX.

FINITO DI STAMPARE
NEL MARZO 1972
NELLA TIPOGRAFIA

SERAFINO MONTAINA
PALERMO
