

IVRIS VINCVLA

STUDI IN ONORE DI
MARIO TALAMANCA

ESTRATTO

JOVENE EDITORE

ANTONIO GUARINO

'OBLIGATIO EST IURIS VINCULUM'

* Queste pagine sono state anticipatamente pubblicate in «SDHI», LXV, 1999. Manoscritto chiuso il 16 maggio 1999.

1. — *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

Sono pienamente conscio del fatto che questo passo famosissimo delle Istituzioni giustinianee (I. 3, 13 pr.) è stato voltato e rivoltato innumerevoli volte da innumerevoli giusromanisti. Mi rendo perfettamente conto del rischio che l'aggiungermi ai suoi commentatori mi ponga nelle condizioni di un partecipante alla Maratona di New York. Non mi sfiora nemmeno lontanamente la speranza di uscire vincente dalla gara o anche solo di avere il fiato sufficiente per portarla a termine. Ma tant'è: l'importante è partecipare.

Sono lieto perciò di inserire questa svagata noterella nella raccolta di saggi dedicata ad un ricercatore tanto dotto quanto laborioso. Ad uno studioso che nei lunghi anni della sua incessante attività mai (o quasi) si è sottratto all'impegno cordiale di contribuire con uno dei suoi scritti ad iniziative consimili.

2. — Il primo passo da compiere sta nell'abbozzare una traduzione del testo per farsi un'idea approssimativa del senso che esso sembra avere e dei problemi che esso suscita. Ciò in vista di una comprensione (con relativa traduzione) che possa ritenersi, fino alla prossima revisione mia o altrui, definitiva. Ecco un punto sul quale bisogna intendersi bene, ed in ordine al quale io mi discosto parecchio (l'ho già detto in un articolo intitolato *Giustiniano in lingua viva*, pubblicato in «SDHI», LX, 1994, 541 ss.), dall'ottimismo di certi traduttori. La versione in lingua viva delle fonti su cui lavoriamo può ben farsi, è chiaro; ma va fatta avvertendo se stessi e i lettori che essa è tutt'altro che il Verbo, non importa di quale religione. Tanto più che persino quest'ultimo passa notoriamente da un'interpretazione all'altra, spesso quindi a versioni diverse o addirittura contrastanti, a seconda dei teologi che si industriano a spiegarlo.

Di questa ovvietà (perché di ovvietà si tratta) non ha mancato di rendersi conto, tanto per fare un nome, Mario Bretone là dove, nel suo recente volume su *I fondamenti del diritto romano* (sottotitolo: *Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998), segnala (p. XI) di aver via via «tradotto» i testi da lui esaminati, ma aggiunge subito che la traduzione è «operazione delicatissima, che ogni interprete compie almeno dentro di sé». Parole con le quali io sarei pienamente d'accordo, se il Bretone non concludesse il periodo dicendo che egli le sue traduzioni le ha volute «mettere su carta», cioè chiudere tra virgolette, in certo modo vincolando con la sua autorità il lettore (e, chi sa?, anche vincolando se stesso) alle sue personali versioni, quindi involontariamente allettandolo (e, chi sa?, anche allettando se stesso) a non controllare (o, nel suo caso personale, a non ricontrollare) l'originale latino.

Il dubbio che il procedimento adottato dal Bretone sia un po' troppo sommario mi viene confermato proprio dalla lettura delle pagine (190 s.) dedicate alla definizione giustiniana dell'*obligatio*. Di essa egli dà, senza esitazione alcuna, la seguente versione: «l'obbligazione è il vincolo giuridico, in forza del quale, e secondo il nostro ordinamento, siamo stretti dalla necessità di eseguire una prestazione». È una versione, intendiamoci, che corrisponde all'idea della maggioranza degli interpreti. Tuttavia il concetto generale di 'prestazione', nel senso di oggetto del vincolo obbligatorio, è un concetto quasi mai esplicitato come tale dalle fonti di cui disponiamo ed è stato confezionato dalla dottrina moderna a guisa di un 'prêt à porter' che si adatta sostanzialmente, ma solo sostanzialmente (e, caso per caso, con qualche piccolo adattamento), a quanto da quelle fonti risulta.

Se andiamo per il sottile, il '*praestare*' dei testi giuridici romani è tutto ciò che si vuole, ma non è la 'prestazione' onnicomprensiva (*dare, facere, non facere*) nel significato oggi corrente (v. da ultimo, sul punto: R. Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano [II sec. a.C. - II sec. d.C.]*, Milano, 1995). Non solo. Il Bretone, pur traducendo il '*solvere aliquam rem*' col ricorso al concetto generale di prestazione, si mostra talmente sensibile alla presenza del termine '*res*' nell'originale latino,

che alla spiegazione del suo impiego (cioè alla spiegazione di un termine che non significa prestazione, ma significa propriamente cosa, bene, forse *pecunia*) dedica una serie di considerazioni estranee alla definizione, le quali ineriscono alle presunte origini delle *obligationes* come limitate ad una *datio rei* (o *pecuniae*), sottintendendo (se ho ben capito) che il concetto di prestazione da lui adottato sia stato espresso col ricorso ad una più ristretta terminologia antica.

3. — È per l'appunto il '*solvere aliquam rem*' ciò che più intriga nella definizione di I. 3, 13 pr. Ma procediamo con ordine.

Ove si tengano particolarmente presenti, con la bibliografia ivi citata, le minuziose *Note semantiche sulle definizioni di 'obligatio'* di L. Lantella (in *Studi G. Grosso*, IV, Torino, 1971, 166 ss., spec. 170 ss. e nt. 9), le incisive pagine della voce *Obbligazione (dir. rom.)*, di M. Talamanca (in «ED», XXIX, Milano, 1979, 1 ss., spec. 9 ss.), il fine articolo di B. Albanese su *Papiniano e la definizione di 'obligatio' in I. 3.13 pr.* (in «SDHI», L, 1984, 167 ss.) e l'ampia ricerca dedicata da G. Falcone a *Il metodo di compilazione delle 'Institutiones' di Giustiniano* (in «Annali Palermo», XLV. 1, 1998, 221 ss., spec. 355 ss., 370 ss.), vi è quanto basta, almeno a mio avviso, per individuare la congettura (dico la congettura) più plausibile.

Prima però liberiamoci di tre problemi connessi, ancorché minori: quello delle origini (non delle *obligationes*, ma) della definizione di *obligatio* riportata nel manuale giustiniano; quello del significato del '*necessitate adstringimur*'; quello del senso e del riferimento del '*secundum nostrae civitatis iura*'.

4. — Quanto alle origini della definizione di *obligatio*, è chiaro (e pressoché tutti gli studiosi ne convengono) che si tratta di una definizione non formulata dai compilatori delle Istituzioni giustinianee, ma raccolta di peso in una fonte diversa (diversa anche dalle *institutiones* di Gaio) ed interpolata senza troppo riflettere in I. 3, 13 pr. allo scopo di arricchirne il dettato. Infatti, se i compilatori delle Istituzioni l'avessero formulata di propria mano, sia pure ispirandosi ad altro autore, difficilmente essi avrebbero parlato al

singolare di *'obligatio'* con quel che segue. Da un lato avrebbero avuto cura di evitare il malinteso che il *'necessitate adstringimur'* coinvolgesse il *'nos'* maiestatico da cui il manuale giustiniano figura dettato, si sarebbero cioè preoccupati di evitare l'equivoco che *necessitate adstrictus* potesse essere l'imperatore o anche l'imperatore: equivoco che, si badi, è stato eliminato da Teofilo nella sua parafrasi. Dall'altro lato avrebbero sfuggito lo scompenso tra la nostra definizione e ciò che si legge sia prima (*'nunc transeamus ad obligationes'*) sia dopo (*'omnium autem obligationum summa divisio rell.'*), ove essi parlano di *obligationes* al plurale.

La provenienza della definizione da Gaio e da un'edizione classica o postclassica delle *res cottidianae*, così come ipotizzata dall'Arangio-Ruiz e più articolatamente dallo Scherillo, è comunque assai poco probabile. Più verosimile e avvincente è la derivazione da un testo di Papiniano (testo trascritto dai compilatori senza nessuna modifica per via del fascino tuttora esercitato su di essi dal grande giureconsulto) così come congetturata dall'Albanese, anche se può ben darsi che una supposizione ancora più persuasiva sia per essere avanzata dal Falcone in un saggio di cui questi (p. 371 nt. 365) preannuncia la pubblicazione. Ad ogni modo, la tesi preferibile ad ogni altra mi sembra, per il momento, quella prudentemente prospettata dal Talamanca, che esclude anch'egli la mano giustiniana e propende, senza arrischiare più dettagliate congetture, per una formulazione classica della definizione: il che mi sembra confermato dal riferimento ai *iura 'nostrae civitatis'*, cioè dal riferimento ad una *res Romana* che non è il *dominatus* (e tanto meno è l'*imperium* diviso in due *partes*), ma è tuttora, pur se sul piano formale, la *civitas Romanorum*.

5. — Ancor meno parole di quanto ne abbiamo dedicate al problema precedente richiede, se non erro, la comprensione del *'necessitate adstringi'*.

Non montiamoci la testa. In I. 3, 13 pr. non ci troviamo di fronte ad un *'obligari necessitate'* ed alle difficoltà che questa concezione solleva (difficoltà per le quali rinvio all'articolo tuttora valido *Obligamur necessitate* pubblicato da Th. Mayer-Maly in

«ZSS», LXXXIII, 1966, 47 ss.). Nel passo giustiniano non si parla della *species* del *necessitate obligari* (differenziata da quella o da quelle del *non necessitate obligari*), come fa Modestino (o chi per lui) nei paragrafi del libro 2 *reg.* riportati in D. 44, 7, 52 pr. e 7. Vi si dice che l'*obligatio* comporta sempre e in ogni caso un '*necessitate adstringi*'. Vi si sottolinea, come in molti altri luoghi (e per esempio, in quel Gai. 3, 187 che tanto ha attratto l'attenzione di V. Arangio-Ruiz nelle *Noterelle gaiane di Festschrift L. Wenger*, II, München, 1944-45, 56 ss.), vi si sottolinea, dicevo, che il *vinculum* obbligatorio è assolutamente inevitabile, una volta insorto, dal soggetto passivo.

Siamo pertanto, quanto al '*necessitate*', nulla più che di fronte ad un pleonastico intensivo dell'*adstringi* determinato dal *vinculum iuris* in cui consiste l'*obligatio*. Un pleonasma particolarmente caro (quasi quanto il verbo *adstringere*) a Papiniano e, sulle tracce di quest'ultimo, a Modestino e ad altri (cosa ineccepibilmente evidenziata dall'Albanese). Un termine che nulla aggiunge, nella sostanza, all'*adstringi*' e che, sempre nella sostanza (starei per dire nella *substantia*), in niente e per niente diversifica il '*necessitate adstringimur*' di I. 3, 13 pr. dal più asciutto '*alium nobis obstringat*' che si legge nell'altra famosa definizione delle *obligationes* (definizione per me di insospettabile genuinità) formulata da Paul. 2 *inst.* D. 44, 7, 3 pr. (*Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*).

Inopportuno pleonasma? Non mi spingerei sino a questo punto. Anche se non strettamente indispensabile, l'intensificazione dell'*adstringi*' (*aliquam rem solvere*) mediante il '*necessitate*' (*alicuius rei solvendae*) rende maggiormente comprensibile, come dirò tra poco, che l'*obligatio*, almeno nella definizione riportata in I. 3, 13 pr., estende la sua efficacia allusiva anche al di là del comportamento volontario di adempimento della prestazione da parte del debitore.

·6. — Se, giunti a questo punto, ci poniamo il problema del '*secundum nostrae civitatis iura*', davvero non vedo come la frase pos-

sa riferirsi direttamente al concetto globale di *obligatio*. È evidente che il riferimento sia alla *necessitas alicuius solvendae rei*. Sarebbe segno di sorprendente completomania specificare che un istituto del diritto romano, del quale si definiscono le caratteristiche essenziali, è un istituto conforme appunto ai *nostrae civitatis iura*, cioè alle regole del diritto romano.

A. Biscardi, che di ciò si è acutamente reso conto già da molto tempo (più precisamente, in *Secundum nostrae civitatis iura*, in «Studi Senesi», LXIII, 1951, 40 ss.), avanza tuttavia un'ipotesi inaccettabile (richiamata anche nel recente articolo su *La genesi del concetto classico di 'obligatio'*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 19 ss., spec. 26 s.): l'ipotesi che la frase sia il frutto di un'interpolazione giustiniana intesa ad escludere la riferibilità della definizione, secondo le vedute postclassico-giustiniane, alle obbligazioni naturali. Ma io obietto: perché mai questa esclusione? È vero che I. 3, 13, 1 dichiara che la *summa divisio* delle obbligazioni è nei due *genera* delle *obligationes civiles* e di quelle *praetoriae*, ma è anche vero che I. 1, 1, 4 ha messo in chiaro, sin dal principio dell'opera, che il *ius privatum* è stato *'collectum'* anche *'ex naturalibus praeceptis'*, i quali dunque non sono al di fuori di esso e dei suoi istituti (*obligationes* comprese), ma ne fanno parte.

Esclusa l'«interpolazione dell'interpolazione» congetturata dal Biscardi (la quale, oltre tutto, è inconciliabile col già segnalato sapore classico dei *'nostrae civitatis iura'*), resta però a merito del Biscardi stesso l'aver intuito che la chiusa della definizione può essere volta esclusivamente a tornare il senso della *'necessitas alicuius solvendae rei'*. Il che non direi che sia pur esso (così come lo sarebbe il riferimento all'*obligatio* in generale) un truismo. Vi è qualcosa, in quella locuzione, che forse va approfondita.

7. — Cosa vuol dire, nella definizione classica riportata dalle Istituzioni giustiniane, *'aliquam solvere rem'*?

Per quanto mi riesce di vedere, vi sono tre modi per rispondere (a prescindere, beninteso, da quello di ignorare o di sottovalutare il quesito, parlando senz'altro di compiere una prestazione). Il

primo modo è di prendere atto, vocabolari alla mano, che *'solvere rem'* (o *'pecuniam'*, o *'pretium'*, o altro) equivale a *'dare rem'*, concludendo che la definizione è parziale (manchevole del *facere-non facere* e del *praestare*): cito per tutti, in questo senso, A. Guarino, nel suo *Diritto privato romano*¹¹, Napoli, 1997, 803, nt. 71.8. Il secondo modo è di addebitare la riduttività della definizione, ed altri suoi particolari, ad un giurista da quattro soldi dell'età postclassica: il che ha fatto M. Kaser nel suo *Das Römische Privatrecht*, I², München, 1971, 479 («ein wenig glücklicher Schulprodukt vielleicht erst aus nachklassischer Zeit»). Il terzo modo è di procedere ad una ragionata e raffinata *'solicitation du texte'*, quale è stata operata, dopo le prime due edizioni della sua opera, da V. Arangio-Ruiz, di cui cito le (non più variate) *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1960, 283 ss.

Dei tre modi ora indicati, il meno convincente è il secondo: non perché la stagione interpolazionistica sia finita ed altre sciocchezze del genere, ma perché il buon metodo esegetico consiste nel pervenire a conclusioni di questo tipo quando manchino indizi di genuinità classica, che invece nella specie (lo abbiamo visto) vi sono. Più plausibile è il primo modo, salvo che lascia un po' di amaro in bocca: escludendo infatti l'assurdità che un giureconsulto classico abbia potuto definire l'obbligazione *in toto* con riferimento alla sola *datio rei*, bisogna supporre, con qualche sforzo di immaginazione, che la definizione di *obligatio* sia stata desunta da un originale classico che fosse relativo ad un'ipotesi particolare di *obligatio in dando* e che volesse chiarire quella e quella soltanto. Resta dunque, prima di accogliere l'ipotesi del riferimento alla *datio rei*, da saggiare il *modus explicandi* numero tre.

Ora, ecco quanto si legge, in nuce, nelle pagine dell'Arangio-Ruiz. Vi si legge (chiedo scusa se banalizzo con la mia sintesi un discorso luminosamente ricco) che la nozione classica dell'*obligatio* non si riduce alla pura *datio rei* né per converso si estende al generico adempimento, ma implica (e significa) un comportamento di personale 'soggezione' dell'*obligatus* al creditore: un comportamento di cui le origini sono lontane, ma di cui i tratti essenziali permangono in età classica e lasceranno tracce profonde anche nell'età

successiva. Dunque, la '*necessitas alicuius solvendae rei*' (continuo io) non può essere tradotta con aderenza al significato di '*solvere*' nel senso di pagare (o di adempiere, o di *satisfacere*) e di '*res*' nel senso di cosa (o di bene, o di oggetto), ma deve essere tradotta con riguardo al senso di soggezione, di subordinazione, di sottomissione del debitore al creditore in ordine al disbrigo di una certa faccenda, al compimento di un determinato affare. Sino a che la liquidazione ('*solutio*') di questo affare ('*res*') non sia giunta al termine, eventualmente col ricorso al mezzo estremo della *ductio* o della *bonorum venditio*.

Questa è la risposta che io oggi, '*re melius perpensa*', sono portato a suggerire (a titolo di personale impressione, e non più) in ordine al significato di I. 3, 13 pr.

I dizionari (atecnici e tecnici) non la osteggiano (per l'uso latissimo di '*res*' mi richiamo particolarmente al Bretone). È cosa nota che i giuristi romani (come accade, del resto, anche ai giorni nostri) non osservavano tutti e minuziosamente (e tanto meno lo fecero col volgere dei tempi) lo stesso e identico vocabolario tecnico-giuridico. Il '*secundum nostrae civitatis iura*' acquista una rilevanza particolare se si riflette che esso si riferisce (in considerazione di vincoli obbligatori intercorrenti tra romani e stranieri) alla esclusiva 'romanità' che deve avere (per esempio, davanti al *praetor peregrinus*) il processo.

Non basta? E allora si ricordi che Teofilo, abbia o non abbia partecipato alla redazione di I. 3, 13 (cosa che secondo il Falcone non avrebbe fatto), usa nella sua parafrasi due termini molto significativi: il verbo ἀναγκάζειν per '*necessitate adstringi*' e, sopra tutto, il sostantivato totalizzante τὸ ἐποφειλόμενον per '*aliqua solvenda res*'. Ciò dopo aver già detto, in 2, 2, 1, che ἐνοχὴ ἐστὶ δεσμὸς δικαίου, δι' οὗ τις ἀναγκάζεται ποιεῖν ἕκαστον ὃ ὀφείλει ποιεῖν (che il debitore è costretto a 'fare tutto ciò che deve fare', cioè a comportarsi in tutto e per tutto come deve comportarsi).