

'OBLIGAMUR LEGE' (MOD. 2 'REG.', D. 44.7.52 PR.). ALLE RADICI DI UN PROBLEMA ANTICO E MODERNO

Roberto Scevola
Università di Padova

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La *divisio* di Modestino: ricostruzione del testo classico e funzioni obbliganti della *lex*. – 3. Il percorso verso i diversi significati attribuiti dalla compilazione giustiniana alla menzione della *lex* nel passo esaminato. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

L'art. 1370 del Codice civile napoleonico annovera la legge tra le fonti di obbligazione, specificando che il *vinculum iuris* sorgerebbe dalla prescrizione ivi contenuta in assenza di accordo tra le parti: l'elemento obbligante dovrebbe essere rinvenuto in fattispecie indisponibili ai soggetti o nell'esercizio di funzioni regolate da precetti vincolanti, come tali non rinunciabili¹. Il carattere paradigmatico e, nel contempo, archetipico della formulazione francese ha permeato – insieme ad altre codificazioni²,

¹ Art. 1370 *Code civil*: *Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits; ils font la matière du présent titre.*

² Sotto tale profilo, l'art. 1324 del 'Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Leggi Civili' (emanato nel 1819) altro non è se non la traduzione letterale dell'art. 1370 Cod. napoleonico, esattamente come l'art. 1488 del 'Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna' (promulgato da Carlo Alberto di Savoia nel 1837) e alla medesima stregua dell'art. 1381 del 'Codice civile per gli Stati estensi' (pubblicato da Francesco V nel 1851); di converso l'art. 2073 del 'Codice civile per gli Stati parmensi', risalente al 1820, è costruito unendo il primo e l'ultimo comma dell'art. 1370 Cod. civ. fr., proprio ad escludere la legge dalle fonti di obbligazione.

emanate in precedenza – anche l’art. 1097 del primo Codice civile italiano postunitario, promulgato nel 1865, il quale mutuò da essa la pentapartizione delle fonti di obbligazione, rinunciando tuttavia ad accoglierne le esemplificazioni³.

Che l’inclusione della legge tra le fonti del rapporto obbligatorio sollevasse più problemi di quanti ne risolvesse apparve subito chiaro a quanti – non solo adottando un angolo visuale circoscritto all’esperienza giuridica italiana⁴, ma invero anche in riferimento ad altre enunciazioni modellate su quella francese – iniziarono a ragio-

³ Art. 1097 Cod. civ. it. 1865: *Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi contratto, da delitto o quasi delitto*. Cfr., sul punto, A. SACCOCCIO, *Dall’obbligo alla prestazione degli alimenti alla ‘obligatio ex lege’*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2014, XXXV, pp. 33 e ss., secondo cui «l’idea di base, in un Codice improntato al liberismo, era quella di fare della legge una sorta di ‘norma di chiusura’ dell’elenco delle fonti delle obbligazioni, assegnando alla legge il ruolo di unico possibile limite dell’autonomia privata. In ogni caso, certo non aiuta il fatto che la legge venga addirittura posta al primo posto nell’elenco delle fonti di obbligazione. E anche qui la soluzione è vista in una serrata critica all’impostazione del Codice, il quale, si è detto, avrebbe in questo caso accolto un significato atecnico di legge, oppure, più propriamente, affermando la necessità di ridurre a due le ‘vere’ fonti dell’obbligazione, la legge e l’atto umano, inserendo in quest’ultima categoria le altre quattro fonti (contratto, delitto, quasi contratto e quasi delitto) e assegnando alla legge il ruolo di collettore diretto di tutte quelle altre obbligazioni che altrimenti sarebbero rimaste non giuridicizzate».

⁴ Relativamente al regime codicistico previgente e al dibattito sviluppatosi in vista della sua sostituzione, cfr. A. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1904, I, p. 520, anche in *Saggi* E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell’articolo 1097 del codice civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1923, I, p. 493; F. DEGNI, *Studi sul diritto delle obbligazioni*, Roma, 1926, pp. 5 e ss. Va aggiunto che, nella bozza di progetto formulato dalla commissione incaricata di redigere un codice civile italo-francese subito dopo il primo conflitto mondiale, si proponeva una esapartizione delle fonti di obbligazione (nascenti, dunque, da contratto, promessa unilaterale, quasi contratto, atto illecito, atto di ultima volontà o direttamente dalla disposizione della legge). Dietro insistenza di Scialoja e di Betti, tuttavia, la *Relazione sul progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti approvato a Parigi nell’ottobre del 1927*, Roma, 1928, pp. L e ss., avrebbe definito tale classificazione incompleta perché «non comprende le obbligazioni nascenti dal testamento ed erroneamente la dottrina ha cercato di condurle alla categoria delle obbligazioni derivanti dalla legge»; inesatta e irrazionale perché «il quasi-contratto ed il quasi-delitto sono ibride formazioni scaturite inopinatamente da concetti e da premesse proprie del diritto romano classico, cosicché hanno dato luogo a dispute dottrinali interminabili». Vennero poi cassate le obbligazioni *ex lege* (p. LV), in quanto «è superfluo dire che l’autorità della legge possa imporre delle obbligazioni, mentre non è sempre agevole stabilire, come è necessario nella classificazione tradizionale, in quale caso l’obbligazione nasca per il solo fatto della legge, senza alcun fatto obiettivo, ed in quale ipotesi, al contrario, è questo fatto in sé dal quale trae origine l’obbligazione». Il sottocomitato preposto alla redazione del libro delle obbligazioni e dei contratti, insediato dal Ministro Grandi nel 1939 e operante dopo il ritiro del progetto italo-francese, esaminò la possibilità di introdurre una norma dal seguente tenore: «Le obbligazioni derivano da contratto o da atto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in virtù della legge» ma, poi, per ragioni tecniche analoghe a quelle già denunciate in precedenza, preferì richiamare l’ordinamento giuridico, adducendo altresì ragioni ideologico-politiche. L’art. 1073 Cod. civ. it. 1942 omise la legge, il quasi contratto e il quasi delitto, giustificando questa decisione per il fatto che «le stesse apparivano insufficienti a ricomprendere tutti i rapporti obbligatori che si venivano a creare nella realtà giuridica ed economica, restando ancorate ad un modello certamente antiquato», mentre a tale esigenza rispondevano le *variae causarum figurae* di matrice gaiana (così L. TESAURO, *Le fonti del rapporto obbligatorio*, in P. FAVA [a cura di], *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, I, *Caratteri generali, adempimento, inadempimento*, Milano, 2008, pp. 365 e ss.).

nare entro una prospettiva critica e con finalità riformatrici. Indipendentemente da opzioni ideologico-politiche⁵, ci si domandava se la legge fungesse da fonte mediata od immediata di obbligazione, il che scontava un contrasto delineatosi ben prima dell’età delle codificazioni, allorquando alla concezione giusnaturalista, secondo cui la legge stessa si sarebbe dovuta reputare il fondamento di tutte le fonti di obbligazione in quanto presidiante il principio *pacta sunt servanda*, si contrapponeva un’ermeneusi imperativista, che riconosceva alla prescrizione sovrana la forza di generare obbligazioni specifiche, del tipo di quelle menzionate dal *Code civil*.

Nell’ordinamento italiano le perplessità in parola produssero l’abbandono della pentapartizione, considerata «dommaticamente scorretta»⁶, oltre che applicativamente deterioro, tanto per la presenza di quasi delitti e quasi contratti, quanto per l’inserzione della legge, derivandone susseguentemente l’adesione ad una *divisio*⁷ più vicina alla tripartizione gaiana (o pseudo-gaiana) tratta dalle *Res cottidianae*⁸, mentre in Francia l’art. 1370 rimase immutato, sol perché il compito di ridisegnarne l’effettiva portata venne assunto dalla dottrina; *medio tempore*, il codificatore tedesco rinunciava – così rimettendosi alle valutazioni della prassi – ad adottare una classificazione delle fonti di obbligazione⁹, appagandosi di sagomare quest’ultima mediante

⁵ Per A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale* (art. 1173-1176), in F. GALGANO, *Commentario al codice civile* diretto da Scialoja-Branca, IV, Bologna-Roma, 1988, pp. 167-168, la «sola autorità della legge» avrebbe potuto operare in funzione garantistica dell’autonomia dei privati (nel senso che esclusivamente la legge avrebbe potuto imporre loro obblighi) ma, per altro verso, avrebbe evocato anche un principio di necessità sociale, che si sarebbe contrapposto a quello della libertà individuale, sino a conculcarne lo spazio vitale. Dunque, «l’entrata, tra le fonti, della norma di legge, può rispondere a funzioni politiche diverse», in quanto «può essere a garanzia dei privati ma anche sanzionare l’intervento della legge sul terreno della nascita di obblighi», tutto dipendendo dall’uso che si compie della norma medesima.

⁶ Così C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico (I parte)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. Tarello, IV, Bologna, 1974, p. 106; ID., *Sulle fonti delle obbligazioni*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, pp. 52-53.

⁷ La denominazione latina discende da Gai. 3.88 (*Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: [...]*) e da I. 3.13.1 (*Sequens divisio in quattuor species diducitur: [...]*), testi che ne fruiscono per indicare la classificazione delle fonti di obbligazione, sebbene la dottrina romanistica abbia posto in dubbio l’appropriatezza del lemma, ipotizzando trattarsi, piuttosto, di una *partitio* (cfr. B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien, 1970, pp. 192-193); rilevato, comunque, che le due figure non si distinguerebbero tanto nettamente (in tal senso, v. D. NÖRR, ‘*Divisio*’ und ‘*partitio*’. *Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin, 1972, pp. 39 e ss., in specie pp. 45 e ss., ora anche in *Gesammelte Schriften*, II, Goldbach, 2003, pp. 749 e ss.), si è posto l’accento sul fatto che *divisio* costituirebbe espressione «abbastanza usuale e comoda, perché breve e precisamente espressiva» (C.A. CANNATA, *La classificazione*, cit., p. 37, nt. 1).

⁸ D. 44.7.1 pr. (Gai. 2 *aur.*): *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*.

⁹ § 241 BGB: (*Pflichten aus dem Schuldverhältnis*). 1. *Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen beste-*

un'elaborazione definitoria invece assente negli ordinamenti italiano e francese. L'orientamento prevalente propugnò l'inutilità pratica di scorgere nella legge una fonte di obbligazione, sull'assunto che «tutte le obbligazioni derivano mediatamente dalla legge, e nessuna direttamente dalla legge senza la mediazione di un atto, un fatto o una situazione giuridica»¹⁰.

L'obiettivo perseguito da questo contributo è duplice: in primo luogo, identificata nel noto testo appartenente al secondo libro delle *Regulae* di Modestino (poi riportato in D. 44.7.52 pr.) la sola *divisio* in cui la giurisprudenza romana menzionava la *lex* tra i fatti o gli atti originanti il vincolo obbligatorio, si tratta di intendere quale valore essa assumesse procedendo alla ricostruzione del passo così come vergato dal giurista severiano, rispetto alla versione giustiniana, unanimemente ritenuta almeno in parte interpolata. In secondo luogo, indagati i profili sistematici di tale operazione, nonché le ipotetiche applicazioni rimediali alla medesima collegate, i risultati ottenuti vanno impiegati per verificare se (ed, eventualmente, in relazione a quali contenuti) l'opzione classificatoria dei codificatori francesi possa trovare fondamento nell'elaborazione del passo in parola, oppure debba essere imputata a teorizzazioni estranee all'esperienza giuridica romana, evidentemente maturate in epoche posteriori alla conclusione della medesima.

Lungi dall'essere ascritti a finalità antiquarie¹¹, gli esiti dell'indagine devono invitare a riflettere circa la plausibilità dogmatica, sistematica e funzionale dell'obbl-

hen. 2. Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten; § 311 BGB: (Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse). 1. Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

¹⁰ C.A. CANNATA, *La classificazione*, cit., p. 106; negava in radice la configurabilità dogmatica della legge come fonte di obbligazione E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954, pp. 40-41, secondo cui «nulla ripugna tanto alla coscienza dei Romani quanto il ritenere possibile che la legge imponga a una data persona un vincolo così grave e, nella sua gravità, così anormale, come è la *obligatio*, senza averne, per così dire, consultato il comportamento e valutato se sia degno di tutela o di sanzione». In sostanza, il vincolo «non può nascere per generazione spontanea, ma ha per presupposto insopprimibile un atto, lecito o illecito, di esso privato» (analogamente L. GIOVENCO, *Le categorie delle obbligazioni 'ex lege'. Origini storiche e costruzione dogmatica*, Empoli, 1938, p. 6).

¹¹ Del tutto incisive risultano, sotto questo profilo, le riflessioni di C.A. CANNATA, *La classificazione*, cit., p. 37, secondo cui «spesso, in effetti, è avvenuto, ed accade ancora, che l'operazione di classificare le fonti delle obbligazioni sia considerata un'operazione sistematica fine a se stessa, consistente nell'ordinare dati già noti; che la si pensi, insomma, come un'operazione da condursi in astratto, lasciandosi guidare da semplici considerazioni di simmetria concettuale». Infatti, a detta del Maestro lombardo, «le operazioni sistematiche, che si conducono in campo giuridico, perdono valore euristico quanto più si allontanano dalle implicazioni pratiche del diritto, e vi è un estremo ove tali operazioni non hanno più valore euristico alcuno, per diventare, al contrario, fonte di difficoltà e di errori; cioè, quando un'operazione sistematica, che sia stata originariamente imposta da esigenze pratiche, venga astratta dal suo contesto e portata innanzi per scopi che non hanno più rapporto diretto con le sue implicazioni pratiche originarie».

gazione *ex lege*¹², in un contesto caratterizzato sì dalla crisi del monismo legalistico di matrice kelseniana, ma anche dal crescente tentativo di incidere sull’autonomia negoziale intarsiando la medesima di nuovi vincoli obbligatori¹³, imposti soprattutto dal legislatore sovranazionale.

2. La *divisio* di Modestino: ricostruzione del testo classico e funzioni obbliganti della *lex*

La classificazione in cui per la prima volta comparirebbe la legge come ‘fonte’ di obbligazioni – espressione, quest’ultima, già implicante una scelta definitoria, per le ragioni che si esporranno in prosieguo – va ricavata da un passo del secondo libro delle *Regulae* di Modestino, redatto al tramonto dell’età classica¹⁴ ma riportato, poi, dai compilatori giustiniane in D. 44.7.52, cioè tra gli ultimi frammenti costituenti il titolo *de obligationibus et actionibus*.

D. 44.7.52 (Mod. 2 *reg.*): *Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato. 1. Re obligamur, cum res ipsa intercedit. 2. Verbis, cum praecedat interrogatio et sequitur congruens responsio. 3. Re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam rem. 4. Ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur. 5. Lege obligamur, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut contra facimus. 6. Iure honorario obligamur ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipuntur vel fieri prohibentur. 7. Necessitate obligantur, quibus non licet aliud facere quam quod praeceptum est: quod evenit in necessario herede. 8. Ex peccato obligamur, cum in facto summa constitit. 9. Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit. 10. Sed et nutu solo pleraque consistunt.*

¹² Cfr. A. SACCOCCIO, *Dall’obbligo alla prestazione degli alimenti*, cit., 37 e ss., ad avviso del quale (p. 40) «costruire concetti ‘contenitori’ come quello della *obligatio ex lege*, attribuendo ad essi il ruolo residuale di raccogliere tutto quanto la partizione creata non è in grado di assorbire, costituisce, da un lato, una spia della insufficienza stessa della classificazione adottata, dall’altro lato, mette in essere una operazione di nessuna utilità né a livello dogmatico né a livello sistematico».

¹³ L’art. 61 della l. 218/1995, avente ad oggetto la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, ha applicato la nozione di obbligazione *ex lege* alla gestione di affari altrui, all’arricchimento senza causa, al pagamento dell’indebitto e, in via residuale, alle altre obbligazioni nascenti da legge non regolate diversamente. Sono rimaste escluse le obbligazioni alimentari e le obbligazioni da fatto illecito (cfr. B. BAREL, s.v. *Obbligazione. XII. Diritto internazionale privato: obbligazioni ‘ex lege’*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Aggiornamento VI, Roma, 1997, pp. 1 e ss.).

¹⁴ In merito a vita, opere e cifra scientifica del giurista, cfr. segnatamente gli estesi lavori di G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici*, Torino, 2009, pp. 1 e ss.; EAD., *Studi su Erennio Modestino. Metodologie e opere per l’insegnamento del diritto*, Milano, 2012, pp. 1 e ss.

Emarginata per il fatto di apparire estranea tanto alla sistemazione proposta, in forma genuina, dalle *Institutiones* di Gaio¹⁵, quanto alle elaborazioni che da tale giurista avrebbero tratto ispirazione (con ciò evocandosi non solo le *Res cottidianae*¹⁶, ma anche le Istituzioni imperiali¹⁷), la *divisio obligationum* in parola ha sofferto il giudizio negativo espresso da Vincenzo Arangio-Ruiz, che ebbe a definirla «curiosissimo intruglio» e la reputò «probabilmente estranea così al pensiero dei giustinianeî come a quello di Modestino»¹⁸. È stato merito di Carlo Augusto Cannata, nel corso di molteplici lavori, poi sfociati in una mirabile esposizione monografica¹⁹, l'aver restituito al pensiero del giureconsulto severiano una corretta collocazione e rilevanza, all'esito di un'operazione ricostruttiva ricca di implicazioni dogmatiche e sistematiche.

Nella versione giustiniana il passo sembra effettivamente disomogeneo e incoerente, tanto sotto il profilo dell'ordine sistematico, quanto sul versante degli specifici contenuti; esso muoverebbe, infatti, dalla descrizione di meccanismi obbligatori escerpiti dalla destrutturazione della concezione gaiana di contratto e, poi, informerebbe dell'esistenza di ambiti «dove fonti delle obbligazioni possono trovarsi previste»²⁰. Vi compaiono giustapposte due diairesi, la prima delle quali finalizzata ad individuare l'elemento obbligante in una cosa (*re*, ma sarebbe meglio tradurre 'nella consegna di una cosa'), nella pronuncia di parole (*verbis*), in entrambe (*simul utroque*, vale a dire *re et verbis*) o, ancora, in un accordo (*consensu*); il secondo raggruppamento, invece, includerebbe la legge (*lege*), il diritto pretorio (*iure honorario*), la necessità (*necessitate*) e l'atto illecito (*ex peccato*), risultando intrinsecamente incoerente – a differenza di quanto versato nella parte iniziale del testo – perché conchiuso dal riferimento al delitto (in quanto il medesimo, integrante un *genus obligationis*, andrebbe collocato su di un piano più prossimo alle entità classificate nella sezione iniziale del testo).

Al *principium* fanno seguito otto paragrafi, che dovrebbero rappresentare una sintesi esplicativa di ciascun *genus*, ma, in realtà, ben poco aggiungono sotto il profilo euristico, tanto da dare luogo a spiegazioni sovente tautologiche²¹. Con tutta eviden-

¹⁵ Gai. 3. 88: *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species deducitur: omnium enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*

¹⁶ D. 44.7.1 pr. (Gai. 2 aur.): *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

¹⁷ I. 3.13.2: *Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.*

¹⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *D. 44.7.52 § 1 e la classificazione gaiana delle fonti delle obbligazioni*, in *Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil*, I, Paris, 1926, p. 86 e nt. 2, anche in ID., *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, p. 146 e nt. 2.

¹⁹ Alludo, nella fattispecie, a *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, Torino, 2008, pp. 92 e ss.

²⁰ C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., p. 92.

²¹ Ad avviso di C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., p. 92, «seguono poi otto paragrafi, che spiegano sinteticamente, uno per uno, i generi dei quali essa consta: ma le spiegazioni sono espone in modo assai sciatto, ed alcune non sono affatto chiare, sicché sembra assai probabile che tutti i paragrafi 1-8 pro-

za la genuinità del passo, così come presentato nei *digesta* giustiniane, è indifendibile anche da parte del più pervicace anti-interpolazionista e, per come si presenta, la testimonianza sembra scarsamente rappresentativa del valore di Modestino, che resta pur sempre l’ultimo dei giuristi classici, nel complesso accomunati sia dall’elasticità interpretativa necessaria in un sistema casistico, sia dal rigore dogmatico nell’intendere le categorie, senza il quale detta flessibilità sconfinerebbe nell’arbitrio.

Dal tenore letterale del testo compilatorio si trae l’idea di una stratificazione, che rende necessaria una sommaria operazione ricostruttiva avente un duplice obiettivo, consistente nel recuperare l’originaria *divisio* del giurista severiano e nell’individuare le (eventuali) diversità sostanziali correnti tra le due versioni; tale momento va considerato, infatti, come preliminare a qualsiasi valutazione relativa alla menzione della *lex*, nonché alle funzioni rivestite dalla medesima entro l’assetto diairetico in parola.

Innanzitutto, va individuato l’apporto triboniano alla riconfigurazione del brano, circoscrivibile con sicurezza solamente all’omissione delle obbligazioni letterali o, meglio, del relativo fatto obbligante: dopo *simul utroque*, infatti, sarebbe stata fatta cadere dai compilatori l’espressione *aut litteris*, considerato che, nella prima metà del III secolo d.C., le obbligazioni assunte tramite *expensilatio* non erano ancora desuete ma che, altrettanto certamente, lo sarebbero divenute più tardi, sino a risultare scomparse in età giustiniana²².

In secondo luogo, si deve determinare la rilevanza degli interventi glossematici, che avrebbero arricchito l’originaria formulazione dei paragrafi esplicativi e, soprattutto, aggiunto il riferimento finale all’atto illecito (*ex peccato*): aderendosi all’ipotesi del Cannata, pare tutt’altro che peregrino ipotizzare come i maestri postclassici, sforniti dell’ausilio interpretativo in precedenza offerto dalla riflessione giurisprudenziale, equiparassero ad un’omissione l’estraneità del delitto all’elenco delle fonti di obbligazione (*rectius*: dei meccanismi obbligatori) e rimediassero inserendolo posticciamente alla fine del catalogo. In effetti, il lemma *peccatum* pare assai poco utilizzato dai giureconsulti – propensi ad avvalersi di *maleficium*, in alternativa a *delictum* – e, inoltre, il relativo costrutto grammaticale rompe l’eumetria degli ablativi preceduti da *aut*, che scandisce l’intera classificazione: *ex peccato* sembra davvero accreditare, dunque, l’opinione secondo cui l’autore del glossema avrebbe avuto in mente le locuzioni gaiane *ex contractu* ed *ex delicto* sicché, tanto nel *principium* quanto nel § 8, si sarebbe mosso su tale falsariga²³. Più difficile risulta l’ascrizione dell’aggiunta

vengano da materiale glossematico». Avendo riguardo al § 5 (*lege obligamur, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut contra facimus*), l’affermazione secondo cui essere obbligati dalla legge significa ottemperare alle leggi stesse comportandosi in conformità del precetto legale, diversamente da coloro che le violano, non induce alcuna riflessione dogmatico-sistemica, ponendosi sul piano della mera constatazione pratica.

²² Cfr. B. CORTESE, *‘Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici’*, Napoli, 2013, p. 126.

²³ Cfr. C.A. CANNATA, *Materali*, II, cit., p. 102.

ad un intervento compilatorio, sebbene essa non paia del tutto priva di fondamento proprio sulla base di ragioni analoghe, consistenti nel riequilibrio del passo per completezza e simmetria, sì da adattare la testimonianza all'intonazione gaiana che i compilatori avrebbero conferito all'intera trattazione delle fonti di obbligazione. Prevalga l'uno o l'altro orientamento, di certo l'inserito non ha provenienza classica, unica conclusione effettivamente rilevante in ordine alla ricostruzione del testo nella sua versione originale.

In terzo luogo, si tratta di capire se la *necessitas* fosse appartenuta alla redazione autentica oppure sia stata anch'essa immessa in un secondo momento: scontate le difficoltà interpretative circa i termini di operatività della medesima quale fonte di obbligazione²⁴, essa potrebbe essere stata inserita da mano glossematica in coda alla versione elaborata dal giurista severiano. Ciò sarebbe avvenuto non troppo tempo dopo la pubblicazione delle *Regulae*, come attestato dalla conformità della costruzione grammaticale a quella seguita nell'intera enumerazione, e prima dell'inclusione di *ex peccato*, implicante contrasto con i ripetuti ablativi inframmezzati dalla disgiuntiva. Eppure, proprio da un passo contenuto nel primo libro di quest'opera – e poi riportato in D. 1.3.40 – si desume la rilevanza attribuita da Modestino alla necessità (*ergo omne ius aut consensus facit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo*), il che non esclude come – insieme al consenso – essa venisse travasata nei fatti produttivi di obbligazione; inoltre, giusta l'osservazione di Gloria Viarengo, il richiamo alla necessità non è isolato nei lavori del giurista, riguardando – al di là dell'*heres necessarius* menzionato in D. 44.7.52.7, anch'esso, come tutti i paragrafi esplicativi, avente probabile natura glossematica²⁵ – fattispecie plurime e diverse tra loro, accomunate dai crismi dell'inderogabilità²⁶. Soprattutto, la gravosità dei *munera* e i ripetuti tentativi

²⁴ *Ibidem*, p. 100.

²⁵ La presunta genuinità del passaggio *quod evenit in necessario herede* è stata difesa in modo articolato da T. MAYER-MALY, '*Obligamur necessitate*', in ZSS, 1966, LXXXIII, pp. 54 e ss., ma poi assoggettata a stringente critica da parte di C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., p. 100, secondo cui «la spiegazione del § 7 può avere solo due sensi: o che l'erede necessario *obligatur necessitate* (è obbligato per necessità, dalla necessità) nel senso generale, che non può che diventare erede, ovvero, considerando specificamente un'obbligazione che fa parte del patrimonio ereditario che gli perviene, egli *obligatur necessitate* in quanto si trova gravato da tale obbligazione senza avere la possibilità di sottrarsene». Ad avviso dello studioso italiano, tuttavia, «si vede chiaramente che, nel primo senso, quel che si dice non ha nulla a che fare con le obbligazioni, e nel secondo caso non verrebbe descritta la formazione di un'obbligazione o indicata la sua fonte, ma verrebbe descritto un fenomeno di successione in un rapporto obbligatorio già esistente e formatosi altrimenti». Di conseguenza, pare verosimile a G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie*, cit., p. 77, «che l'esempio derivi da un'annotazione di un lettore scivolata poi nel testo in una sua edizione», sì da attribuire all'inserito – giustappunto – natura glossematica, piuttosto che compilatoria.

²⁶ Nel complesso, «si può ipotizzare che il giurista abbia voluto dare un'idea generale degli obblighi che potevano essere di tipo contrattuale, ma anche legislativo, o onorario, e con *obligari necessitate* intendesse fare riferimento a quel tipo di obblighi ai quali non si può derogare, come i *munera* o come le imposizioni di tipo amministrativo, in quanto imposti dall'autorità pubblica, ovvero dall'imperatore»

di ottenere esenzioni dall’adempimento di obblighi imposti dal regime vincolistico di età severiana²⁷ non sarebbero sfuggiti ad un giurista sensibile alle dinamiche economico-sociali del suo tempo, incidendo sulle sue soluzioni interpretative.

Pare, pertanto, potersi ragionevolmente propendere per il carattere classico dell’attribuzione della necessità al novero dei meccanismi obbliganti operata da Modestino, come del resto aveva argomentato Theo Mayer-Maly esplorando la materia in una serie di specifici contributi²⁸.

Tirando le fila di quanto detto, il *principium* di D. 44.7.52 avrebbe originariamente fatto registrare, nel secondo libro delle *Regulae*, il seguente andamento²⁹:

Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque <aut litteris> aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate [aut ex peccato].

La *divisio* confezionata dal giurista enumererebbe innanzitutto le cinque entità obbliganti immediatamente classificabili, che avrebbero riguardato la parte più consistente delle *obligationes* derivanti da atto lecito³⁰, onde poi ravvisare nella *lex* e nel

(così G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie*, cit., p. 79; sulla labilità del rapporto corrente tra *necessitate adstringi* e *necessitate obligari*, cfr. G. FALCONE, ‘*Obligatio est iuris vinculum*’, Torino, 2003, pp. 43 e ss.).

²⁷ Con particolare riferimento agli orientamenti adottati in materia di *excusationes* da parte dei giuristi operanti nel periodo concluso dai lavori di Modestino, rinvieri – da ultimo – a R. SCEVOLA, ‘*Utilitas publica*’, II, *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012, pp. 181 e ss.

²⁸ Del medesimo autore, oltre al già citato ‘*Obligamur necessitate*’, cit., pp. 47 e ss., vanno ricordati anche ‘*Necessitas constituit ius*’, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968, pp. 177 e ss.; ‘*Necessitas und die Natur der Sache*’, in *Studi in onore di E. Volterra*, I, Milano, 1969, pp. 113 e ss.; *Topik der ‘necessitas’*, in *Études offertes à J. Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970, pp. 477 e ss., i quali, complessivamente considerati, danno luogo ad una trattazione completa sulla necessità innanzitutto come fonte di diritto e, in secondo luogo, come fatto dal quale possono scaturire obbligazioni.

²⁹ Per N. SCAPINI, *Le fonti delle obbligazioni nella sistematica classica e giustiniana. Lezioni di esegesi delle fonti del diritto romano*, Parma, 1993, pp. 34-35, «è assai dubbio che i giuristi classici siano giunti a simile configurazione del mutuo accompagnato o seguito da *stipulatio*, cosicché si può concedere alla critica interpolazionista una fondata probabilità di intervento compilatorio nel senso di un inserimento nel passo della nuova creazione bizantina o, quanto meno, di una radicale modifica del testo originario» (in precedenza, aveva ipotizzato il carattere insitico dell’espressione G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963³, p. 24); del tutto avverso alla classicità dell’inserito era anche M. TALAMANCA, ‘*Una verborum obligatio*’ e ‘*obligatio re et verbis contracta*’, in *Iura*, 1999, L, pp. 93 e ss., tanto per la scarsa precisione della terminologia, quanto – a suo dire – per la completa inaffidabilità dei passi di Modestino (*principium* e § 3 di D. 44.7.52) nei quali l’espressione compare (sul punto, cfr. anche ID., ‘*Conventio*’ e ‘*stipulatio*’ nel sistema contrattuale romano, in H. KUPISZEWKY, W. WOŁODKIEWICZ [ed.], *Le droit romain et sa réception en Europe. Actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d’Administration de l’Univ. de Varsovie en collaboration avec l’Accademia Nazionale dei Lincei [Varsovie 8-10 octobre 1973]*, Varsovie, 1978, p. 168 e nt. 16).

³⁰ Secondo C.A. CANNATA, *La classificazione*, cit., p. 55, «Modestino ha dunque anzitutto perfezionato la quadripartizione con l’aggiunta del *genus* dell’*obligatio re et verbis*; precisazione impeccabile, poiché altrimenti il mutuo con *stipulatio*, interpretato alla stregua della *divisio* quadripartita darebbe luogo al sorgere di due distinte obbligazioni. Ma questa precisazione risultava opportuna, anzi necessaria,

ius honorarium settori all'interno dei quali si sarebbero potute scorgere altre *causae obligationum*, con riferimento prevalente a quelle imputabili a fatto illecito³¹, ma anche a figure che – pur non originandosi *re, verbis, re et verbis, litteris, consensu* – avrebbero ricevuto tutela pretoria in quanto protese a perseguire interessi leciti. La *necessitas*, se effettivamente presente, avrebbe funto da 'norma di chiusura' del sistema, rispetto ad obblighi inderogabili oppure, anche, sorti dall'esigenza (non inderogabile, ma in ogni caso talvolta ineludibile) di perseguire l'*utilitas absentium*, come nel caso della gestione spontanea di affari altrui³².

perché i quattro *genera obligationum* erano concepiti in funzione di una corrispondenza biunivoca: le obbligazioni possono nascere *re, verbis, litteris, consensu*, e quando si realizzano le fattispecie che corrispondono ai quattro enunciati (*datio, expensilatio, stipulatio*, contratto consensuale) si ha sempre l'effetto obbligatorio (cioè sorgono obbligazioni, con le modalità e il contenuto che ciascun tipo di fattispecie comporta). Questi cinque *genera*, però, non comprendono «tutte le *causae obligationum* possibili; altre, infatti, ve ne sono – previste da leggi, o sanzionate da speciali rimedi del *ius honorarium*, o che sono le conseguenze di particolari situazioni – le quali non sono riconducibili ai cinque *genera*».

³¹ Osserva sul punto C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico (Studi sulle obbligazioni II)*, in *Iura*, 1970, XXI.1, p. 69, che, non potendo contare i giuristi romani – analogamente a quelli di 'Common Law' – su un principio generale del tipo di quello enunciato dall'art. 1382 (e poi riportato, non senza significative variazioni di matrice tedesca, nell'art. 2043 cod. civ. it. 1942), «essi possedevano una casistica, posta dalla legge (XII *tab.*: *furtum, iniuria; lex Aquilia*) o dall'editto pretorio (rapina, *actio de dolo, actio quod metus causa, de albo corrupto, de sepulchro violato, actio servi corrupti, de effusis et deiectis, de posito et suspensio*, etc.): le estensioni operate dalla giurisprudenza, in particolare quelle della *lex Aquilia*, non dovevano dare luogo a problemi particolari». Ricondotto il problema dogmatico ravvisabile in D. 19.5.11 (Pomp. 39 *ad Q. Muc.*) e riguardante le *actiones in factum ad exemplum legis Aquiliae* «ad un fondamento che starebbe nella *lex* stessa», il Cannata notava come «in tutti questi casi l'individuazione del fatto che generava l'obbligazione era assicurata dalla descrizione della fattispecie che si trovava nella legge o nell'editto; questi erano, naturalmente, stati fatti oggetto di interpretazione da parte della giurisprudenza [...]».

³² Tenderebbe ad escludere siffatta ricostruzione G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie*, cit., p. 73, sull'assunto che «l'allievo di Ulpiano non sembra indicare con *necessitas* [...] una fonte specifica dello *ius*», ma proprio da Mod. 2 *resp.* D. 3.5.26(27) pr. si traggono elementi che potrebbero aprire la strada ad una conclusione la quale, pur non smentendo del tutto la convinzione della studiosa, indurrebbe a ridesignare la *necessitas* come catalogo residuale di entità obbliganti. Riflettendo sul testo citato (che conviene riportare: *Ex duobus fratribus uno quidem suae aetatis, alio vero minore annis, cum haberent communia praedia rustica, maior frater in saltu communi habenti habitationes paternas ampla aedificia aedificaverat: cumque eundem saltum cum fratre divideret, sumptus sibi quasi re meliore ab eo facta desiderabat fratre minore iam legitimae aetatis constituto. Herennius Modestinus respondit ob sumptus nulla re urgente, sed voluptatis causa factos eum de quo quaeritur actionem non habere*) e, in specie, sul passaggio *sumptus nulla re urgente, sed voluptati causa factos*, H.H. SEILER, *Der Tatbestand der 'negotiorum gestio' im römischen Recht*, Köln, 1968, p. 58, ravvisava nella *necessitas* – giusta la concezione di Modestino – un presupposto essenziale della *negotiorum gestio*, ipotesi non condivisa da G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, II.1. *Requisiti delle 'actiones negotiorum gestorum'*, Cassino, 2003, p. 522, secondo il quale «non v'è, dunque, allo stato delle fonti, alcuna prova di un'autonoma rilevanza della *necessitas*: anche in mancanza di essa, la *negotiorum gestio*, sussistendo gli altri requisiti necessari, era integrata purché vi fosse l'*utilitas*». Piuttosto, a suo modo di vedere (p. 526), «*necessitas* e *utilitas* [...] si collocano, dunque, su piani differenti, afferendo la prima all'opportunità e legittimità dell'intervento gestorio, per la quale sarebbe stata sufficiente, in presenza degli altri requisiti, l'utilità, la seconda alle modalità di esso».

La formulazione in parola lascia intendere che se, da un lato, Modestino conosceva le classificazioni gaiane e, in certo qual modo, si prefiggeva anch’egli l’obiettivo della completezza, dall’altro, edotto dei difetti impliciti nella *summa divisio* presentata da Gaio, il giurista severiano aveva cercato soluzioni idonee a non replicarli, collocandosi entro un orizzonte dogmatico sostanzialmente estraneo alle elaborazioni di quest’ultimo, anche a costo di marcare qualche differenza rispetto ai punti di vista ulpiane. In particolare, distinguendo tra fattispecie obbliganti e cataloghi normativi dai quali desumere altre (fonti di) obbligazioni, egli respingeva la logica livellatrice animante la dialettica secondo cui *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* (Gai 3.88) o, meglio, operando sui profili dogmatici ne riconfigurava l’assetto in modo da correggere le incongruenze sistematiche.

Per guadagnare tale risultato Modestino dovette muovere da elaborazioni facenti capo ad un impianto basato sulla chiara distinzione tra contratto e atto, in quanto tale ascrivibile sì all’orientamento labeoniano-pediano, ma reinterpretato sulla scorta di un’essenziale precisazione correttiva in ordine al pensiero di Sesto Pedio. Considerato il padre della moderna nozione di contratto sin dal risalente quanto prezioso contributo di Giorgio La Pira, secondo la dottrina dominante il giurista³³ avrebbe scorto nell’accordo l’elemento essenziale comune alle varie categorie, ancora disunite, delle fonti obbligatorie convenzionali, riducendole così a *species* di un medesimo *genus* ed ampliando la portata attribuita al *contractus* da Labeone, tanto da provocare la dissoluzione in quest’ultima categoria di tutte le figure da atto lecito in esito all’attuazione delle quali si sarebbero generate obbligazioni in capo ad una sola delle parti³⁴.

Secondo il più recente argomentare Pedio avrebbe invece perseguito un obiettivo del tutto opposto, su cui ha fatto luce Luigi Garofalo in riflessioni tanto acute quanto meritevoli – a cagione della loro breviloquenza – di approfondimento monografico:

³³ La difficoltà di collocare in modo diacronicamente attendibile la vita e le opere di Sesto Pedio appare in tutta evidenza nelle prime pagine della ricerca di C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l’editto*, Milano, 2005, pp. 4 e ss. e nt. 14, che, dopo avere delineato concisamente i tre orientamenti tradizionali (scorcio finale dell’età giulio-claudia; epoca traianea; periodo adrianeo), formula una quarta ipotesi. Ad avviso dell’autrice, infatti, Pedio avrebbe operato verso la fine del I sec. d.C., come attesterebbe direttamente (p. 6) «la sigla S.P.M., sciolta in *Sexti Pedii Medivani*, presente negli *excerpta* dalle *Notae Iuris* di Valerio Probo conservati nel *Codex Einsidlensis* n. 326» e, mediamente, il fatto «che egli abbia commentato l’editto non ancora riordinato da Salvio Giuliano» (indizio, quest’ultimo, a sostegno del quale rileverebbero «le considerazioni sulla sistematica edittale che scaturiscono dallo studio palinogenetico delle citazioni pediane»).

³⁴ Cfr. G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in *BIDR*, 1938, XLV, pp. 294 e ss., secondo cui «il *pactum conventum* non è soltanto una categoria del diritto pretorio: è altresì una categoria del diritto civile perché in essa si unificano tutti i negozi bilaterali che producono obbligazione [...] Il difficile qui stava nel porsi per la prima volta il problema. Si trattava di un’intuizione felice che era sfuggita allo stesso Labeone (il tentativo di unificare non è riuscito in D. 50.16.19): ma una volta posto il problema la soluzione si imponeva: l’analisi delle varie *causae* contrattuali di obbligazione (*re, verbis, litteris, consensu*) non poteva non dare, quale elemento genetico, la *conventio*».

in margine a D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed.*) e, più esattamente, con specifico riferimento al passaggio *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat*, egli esclude non solo che il giurista impieghi contratto ed obbligazione in forma di endiadi (alludendo, dunque, al contratto produttivo di obbligazioni e all'obbligazione generata da contratto), «ma pure che la sua nozione di contratto fosse più ampia di quella maturata da Labeone, tanto da coincidere con il concetto di negozio bilaterale con effetti obbligatori»³⁵.

Lo studioso propende per la maggiore plausibilità dell'interpretazione opposta, sostenendo che Pedio avesse accettato «la separazione fra atto e contratto proposta da Labeone con implicito riferimento agli accordi con cui una o ciascuna parte prometteva di effettuare una prestazione nei confronti dell'altra, rimodulando però in senso restrittivo l'area coperta dalla seconda figura, onde impedire l'eclissarsi della sottoclasse dell'atto a carattere reale»³⁶. Sesto Pedio, quindi, perfettamente consapevole sia delle forti potenzialità espansive insite nella nozione labeoniana di contratto, sia – comunque – del fatto che la sussistenza di una *conventio* avrebbe caratterizzato tanto l'*ultra citroque obligatio*, quanto l'*agere re, verbis e litteris* (profilo, quest'ultimo, senza dubbio non sfuggito allo scolarca proculiano, il quale, tuttavia, lo lasciava in ombra e si concentrava sull'individuazione delle condizioni sussistendo le quali quell'accordo avrebbe ricevuto protezione giuridica³⁷), avrebbe ridefinito la nozione di contratto, onde fare in modo che essa non fagocitasse tutti gli atti leciti produttivi di obbligazioni in capo ad una sola parte.

L'esegesi del *dictum Pedii* così riformulata, in specie nel passaggio *nullum esse contractum, nullam obligationem*, consente di superare l'ipotesi endiadica e di mantenere l'autonomia di ciascuna entità dogmatica, giacché – recuperando le enunciazioni di

³⁵ L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, p. 350, poi anche in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano, 2007, p. 28; per un'ulteriore aggiornamento, cfr. ID., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova, 2011, pp. 45 e ss. (corrispondenti al § 7, dal titolo *Il contratto nella giurisprudenza classica: teoriche costitutive e strumenti di tutela*).

³⁶ L. GAROFALO, *Contratto*, cit., pp. 350-351; v. altresì, sul differente impiego della nozione pediana di *contractus* nella *divisio obligationum* proposta da Gaio, C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., p. 82 e nt. 224.

³⁷ Labeone non avrebbe espressamente fatto cenno all'elemento convenzionale «perché la tematica sottesa alla sua dissertazione su atto e contratto riguarda non già il modo in cui gli uni e gli altri rapporti potevano sorgere (ché, se questa fosse stata, Labeone li avrebbe probabilmente accorpati sulla base del loro discendere da una pluralità di fonti di omogenea natura convenzionale), bensì le condizioni al ricorrere delle quali l'ordinamento accoglieva in sé, assicurandone la tutela, gli accordi che prevedessero l'impegno di una o di ciascuna parte di eseguire una prestazione [...] a vantaggio della controparte». Dette condizioni erano individuate, dal giurista, «quanto ai rapporti obbligatori della prima specie, nell'esserci, accanto all'accordo, la consegna della *res* o la pronuncia dei *verba* o l'uso delle *litterae*; quanto ai rapporti della seconda specie, nel contenuto stesso dell'accordo, avente a oggetto il vincolo di ciascuna parte a compiere una prestazione a favore dell'altra» (così L. GAROFALO, *Contratto*, cit., p. 346).

Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19 – *contractum* si identificherebbe con *ultra citroque obligari* (cadendo l'oggetto dell'accordo su uno scambio di prestazioni) e *obligationem* alluderebbe ad *actum quidem generale verbum esse, sive verbis, <sive litteris>, sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione*³⁸ (in ogni caso produttivo di obbligazioni in capo ad una sola delle parti).

Si è detto che Modestino, nell'intento di superare i molteplici difetti infirmanti la *summa divisio* gaiana, attinge ad elaborazioni concettualmente indipendenti da essa, opzione che il giureconsulto persegue con coerenza laddove rinuncia ad individuare nel contratto e nel delitto le categorie deputate ad esaurire il novero delle fonti di obbligazione: l'abbandono di tale prospettiva implica una scelta drastica, che non apparirebbe congruente se – oltre a Labeone, cui indiscutibilmente si richiama – il suo punto di riferimento fosse costituito dal contributo pediano interpretato in termini consensualistici e, quindi, inteso come piattaforma concettuale per gli svolgimenti gaiani. Di converso, il presupposto dogmatico del giureconsulto severiano non può che avvistarsi in orientamenti i quali, riproiettando l'area del contratto al fine di eliderne le virtualità espansive, vengano a circoscrivere quest'ultimo soltanto e strettamente all'ipotesi dell'accordo avente per oggetto uno scambio ed esigano, da un lato, nel caso di convenzioni atipiche, un segno di evidenziazione della giuridicità (in chiave dogmatica, ma pure in vista dell'apprestamento di tutele stabili) e, dall'altro, nel caso dell'*agere re verbis litteris*, una nitida corrispondenza delle figure ivi ricomprese a specifici 'tipi' edittali (essendo colà previsti i rimedi appositamente attivabili).

In tale prospettiva, dunque, l'analisi ascrivibile a Labeone e resa ancora più stringente da Pedio, sul presupposto di una netta distinzione tra contratto e atto, costituisce l'abbrivio per l'operazione perfezionata da Modestino: va aggiunto che un'ulteriore indizio a supporto di quanto ipotizzato va scorto nell'ampliamento della gamma di entità obbliganti, reso palese dall'inciso *simul utroque*, cioè dal rilievo attribuito alle obbligazioni concluse *re et verbis*³⁹. Ereditando la problematica dalle rifles-

³⁸ A riconoscere ciò era lo stesso G. LA PIRA, *La personalità*, cit., p. 311, che, tuttavia – come rilevato da L. GAROFALO, *Contratto*, cit., p. 353 – poi avanzava nel proprio ragionamento attribuendo a Pedio un passaggio ulteriore, in quanto il giurista classico «riconduce le due *species* di *actum* e *contractum* ad un unico *genus*: la *conventio*». In prosieguo di tempo Gaio, quindi, avrebbe semplicemente riordinato per via sistematica e a scopo isagogico gli approdi dogmatici ascrivibili all'elaborazione pediana, cui si sarebbe attribuita la valorizzazione delle potenzialità insite nelle teoriche labeoniane e la susseguente riformulazione della nozione di contratto, fondata sulla *conventio* quale elemento unificante destinato a compattare in una categoria onnicomprensiva (e, nel contempo, a dissolvere) le figure enumerate in D. 50.16.19.

³⁹ Dando inizio ad una parentetica ma densa precisazione sul problema, C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., pp. 93 e ss., osserva come Modestino affrontasse una questione «che i giuristi classici, almeno a partire dai tempi di Pomponio, si erano posti in relazione alla prassi assai diffusa di accompagnare un mutuo di denaro con la *stipulatio*, con la quale il mutuatario prometteva la restituzione di quanto riceveva, o quella somma aumentata da interessi, o soltanto gli interessi». L'implausibilità di un glossema post-classico è corroborata dal fatto che il giurista andava sviluppando linee di pensiero già appartenute al suo

sioni di Ulpiano, che ne aveva trattato ragionando in una prospettiva molto vicina a quella gaiana e servendosi di una terminologia contermina, Modestino l'avrebbe rielaborata conformemente alle proprie esigenze, cioè ravvisando nella figura in parola un'ulteriore ed autonoma entità obbligante, come tale estranea alla concezione di Gaio. Adottandosi l'angolo visuale di quest'ultimo, infatti, non avrebbe avuto senso implementare la *divisio*, dato che si sarebbe comunque avuto a che fare con un contratto, pure dotato di qualche peculiarità, ma non certo estraneo al minimo comune denominatore rappresentato dalla *conventio*: percorrere una strada alternativa avrebbe invece implicato, oltre ad un parziale distacco dalle teoriche del maestro, l'adesione preliminare ad un orientamento che muovesse dall'elaborazione labeoniana onde poi, tenendo a freno la forza espansiva della nozione di contratto in essa enucleata, conservare una rigorosa distinzione categoriale tra quest'ultima e le fattispecie riconducibili all'atto produttivo di obbligazioni per una sola parte, secondo la linea – alla luce dell'interpretazione di Garofalo – compiutamente perseguita da Pedio.

Dopo essersi liberato dell'idea di *conventio* come elemento concretamente unificante le due summenzionate categorie labeoniano-pediane, ma costruttivamente orientato a dissolverne l'individualità, Modestino deve procedere in modo simmetrico rispetto alle *obligationes ex delicto* o, per meglio dire, riguardo alla categoria dei *delicta*, al fine di tenere indenne il suo spazio dogmatico dalla soluzione in esito alla quale (seguendo Gaio) le singole *species* sarebbero state riconvertite tutte quante in *genera* dell'*obligatio ex contractu*. Va ricordato, sul punto, che Gai. 3.182, iniziando ad illustrare analiticamente le fattispecie delittuali, enumera *furtum*, *rapina*, *damnum* e *iniuria*, ma poi – sì da evitare malintesi di natura sistematica – subito corregge il tiro puntualizzando come l'obbligazione relativa ai casi menzionati «consista di un unico genere, mentre le obbligazioni da contratto si distinguono in quattro generi»⁴⁰.

maestro, Ulpiano, il quale, nel lib. 46 *ad Sabinum* (D. 46.2.6.1), definiva *unus contractus* la fattispecie integrata dalla contestuale conclusione (*ex continentibus*) di mutuo e *stipulatio*. Invero, secondo l'autore (p. 99), «il termine *contractus*, per quanto vicino al modo di esprimersi di Gaio, non è impiegato nel senso proprio di 'contratto' (che certo era tecnico per Ulpiano solo con riguardo ai contratti consensuali), ma allude unicamente ad un 'fatto mediante il quale *obligatio contrahitur* (si contrae un'obbligazione)'».

⁴⁰ Gai. 3.182: *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus*. La ragione per la quale i quattro delitti elencati dal giurista vadano ricondotti ad un solo genere, sottintesa nelle *Institutiones*, viene esplicitata (forse più tardi, se davvero consideriamo epiclassiche le *Res cottidianae*) in Gai. 3 *aur.* D. 44.7.4: *Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria. Quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu*, passo poi ripreso (quando si eccettui il confronto finale con le obbligazioni contrattuali) in I. 4.1 pr.: *Cum expositum sit superiore libro de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio dispiciamus. sed illae quidem, ut suo loco tradidimus, in quattuor genera dividuntur: hae vero unius generis sunt, nam omnes ex re nascuntur, id est ex ipso maleficio, veluti ex furto aut rapina aut damno aut iniuria*. Tutte quante le figure d'illecito menzionate, infatti, sorgerebbero *re*, ossia per effetto di una condotta qualificata essa

Incline alla ricerca dei meccanismi in parola, Modestino non avrebbe potuto affiancare ai singoli fatti obbliganti da atto lecito – recuperati, inoltre, obliterando la nozione gaiana di contratto avente nella *conventio* il *quid iuris* necessario e sufficiente – quelli classificati nel delitto, anch’esso inadeguato sia in termini di coerenza (la rapina essendo difficilmente giustificabile come illecito di *ius civile*, al punto da essere liquidata in poche battute e non senza imbarazzo da Gai. 3.209), sia in termini di completezza (non scorgendovisi traccia tanto degli illeciti pretori, quanto di importanti settori quali quelli corrispondenti all’ambito applicativo dell’*actio doli* e dell’*actio quod metus causa*). La soluzione escogitata dal giurista severiano, al fine di coprire nella maggiore misura possibile il frastagliato ambito delle obbligazioni da fatto illecito, avrebbe implicato l’abbandono dell’impostazione diairetica prescelta nella prima parte della *divisio*, in quanto fondata sulla precisa individuazione dell’elemento obbligante, onde pervenire ad una sistemazione tecnicamente assai meno puntuale, ma parimenti più efficace sul versante della capacità di includere ciascuna fattispecie.

Rettificato il criterio tassonomico, Modestino enumera due ‘cataloghi’ (del terzo, la *necessitas*, si è detto) nei quali gran parte delle obbligazioni da fatto illecito troverebbero il proprio terreno di elezione, ma proprio questo è il punto dirimente: non si tratterebbe di fonti da cui tali *obligationes* sarebbero generate, ma di aree dalle quali dette fonti potrebbero essere estratte, una volta individuate. L’assestamento della piattaforma dogmatica soggiacente all’operazione diairetica finisce per riverberarsi sul risultato della stessa, rendendolo soltanto parzialmente premiante sotto il profilo della coerenza e della completezza, sebbene certamente più solido rispetto all’impianto gaiano: a tale proposito, vanno indicati i pregi e le manchevolezze della *divisio* modestiniana, assumendo come punto di riferimento alcune osservazioni articolate da Carlo Augusto Cannata a riguardo della bipartizione di Gaio.

In primo luogo, questi avrebbe commesso vari errori dogmatici, ancorché giustificati dalla ricerca di una sistemazione agile ed esauriente utilizzabile come «griglia portante della trattazione istituzionale delle obbligazioni»⁴¹: in particolare, il giuriconsulto avrebbe del tutto smarrito «la percettibilità della differenza strutturale

stessa come delittuale, spiegazione invero fragilissima: pare, piuttosto, che – a differenza dei *genera* di obbligazione da contratto, i quali, nella loro modalità di perfezionamento, continuano a riecheggiare l’originaria autonomia dell’*actum* – Gaio abbia ricercato un surrogato all’evidente eterogeneità della categoria, non configurabile né sulla base della comune origine storica, né dell’elemento soggettivo, né tanto meno dell’idoneità ad includere tutte le condotte sanzionate da azioni penali private. Circa l’ipotetico collegamento con D. 48.19.16 pr. (Cl. Sat. *l. s. de poenis pag.*), la cui diairesi *facta-dicta-scripta-consilia* evocherebbe la classificazione *re-verbis-litteris-consensu*, cfr. G. SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano*, Milano, 1961, pp. 255 e ss. (rist. Bologna 1994, pp. 195 e ss.) e C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., p. 112, mentre, sulla vita e personalità dell’oscuro giurista, v. ID., ‘*Saturninus*’, in ‘*Vincula iuris*’. *Studi in onore di M. Talamanca*, I, Napoli, 2001, pp. 358 e ss.

⁴¹ C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., p. 78.

tra l'obbligazione da fatto lecito e [quella] da fatto illecito»⁴². La censura merita un breve approfondimento coinvolgendo direttamente, nel suo dipanarsi, il *lege obligari*, e muove dal fatto che l'obbligazione da delitto presenta un assetto assai più compatto e concentrato di quella da contratto, riducendosi ad un solo momento, «che è insieme quello del verificarsi della fonte dell'obbligazione (che coincide con la realizzazione dell'illecito), della nascita dell'obbligazione, del sorgere dell'azione a tutela di tale obbligazione e dell'esperibilità dell'azione stessa»⁴³. Mentre l'illecito contrattuale, dunque, si fonda su un comportamento lesivo del tutto interno alla vicenda obbligatoria, invece, nell'obbligazione da delitto, «la qualifica di illecito del comportamento rilevante precede l'inizio della vicenda obbligatoria, perché tale qualifica di illiceità è data dalla legge, o altra fonte autoritativa, che prevede come delittuosa la fattispecie in questione»⁴⁴. Ne consegue che le nozioni di adempimento e inadempimento attingono al regime dell'obbligazione da fatto lecito, mentre sono estranee alle figure delittuali: pertanto «il delitto, quando viene commesso, fa sorgere, insieme all'obbligazione, un'azione già esperibile»⁴⁵. Si tratta di un problema strutturale, produttivo di ricadute sistematiche perché – secondo Cannata – «l'obbligazione da fatto illecito dovrebbe essere posta non al livello dell'obbligazione da contratto, ma a quello dell'inadempimento dell'obbligazione da contratto»⁴⁶ e Gaio avrebbe commesso proprio questo errore, cui Modestino avrebbe rimediato, seppure in modo alquanto peculiare, vale a dire fuoriuscendo dall'orizzonte dogmatico appena evocato. Il giurista tardoseveriano, infatti, non avrebbe posto artificialmente sullo stesso piano tutte le fonti di obbligazione, ma si sarebbe impegnato a superare il dilemma accostando ad alcune entità obbliganti (solo apparentemente riconducibili al contratto gaiano e, comunque, afferenti al campo degli atti leciti) i settori dai quali trarre i fatti illeciti aperti all'azione: in definitiva, avrebbe rimediato al difetto della bipartizione ascrivendo correttamente a piani diversi i meccanismi obbliganti. Avendo rigettato le teoriche gaiane Modestino non avrebbe potuto procedere secondo le modalità tratteggiate da Cannata, ma, in certo qual modo, l'approdo si sarebbe ispirato alla medesima logica, intesa a non mescolare in un'unica diairesi (*rectius*: in una classificazione 'livellatrice') figure dogmaticamente distinte (e, dunque, non parificabili se non all'esito di un ragionamento indebitamente semplificatore) sul piano delle fonti di obbligazione. Entro tale prospettiva, l'inserimento della legge e del diritto onorario nell'enumerazione assolvono alla funzione protesa a 'riconciliare' la dogmatica alla sistematica.

In secondo luogo, la bipartizione gaiana ignora le obbligazioni da atto lecito dalle quali esulerebbe l'accordo delle parti in funzione costitutiva del vincolo, unitamente

⁴² *Ibidem*, p. 90.

⁴³ *Ibidem*, p. 84.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

– come anticipato – a quelle da atto illecito non rientranti nei quattro (in realtà tre) *delicta* civilistici: vuoi per l’esclusione di tutto quanto fosse tutelato *iure honorario*, vuoi per il desiderio di «impiegare una nozione di contratto che potesse comprendere tutte le fonti delle obbligazioni» fondate sopra una *conventio*⁴⁷, si sarebbe ravvisata l’esigenza di recuperare le figure pretermesse, soddisfatta dai ‘cataloghi’ di Modestino. Se è vero, infatti, che legge e diritto onorario avrebbero incluso quasi tutti gli illeciti, è d’altro canto ipotizzabile che l’operazione non si limitasse a questi ultimi, ma finisse per abbracciare (con speciale riferimento al diritto pretorio) anche una parte delle obbligazioni da atto lecito – secondo la visione gaiana – non contrattuali. Sotto tale profilo, l’impianto divisorio confezionato dal giurista tardoseveriano ha il merito, come è stato notato, di avere superato quella concezione ristretta secondo cui l’*obligatio* sarebbe gelosamente appartenuta al *ius civile*⁴⁸.

In terzo luogo, più difficile da individuare appare il contributo reso dal giureconsulto severiano rispetto ad un’ulteriore pecca insita nella bipartizione gaiana, concernente le obbligazioni assunte *re*, ma originata dalla persistente fedeltà alla tradizione dogmatica che limitava queste ultime al mutuo, reclamando una *datio* traslativa della proprietà (Gai. 3.90: *re contrahitur obligatio velut mutui datione*); quando la *res data* non avesse più avuto ragione per essere trattenuta nel patrimonio del mutuatario, allora – nel caso di mancato ritrasferimento spontaneo, quindi di inadempimento – sarebbe stata esperita la *condictio* onde ripristinare l’equilibrio violato. Avendo aderito a questa teorica Gaio non avrebbe in alcun modo accennato a deposito, comodato e pegno, ovvero a quelle figure *iure gentium* cui era estraneo l’orizzonte rimediale integrato dall’azione in ripetizione, perché connotate da *traditio* del bene non idonea a provocarne la fuoriuscita dalla titolarità del *dans*. In argomento, va ricordato come al mutuo egli accosti solo l’*indebiti solutio* (3.91), sagomando questa fattispecie sulla precedente, e che soltanto nel secondo libro delle *Res cottidianae* (D. 44.7.1.3-6) si introducano i contratti – come tali qualificandoli – precedentemente non menzionati: a fondamento di tale integrazione si scorge la trasfigurazione della *datio*, identificata ora con la mera *traditio* e non più con la consegna traslativa della proprietà, così da permettere l’inclusione nella categoria di deposito, comodato e pegno senza – simultaneamente – espellerne il mutuo, concluso in ogni caso con la consegna del bene e parimenti implicante un obbligo di restituzione. Intendere se

⁴⁷ Cfr. C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., p. 80, secondo cui «si tratta di una prospettiva che influenzerà non poco il pensiero giuridico a venire, nel quale la nozione di contratto ha acquistato, almeno nella dottrina dei giuristi operosi negli ordinamenti di *Civil Law* dell’Europa continentale, una dimensione tendenzialmente amplissima con tutti i pregi e tutti i difetti delle categorie giuridiche dai contorni sfumati».

⁴⁸ «Modestino, tra l’altro [...] mostra di avere ormai del tutto superato quel certo, per così dire, purismo, tenace presso i giuristi romani, per cui, malgrado non infrequenti atteggiamenti alquanto liberi, l’*obligatio* restava una figura del *ius civile*», giacché egli «ormai, parla apertamente di obbligazioni appartenenti al *ius honorarium*» (così C.A. CANNATA, *La classificazione*, cit., p. 57).

Modestino abbia condiviso la medesima logica, dando spazio al modificato concetto di *re obligari*, non è agevole, sebbene due elementi sembrano parzialmente deporre in senso contrario: da un lato l'inserimento nella sua *divisio* dell'entità descritta come *simul utroque*, cioè *re et verbis*, la cui accezione sembra alludere alla dialettica corrente esclusivamente tra *datio mutui* e *stipulatio*, dall'altro la fedeltà – non certo aprioristica, ma nel caso di specie ragionevolmente ipotizzabile – al rigoroso incedere dogmatico della giurisprudenza severiana. Perseguendo anch'egli la completezza del disegno diairetico e il rispetto dell'elaborazione tradizionale, la questione gli si sarebbe perfettamente prospettata, onde essere risolta senza 'forzare' l'inquadramento delle fattispecie di consegna non traslativa del *dominium*, come sarebbe avvenuto se deposito, comodato e mutuo fossero stati ascritti ad uno dei cinque meccanismi obbliganti enumerati nella prima parte della classificazione⁴⁹; piuttosto, tali figure

⁴⁹ Ad avviso di G. SEGRÉ, 'Obligatio', 'obligare', 'obligari' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, III, Milano, 1930, pp. 522 e ss., Modestino sarebbe stato «seguace della dicotomia» tra *contractus* e *delictum*, opinione che lo studioso avrebbe tratto da Cons. 10.2.1-3, con specifico riferimento al § 1, in cui il comodato viene esplicitamente definito 'contratto': *Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur: in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur*. Pur reputando possibile una rielaborazione postclassica (in linea con le *Res cottidianae*, qualora si collochino in quell'epoca; cfr., in senso favorevole a siffatta 'Überarbeitung', F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 225) dei suoi *libri differentiarum* e, specificamente, del secondo, da cui il passo sarebbe stato escerpito ad avviso di O. LENEL, 'Palingenesia iuris civilis', I, Lipsiae, 1889, col. 702, n. 9, il testo conterrebbe – sempre secondo lo studioso di origine mantovana – «per certo ben più di un nucleo genuino», sulla base del confronto con Gai. 2.60, Gai. 4.182 e D. 13.7.24 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*). Il ragionamento si traduce, tuttavia, in una sorta di *interpretatio abrogans* e conduce alla formulazione di illazioni proclivi a corroborare l'orientamento esattamente opposto, perché, in primo luogo, Segré dubita «che nell'elenco delle *causae obligationum* in Mod. fr. 52 D. 44, 7, non comprendendo la prima categoria *re verbis <litteris> consensu obligamur* tutte le obbligazioni *ex contractu* (cfr. Coll. X, 2, 1-3), né essendo definita come *ex contractu*, gli altri casi fossero indicati come ulteriore categoria *ex contractu*, per es., *ex alio contractu*, o *e ceteris contractibus*»; a fronte dell'adesione all'impianto ricostruttivo di Gaio, che connoterebbe – se così fosse – l'elaborazione di Modestino, contraddicendo in radice la stessa finalità del suo sforzo classificatorio, l'autore proponeva una ricostruzione orientata assai diversamente, non escludendo che il giurista severiano «potesse non solo pensare ad un *obligari iure honorario*, ma anche, e ciò naturalmente è più dubbio, aver scritto così anziché *ex edicto praetoris* o *praetoria iurisdictione*». Osservato che l'approdo, ben diversamente da quanto supposto inizialmente, si staglia al di fuori dell'orizzonte concettuale gaiano, è opportuno dare seguito al ragionamento di Segré, secondo cui «comunque fosse, tale categoria o poteva avere sua ragione in ciò che i casi di *obligatio* introdotti dalla giurisdizione pretoria in quanto simili ai casi di *obligationes ex contractu* fossero da lui ritenuti immediatamente derivanti dalla sua *iurisdictione*, o (seppure vi è uno spunto classico nella oscura spiegazione data al § 6 [di D. 44.7.52]: *Iure honorario obligamur ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipiantur vel fieri prohibentur*) Modestino alludesse qui in modo speciale agli interdetti di ogni specie, esibitorii, restitutorii, proibitorii, i quali veramente tengono un posto molto particolare tra le cause pretorie di obbligazioni». Orbene, reputato estraneo alla mentalità classica il richiamo agli interdetti come fonte di obbligazione e, piuttosto, spiegabile questa aggiunta esplicativa in termini di glossema postclassico da cui si evince la netta – ancorché graduale – dissoluzione delle categorie elaborate dalla giurisprudenza proprio sino all'età severiana, non resta che attribuire ri-

(contrattuali a mente delle *Res cottidianae*) si sarebbero incasellate – in forza della protezione giuridica loro riservata – tra quelle tutelate *iure honorario*, conclusione che proverebbe come tale ambito, nel quale si sarebbero scorte ulteriori fonti di obbligazione, non sarebbe stato popolato unicamente dagli illeciti pretori.

In buona parte emendata dei difetti insiti nella bipartizione gaiana, tanto rilevanti da suggerire vari rabberciamenti, la *divisio* di Modestino – priva di finalità didattiche, sebbene sul punto le opinioni non siano pacifiche in dottrina⁵⁰ – avrebbe denotato una maggiore precisione dogmatica senza, tuttavia, risultare immune da aporie dovute alle esigenze totalizzanti che il giurista tardoseveriano si era comunque ripromesso di soddisfare.

Oltre all’ indefinita fisionomia del catalogo costituito della *necessitas*, le cui estrinsecazioni pratiche non sembrano chiaramente accertabili (né pare credibile ridurre la categoria agli obblighi gravanti sull’eredità necessario) e sempre che la menzione di essa sia genuina⁵¹, una serie di «figure non contrattuali, analoghe ai contratti

lievo all’ evocazione delle obbligazioni derivanti dalla *iurisdictio* pretoria, richiamo il quale (depurato del riferimento alle obbligazioni da contratto, vale a dire alla solita matrice gaiana) veicola il ragionamento dogmatico e le sue ricadute classificatorie in prossimità dell’ interpretazione più verosimile.

⁵⁰ Questa impostazione ha incontrato sempre meno favore in dottrina, laddove già F. SCHULZ, *Geschichte*, cit., p. 210, aveva colto la prossimità (anche se non in tutti i casi) di *regulae*, *definitiones*, *differentiae*, *sententiae*, *opiniones* alla forma e al contenuto delle *institutiones*, in quanto assimilabili a cataloghi di regole giuridico-grammaticali privi di casistica e di commento, tendenzialmente inclusivi dell’ intero diritto privato e, talvolta, non ignari della materia penalistica; sul punto ha poi insistito P. STEIN, *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, 1966, pp. 88-89, il quale, proprio trattando di Modestino, ha però aggiunto che le *Regulae* del giurista tardoseveriano sarebbero state scritte (analogamente a quelle di Marciano) «for those who had already been grounded in the elements of law, and who had become accustomed to organising their legal knowledge around certain basic categories», sì da essere senza dubbio fruibili «by imperial officials». Considerata la difficoltà di utilizzare i commentari di Paolo, Ulpiano e Papiniano («immense repertoires of case law too unwieldly for regular use»), i pratici e i funzionari avrebbero preferito avere a che fare con testi «in which the relevant material, though less comprehensive, could at least be more easily found» e, dunque, le *Regulae* tardoclassiche, seppure meno solide dogmaticamente, «were provided with a minimum citation of authority to meet the needs of the ordinary legal practitioner». Recentemente G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie*, cit., p. 13, è parsa condividere l’ orientamento secondo cui l’ opera di Modestino avrebbe costituito un’ eccezione all’ interno del panorama delle *Regulae*, «in quanto presenta una sistemazione di materiali comparabile con la letteratura istituzionale» (cfr. B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., pp. 130-131, con particolare riferimento al contenuto delle regole definitorie; D. LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, pp. 227-228; in una prospettiva più ampia, A. CORBINO, *Caso, diritto e ‘regula’. Limiti della funzione normativa del caso deciso nella visione romana*, in *RIDA*, 2014, LXI, pp. 57 e ss.), sicché «molti elementi inducono a credere che appartenga a quel genere di opere dedicate all’ insegnamento ‘avanzato’, scritte per coloro che hanno già una base di conoscenza dei fondamenti del diritto».

⁵¹ In argomento, C.A. CANNATA, *Sulla ‘divisio obligationum’*, cit., p. 70, originariamente si diceva certo che – dopo gli studi di Mayer-Maly – la *divisio* fosse classica e, in specie, l’ autore austriaco avesse accumulato prove sufficienti a non espungere da essa l’ *obligari necessitate* (in ciò criticato da M. TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni [dir. rom.]*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, p. 39, nt. 257, per il quale l’ adesione di Cannata alla tesi della genuinità sarebbe stata «tanto completa quanto

consensuali»⁵² non troverebbero spazio nei cinque *genera* appartenenti alla diairesi iniziale e neppure rinverrebbero la propria fonte obbligatoria nei due settori normativi preordinati a concludere l'enumerazione. Si tratterebbe, in sostanza, di entità inclassificabili a causa della loro natura di «creazioni tipicamente giurisprudenziali»⁵³, vale a dire delle gestioni senza mandato (che danno luogo all'*actio negotiorum gestorum* e all'*actio tutelae*, sebbene la prima potrebbe essere ascritta all'operare della *necessitas*), delle fattispecie comunitarie non inquadrabili nel contratto di società⁵⁴ e delle situazioni nelle quali l'azione viene accordata quando il contratto sia nullo o inesistente⁵⁵; a fronte della sistemazione delle obbligazioni nascenti da *receptum* e da *pecunia constituta* all'interno del diritto pretorio, non altrettanto si sarebbe potuto postulare per il *legatum per damnationem* e per quello *sinendi modo*, nonché (trascorrendo verso figure via via sempre più delittuali o connesse a queste ultime) per posizioni tutelate attraverso *actiones in factum ad exemplum legis Aquiliae* – di derivazione giurisprudenziale, più che edittale – o mediante *condictio ex causa furtiva*⁵⁶.

3. Il percorso verso i diversi significati attribuiti dalla compilazione giustiniana alla menzione della *lex* nel passo esaminato

In base alla ricostruzione e all'interpretazione del passo nella sua conformazione genuina, dunque, *lex* e *ius honorarium* includerebbero quasi completamente le obbligazioni da fatto illecito presentate dalle sistematiche di paternità gaiana, perché alla prima andrebbero ascritti gli illeciti di *ius civile* – con qualche larghezza circa la rapina, assimilata ad un furto aggravato e quindi tenuta agganciata alla matrice civilistica – e al secondo verrebbero ricondotte le figure pretorie integranti, nella riformulazione

immotivata»); all'esito di una prolungata riflessione, tuttavia, lo studioso lombardo ha mutato radicalmente la propria opinione sino a concludere che «comunque, quanto all'obbligazione che proviene dalla *necessitas*, resta solo il problema di stabilire come una simile idea, francamente peregrina, sia pervenuta nel testo di Modestino» (C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., p. 70).

⁵² C.A. CANNATA, *Classificazioni*, cit., p. 59 e nt. 59, secondo cui «quello di non offrire strumenti dommatici coerenti per la classificazione dei quasi-contratti (consensuali) è il limite caratteristico della *divisio romana*» (richiamando egli le figure nelle quali «il regime è assimilabile a quello dei contratti consensuali, [in quanto] è ovvio che la nozione di quasi-contratto implica proprio l'assenza dell'accordo delle parti»).

⁵³ C.A. CANNATA, *Classificazioni*, cit., p. 59.

⁵⁴ «Quelle, cioè, che danno luogo ad obbligazioni che vengono in considerazione nelle divisioni giudiziali attuate con l'*actio communi dividundo* o l'*actio familiae erciscundae*» ad avviso di C.A. CANNATA, *Classificazioni*, cit., pp. 59-60 e nt. 61, delle quali è traccia in D. 10.2.25.16 (Paul. 23 *ad ed.*) e D. 10.3.1 (Paul. 23 *ad ed.*).

⁵⁵ Si alluderebbe «all'errore sulla capacità di una parte al momento del consenso (ad es. comodato o mandato concluso con un *homo liber bona fide serviens*: D. 13.6.13.2 [Pomp. 11 *ad Sab.*])», sempre ad avviso di C.A. CANNATA, *Classificazioni*, cit., p. 60.

⁵⁶ Cfr. C.A. CANNATA, *Classificazioni*, cit., p. 61.

giustiniana, le *obligationes quasi ex maleficio*⁵⁷. Sotto questo profilo, si tratterebbe di due ambiti da cui desumere entità classificabili, quindi, come tali, inadeguati a costituire essi stessi fonti di obbligazione: se ne concluderebbe, dunque, che la legge (aspetto, questo, di precipuo interesse) si sarebbe atteggiata a ‘causa remota’ di obblighi azionabili, ma non sarebbe potuta fungere da ‘causa prossima’⁵⁸. Sul punto, coglie nel segno la risalente riflessione del Segré, secondo cui – nella concezione dei giuristi classici allineati alla piattaforma dogmatica sfociante nella bipartizione gaiana – le azioni eventualmente introdotte da *leges comiziali* o *datae* sarebbero rientrate nei «quadri consueti di quelle *ex delicto* o *ex contractu*»⁵⁹.

Ben faceva notare lo studioso che, ad argomentare altrimenti, si sarebbe dovuta presupporre «una restrizione della nozione di *contractus* in confronto al concetto che sta alla base della dicotomia»⁶⁰, implicante il rigetto dell’equazione tra *e contractu obligatio* e *obligationem contrahere*: in effetti, era proprio questa la logica (non gaiana) seguita da Modestino per ridefinire la classificazione dei meccanismi obbliganti. Pur appagando le proprie esigenze diairetiche attraverso una diversa sistemazione, egli non poteva ignorare l’esistenza di precetti legali dai quali si originavano direttamente obbligazioni, il cui riconoscimento è attestato anche dalla predisposizione di appositi strumenti di tutela: altra giurisprudenza severiana avrebbe ravvisato, infatti, l’esperibilità di una *condictio ex lege* in riferimento a nuove prescrizioni, il cui disposto si sarebbe fatto altresì carico di illustrare i mezzi difensivi indicandoli di volta in volta. Ciò avrebbe mutato il quadro sistematico, perché si sarebbe dovuta riconoscere alla legge l’efficacia di fonte immediata di obbligazioni: è questo, allora, il problema rispetto al quale la *divisio* modestiniana va rivisitata.

Valutata entro la classificazione dei meccanismi obbliganti secondo una prospettiva gaiana cui Modestino – quanto meno per provarne l’insufficienza delle conseguenze – deve alludere, la *lex* parrebbe riconnettersi unicamente ai *delicta* di *ius civile*. Se al giureconsulto si attribuisse di avere solo ridisegnato in modo più preciso, perché non determinato da finalità isagogiche elementari, la bipartizione di Gaio, allora si dovrebbe accedere alla conclusione secondo cui «le obbligazioni che avevano

⁵⁷ All’interno delle *Institutiones* imperiali la distinzione tra delitti e quasi delitti diviene un elemento della sistematica e, quindi, un «orpello inutile»: ad avviso di C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., p. 127, «in pratica essa non dà luogo a danni gravi, perché i singoli fatti illeciti extracontrattuali sono sempre tutti previsti dalla legge o da altre fonti autoritative, e pertanto un ausilio dommatico alla determinazione delle singole fonti d’obbligazione in tale settore non è, per tale operazione, necessario».

⁵⁸ Secondo la diagnosi di G. SEGRÉ, *Obligatio*, cit., p. 522, «qui la *causa proxima obligationis* non era per i seguaci della dicotomia la *lex*, bensì il *contractus* e il *delictum*; essi distinguevano il fatto, in virtù della *lex* immediatamente generatore dell’*obligatio*, dalla *lex*, causa remota, attribuyente, secondo essi, a questo fatto efficacia obbligatoria. La *lex* concedendo un’*actio* in quelle determinate ipotesi, le stesse ipotesi sono assunte a fattore diretto dell’*obligatio*, e non potevano non rientrare, secondo essi, nell’una o nell’altra categoria».

⁵⁹ G. SEGRÉ, *Obligatio*, cit., p. 522.

⁶⁰ *Ibidem*.

una base nella legge e nel *ius honorarium* risultavano essere praticamente soltanto le obbligazioni da delitto» (in subordine all'inquadramento della *rapina*) oppure, tutt'al più, secondo una visione più ampia, si sarebbe potuto scorgere spazio anche per gli illeciti pretori. Eppure, la verifica di tale ricostruzione richiede l'acquisizione di due ulteriori elementi, a ciascuno dei quali va attribuita una corretta rilevanza.

In primo luogo, necessita qualche approfondimento il rapporto corrente tra la nozione di *lex* come evincentesi dalla *divisio* illustrata nelle *Regulae* (e non, si badi bene, in D. 44.7.52 pr.) e il medesimo concetto traibile dalla complessiva produzione scientifica di Modestino. Va notato, infatti, come nel primo libro dell'opera menzionata il giurista affermi che *legis virtus haec est imperare vetare permittere punire*, testo poi integrante D. 1.3.7 e alla cui interpretazione Gloria Viarengo ha riservato più di qualche riga, anche avvalendosi delle riflessioni precedentemente tratteggiate dal Carcaterra⁶¹. L'espressione *virtus legis* – accantonata l'ipotesi che in origine il richiamo fosse in realtà al *ius* – non avrebbe evocato la potenza della legge, né gli elementi essenziali e costitutivi della medesima (ipotesi entrambe profilate dall'autore sopra citato), ma, piuttosto, in termini più precisi, la sua «efficacia precettiva»⁶². L'alternanza positiva-negativa *imperare/permittere* e *vetare/punire*, nonché la collocazione del passo in apertura di opera⁶³, fanno intendere come il giurista avesse inteso fornire una definizione la più ampia e generale possibile, senza riferimenti diretti al diritto privato o a quello pubblico ma, proprio per questo, valevole per entrambi i settori: analogamente alla definizione di *ius*, poi inclusa in D. 1.3.40⁶⁴, egli non avrebbe pensato ad un contesto specifico, in quanto avrebbe voluto «individuare in maniera esaustiva quali potevano essere gli effetti delle disposizioni di un testo di legge», onde «presentarli in una forma che potesse essere facilmente appresa e memorizzata»⁶⁵.

Pur non traendosi dal testo in discorso elementi che possano contribuire a meglio delineare il richiamo della *lex* nella *divisio obligationum* di Modestino, si può tuttavia valutare la reperibilità di altri spunti all'interno della sua produzione complessiva, onde accertare se il lemma afferisse puramente alle leggi *rogatae* e *datae* (includendovi i *plebiscita*, a seguito della parificazione intervenuta nel 287 a.C.) oppure includesse

⁶¹ Cfr. A. CARCATERRA, *L'analisi del 'ius' e della 'lex' in elementi primi (Celso, Ulpiano, Modestino)*, in *SDHI*, 1980, XLVI, pp. 276 e ss.

⁶² A questa conclusione perviene P. CERAMI, *Potere e ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*, Torino, 1996³, p. 203, meglio precisando come «sulla base del concetto astratto di *lex*, inteso come *'generale iussum'* o come *'commune praeceptum'* (D. 1.3.1) – al quale vengono assimilate le altre fonti – la giurisprudenza classica, specie nel III secolo, viene precisando l'efficacia precettiva della *lex*», proprio con riferimento al passo di Modestino (D. 1.3.7); sul punto, cfr. altresì G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie*, cit., pp. 29-30, pp. 41 e ss.

⁶³ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 732, n. 173.

⁶⁴ *Ibidem*, n. 174.

⁶⁵ G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie*, cit., p. 31.

anche le costituzioni imperiali (in uno con i *senatusconsulta*, avendo essi da tempo assunto forza normativa). Premessa indispensabile è che, ancora per Giustiniano, tutti gli «enunciati precettivi» di età – rispetto al suo tempo – ‘antica’ continuano a fare parte del tessuto normativo, a prescindere dal fatto che la produzione dei medesimi sia cessata da secoli; con riguardo alle leggi comiziali è stato autorevolmente detto che «discutere della loro natura giuridica e dei loro caratteri distintivi resta un fatto di assoluto rilievo, poiché è di attuale rilievo la vigenza di una parte di esse: anzi, è in discussione quale parte possa esserlo»⁶⁶.

A lungo *praefectum vigilum* e precettore di futuri imperatori, Modestino non ignora che – sul versante delle fonti di produzione – le *constitutiones principum* si sono impossessate del terreno precedentemente occupato dalle *leges*, né che le teoriche ulpianee hanno accentuato la forza cogente dei provvedimenti imperiali, in una fase nella quale la crescente concentrazione del potere nelle mani del principe incontra un temperamento sempre più flebile nell’ormai attempata «concezione repubblicana dell’onnipotenza della volontà popolare espressa con la *lex*»⁶⁷. Un indizio di tale consapevolezza in capo al giureconsulto tardoseveriano si riscontra proprio laddove la forza precettiva della legge viene scorta non nel suo *iubere*, bensì nel suo *imperare*⁶⁸, che sembra pacifico ricollegare almeno in parte alla più generale conce-

⁶⁶ Così A. CORBINO, *Caso*, cit., p. 59, giusta la riflessione del quale (nt. 71) «sono note peraltro le discussioni che – a partire dalla repubblica [...] e ancora per secoli – impegnarono gli esperti circa la precisa determinazione del concetto di *lex publica* quale strumento precettivo generale al quale continuare a riconoscere vigenza [...], non potendo evidentemente valere il mero dato formale e l’espressione *lex* indicando, tecnicamente, vari atti normativi, tanto comiziali (tra i quali per altro anche gli elettorali: Liv. 7.17.12) quanto non comiziali (come ad esempio le *leges datae*)».

⁶⁷ V. MAROTTA, *Ulpiano e l’impero*, I, Napoli, 2000, p. 73, secondo cui «la nuova illimitata autorità personale dell’imperatore sviluppa tutte le sue radici nell’ordinamento più antico», in quanto alcuni passaggi della *lex de imperio* (in specie, le parole *populus in ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*) «rivelano, allo stesso tempo, un sicuro aggancio con la tradizione costituzionale repubblicana». Vi è da aggiungere che l’elaborazione concettuale ascrivibile in materia di *utilitas publica* ai giuristi severiani e, più di tutti, ad Ulpiano, «avrebbe colto le nuove dinamiche del potere e, nel contempo, ritagliato alla giurisprudenza quel ruolo di mediazione in grado – congiuntamente ad altri fattori – di contribuire a temperare le tendenze autoritarie della dinastia» (R. SCEVOLA, *Utilitas publica*, II, *Elaborazione*, cit., p. 372).

⁶⁸ Per G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie*, cit., p. 45, «certamente gli insegnamenti di Ulpiano hanno influito su Modestino, ma non ci sono evidenze sicure che possano collegare l’*imperare* della *lex* ad Ulpiano», in quanto «è noto come solo nell’età costantiniana si affermi definitivamente un nuovo ruolo della costituzione imperiale come *lex generalis*», momento nel quale sarebbe mutata anche la terminologia. Muovendo proprio da un passo ulpiano (esattamente, D. 50.17.4 [Ulp. 6 *ad Sab.*]) delinea un differente orientamento A. CORBINO, *Caso*, cit., p. 61, secondo cui «mentre ‘*iubere*’ evoca un ‘atto autoritativo’ che sconta la necessaria mediazione interpretativa da parte del suo destinatario [...], ‘*imperare*’ evoca una subordinazione più intensa del destinatario, tenuto ad osservare il comando supinamente (il campo proprio dell’espressione è quello militare) e sottratto perciò ad ogni conseguente responsabilità», sicché pare difficile negare come il lemma impiegato da Modestino sia estraneo alla teorica ulpiana, indotta sempre più nitidamente a scorgere l’*imperare* tra gli attributi della *lex*.

zione ulpiana⁶⁹; ciò non è incompatibile, tuttavia, con la constatazione a tenore della quale talvolta i frammenti di Modestino testimoniano richiami della *lex* formulati per alludere a *constitutiones principum*, mentre talaltra l'equiparazione non si riscontra⁷⁰. Risultano tuttavia più frequenti i casi ascrivibili alla prima specie, come si evince da una precisazione della Viarengo, la quale riconosce la ricorrenza del verbo *cavere* (tipica della legge, *rogata* o *data*) per indicare il contenuto delle costituzioni imperiali⁷¹: esplorando queste fonti, poi, si ricava mediatamente un dato rimarchevole, in quanto tra di esse si individua il richiamo ad una *lex municipalis*⁷², giusto

⁶⁹ Più drastica G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie*, cit., p. 46, per la quale, in sostanza, la definizione di *lex* illustrata da Modestino «sembra collocarsi in maniera autonoma sia rispetto al maestro, sia rispetto agli altri giuristi, dai quali si differenzia nel tentativo nuovo di fissare le funzioni che esercita la legge»; la studiosa aggiunge che «in questo lavoro [il giurista] non risulta dipendere neppure dalla filosofia greca; egli si muove sul terreno del diritto positivo».

⁷⁰ Si pensi a D. 48.14.1 pr. (Mod. 2 *de poen.*): *Haec lex in urbe hodie cessat, quia ad curam principis magistratum creatio pertinet, non ad populi favorem*, passo relativo alla *lex Iulia de ambitu* del 18 a.C., in materia elettorale, ed attestante che il vigore della prescrizione sarebbe venuto meno in quanto ora la 'creazione' dei magistrati non dipenderebbe più dal consenso popolare, ma ricadrebbe nelle competenze del principe (vale a dire, nel caso di specie al *favor populi* si sarebbe sostituita la *cura principis*). Cfr., sul punto, G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie*, cit., p. 46, la quale adduce questo testo a riprova del fatto che «nelle opere di Modestino ci siano rari riferimenti alla nuova realtà del potere dell'imperatore, e non registrano l'equivalenza *lex/constitutio*».

⁷¹ In specie, si tratterebbe di D. 12.1.33 (Mod. 10 *pand.*): *Principalibus constitutionibus cavetur, ne hi qui provinciam regunt quive circa eos sunt negotientur mutuumve pecuniam dent faenusve exerceant*; D. 37.14.7.1 (Mod. *l. s. de manum.*): *Mandatis imperatorum cavetur, ut etiam in provinciis praesides de querellis patronorum ius dicentes secundum delictum admissum libertis poenas irrogent. Interdum illae poenae a liberto ingrato exiguntur: vel pars bonorum eius aufertur et patrono datur: vel fustibus caeditur et ita absolvitur*; D. 44.1.11 (Mod. 13 *resp.*): *Qui adgnitis instrumentis, quasi vera essent, solvit post sententiam iudicis, quaero, si postea cognita rei veritate et repertis falsis instrumentis accusare velit et probare falsa esse instrumenta, ex quibus conveniebatur, cum instrumentis subscripserat ex praecepto sive interlocutione iudicis, an praescriptio ei opponi possit? Cum et principalibus constitutionibus manifeste cavetur, etsi res iudicata esset ex falsis instrumentis, si postea falsa inveniuntur, nec rei iudicatae praescriptionem opponi. Modestinus respondit ob hoc, quod per errorem solutio facta est vel cautio de solvendo interposita proponitur ex his instrumentis, quae nunc falsa dicuntur, praescriptioni locum non esse*; D. 50.12.11 (Mod. 9 *pand.*): *Si quis ob honorem vel sacerdotium pecuniam promiserit et antequam honorem vel magistratum ineat, decedet, non oportere heredes eius conveniri in pecuniam, quam is ob honorem vel magistratum promiserat, principalibus constitutionibus cavetur, nisi forte ab eo vel ab ipsa re publica eo vivo opus fuerit inchoatum*.

⁷² D. 50.4.11 pr.-2 (Mod. 11 *pand.*): *Ut gradatim honores deferantur, edicto, et ut a minoribus ad maiores perveniantur, epistula divi Pii ad Titianum exprimitur. 1. Etsi lege municipali caveatur, ut praeferrantur in honoribus certae condicionis homines: attamen sciendum est hoc esse observandum, si idonei sint: et ita rescripto divi Marci continetur. 2. Quotiens penuria est eorum, qui magistratum suscipiunt, immunitas ad aliquid infringitur, sicuti divi fratres rescripserunt. Si evoca una legge municipale, la quale prevedeva che agli *honores* accedessero uomini di una certa condizione e, dunque, di questi ultimi si sarebbe dovuta valutare l'idoneità, come confermato anche da un rescritto di Marco Aurelio; qualora, poi, fosse stato insufficiente il numero di quanti avessero potuto adire le magistrature, a tenore di altro rescritto anteriore – promanante dai *divi fratres*, ossia collocabile tra il 161 e il 169 d.C. – si sarebbe dovuto derogare alle immunità attraverso cui non pochi usavano farsi esentare dall'espletamento di doveri pubblici oppure ne erano esonerati per ragioni oggettive (circa le conferme desumibili dal cap. 45 della *lex Flavia municipalis*, cfr. Á. D'ORS, *La ley Flavia municipal [texto y comentario]*, Roma, 1986, pp. 123 e ss.).*

ad attestare che nel catalogo semantico della legge Modestino avrebbe incluso senza difficoltà anche prescrizioni di tale natura.

In sostanza, dunque, il giurista riconosce la supremazia della provvedimentalità imperiale come elemento generale, ma, nel contesto delle specifiche trattazioni, evoca la legge attribuendole il significato più appropriato alle fattispecie esaminate, sicché non pare fuor di luogo intravedere dietro il suo richiamo – nel frammento diairetico escerpito dal secondo libro delle *Regulae* – l’operatività della *lex duodecim tabularum* e della *lex Aquilia*. La legge fungerebbe, dunque, da ‘causa remota’ delle obbligazioni delittuali, ma, se così fosse (*rectius*: qualora essa rivestisse quest’unico ruolo), Modestino correrebbe il rischio di ricadere in una prospettiva totalmente immersa nella logica gaiana imperniata sulla onnicomprensività di *contractus* e *delictum*, ossia recupererebbe surrettiziamente quell’impostazione dogmatica dalla quale si sarebbe preoccupato di prescindere, organizzando la sua *divisio* in due sezioni distinte – l’una integrante alcune entità obbliganti, l’altra costituita da contenitori includenti ulteriori fonti di obbligazione – al fine di restituire dignità sistematica all’alterità strutturale annichilita in termini categoriali da Gaio.

In secondo luogo, per rispondere al problema appena enucleato è necessario accertare un secondo elemento, avente ad oggetto la figura – dai contorni non cristallini – della *condictio ex lege*, nominata in due distinti passi tratti da opere di Paolo e a lungo reputati inattendibili sotto il profilo della classicità.

D. 13.2.1 (Paul. 2 *ad Plaut.*): *Si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.*

D. 44.7.41 pr. (Paul. 22 *ad ed.*): *Quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere.*

Il primo testo, poi impiegato dai compilatori per comporre il titolo II, lib. 13 del Digesto (rubricato, appunto, *De condictione ex lege*), prevede l’ipotesi in cui un’obbligazione sia introdotta da una nuova legge – vale a dire sorga direttamente da essa – ma, nel contempo, la norma non precisi il tipo di azione da esperire⁷³: verificandosi tale circostanza, risulta fruibile una *condictio ex lege*, della quale sarebbero tuttavia ambigui natura e connotati⁷⁴.

⁷³ Cfr., da ultimo, L. KOFANOV, *Le fonti delle obbligazioni secondo Modestino*, in L. VACCA (a cura di), *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi. A proposito degli ‘Scritti scelti di diritto romano’ di C.A. Cannata, Convegno ARISTEC (Roma 20 febbraio 2012)*, Napoli, 2016, p. 82.

⁷⁴ L’orientamento maggiormente seguito in dottrina trae origine dalle riflessioni di A. PERNICE, *‘Labeo’*, III.1, Halle, 1892, p. 204, nt. 1, secondo cui il rimedio sarebbe un artificio compilatorio, in quanto D. 13.2.1 (Paul. 2 *ad Plaut.*) «hat gar keine Beziehung zur Kondiktionenlehre; sie spricht ja auch nicht von *condicere*, sondern von *agere*». Secondo lo studioso, si sarebbe potuta congetturare un’afferenza del testo alla *lex Aquilia* in quanto, così formulato, esso non avrebbe espresso alcun signi-

Il secondo frammento sembra intervenire a completamento del passo precedente, non allo scopo di dissipare le incertezze ma per occuparsi di tutele concorrenti, in quanto contempla ancora il caso dell'obbligazione introdotta dalla legge, che questa volta indicherebbe il rimedio in caso di inadempimento, ma senza qualificarlo espressamente come l'unico esperibile; di conseguenza, qualora l'esclusività non sia prevista *nominatim*, spettano anche *eo titulo* le azioni già esistenti.

A lungo si è sostenuto che l'intera concezione sottesa ai testi paolini fosse da attribuire all'età di Giustiniano, in quanto denotante una visione imperativista del diritto, essendo considerato l'ordinamento giuridico – ormai divenuto sinonimo di legge e dietro al quale si stagliava, neppure troppo celandosi, la volontà del sovrano assoluto ed onnipotente – la fonte mediata di ogni obbligazione: *ex lege*, pertanto, sarebbe stata espressione da riferire all'obbligazione di procurare gli alimenti da parte chi vi fosse tenuto in forza di relazione parentale oppure a quella nascente da

ficato giuridico, tanto più che il corrispondente titolo del *Codex* (4.9, su cui S. HÄHNCHEN, *Die 'causa condictiois'. Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht*, Berlin, 2003, p. 34, p. 65) non avrebbe indicato fattispecie esemplificative in funzione chiarificatrice. Giustinianee sarebbero, infatti, le tre applicazioni del rimedio, descritte da I. 4.6.24; C. 3.31.12.1c; C. 6.30.22.6, mentre le sporadiche testimonianze ipoteticamente genuine (in particolare, D. 48.5.29 [Marcian. 1 *de iud. publ.*] in tema di *lex Iulia de adulteriis*, da ricollegare a D. 48.5.28.15 [Ulp. 3 *de adult.*]), non concorrerebbe in alcun modo ad attestare l'accludibilità del rimedio in parola alla categoria classica delle *condictiones* (del tutto adesivamente, v. S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, p. 45, nt. 1; P.F. GIRARD, F. SENN, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929⁸, p. 650, nt. 3). Si noti che più tardi J. MURGA GENER, *La 'actio condicticia ex lege': una acción popular justiniana*, in *RIDA*, 1968, XV, pp. 365 e ss., avrebbe riproposto pressoché integralmente la ricostruzione del Pernice, ribadendo che in età classica si sarebbe scorto un *agere ex lege*, ma con significato ben distinto, perché «los pocos casos aislados no formaron categoría autónoma o bien se alojaron como subespecies dentro de las categorías conocidas, *ex contractu vel ex delicto*» e che, in ogni caso, qualora una norma giuridica avesse creato una nuova situazione soggettiva, non vi sarebbe stata tutela migliore di quella offerta dalla *condictio* la quale, per sua natura, sarebbe stata applicata a qualunque pretesa fondata sopra un *certum petere*. Infine, secondo Murga, «sin embargo, Justiniano en el Digesto nos presenta el *agere ex lege* como un *genus*, cuando en realidad los casos fueron siempre muy aislados y concretos [...] Fué el derecho justineano con ese deseo bizantino de nominar todas las aplicaciones de la *condictio*, quien hizo aparecer a la *condictio ex lege* con una sustantividad propia, cosa que nunca pudo ocurrir entre los clásicos». In uno studio recenziere A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianee*, Milano 2002, pp. 559 e ss., ha tratto spunto dal trattatello *De actionibus* (di ambiente bizantino e collocazione diacronica precompilatoria; cfr. F. SITZIA, *De Actionibus. Edizione e commento*, Milano 1973, pp. 1 e ss.), per ribadire come, pure alla luce dei paragrafi 23 e 40 di tale fonte, la *condictio ex lege* avrebbe origine giustiniana, «perché si incontra anche sotto il nome di *actio condicticia ex lege*, in contesti sicuramente imputabili all'opera dell'imperatore», il quale l'avrebbe creata prendendo le mosse dal caso risolto in I. 4.6.24. Ora, che la costruzione di tale rimedio come categoria 'generale' non sia classica è altamente probabile, ma, appurato questo, il problema non può dirsi risolto, dovendosi intendere se singole applicazioni dello strumento in parola possano essere riscontrate durante la repubblica e il principato; inoltre, attenendo il fulcro dell'indagine alla natura dogmatica e sistematica delle obbligazioni legali, i problemi relativi alla categorizzazione della *condictio ex lege* possono produrre risultati fuorvanti, qualora non correttamente impostati (in entrambi i sensi, cfr. T. MAYER-MALY, *Studien zum Vertrag. III. Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in *RIDA*, 1965, XII, pp. 444 e ss.).

arricchimento ingiustificato, ma certamente nulla avrebbero avuto a che fare queste fattispecie con obblighi sorti immediatamente da una *lex*⁷⁵.

La denominazione del rimedio previsto a tutela delle obbligazioni sorte da una nuova legge concorre a rafforzare i dubbi sulla classicità dei due testi paolini perché, effettivamente, l’esercizio di una *condictio* sembra richiamare una configurazione estranea alle costruzioni dogmatiche entro le quali siffatta categoria di azioni era stata inquadrata: lungi dal ravvisarvi improbabili addentellati con alcune declinazioni della medesima, appartenenti alla specie della *condictio causa data causa non secuta* oppure di quella *incerti*, non sarebbe apparsa del tutto perspicua la ragione tecnica per la quale a fronte dell’inadempimento di obbligazioni sorte *ex lege* si sarebbe potuta esercitare un’azione di restituzione.

Va rilevato, poi, che l’ipotesi leneliana in base alla quale esempi di obbligazioni introdotte dalla legge si estrarrebbero da due icastici testi appartenenti al terzo libro delle *Regulae* di Modestino, e poi inseriti dai compilatori nel cinquantesimo libro del Digesto, risulta piuttosto dissuasiva. La prima fattispecie afferisce ai *munera publica*, stabilendo che il titolare dello *status* di *incola* non se ne sarebbe potuto liberare prima di avere assolto completamente i propri doveri, materia sulla quale, invero, erano intervenuti rescritti di Adriano, Antonino Pio e Marco Aurelio, riguardanti *origo* e *domicilium* ai fini della ripartizione di *honores* e *munera*⁷⁶. Il secondo caso riguarda la concessione imperiale di suolo pubblico a privati per lo svolgimento di mercati, che sarebbe decaduta nell’ipotesi di mancato utilizzo protratto per dieci anni⁷⁷.

In entrambe le prospettazioni, eventuali agganci alla *lex* (cui si dovrebbero ricondurre i *rescripta* e l’atto amministrativo menzionati nelle due circostanze) appaiono fragili: piuttosto, a seguire la ricostruzione della Viarengo, si potrebbero rinvenire collegamenti con la *necessitas* che, così, opererebbe in tutte le circostanze nelle quali

⁷⁵ «Secondo gli interpreti l’obbligazione, in questi casi, deriva direttamente dalla legge. Ma, a parte l’identificazione dell’ordinamento giuridico con la legge, che in realtà ne è solo una delle fonti, dovuta al fatto che nel diritto giustiniano la legge, intesa come volontà dell’imperatore, è la sola fonte attiva della norma, si è osservato come sia corretto considerare fonti di obbligazione non già l’ordinamento in generale, che è la causa mediata di ogni effetto giuridico e non solo dell’obbligazione, ma gli specifici fatti che esso disciplina» (così F. PASTORI, *Elementi di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 79).

⁷⁶ D. 50.1.34 (Mod. 3 reg.): *Incola iam muneribus publicis destinatus nisi perfecto munere incolatui renuntiare non potest*, passo su cui cfr. O. LICANDRO, ‘*Domicilium habere*’. *Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino, 2004, pp. 233 e ss.; L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani. Aspetti giuridici*, I, *La classificazione degli ‘incolae’*, Milano, 2006, pp. 387-388; G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie*, cit., pp. 78-79 e nt. 110 (con bibliografia precedente).

⁷⁷ D. 50.11.1 (Mod. 3 reg.): *Nundinis impetratis a principe non utendo qui meruit decenni tempore usum amittit*, testo per il quale v. S. CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, 1996, p. 110, p. 163; G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie*, cit., p. 79.

fosse stato impossibile richiamare altri meccanismi obbliganti⁷⁸. Se, da una parte, ciò potrebbe accreditare l'idea della necessità come cerniera del sistema, dall'altra – guardando obiettivamente alle peculiarità mostrate dalle due situazioni – l'approdo non pare molto più solido di quello leneliano.

Il quadro interpretativo è stato recentemente modificato da una testimonianza epigrafica, la quale sembra autorizzare conclusioni opposte a quelle caldegiate dalla dottrina dominante: la *lex rivi Hiberiensis*⁷⁹, infatti, di età adrianea e dislocazione ispanica, presenterebbe nel § 15 (III. 38-43) una formula con *intentio* avente – in base alla restituzione più attendibile – il seguente tenore: *Quitquit parret e lege ... illum illi dare (?) facere (?) oportere, eius iudex illum illi condemnato, si non parret absolvito*. Indipendentemente dall'individuazione del rito processuale, che sarebbe giustappunto quello *per formulas*⁸⁰, l'approfondito e raffinato studio condotto da Dieter Nörr ha indicato nuove soluzioni riguardo due aspetti⁸¹.

In primo luogo, viene in rilievo il concetto di legge, che presenterebbe connotati ibridi in quanto, contestualmente, *lex paganica, rei dicta, collegii* (in forza dell'accordo costituito tra i *pagani* riunitisi in associazione) e *data* (ovvero sanzionata dall'autorità romana). In secondo luogo, lo studioso tedesco ha individuato l'applicazione di una *condictio ex lege* a fronte dell'inadempimento degli obblighi posti a carico dei membri della comunità d'irrigazione (ma anche di magistrati inosservanti dei rispettivi doveri), nel senso che sull'utilizzo di tale strumento si sarebbero sagomati i processi multatici appositamente predisposti dalla regolamentazione.

Proseguendo nell'indagine⁸², Nörr ha poi cercato di verificare se la clausola *e lege dare facere oportere* ricorra insistentemente laddove una pretesa abbia fondamento in

⁷⁸ «Entrambi i testi non possono essere ricondotti né all'*obligari lege*, né agli altri tipi di situazioni obbliganti previste da Modestino, ma possono trovare un aggancio con la *necessitas* imposta da un'autorità, in questo caso l'imperatore. Si può ipotizzare che il giurista abbia voluto dare un'idea generale degli obblighi che potevano essere di tipo contrattuale, ma anche legislativo, o onorario, e con *obligari necessitate* intendesse fare riferimento a quel tipo di obblighi ai quali non si può derogare, come i *munera* o come le imposizioni di tipo amministrativo, in quanto imposti dall'autorità pubblica, ovvero dall'imperatore» (G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie*, cit., p. 79).

⁷⁹ Se ne veda l'*editio princeps* pubblicata da F. BELTRÁN LLORIS, *An Irrigation Decree from Roman Spain: the 'Lex Rivi Hiberiensis'*, in *JRS*, 2006, XCVI, pp. 147 e ss., con le 'emendations' segnalate da M.H. CRAWFORD, F. BELTRÁN LLORIS, *The 'Lex rivi Hiberiensis'*, in *JRS*, 2013, CIII, 2013, p. 233; ora il testo è riportato, nella versione aggiornata, anche da C. BUZZACCHI, *'Lex rivi Hiberiensis'. Per un'indagine sul processo civile nelle province*, Roma, 2013, pp. 17 e ss.

⁸⁰ Si oppone strenuamente a tale ipotesi, rimanendo fedele all'idea tradizionale secondo cui nelle province imperiali lo spazio processuale sarebbe stato integralmente occupato da forme cognitorie, A. TORRENT, *Las acciones populares en la Lex rivi Hiberiensis*, in *RIDROM*, 2012, IX, pp. 104 e ss.; ID., *Los 'publicani' en la Lex rivi Hiberiensis*, in *RDR*, 2013, XIII, pp. 1 e ss.; ID., *'Lex rivi Hiberiensis': desde el proceso formulario a la 'cognitio extra ordinem'*, in *Index*, 2013, XLI, pp. 437 e ss.

⁸¹ Cfr. D. NÖRR, *Prozessuales (und mehr) in der 'lex rivi Hiberiensis'*, in *ZSS*, 2008, CXXV, pp. 108 e ss.

⁸² Cfr. D. NÖRR, *Prozessuales (und mehr)*, cit., pp. 146 e ss.; ad un'analogia (ma più circoscritta) indagine procede anche L. KOFANOV, *Le fonti*, cit., pp. 84 e ss.

una legge (*publica, censoria, locationis, collegii*), onde concludere che – pur in mancanza di una perfetta corrispondenza⁸³ – possono essere addotti numerosi esempi in senso affermativo (dall’*actio ficticia* tratta da Gai. 4.32, alle pretese fondate sul § 50 della *lex portorii Asiae*, sulla *lex praediatoria* e sull’editto dei publicani, per finire con le *leges locationis* di paternità censoria).

Come è stato correttamente osservato⁸⁴, l’*intentio* è incerta ma priva di *demonstratio*, presunta anomalia che viene ricomposta scorgendo nel riferimento alla *lex paganica* – causa e misura dell’*oportere* – un richiamo alle funzioni usualmente assolte dalla *demonstratio* medesima: quindi, anche sotto il profilo delle tecniche processuali, la *lex rivi Hiberiensis* fornirebbe riscontri a soluzioni la cui configurabilità era stata a lungo avversata⁸⁵.

Le conseguenze determinate da questi nuovi documenti, in ordine al senso che la legge avrebbe denunciato come entità enumerata nella *divisio obligationum* di Modestino, sono intuibili, ma, ciononostante, giova una breve ricapitolazione, al fine di ribadire gli elementi portanti del ragionamento. Si è visto come il giurista si fosse in partenza confrontato con l’impostazione diairetica gaiana, onde poi prescindere il più possibile ed enucleare una classificazione – a suo modo di vedere – maggiormente rigorosa e completa: a tale proposito, egli avrebbe concepito la legge come settore normativo nel quale rinvenire figure idonee a contemplare entità obbliganti, ma, una volta pervenuto a tale approdo, non si sarebbe arrestato perché, se lo avesse fatto, sarebbe ricaduto nella dicotomia gaiana contratto-delitto (il cui principale difetto strutturale sarebbe stato eliminato proprio attraverso la ‘sfasatura’ corrente tra la prima e la seconda parte della *divisio*). Di qui l’esigenza di esaminare se alla *lex* menzionata nel passo, appartenente al secondo libro delle *Regulae*, Modestino riconoscesse anche l’idoneità a creare direttamente obbligazioni per i destinatari.

Tale verifica ha permesso di appurare che il giurista tardoseveriano riconduceva al concetto di legge un novero molto ampio di fattispecie, come esplicitamente provato anche dalla chiara allusione nei suoi testi ad una *lex municipalis*; assodato altresì, grazie alla documentazione epigrafica, che la configurabilità di obbligazioni *nova lege introductae*, protette in via principale o sussidiaria da *condictio*, non può essere confinata all’età giustiniana, ma il materiale relativo a tali fattispecie denuncia – in più casi – un’origine classica, si può moderatamente propendere per l’ipotesi alla luce della quale Modestino, la cui conoscenza di queste sfaccettature pare assai probabile, scorgesse nella *lex* ‘anche’ un meccanismo immediatamente obbligante.

⁸³ Cfr. D. NÖRR, *Prozessuales (und mehr)*, cit., p. 185.

⁸⁴ Cfr. C. BUZZACCHI, ‘*Lex rivi Hiberiensis*’, cit., p. 69.

⁸⁵ Sul problema del rito processuale, complicato dalla clausola di nomina del giudice (§ 14, III. 34-37: *iudicem ... [dato?] ... extra ordinem*), cfr. D. NÖRR, *Prozessuales (und mehr)*, cit., pp. 131 e ss., il quale propende per l’attivazione di quello *per formulas*; quanto alle ragioni contrarie, v., da ultimo, A. TORRENT, ‘*Lex rivi Hiberiensis*’, cit., pp. 437 e ss.

La classificazione elaborata dal giurista gli sopravvisse, essendo stata riproposta in D. 44.7.52 pr., ma con una significativa variante che i compilatori trovarono già apposta al testo, trattandosi presumibilmente di un glossema postclassico: l'esplicita menzione del *peccatum*⁸⁶. Da innocente completamento, quale sarebbe stato forse pensato da colui il quale, influenzato dalla tripartizione gaiana, avrebbe inteso rimediare ad una pretesa omissione di Modestino (o, ancora, reputava di reintrodurre un lemma originariamente presente e, poi, inspiegabilmente caduto), il riferimento esplicito al fatto illecito finiva per mutare radicalmente il senso del testo: conservato dai compilatori nonostante l'indiscussa predilezione per l'impianto classificatorio prospettato dalle *Res cottidianae*, ma inserito in posizione sostanzialmente marginale, esso avrebbe perso gran parte della sua funzione (e carica) antigaiana. La ragione della scelta discende, probabilmente, dalla duplice polarità del passo nel senso che, in termini negativi, la prima parte e l'ultima aggiunta avrebbero abbracciato lo schema gaiano dei contratti e dei delitti, mentre il riferimento al *ius honorarium* avrebbe assorbito gran parte delle *variae causarum figurae*; in termini positivi, la *necessitas* e la *lex* soddisfano esigenze di completezza, in quanto non enumerate all'interno delle classificazioni gaiane⁸⁷.

Con precipuo riferimento alla legge, poi, va detto che essa aveva perduto la funzione di 'catalogo' da cui selezionare gli illeciti civilistici (ora rientranti nelle *obligationes ex peccato*) smarrendo, pertanto, la propria originaria ragion d'essere; d'altro canto, si sarebbe prodotta una sorta di 'compensazione', diramantesi in due direzioni, di guisa che tanto la legge quanto la classificazione avrebbero assunto fisionomia e funzioni conformi a concezioni ascrivibili alla fase finale dell'esperienza giuridica romana.

In primo luogo, la *lex* avrebbe rafforzato il proprio ruolo di fonte diretta di obbligazione, vuoi in ragione della definitiva affermazione dei provvedimenti imperiali come preminente fonte di diritto (da cui il fenomeno crescente delle *obligationes nova lege introductae*), vuoi per il corrispondente rafforzamento della *condictio ex*

⁸⁶ Bas. 52.1.51 (Heimb. V, 110; Schelt. A VI, 2428): Ἐνεχόμεθα ἢ πράγματι, ἢ ἐπερωτήσῃ, ἢ ἑκατέρῳ ἅμα, ἢ συμφώνῳ, ἢ νόμῳ, ἢ πραιτωρίῳ, ἢ ἀνάγκῃ, ἢ ἀπὸ ἁμαρτήματος, non apporta ulteriori elementi valutativi (così anche nella traduzione di Heimbach: *obligamur aut re, aut stipulatione, aut utraque simul, aut consensu, aut lege, aut iure praetorio, aut necessitate, aut ex maleficio*). Il § 5, poi, se possibile, appare ancora più stringato e anodino del testo latino: Νόμῳ, ὅτε πειθορχοῦντες ἢ ἐναντιούμενον τῷ νόμῳ ποιοῦμεν (*Lege, cum legi parentes aut adversantes quid facimus*), il che non avvalora – per quanto neppure escluda aprioristicamente – un'ascendenza giustiniana.

⁸⁷ Di diverso avviso M. TALAMANCA, *'Una verborum obligatio'*, cit., p. 96, secondo cui l'*obligari lege* e il vincolo nascente dal diritto onorario «possono essere considerati provenire dalla concorrente *divisio* attestata in I. 3.13.1»: *Omniun autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae. civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt. praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur* (cfr. T. MAYER-MALY, *'Divisio obligationum'*, in *The Irish Jurist*, 1967, II, pp. 380-381; M. KASER, *'Divisio obligationum'*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, London, 1983, pp. 84-85 e nt. 71).

lege, elevata a categoria, cui i compilatori avrebbero riservato uno specifico titolo nel Digesto e nel *Codex*.

In secondo luogo, giungendo a perfezionamento la svolta «ordinamentale» – le cui origini erano peraltro già visibili in controluce nel ragionamento genuinamente ascritto a Modestino⁸⁸ – sancita dalla *permutatio legum*⁸⁹ giustiniana (cost. *Omnem*, 11), la legge recuperava il suo valore di fonte ‘mediata’, ma in un’accezione ben diversa da quella classica, trattandosi ora di sottolineare come, anche quando le obbligazioni avessero derivato la propria concreta vincolatività dall’autonomia privata (o, meglio, a quest’ultima fossero riconducibili i meccanismi obbliganti impiegati) e non fossero state introdotte *ex lege*, l’ordinamento sarebbe stato la causa mediata di ogni obbligazione. La menzione della legge come fonte (indiretta) di tutte le entità obbliganti avrebbe fatto assumere alla medesima fattezze ‘metaclassificatorie’, strettamente correlate alla visione imperativista di Giustiniano, mentre la *necessitas* avrebbe avvolto gli spazi non volontaristici lasciati scoperti – per sua stessa essenza – dalla prima.

4. Osservazioni conclusive

Ultimata l’indagine sul passo di Modestino, la cui *divisio* presenta la prerogativa – del tutto peculiare tra le teoriche relative alle fonti di obbligazione elaborate nel diritto romano – di annoverare anche la *lex*, si può tornare all’interrogativo iniziale: l’art. 1370 Cod. civ. fr., infatti, inaugurando una tradizione ampiamente seguita, avrebbe dato luogo ad un modello ‘pentagonale’ secondo cui, accanto alle quattro categorie gaiano-giustiniane, sarebbe stata enumerata tra le fonti di obbligazione anche la legge. Per capire se questa opzione abbia attinto alla riflessione di Modestino oppure sia scaturita da elaborazioni alternative, giovano una considerazione preliminare e un *excursus* storico.

⁸⁸ Il richiamo è parzialmente corrispondente al pensiero di C. CASCIONE, ‘*Consensus*’. *Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, p. 445, secondo cui «chiudono l’ordine, con un cambiamento deciso del piano della riflessione del giurista (o di chi per lui ha compilato il brano per come ci è pervenuto) – si direbbe con il passaggio ad una prospettiva che è ‘ordinamentale’, piuttosto che quella dell’‘autonomia privata’ –, le tipologie *aut iure honorario aut necessitate*».

⁸⁹ Cfr. F. GALLO, *La ‘legum permutatio’ giustiniana rivoluzione giuridica ignorata della nostra tradizione. Introduzione al tema*, in P.-J. CARVAJAL, M. MIGLIETTA (a cura di), *Estudios Juridicos en Homenaje al Profesor A. Guzman Brito*, Alessandria, 2011, pp. 542-543; ID., *Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell’artificialità del diritto*, Torino, 2012, p. 12, in cui si afferma che l’attuale concezione del diritto come norma (sistema di norme od ordinamento) ha il suo remoto principio nella *legum doctrina*, elaborata e stabilita da Giustiniano con la *legum permutatio*, tuttora ignorata dagli studiosi e i cui posteriori passaggi sono in coerenza ancora da costruire. In argomento, vanno segnalati due ulteriori contributi, redatti da M. MIGLIETTA, *Alle origini della rimozione del pensiero celsino: la ‘legum permutatio’ giustiniana*, e da C. CASCIONE, *Celso teorizzatore di criteri ermeneutici: un collaboratore ‘malgre soi’ della ‘legum permutatio’ giustiniana*, in corso di pubblicazione nel volume *Celso teorico del diritto*, a cura di Luigi Garofalo.

In primo luogo, va detto che la dottrina francese del Settecento ha avuto accesso – tramite i *Digesta* giustinianeï – tanto all’elaborazione di matrice gaiana ricavabile dalle *Res cottidianae* (44.7.1 pr.), quanto alla classificazione formulata nelle *Regulae* da Modestino (44.7.52 pr.-9): indipendentemente dalla tendenza a ricondurre la seconda alla prima, va detto che del passo attribuito al giurista severiano veniva impiegata la versione compilatoria, sostanzialmente differente, sia nella forma, sia nella sostanza, dal testo genuino. Mentre quest’ultimo, infatti, consentiva di avvistare nella legge un ambito da cui escerpire meccanismi obbliganti e, secondariamente, anche la fonte immediata di obbligazioni poste da specifici precetti, il passo presentato nel *Corpus iuris civilis* avrebbe reso esplicito un differente significato: oltre al rafforzamento della funzione di fonte diretta (attestata dall’autonoma categorizzazione della *condictio ex lege*), essa sarebbe stata interpretata in chiave ‘ordinamentale’, così da costituire il fondamento indiretto – risiedente, in ultima istanza, nell’autorità imperiale – di tutti i vincoli obbligatori assunti dai privati.

In secondo luogo, si deve rilevare che per un prolungato turno di tempo, attraversato dalle esperienze dei glossatori e dei commentatori, la classificazione delle fonti di obbligazione ha riservato alla *lex* spazi del tutto marginali. Iniziando dai primi, la gl. *figuris* a D. 44.7.1 pr. (firmata da Accursio) evidenziava l’oscillazione tra sequenze alternative⁹⁰, l’una costituita da tre *membra* e l’altra da cinque: accertato che nella prima erano annoverati solo *genera* puri (contratto e delitto), mentre nella seconda si aggiungevano le obbligazioni collaterali (da quasi contratto e da quasi delitto), il polinomio veniva conchiuso in entrambe dalle *variae causarum figurae*. Attorno alla definizione di queste entità non classificabili si era sviluppato tra i glossatori un vivace dibattito, perché i fautori della tripartizione avevano scorto nella *condictio ex causa furtiva* l’unica fattispecie estranea ad ambedue i *genera*, in quanto accomunante fattezze contrattuali e delittuali; di conseguenza, ne avevano propugnato la natura mista, estendendo tale qualificazione all’intera categoria (popolata, comunque, soltanto dall’obbligazione di restituire la cosa rubata).

Ugolino ed Accursio rielaborarono la sequenza considerando che le *variae causarum figurae*, proprio in quanto anfibe, non si sarebbero potute accostare alle entità classificate nelle *Institutiones* giustinianeë, sicché sarebbero sussistite accanto alle altre quattro: condivisa, quindi, la *divisio* pentagonale, Accursio avrebbe confutato il carattere misto della quinta categoria e precisato che la stessa non si sarebbe sostanziata soltanto della *condictio ex causa furtiva*, ma anche di fattispecie estranee a ciascuno degli altri quattro generi. Come precisa il Cannata, la costruzione sistematica dei glossatori avrebbe denotato un notevole impegno esegetico, ma sarebbe stata fondata sull’equivoco in forza del quale si sarebbero fatte coesistere diaireticamente le *variae*

⁹⁰ Se ne vedano testo (ed. Lugduni 1562 e 1589), traduzione e commento in C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., pp. 136 e ss.

causarum figurae con le obbligazioni da quasi delitto e da quasi contratto argomentando dalla natura della summenzionata *condictio* la quale, tecnicamente, avendo carattere reipersecutorio, non avrebbe giustificato discussioni tanto accese. Nessuna attenzione veniva riservata alla legge come fonte di obbligazione e, infatti, la gl. *lege obligamur* a D. 44.7.52.5 risulta corredata da una casistica sciatta, costruita su aggiunte esplicative inconferenti e priva di portata sistematica⁹¹.

Transitando ai commentatori, fu Bartolo da Sassoferrato a riesaminare il problema costituito dalla natura dogmatica delle *variae causarum figurae*, sì da pervenire a conclusioni pressoché definitive: reputando infatti scorretto attribuire un’autonoma configurazione alle obbligazioni nascenti ‘da quasi contratto’ e ‘da quasi delitto’, egli scorse in esse null’altro che raggruppamenti esemplificativi di fattispecie ricomprese nel *genus* delle *variae causarum figurae*, del quale veniva altresì negato il carattere misto⁹². In definitiva, la teorica concernente le fonti delle obbligazioni «veniva consegnata alla giurisprudenza moderna con il senso seguente: le obbligazioni derivano da contratto o da delitto, o da altre fonti che non sono né contratti né delitti; e queste ultime vengono denominate obbligazioni da quasi contratto o da quasi delitto, perché il loro regime risulta analogo rispettivamente a quello delle une o delle altre obbligazioni precedenti»⁹³.

Con l’avvento dell’umanesimo giuridico si registrò qualche novità, soprattutto in virtù dell’opera di Cuiacio che, commentando nel 1588 i passi di Modestino versati nel Digesto ed occupandosi in specie di 44.7.52.5, attribuì alla legge la capacità di produrre obbligazioni (*‘lex saepe nova novam obligationem inducit’*) elencando a titolo di esempio le prescrizioni matrimoniali augustee, la *lex Cincia*, la *lex Furia testamentaria* e la *lex Falcidia*; il ragionamento va collocato entro una prospettiva più ampia, che coinvolge anche il diritto onorario, dando corpo le due entità alla *summa divisio* tra obbligazioni civili e pretorie, illustrata da I. 3.13.1⁹⁴. È tuttavia il profilarsi del giusnaturalismo a imprimere una svolta perentoria alle trattazioni in materia di fonti delle obbligazioni, intravedendosi nel concetto di ‘legge naturale’ il terreno idoneo per ulteriori ed innovative elaborazioni, poi sfociate nella codificazione francese (unitamente a quelle di lingua tedesca, introdotte in Prussia nel 1794 e in Austria nel 1811): valu-

⁹¹ «Com’è naturale, i glossatori e i commentatori si occuparono soprattutto delle *divisiones* di D. 44.7.1 pr. e I. 3.13.3, e non di quella di Modestino, che comunque trattarono pure come una griglia nella quale inserire la casistica del *Corpus iuris* e, in particolare, del Digesto. Leggendo le glosse a D. 44.7.52, a partire dal *casus ‘obligamur’*, mi pare ci si possa anche rendere conto che il passo di Modestino è stato letto dai glossatori piuttosto che come una classificazione delle fonti d’obbligazione, come una descrizione dei modi nei quali possono realizzarsi i vari tipi di fattispecie obbligatorie» (così C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., p. 145, nt. 48).

⁹² Cfr. *Ibidem*, pp. 141 e ss.

⁹³ *Ibidem*, p. 144.

⁹⁴ J. CUIACIUS, *Recitationes solemnes ad Tit. VII. lib. XLIV. Digest. de obligationibus et actionibus* [1588], in *Opera omnia in tomos XIII distributa*, VI, Prati, 1889, coll. 1450 e ss.

tando l'ipotetica esistenza di un 'punto di attacco' alla classificazione di Modestino, da questa fase si sostanziano teoriche rilevanti per potere intendere se essa – attraverso la menzione della *lex* – abbia costituito un reale polo di attrazione concettuale.

Emblematiche della nuova impostazione dogmatica e sistematica sono alcuni passaggi del *De iure belli ac pacis* pubblicato nel 1625 da Ugo Grozio, il quale, a fronte dell'indeterminatezza di quasi contratti e quasi delitti come *causae obligatorum*, propose di ricondurre a tipicità le *variae causarum figurae*: a suo dire, «*aut id quod nobis debetur sive ex pactione sive ex maleficio, sive ex lege, quo referenda quae ex quasi contractu et ex quasi maleficio dicuntur*»⁹⁵, ribadendo poi che, rispetto al vincolo obbligatorio, «*fontes esse tres, pactionem, malefictum, legem*»⁹⁶. Vale soltanto la pena di aggiungere come l'ipotesi sollevasse notevoli dissensi in ambienti a lui molto vicini, al punto che Johannes Voet gli contrappose una prospettiva incardinata sull'atipicità⁹⁷, desumibile dalla teorica della *tacita obligatio* celsina ricavata da D. 13.6.13.2 (Pomp. 11 *ad Sab.*)⁹⁸.

In ogni caso, il dado era tratto nel senso che la legge (naturale) – in uno con il contratto, posto alla base di qualsiasi assetto sociale e politico – avrebbe costituito il faro per qualsiasi posteriore fissazione dottrinale⁹⁹ e, in specie nel contesto francese, per i lavori di Domat e Pothier: tecnicamente, rappresentando le opere dei medesimi gli autentici lavori preparatori del codice napoleonico, è all'interno dei loro contributi che vanno colti gli spunti maggiormente indizianti circa eventuali matrici romanistiche in materia di legge come fonte obbligante.

Secondo Domat le obbligazioni (*engagements*) darebbero vita ad una bipartizione¹⁰⁰, a seconda che si formino per mutua volontà di almeno due soggetti (*conven-*

⁹⁵ H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, II, Lausanne, 1751-1752, II.1 § 2.

⁹⁶ H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, cit., II.17 § 1.

⁹⁷ Cfr. J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, I-II, Venetiae, 1775² (passi rilevanti in I, p. 229 e II, p. 489).

⁹⁸ *Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem. Nam et Celsus filius aiebat, si iussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: idem ergo et in commodato erit dicendum. Nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur* (su cui C.A. CANNATA, s.v. *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sez. Civ.*, XII, Torino, 1995, pp. 432-433, il quale spiega come *obligatio tacita* per i giuristi in parola non andasse intesa alla stregua di «obbligazione prodotta da convenzione tacita», ma, piuttosto, «nata senza accordo del tutto, perché l'accordo è qui presunto dall'ordinamento giuridico in contrasto con la realtà dei fatti»; ID., *Materiali*, II, cit., pp. 147 e ss.).

⁹⁹ Fa notare N. SCAPINI, *Le fonti*, cit., p. 74, come già Pietro da Bellapertica tendesse «a ravvisare nello stesso ordinamento giuridico la fonte del *vinculum* in cui si sostanzia l'obbligazione enunciando perciò il concetto che la legge potesse ricollegare un'obbligazione a un fatto o ad uno *status* prescindendo da qualsiasi atto di parte. Fu questa una tesi prediletta dai giusnaturalisti e così Grozio poneva la *lex*, accanto alla *pactio* (accordo di volontà) e al *malefictum*, come fonte di obbligazione di pari valore».

¹⁰⁰ Cfr. J. DOMAT, *Le loix civiles dans leur ordre naturel*, II, Paris, 1689-94 (ed. 1756), p. 147.

tions) oppure si producano in assenza di accordo; a questo secondo caso, integrante una specifica sottoclassificazione, sarebbero ascrivibili i *vincula iuris* generati dal fatto dell’obligato oppure sorti senza la volontà di alcuno e per un puro effetto dell’ordine divino. Nel primo sottogruppo si incasellano le obbligazioni nascenti da *negotiorum gestio* e *indebiti solutio*, nonché da danni colposi di gravità inferiore al delitto o da azioni realizzate in frode ai creditori; del secondo sottogruppo fanno parte le obbligazioni sorte nell’esercizio dell’ufficio di tutore, di curatore, di amministratore di corpi morali e di enti pubblici, cui vanno aggiunti gli obblighi prodotti dalla *communio incidens*, da quella ereditaria e dal possesso di cose altrui¹⁰¹.

Attenendosi al modello enucleato da Domat¹⁰², ma denotando una spiccata aderenza al diritto giustiniano, nel *Traité des obligations* Pothier conserva la *summa divisio* tra contratto ed altre fonti di obbligazione, procedendo a ripartire queste ultime – sulla base di una maggiore precisione tecnica rispetto al maestro – in tre sottocategorie: quasi contratto, delitto e quasi delitto, legge¹⁰³. In relazione a quest’ultima, va illustrato esattamente il pensiero dell’autore, secondo cui (2, § 3, n. 123) «la legge naturale è la causa, almeno mediata, di tutte le obbligazioni: perché se contratti, delitti e quasi delitti producono obbligazioni, è in primo luogo per la ragione che la legge naturale comanda a ciascuno di mantenere quanto ha promesso e di riparare il torto commesso per sua colpa».

Dopo avere ribadito come sia sempre la legge a rendere obbligatori i fatti da cui risultano i quasi-contratti (richiamo al n. 114), egli aggiunge che ci sono obbligazioni le quali «hanno per sola e unica causa immediata la legge», delineando una casistica di fattispecie in cui esse sarebbero prodotte direttamente dalla legge naturale (in materia di prestazioni alimentari a congiunti e di arricchimento senza

¹⁰¹ Ad esse vanno aggiunte le obbligazioni che si formano per effetto di casi fortuiti (*Le loix civiles*, cit., I, pp. 187 e ss.), quali quelle sorte dal ritrovamento di cose smarrite oppure sottostanti all’*actio ad exhibendum*, alla *lex Rhodia de iactu* e alla mescolanza di beni appartenenti a più soggetti, in quanto esse sono accomunate dall’idoneità a rispondere a elementari esigenze di naturale giustizia (cfr. E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 46).

¹⁰² Va ricordato altresì, come diacronicamente intermedia tra Domat e Pothier ma capace di riflettersi sul pensiero di quest’ultimo, l’elaborazione di J.G. HEINECKE, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, Neapoli, 1778, p. 258, (pubblicato in prima edizione nel 1725), in base alla quale (§ 771) tutte le obbligazioni nascono *ex aequitate vel lege (sunt enim vinculum iuris)*; alcune sorgono (§ 768) immediatamente dall’equità naturale o dalla legge civile, altre invece in modo mediato, in ragione di un fatto obbligatorio (si pensi al padre obbligato verso il figlio agli alimenti immediatamente dall’equità naturale o al possessore che, senza l’intervento di alcun fatto, deve esibire la cosa a colui che vi ha interesse). Al contrario, *contrahentes et delinquentes immediate obligantur ex facto suo; mediate ex lege*, ovvero contraenti e delinquenti sono obbligati immediatamente da un fatto proprio e solo in modo mediato dalla legge (sui problemi nascenti dalla teorica dell’Heineccius, limitatamente all’esposizione generale delle fonti di obbligazione, cfr. C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., p. 160; ID., *Sulle fonti delle obbligazioni*, cit., p. 31).

¹⁰³ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, I, Orleans, 1761, p. 2: «Les causes des obligations sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits; quelquefois la loi ou l’équité seule» (1.1.2).

causa); Pothier menziona, poi, l'obbligazione avente ad oggetto la concessione al vicino della comunione di muro, fondandola non sul diritto naturale, ma su di una prescrizione positiva, ravvisabile soltanto ed esclusivamente nella legge municipale di Orléans¹⁰⁴. Si tratta di una significativa variante, in quanto all'astrattezza della legge di natura viene affiancata la disposizione prevista da una norma positiva, la quale – dunque – viene posta sul medesimo piano della prima come «seule et unique cause» di obbligazione¹⁰⁵; rispetto alle situazioni illustrate, e a tutti gli altri esempi analoghi, il giureconsulto prevede anche lo strumento di tutela, «une action que l'on appelle *condictio ex lege*» (n. 123).

Tenuto conto del fatto che la versione giustiniana del passo di Modestino faceva ragionevolmente della legge una fonte diretta di obbligazione e considerato il rilievo esterno alla fonte compilatoria attribuibile al diritto naturale, pare potersi ipotizzare, con la necessaria cautela, che la menzione della *lex* in D. 44.7.52 pr. sia stata – come segnalerebbe pure il rinvio, di considerevole portata, alla *condictio* prevista in specie – attentamente ponderata da Pothier, unitamente alle tradizionali partizioni gaiano-giustiniane e, anzi, proprio con la funzione di circoscriverne i profili deteriori (si pensi al fondamento legale dei quasi-contratti). Poiché gran parte del materiale elaborato da Pothier in materia di fonti delle obbligazioni sarebbe stato mutuato dai codificatori del 1804¹⁰⁶, va notato come ciò abbia contribuito a supportare alcune categorie dogmaticamente deboli senza obliterare significativamente l'autonomia privata¹⁰⁷, conclusione la quale funge da monito nel contesto di problemi che – ser-

¹⁰⁴ «L'obligation en laquelle est le propriétaire d'une maison de la ville d'Orléans de vendre à son voisin la communauté de son mur qui sépare les deux maisons, lorsque ce voisin veut bâtir contre, est une obligation qui a pour seule et unique cause la loi municipale qui en a une disposition» (passo che poi avrebbe ispirato i codificatori nella redazione dell'art. 661 Cod. civ. fr. [nell'edizione francese del 1848 a p. 60, nonché nell'edizione italiana del 1833 a p. 131]).

¹⁰⁵ Solo debolmente ravvisandovi il fondamento nella versione giustiniana del passo di Modestino, per il tramite dall'elaborazione di Pothier basata sulla distinzione tra fonte mediata (non in senso imperativistico, ma giusnaturalistico) ed immediata, C.A. CANNATA, *La classificazione*, cit., p. 106, nt. 154, ritiene che le obbligazioni *ex lege* del Codice civile francese siano «più vicine alle *variae causarum figurae* delle *res cottidianae*», in quanto si tratterebbe di una categoria corrispondente «al luogo delle fonti di obbligazione non classificabili nei *genera* dommaticamente definiti nella *divisio*».

¹⁰⁶ Di sistemazioni alternative, denotanti un crescente ma sterile distacco dalle sistemazioni di Pothier, dà conto B. MOORE, *La classification des sources des obligations: courte histoire d'une valse-hésitation*, in *Rev. Jur. Thémis*, 2002, XXXVI, p. 282, a proposito dei tre progetti predisposti da Cambacérès: «Le premier de ces projets prévoit que les obligations découlent soit du contrat, soit de faits qui obligent sans convention par la seule équité (par exemple la gestion d'affaire), soit de la loi seule sans fait direct de l'obligé (par exemple la responsabilité du père pour le fait de son enfant). Dans les deux autres projets, il est prévu que les causes des obligations sont le contrat et la loi. Il y a donc disparition des quasi-contrats en tant que catégorie distincte et absorption de ceux-ci dans la loi».

¹⁰⁷ Circa l'accoglimento delle teoriche di Domat e Pothier nell'art. 1370 Cod. civ. fr., il cui testo è stato riportato nella nt. 1, cfr. B. MOORE, *La classification*, cit., pp. 283-284, secondo il quale «le code français s'éloigne de la classification de Pothier de trois façons: 1) en divisant les obligations en deux groupes, isolant ainsi le contrat de toutes les autres sources; 2) en supprimant la mention de l'équité

vata distantia – paiono riproporsi in prospettiva di crescente ampiezza e complessità, suggerendo almeno un’ulteriore riflessione tanto sul *modus operandi* della migliore scienza giuridica, quanto sui rapporti correnti tra quest’ultima e il legislatore.

Costituisce dato accettato pacificamente dalla dottrina che il giusnaturalismo abbia plasmato in maniera irreversibile la maniera di concepire il diritto da parte della modernità, rinvenendosene echi a più livelli, dalla scienza politica alle scelte legislative, e financo individuandosene le tracce nelle grandi codificazioni. In particolar modo, il *Code civil* ebbe molto da spartire con tale teorica, ma i padri ideali di questa impresa legislativa, Domat e Pothier, rappresentano figure in cui si sono stratificati conoscenze e materiali eterogenei, cioè non riconducibili a un singolo orientamento di pensiero, sicché interpretarne le opere unicamente alla stregua del modello giusnaturalistico darebbe luogo ad un’imperdonabile semplificazione.

Nell’ottica del ragionamento svolto finora è di notevole importanza che Domat avesse diviso le obbligazioni in due gruppi, a seconda che fossero sostenute o meno dalla volontà delle parti: con tale operazione metodologica, infatti, egli pose le necessarie premesse per il lavoro di Pothier che, facendo propria la *summa divisio* portagli dal maestro, problematizzò in modo giuridicamente raffinato la seconda categoria, passando da una giustificazione di essa in termini di generica obbedienza all’ordine divino ad una tripartizione in quasi-contratto, delitto e quasi-delitto, legge. Giudicando insufficienti le classificazioni anteriori in quanto troppo livellatrici, Pothier avrebbe

seule; 3) en ne reprenant pas les mêmes exemples afin d’illustrer les obligations découlant de la loi seule. De Domat, le code s’éligne: 1) en reprenant les vocables, abandonnés par lui, de quasi-contrat et de quasi-délit; 2) en ne reprenant pas la mention des cas fortuits; 3) en traitant toutes les obligations issues de la gestion d’affaire comme étant volontaires ou quasi-contractuelles». Nonostante, quindi, l’accoglimento dei contenuti versati nel *Trattato delle obbligazioni* di Pothier sia stato quasi integrale, non mancò tra i quattro commissari incaricati dal Bonaparte di redigere il codice qualche presa di posizione aprioristica, quale quella promanante da Bigot de Préameneu, secondo cui «la divisione delle obbligazioni nella forma, con cui ora è concepita, differisce in molti punti da quella che era stata adottata nel diritto romano; e tal differenza richiede uno schiarimento. Per quanto la legge non possa prevedere e regolare tutte le convenzioni, per la ragione che variano, e si moltiplicano indefinitamente, pure la sola legge aveva presso i Romani l’autorità coercitiva [...] Ma non esistendo nella Francia le cagioni che introdussero, e conservarono, in Roma tali formule e distinzioni, i contratti sono stati considerati presso di noi in quell’aspetto, che conviene alla lor natura, e quindi si son potuti distinguere in un ristretto numero di classi» (F.-J.-J. BIGOT DE PRÉAMENEU, *Motivi sopra i contratti, ovvero obbligazioni convenzionali in generale*, in *Motivi, rapporti e discorsi per la discussione del Codice Civile di Napoleone il Grande*, trad. it., II, Firenze, 1806, p. 145, p. 147). Di ben altro tenore le considerazioni di J.-E.-M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, trad. it., Napoli, 2013 (ediz. fr. 1841), p. 46, introdotte da un esordio emblematico, a tenore del quale «il diritto scritto che si compone di leggi romane ha civilizzato l’Europa. La scoperta fatta dai nostri antenati della compilazione di Giustiniano è stata per loro una sorta di rivelazione. Fu in effetti allora che i nostri tribunali presero una forma più regolare e che il terribile potere di giurare fu soggetto a dei principi [...] La maggioranza degli autori che censura il diritto romano in modo tanto amaro quanto superficiale, finisce con l’offendere ciò che ignora. Si sarà presto convinti, se, nelle raccolte tramandateci da questo diritto, riusciamo a distinguere le leggi che hanno meritato di essere chiamate ‘legge scritta’, da quelle che concernono solo istituzioni specifiche, estranee al nostro sistema e ai nostri usi».

perseguito l'obiettivo di individuare esattamente tutte le fonti di obbligazione, fruendo di metodologie arricchite da un ampio attingimento alla scienza giuridica: sotto questo versante, la casistica assolse una funzione imprescindibile, perché la determinazione delle fattispecie rilevanti creò un percorso non puramente astratto o isagogico, ma finalizzato a potenziare gli strumenti dogmatici per individuare, strutturare ed attivare nuovi meccanismi obbliganti, con evidenti riflessi sul terreno delle tutele rimediali.

Delle tre sottocategorie, quella che maggiormente attrae l'attenzione dell'interprete è la legge, in quanto questa fonte non incarna solo il fondamento per l'esigibilità di ciascuna pretesa azionabile all'interno della *communitas*, ma consegue anche una propria autonomia in termini obbligatori sulla base del potere di far nascere e sorreggere vincoli, costruiti in modo da autoqualificare se stessa come causa. Riprendendo una nota metafora hobbesiana, con Domat e Pothier si compie il passaggio dall'ordine divino alla volontà di un dio mortale, lo Stato, che esprime imperativisticamente la propria prescrizione: è la legge ad imporre al vicino di concedere la comunione del muro non evocando, si noti, il diritto divino o naturale, ma se stessa.

Questo passaggio risulta essere fondamentale soprattutto in considerazione della giustificazione che fornisce il Pothier, il quale ricorre all'ancor viva forza concettuale del diritto romano mediante l'apposizione della *condictio ex lege*. È il diritto romano, non quello naturale, l'orizzonte scientifico richiamato dal giurista francese per spiegare la correzione apportata all'altro illustre padre del *Code Napoléon*, motivando così una differente sistemazione dogmatico-sistemica. Non può essere ritenuto meramente casuale il fatto che una figura della levatura di Pothier, profondo conoscitore delle Pandette¹⁰⁸, si richiami ad un preciso schema giuridico di matrice romana all'interno di una riflessione che, in aggiunta, risulta essere impregnata di un grado di tecnicismo impossibile da rinvenire nella dogmatica talvolta meramente filosofica del diritto naturale, a cui il diritto romano interessava più come *ratio scripta* che per il suo carattere di *ius controversum* (fattore il quale, non è mai superfluo aggiungere, ne costituisce il maggior punto di forza).

¹⁰⁸ Teneva a ribadire A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, 1982, p. 366, come Pothier avesse realizzato un progetto accarezzato a lungo – ma senza successo – da Leibniz, vale a dire redigere un'opera di *Pandectae in novum ordinem digestae* (1748-1752), consistenti «in un riordinamento e in una rielaborazione in chiave razionalistica» del Digesto, opera nella quale «appare soprattutto notevole l'ampia trattazione ispirata al titolo finale *De diversis regulis iuris antiqui*' (D. 50.17), ove il Pothier ripropone ancora, in uno spirito soggettivistico e individualistico, la tripartizione gaiano-giustiniana [*personae, res, actiones*] del diritto privato». Il particolare è importante, in quanto «sarà proprio questo lo schema tripartito che verrà preferito e utilizzato nel piano generale di distribuzione e di elaborazione delle materie del codice civile napoleonico», benché, ad avviso dello studioso, si sarebbe trattato di una corrispondenza ispirata al razionalismo giuridico, quindi puramente esterna (ma, sarebbe il caso di dire, sorretta da una profondissima conoscenza della giurisprudenza romana, sebbene acquisita tramite la rivisitazione – talora deformante – imposta dai 'filtri' giustiniani). La ricollocazione sistematica di D. 44.7.52 (Mod. 2 *reg.*) è inserita in R-J. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano riordinate*, trad. it., VI, Venezia, 1833, pp. 880-881.

Una scienza giuridica davvero interessata ad armonizzare la propria tradizione storica – europea, sarebbe il caso di precisare – con le esigenze incalzanti della modernità deve forgiare strumenti euristici pronti a favorire comunque, se impiegati da un legislatore non necessariamente colto ma certamente sensibile (si pensi a Napoleone), soluzioni in qualche caso anche eterodosse, la forza delle quali è data dal fatto che il loro superamento non consegue ad una mera ed indiscussa decisione autoritativa di un legislatore successivo, ma giunge all'esito di un dibattito avente la medesima vivacità e profondità di quello suscitato al momento della loro introduzione.

Posta di fronte a queste modalità di lavoro e ai susseguenti risultati, qualsivoglia astrazione livellatrice di stampo neogiusnaturalistico sarebbe destinata a sbriciolarsi oppure, qualora le indicazioni di una scienza giuridica di alto livello non fossero recepite, a predisporre il pagamento di un prezzo consistente in una produzione legislativa dotata di modesta efficacia operativa e, quindi, destinata a non lasciare tracce fruibili nel tempo.

