

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

SCRIPTA EXTRAVAGANTIA
STUDI IN RICORDO
DI
FERDINANDO ZUCCOTTI

A cura di Iole Fagnoli



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-5513-130-8 - ISSN 2499-6491

Copyright 2024

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: www.lededizioni.com

I diritti di riproduzione, memorizzazione e archiviazione elettronica, pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche, i supporti digitali e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano
e-mail autorizzazioni@clearedi.org - sito web www.clearedi.org

I costi di pubblicazione di questo volume sono stati sostenuti da:

Romanistisches Institut Universität Bern

Fondi di dotazione

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto - Università degli Studi di Milano

Fondi di ricerca Saverio Masuelli

Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Torino

Gianfranco Mozzali

Claudio Felisari

Elena Babanicas

Flora Maria Piccinini

Donatella e Guia Busdraghi

Stampa: Litogi

Sommario

<i>Iole Fagnoli</i> Ferdinando Zuccotti o della stravaganza del diritto	11
<i>Saverio Masuelli (a cura di)</i> Pubblicazioni di Ferdinando Zuccotti	25
<i>Francesco Arcaria</i> Il <i>praetor</i> nel terzo libro del <i>De omnibus tribunalibus</i> di Ulpiano	33
<i>Pierfrancesco Arces</i> L'archetipo delle <i>Istituzioni</i> di Gaio è dunque solo vana immaginazione?	49
<i>Stefano Barbati</i> La ' <i>vetus atque usitata exceptio</i> ' – ' <i>cuius pecuniae dies fuisset</i> ' – di Cic. <i>De orat.</i> 1.168: un rimedio a disposizione dell'attore per evitare la <i>pluris petitio tempore</i> nel processo <i>per legis actiones</i>	67
<i>Mariagrazia Bianchini</i> A proposito di <i>manumissio a non domino</i>	101
<i>Maria Luisa Biccari</i> Minime riflessioni sulla servitù a margine di alcuni testi plauziani	109
<i>Pierangelo Buongiorno</i> Aspetti della repressione del falso a Roma tra tarda repubblica e primo principato	123
<i>Piera Capone</i> Profili della conflittualità fra vicini in una <i>controversia</i> di Seneca il Vecchio	145
<i>Valeria Carro</i> Gli usi civici tra passato e presente: un patrimonio di valori antichi	167

<i>Cosimo Cascione</i> Pretori nelle XII Tavole?	185
<i>Luca Castellani</i> Diritto commerciale uniforme e circolazione dei modelli giuridici: realtà e sfide	191
<i>Luca Ceglia</i> L'interpretazione di D. 18.1.65 (Iavol. 11 epist.): un'ipotesi di censura sabiniana	201
<i>Giovanna Coppola Bisazza</i> La funzione attribuita alla cultura umanistica e tecnica tra Teodosio II e Giustiniano	233
<i>Martino Emanuele Cozzi</i> «Una tesi un poco eterodossa». L'usucapione nel pensiero di Ferdinando Zuccotti	249
<i>Salvatore Antonio Cristaldi</i> <i>Manumissio</i> del minore di trent'anni e acquisto della condizione di <i>servus Caesaris</i>	265
<i>Matteo De Bernardi</i> Sulle lezioni del prof. Franco Pastori alla Statale di Milano	281
<i>Elio Dovero</i> Il <i>furor</i> eversivo degli eutichiani e il rimedio normativo	297
<i>Francesco Fasolino</i> Il diritto in funzione dell'uomo: riflessioni minime sullo studio della storia del diritto	317
<i>Riccardo Fercia</i> Trebazio e il comodato di <i>pondera iniqua</i>	323
<i>Monica Ferrari</i> Una famiglia ai margini dell'Impero: diritto e vita quotidiana nei Papiri Eufratensi	343
<i>Thomas Finkenauer</i> <i>Religio iudicis vel praetoris</i>	363
<i>Lorenzo Franchini</i> Caratteri e metodi della prima giurisprudenza laica: sintesi e pensieri sparsi	393

<i>Aleksander Grebieniow</i> Tracce di patti successori nell'editto di Giustiniano 'De Armeniorum successione' del 535	425
<i>Giovanni Gulina</i> Un istituto sopravvissuto a se stesso. Riflessioni sulla <i>noxae deditio</i>	441
<i>Francesca Lamberti</i> I <i>senatus consulta</i> Persiciano, Claudiano e Calvisiano in tema di matrimoni tra "anziani"	469
<i>Paola Lambrini</i> La proprietà delle terre nell'arcaico ordinamento romano alla luce di Dionigi di Alicarnasso	493
<i>Francesco Lucrezi</i> Repressione criminale e «categorie sistematiche». Ricordo di Ferdinando Zuccotti	505
<i>Carla Masi Doria</i> Cornelia, madre o tribù?	511
<i>Saverio Masuelli</i> Ricerche in tema di <i>cautio fructuaria</i>	517
<i>Valerio Massimo Minale</i> Il cavallo nell' <i>Ekloge</i> isaurica	533
<i>Carlo Pelloso</i> Sul significato di <i>quirites</i> e sulle formule ' <i>populus Romanus quiritium</i> ' e ' <i>populus Romanus quirites</i> '	539
<i>Carmela Pennacchio</i> Follia e matrimonio: maneggiare con cura. ' <i>Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?</i> '	557
<i>Ivano Pontoriero</i> Pena convenzionale e interessi nella tradizione romanistica	577
<i>Francesca Pulitanò</i> Ferdinando Zuccotti e il dibattito attuale sull' <i>agere per sponsonem</i>	603

<i>Francesca Reduzzi Merola</i> Una controversia di Seneca il Vecchio e i divieti matrimoniali tra ingenuae e liberti	623
<i>Giunio Rizzelli</i> Ferdinando e <i>La paelex</i> . Un ricordo	627
<i>Antonio Saccoccio</i> <i>Periculum evictionis</i> nel diritto romano	635
<i>Maria Virginia Sanna</i> Ancora sul <i>partus ancillae</i>	665
<i>Roberto Scevola</i> Sulla configurazione del <i>crimen ambitus</i> fino all'età sillana: la centralità della <i>lex Cornelia Baebia</i> (181 a.C.)	679
<i>Raffaella Siracusa</i> La nozione di <i>universitas</i> in una prospettiva storico-comparatistica	705
<i>Mario Varvaro</i> Vat. Fr. 92, l' <i>indefensio</i> e la natura restitutoria degli interdetti <i>Quem fundum</i> e <i>Quem usum fructum</i>	725
<i>Gloria Viarengo</i> Giustizia familiare e giustizia pubblica a Roma: un tentativo di sintesi alla luce delle ricerche più recenti	743
<i>Silvia Viaro</i> ' <i>Si volet, suo vivito</i> '. Considerazioni sulla condizione dell' <i>'addictus</i> ' nelle XII Tavole	767
<i>Andreas Wacke</i> Jesus Christus als Angeklagter vor Pontius Pilatus in der Historienmalerei	811
<i>Adolfo Wegmann Stockebrand</i> Rilievi minimi su <i>re contrahere</i> e <i>credere</i> nelle <i>res cottidianae</i>	831
<i>Lorenzo Lanti - Manfredi Zanin (a cura di)</i> Indice delle fonti	853

Rilievi minimi su *re contrahere* e *credere* nelle *res cottidianae* *

1. Introduzione – 2. Tripartizione delle obbligazioni e di quelle nate *ex contractu* nelle *res cottidianae* – 3. *Commodatum*, *depositum* e *pignus* come *obligationes re contractae*? – 4. *Causae credendi* e *obligatio re contracta* – 5. Conclusioni e prospettive di ricerca.

1. L'*Index Florentinus* menziona, tra le varie opere giurisprudenziali utilizzate dai compilatori giustinianeî per la formazione dei cinquanta libri dei *Digesta*, un testo intitolato *aureon βιβλία ἑπτὰ*, espressamente attribuito a Gaio. Nelle iscrizioni dei ventun frammenti in cui è citata, l'opera viene occasionalmente denominata con i titoli di *aurea* (probabilmente nel senso di «regole giuridiche auree»), o *res cottidianae* (cioè, giurisprudenza quotidiana, insegnamenti o dottrine giuridiche elementari). A prescindere dal titolo esatto di quest'opera¹, ciò che è certo è che essa consiste in una presentazione sintetica dei rudimenti del diritto; ad avviso di Cannata, si tratterebbe di un *vade mecum* dell'avvocato romano (piuttosto che del giurista)². La semplicità del discorso e l'ordine sistematico dello stesso sono stati considerati da una parte della dottrina indizi di una presunta origine post-classica

*) Per l'invito a partecipare con un contributo agli scritti in ricordo di Ferdinando Zuccotti ringrazio la collega e amica Iolè Fargnoli. Per la revisione del testo italiano sono grato alla Dott.ssa Fatima Teli.

¹) Il titolo completo era probabilmente *Gai rerum cottidianarum sive aureorum libri VII*. Si può sostenere che questo titolo sia stato abbreviato dai compilatori giustinianeî, il che giustificherebbe le variazioni riscontrate nei frammenti del Digesto in cui è citato. Così, ad esempio, l'*inscriptio* di D. 7.1.3 (Gai. 2 aur.) recita *Gaius libro secundo rerum cottidianarum vel aureorum*; quella di D. 18.6.2 (Gai. 2 aur.), invece, è *Gaius libro secundo cottidianarum rerum*; in D. 40.2.7 (Gai. 2 aur.), è *Gaius libro secundo cottidianarum rerum*. In D. 40.2.7 (Gai. 1 aur.) si legge *Gaius libro primo rerum cottidianarum sive aureorum*, mentre in D. 44.7.1 (Gai. 2 aur.) si fa riferimento a *Gaius libro secundo aureorum*. Un'ipotesi ricostruttiva dell'ordine originario dei frammenti di quest'opera conservati nel Digesto in O. LENEL, *Paltingenesia Iuris Civilis*, 1, Leipzig, 1889, c. 251 ss.

²) C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, 2, Torino, 2008, p. 104.

dell'opera³. Un'altra parte della dottrina, a cui riteniamo di aderire, propende per una paternità gaiana del testo, sostenendo che esso costituisca una rielaborazione delle *Institutiones*⁴. Infatti, se è vero che le iscrizioni sopra citate, così come la costituzione imperiale introduttiva delle Istituzioni di Giustiniano⁵, citano Gaio senza eccezioni (e non ci sono argomenti sufficienti per pensare a una falsificazione sistematica operata dai compilatori), anche i frammenti tratti dalle *res cottidianae* presentano una chiara impronta gaiana nei loro aspetti di sostanza (non sempre in quelli di forma)⁶. L'*onus probandi* spetta, quindi, a chi rifiuta l'attribuzione delle *res cottidianae* a Gaio, non a chi assume come vera la testimonianza delle fonti⁷. In ogni caso, la questione, descritta da Kaser come un ferro ardente⁸, rimane aperta, e nessuno è in grado di sostenere una posizione con assoluta certezza, probabilmente anche per via della deplorable scarsità di opere dedicate a studiare il testo con l'eshaustività che merita⁹.

Uno dei principali ostacoli che la moderna dottrina romanistica ha incontrato nel difendere la paternità gaiana delle *res cottidianae* consiste nel fatto che esse si discostano per molti aspetti dall'ordine sistematico – il cosiddetto sistema esterno – delle *Gai Institutiones*. Uno di questi aspetti è appunto oggetto del presente studio, ovvero la disciplina delle *causae credendi* e il loro legame con la nozione di *obligatio re contracta*. Questo perché, a differenza di quanto avviene nelle Istituzioni, dove Gaio menziona la *mutui datio* (*causa credendi* par antonomasia) quale unica istanza di *re contrahere* e, quindi, quale unico vero contratto reale secondo la nomenclatura moderna¹⁰ – questione alla quale abbiamo dedicato precedenti

³) In questo senso, ad esempio, J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid, 1996, p. 211 ss., W. KUNKEL, M. SCHERMAIER, *Römische Rechtsgeschichte*¹⁴, Köln-Weimar-Wien, 2005, p. 189 ss., CANNATA, *Materiali*, 2, cit. (nt. 2), p. 103 ss.

⁴) Si veda ad esempio F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, München, 2006, p. 116.

⁵) Imp. Cost. § 6.

⁶) In questo senso, ad esempio, G. FALCONE, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, in *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare, Atti del Convegno di Roma 23-24 settembre 2010*, (cur. L. CAPOGROSSI-COLOGNESI, M.F. CURSI), Napoli, 2011, p. 17, R. MARTINI, *Gaio e le res cottidianae*, in *AUPA*, 55, 2012, p. 188.

⁷) F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 202, in una sorta di *media sententia*, propende per una tesi piuttosto eclettica, secondo la quale saremmo in presenza di un ipomnema, che potrebbe essere stato scritto da un professore di diritto in epoca classica (ma che non era affatto tra i grandi giureconsulti del suo tempo), e che sarebbe stato rielaborato in epoca post-classica.

⁸) M. KASER, *La classicità di Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico* (cur. A. GUARINO, L. BOVE), Napoli, 1966, p. 45.

⁹) La principale eccezione in questo senso è lo studio monografico di J.M.COMA FORT, *El derecho de obligaciones*, cit. (nt. 3), anche se limitato, come esprime il titolo, alla parte molto importante – ma non l'unica – inerente al diritto delle obbligazioni.

¹⁰) Gai. 3.90: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione* [...]. Fonte completa citata *infra*, nt. 46.

lavori¹¹ –, nelle *res cottidianae* lo stesso Gaio aggiunge, subito dopo una spiegazione del *re contrahere* che è sostanzialmente equivalente a quella esposta in Gai. 3.90 (cioè limitata al *mutuum*)¹², anche il caso del comodatario, del depositario e del creditore pignoratizio, dal momento che sarebbero anch'essi (*quoque*) obbligati in virtù di una cosa (*re*), cioè alla sua restituzione¹³. Da qui emergerebbe dunque la comune attribuzione della paternità della cosiddetta categoria dei contratti reali come la conosciamo oggi – cioè, composta da mutuo, comodato, deposito e pegno – all'autore delle *res cottidianae*, il quale per questo motivo è stato definito addirittura come pre-postclassico¹⁴.

Riteniamo, tuttavia, che la consueta interpretazione dei corrispondenti passi delle *res cottidianae* non renda sufficiente giustizia al vero significato e alla portata della riflessione del loro autore. Infatti, non troviamo in D. 44.7.1.3-6 argomenti testuali sufficienti per sostenere che la nozione di *obligatio re contracta* sarebbe stata qui estesa dal *mutuum* a tutte le *causae credendi* di natura contrattuale – *commodatum*, *pignus* e *depositum* – configurando un'idea di *re contrahere* sostanzialmente nuova rispetto a quella presente nelle *Institutiones*. Al contrario, a nostro avviso, in entrambe le opere è possibile ravvisare, piuttosto, un discorso continuo, un unico – per così dire – sistema interno che si mantiene nonostante le notevoli differenze negli aspetti formali dell'esposizione della materia.

Il nostro piano di lavoro prevede, quindi, un breve accenno preliminare alla tripartizione delle *obligationes* in generale e di quelle nate *ex contractu* in particolare, presenti nelle *res cottidianae* (2). Successivamente andremo ad affrontare il problema dell'apparente incorporazione delle obbligazioni nate da comodato, deposito e pegno nella categoria del mutuo, quali presupposti di quelli che la dogmatica ha chiamato contratti reali (3). Questo ci permetterà di contrapporre il vero significato dei testi analizzati alla *communis opinio* che vorrebbe attribuire a Gaio la creazione di un'*obligatio re contracta* comprensiva non solo del *mutuum*, ma anche del *commodatum*, del *depositum* e del *pignus*. Avremo modo, infine, di approfondire il rapporto tra *causae credendi* e *re contrahere* nel diritto romano classico (4), per approdare a nuove conclusioni e prospettive di studio (5).

¹¹) A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht*, Tübingen, 2017, p. 115 ss., A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Sobre el así llamado contrato real en las Institutiones de Gayo*, in *REHJ*, 40, 2018, p. 97 ss.

¹²) D. 44.7.1.2 (Gai. 2 aur.): *Re contrahitur obligatio mutui datione* [...]. Fonte completa citata *infra*, nt. 40.

¹³) D. 44.7.1.3-6 (Gai. 2 aur.): 3. *Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur* [...] 5. *Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur* [...] 6. *Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur* [...]. Per un'esegesi della fonte si veda *infra*, § 3-4.

¹⁴) Così A. D'ORS, *Re et verbis*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona 27-28-29 IX 1948* (cur. G. MOSCHETTI), 3, Milano, 1951, p. 267, A. D'ORS, *Répliques Panormitanas VI. Sobre la suerte del contrato real en el derecho romano*, in *RDN*, 88, 1975, p. 7 ss.

2. Come già accennato, le *res cottidianae* si differenziano dalle *Institutiones* soprattutto per l'ordine delle materie. Da questo punto di vista, rappresentano sicuramente un passo avanti nella sistematizzazione del materiale giuridico trattato, semplificando altresì notevolmente il ragionamento alla base delle decisioni¹⁵. L'esempio più calzante è probabilmente quello della *divisio obligationum*. Mentre Gai. 3.88 offre una suddivisione del *genus obligationum* in due specie, ossia *obligationes ex contractu* ed *ex delicto*¹⁶, da cui si evince una nozione molto ampia di *contractus* – da intendersi come ogni atto lecito (convenzionale o meno) che genera obbligazioni – in contrapposizione al solo *delictum*,¹⁷ nelle *res cottidianae* troviamo invece una tripartizione delle *obligationes*, attraverso l'incorporazione della categoria vaga e residuale delle *variae causarum figurae*¹⁸. Ciascuno degli elementi che compongono il predetto gruppo è regolato da norme proprie (*proprio quodam iure*), il che significa che questo terzo insieme di fonti è ben lontano dal costituire una categoria autonoma e sufficientemente articolata. È quanto si legge nel frammento con il quale si apre il titolo 44.7 del Digesto (*de obligationibus et actionibus*):

D. 44.7.1.pr. (Gai. 2 aur.): *Obligaciones aut aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio*¹⁹ aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.

Le *variae causarum figurae* lecite²⁰ sono caratterizzate dall'assenza di *consenso* nella costituzione del rapporto obbligatorio²¹. Infatti, nelle *res cottidianae*, questo gruppo eterogeneo di *causae obligationum* comprende la *negotiorum gestio*²², la

¹⁵ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit. (nt. 4), p. 116.

¹⁶ Gai. 3.88: [...] *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*. La stessa bipartizione delle obbligazioni compare in Gai. 4.2 (a proposito delle *actiones in personam*) e in frammenti di giurisprudenza tardo-classica, cioè D. 5.1.57 (Ulp. 41 ad Sab.) e D. 5.3.14 (Paul. 20 ad ed.). Si veda anche Ep. Gai 2.9.pr.

¹⁷ Abbiamo approfondito la questione in A. WEGMANN STOCKEBRAND, *En torno a la noción de sistema jurídico y a la construcción de una categoría general del contrato en el derecho romano*, in *RChD*, 44/2, 2017, p. 333 ss., e A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Sobre la noción de contrato en las Institutiones de Gayo*, in *RDP (Externado)*, 34, 2018, p. 19 ss.

¹⁸ Per questa categoria si veda, ad esempio, W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris (Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico)*, in *RISG*, 14, 1970, p. 77 ss., F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in *BIDR*, 76, 1973, p. 171 ss., J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones*, cit. (nt. 3).

¹⁹ Già nelle *Institutiones* troviamo l'uso del termine *maleficium* come sinonimo di *delictum*, in particolare in Gai. 4.75, 4.80 e 4.112.

²⁰ Tralasciamo in questa sede le obbligazioni derivanti da atti illeciti, in quanto esulano dall'ambito della nostra indagine.

²¹ Si veda ad esempio J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones*, cit. (n. 3), p. 125 ss.

²² D. 44.7.5.pr. (Gai. 3 aur.).

*tutela*²³, il *legatum per damnationem*²⁴ e la *solutio indebiti*²⁵, tutti atti leciti non convenzionali che generano obbligazioni. Quest'ultimi daranno luogo in seguito alla cosiddetta categoria dei quasi-contratti²⁶. Ne consegue che il *contractus* dovrà essere considerato, secondo questa nuova sistematica, come un atto lecito convenzionale suscettibile di generare obbligazioni. L'ambito delle *obligationes ex contractu*, pertanto, si riduce notevolmente rispetto alle Istituzioni di Gaio, similmente a quanto avviene nel pensiero di Pedio, secondo una celebre testimonianza ulpiana²⁷.

Successivamente, le *res cottidianae* offrono una nuova tripartizione, questa volta delle obbligazioni derivanti da contratto:

D. 44.7.1.1 (Gai. 2 aur.): *Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu.*

Analizzando approfonditamente il testo, è possibile sostenere che, al di là delle evidenti differenze nell'esposizione esterna del diritto delle obbligazioni, l'impronta delle *Institutiones* è ancora pienamente percepibile per quanto riguarda il suo – per così dire – sistema interno. Infatti, se nelle Istituzioni si afferma che i delitti fanno parte di un unico genere di *causae obligationum* (*uno genere consistit obligatio*), mentre i contratti vengono divisi in quattro generi distinti e indipendenti (*in IIII genera diducantur*)²⁸, nelle *res cottidianae* si esprime sostanzialmente la stessa idea:

²³) D. 44.7.5.1 (Gai. 3 aur.).

²⁴) D. 44.7.5.2 (Gai. 3 aur.).

²⁵) D. 44.7.5.3 (Gai. 3 aur.). Già Gaio sollevava nelle sue Istituzioni dubbi sulla natura contrattuale del pagamento dell'indebitto (Gai. 3.91), anche se incentrava la sua analisi non nella presenza o meno del consenso, del quale in realtà in questo brano non dice nulla, ma nella mancanza di volontà vincolante del *solvens*, dal momento che quest'ultimo cerca di estinguere un rapporto obbligatorio invece di farlo nascere (*quia is, qui solvendi animo dat, magis distrabere vult negotium quam contrahere*). In tal senso, nella prospettiva dell'autore, A. WEGMANN STOCKEBRAND, *En torno al carácter (cuasi) contractual de la 'solutio indebiti' en las Institutiones de Gayo*, in *REHJ*, 39, 2017, p. 85 ss. Si veda anche, di recente, G. ROMANO, 'Contrahere' e 'animus contrahendi' in *Salvio Giuliano*, in *AU-PA*, 65, 2022, p. 123 ss., con ampia bibliografia.

²⁶) Nelle *res cottidianae*, la terminologia utilizzata per questi casi è varia e imprecisa: così, per quanto riguarda la *negotiorum gestio*, si dice *neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur* (D. 44.7.5.pr.); riguardo al *legatum per damnationem*, si afferma che l'erede *neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur* (D. 44.7.5.2); e riguardo alla *solutio indebiti*, che l'*accipiens obligati quidem quasi ex mutui datione* (D. 44.7.5.3). Solo in materia di *tutela* si usa l'espressione *quasi ex contractu teneri videtur* (D. 44.7.5.1). Sull'origine storica della categoria dei quasi-contratti si veda, per tutti, C.A. CANNATA, *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, in *ED*, 38, Milano, 1987, p. 25 ss.

²⁷) D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 ad ed.): [...] *ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem* [...].

²⁸) Gai. 3.182: *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur [...] quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus. Cfr. Gai. 3.89: Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum*

i delitti costituiscono un unico genere di fonti di obbligazione (*omnia unius generis sunt*), mentre, al contrario (*alioquin*), le obbligazioni contrattuali appartengono ciascuna ad un genere diverso, potendo sorgere *re*, *verbis* o *consensu* (l'*obligatio litteris contracta* non è menzionata in quest'opera, probabilmente in considerazione alla sua natura prettamente pratico-forense piuttosto che didattica)²⁹: *cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistent, sed etiam verbis et consensu*³⁰. Una divisione dialettica delle *obligationes ex contractu* non più in *genera*, ma in *species* dello stesso *genus*, la troviamo per la prima volta nelle Istituzioni giustiniane³¹, opera che, recependo gli influssi bizantini, identifica in sostanza *contractus* e *conventio*³².

Possiamo quindi affermare che le classificazioni gaiane delle *obligationes ex contractu* utilizzano, quale criterio di articolazione, i fatti concreti da cui si originano, cioè le loro cause (*causae obligationum*), indipendentemente dal modo di perfezionamento del contratto³³. Nella prospettiva della giurisprudenza classica, la dazione di una cosa (*datio rei*), le parole che compongono una promessa formale verbale (*verba*), la scrittura (*litterae*) o l'accordo di volontà (*consensus*) non erano semplici modi di manifestare il consenso alla conclusione di un contratto, ma presupposti di fatto distinti e indipendenti, ciascuno dei quali costituiva un genere a sé³⁴. In questo ordine di cose, quindi, né le *res* (*datio rei*), né i *verba*, né le *litterae* rappresentano modi particolari di manifestare il consenso, di dare luogo a una *conventio* – poiché ciò presupporrebbe, come si è detto, che tutti i contratti siano specie di uno stesso genere, struttura, quest'ultima, che apparirà solo nel manuale giu-

autem quattuor genera sunt [...].

²⁹ D'altra parte, era degna di essere discussa in testi didattici, non solo dallo stesso Gaio (Gai. 3.89, 3.128 ss.), ma persino nelle Istituzioni di Giustiniano (Iust. Inst. 3.21), nonostante nel VI secolo d.C. non avesse alcun valore pratico (*quae nomina hodie non sunt in usu*).

³⁰ D. 44.7.4 (Gai. 3 aur.): *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 consistent, sed etiam verbis et consensu*.

³¹ Iust. Inst. 3.13.2: [...] *Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus*.

³² Cfr. Teoph. Inst. Par. 3.13.2 per l'identificazione bizantina tra contratto e convenzione, basata sulla nozione classica di *pactum* contenuta in D. 2.14.1.2 (Ulp. 4 ad ed.): *Et est pactio duorum plurimumve in idem placitum et consensus*.

³³ Cfr. P. BIRKS, *The Roman Law of Obligations*, Oxford, 2014, p. 17, G. FALCONE, *Sistematiche gaiane*, cit. (nt. 6), p. 30. Approfondimenti della questione, nella prospettiva dell'autore, in A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Contrabere obligationem en el derecho romano clásico*, in *RD (Valdivia)*, 32, 2019, p. 9 ss.; A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Zur Stellung der Obligation im Vermögensrecht*, in *Handbuch des Römischen Privatrechts* (cur. U. BABUSIAUX, C. BALDUS, W. ERNST, F.-S. MEISSEL, J. PLATSCHKE, T. RÜFNER), 2, Tübingen, 2023, p. 1892 ss.

³⁴ In termini simili J.D. HARKE, *Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht*, Berlin, 2013, p. 38.

stiniano – andando a costituire invece realtà essenzialmente distinte (*genera*).

Perciò riteniamo che Gaio, nelle sue *res cottidianae*, più che adottare una nuova idea di *contractus*, radicalmente diversa da quella che troviamo in Gai. 3.88, abbia avuto piuttosto la modesta pretesa di adattare la sua sistematica del diritto delle obbligazioni (sistema esterno) a una nozione di contratto che doveva essere abbastanza diffusa al suo tempo, cioè quella che si legge in Pedio tramite Ulpiano, senza modificare però il suo *Gedankengang*, il suo sistema interno. Come afferma Martini, il nuovo sistema delle *res cottidianae* non implica necessariamente che Gaio abbia modificato la sua idea di contratto nei termini in cui è solitamente intesa nella tradizione romanistica (cioè la *conventio* come sustrato essenziale di ogni *contractus*)³⁵. Inoltre, l'ampia nozione di contratto come fatto lecito che genera obbligazioni, convenzionali o meno, non si trova solo in Gaio, ma compare anche in alcuni testi giurisprudenziali tardo-classici³⁶ – ad esempio in frammenti di Ulpiano e Paolo – il che dimostra che la dottrina di Pedio non sia prevalsa mai del tutto, almeno durante il periodo classico.

Ora, per quanto riguarda il contenuto delle *obligationes verbis* e *consensu contractae*, le *res cottidianae* non presentano alcuna novità formale o sostanziale: da un lato, l'obbligazione contratta per mezzo dei *verba* si identifica con la *sponso/stipulatio* come in Gai. 3.92³⁷; dall'altro, *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* e *mandatum* rappresentano il più ampio *genus* delle *obligationes consensu contractae*, come in Gai. 3.135³⁸, anche se la loro trattazione non è presente nel titolo 44.7 del Digesto, ma nel titolo corrispondente a ciascuno di questi contratti³⁹. La grande novità si rinviene nell'obbligazione *re contracta*: subito dopo l'esposizione dei tratti essenziali della *mutui datio* come (unico) caso di *re contrahere*⁴⁰, pare – almeno a prima vista – che Gaio abbia voluto aggiungere il *commodatum*, il *depositum* e il *pignus* come nuovi elementi del genere *obligatio re contrac-*

³⁵) R. MARTINI, *Gaio e le res cottidianae*, cit. (nt. 6), p. 179 nt. 11; R. MARTINI, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, in *Iura*, 42, 1991, p. 97 ss.

³⁶) Si veda ad esempio D. 5.1.57 (Ulp. 41 ad Sab.): *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio [...]*, D. 5.3.14 (Paul. 20 ad ed.): *Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert [...]*. Cfr. A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Sobre la noción de contrato*, cit. (nt. 17), p. 34 ss.

³⁷) D. 44.7.1.7 (Gai. 2 aur.): *Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulemur*. Gai. 3.92: *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione [...]*.

³⁸) Gai. 3.135: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*.

³⁹) D. 18.6.2.pr.-1 e D. 18.6.16 (Gai. 2 aur.) per la compravendita; D. 19.2.2.pr.-1 (Gai. 2 aur.) per la locazione; D. 17.2.72 (Gai. 2 aur.) per la società e D. 17.1.2.pr.-6 (Gai. 2 aur.) per il mandato.

⁴⁰) D. 44.7.1.2 (Gai. 2 aur.): *Re contrahitur obligatio mutui datione. mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis*.

ta, di cui ora ci occuperemo.

3. L'attribuzione comune a Gaio della paternità della cosiddetta categoria dei contratti reali⁴¹, composta da mutuo, comodato, deposito e pegno, si fonda sul seguente frammento del Digesto, tratto dal secondo libro delle *res cottidianae*:

D. 44.7.1.2-6 (Gai. 2 aur.): 2. Re contrahitur obligatio mutui datione. Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur [...] 5. Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur [...] 6. Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur [...].

La pretesa di rinvenire in questo passo la creazione dei contratti reali come li conosciamo noi oggi discende, a nostro avviso, da una lettura non sufficientemente approfondita del frammento citato, ed è, pertanto, una congettura priva dell'adeguato supporto testuale.

Infatti, in primo luogo, le fonti giuridiche del periodo classico mostrano inequivocabilmente che la *datio rei* in senso stretto consiste in un trasferimento della proprietà quiritaria e non nella semplice consegna⁴². In secondo luogo, tutti i testi in cui viene utilizzato il sintagma *re contrabere* si riferiscono proprio a casi di costituzione di un rapporto obbligatorio attraverso una *datio rei* nel senso tecnico-giuridico appena citato; più precisamente, la *datio* di una certa quantità di beni fungibili (*res, quae pondere numero mensura constant*)⁴³ che opera *credendi causa*, cioè facendo sorgere nell'*accipiens* un'obbligazione strettamente restitutoria (limitata al *quanti ea res est*), fatta valere mediante la *condictio*. In altre parole, il *re contrabere* appare limitato, esplicitamente o implicitamente, alla *mutui datio*⁴⁴, *causa credendi* per antonomasia⁴⁵. In effetti, in nessuna delle fonti giuridiche ro-

⁴¹ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit. (nt. 4), p. 116, parla a questo proposito di una «Vervollständigung der Realkontrakte durch *commodatum*, *depositum* und *pignus*».

⁴² Chiaramente in questo senso Gai. 2.204, Gai. 4.4, D. 17.1.47.1 (Pomp. 3 ex Plaut.), D. 22.1.4.pr. (Pap. 27 quaest.), D. 32.29.3 (Lab. 2 post. a lav. epit.), D. 45.1.75.10 (Ulp. 22 ad ed.), D. 50.17.167.pr. (Paul. 49 ad ed.).

⁴³ Gai. 3.90, D. 12.1.2.1 (Paul. 28 ad ed.).

⁴⁴ Cfr. Gai. 3.90 (cfr. Ep. Gai. 2.9.1), D. 2.14.17.pr. (Paul. 3 ad ed.), D. 44.7.1.2 (Gai. 2 aur.), D. 44.7.52.1 e 3 (Mod. 2 reg.), D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Q. Muc.), D. 50.16.19 (Ulp. 11 ad ed.), Iust. *Inst.* 3.14.pr. Per la nozione classica di *obligatio re contracta*, ridotta a mio avviso a *mutuum*, mi permetto rinviare a A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta*, cit. (nt. 11), p. 115 ss.; A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Sobre el así llamado contrato real*, cit. (nt. 11), p. 97 ss.

⁴⁵ Per il *mutuum* come paradigma della *causa credendi* si vedano ad esempio D. 12.1.1.1 (Ulp. 26 ad ed.); D. 12.1.2.pr.-1 e 3 (Paul. 28 ad ed.); D. 12.1.8 (Pomp. 6 ad Plaut.); D. 12.1.20 (Iul. 18 dig.); D. 12.1.30 (Paul. 5 ad Plaut.); D. 12.1.41 (Afr. 8 quaest.); D. 14.1.7.1 (Afr. 8 quaest.); D. 14.3.19.3 (Pap. 3 resp.); D. 14.6.1.pr. (Ulp. 29 ad ed.); D. 16.1.17.pr. (Afr. 4 quaest.); D. 17.1.34.pr. (Afr. 8 quaest.); D. 17.1.48.pr. (Cel. 7 dig.); D. 19.2.31 (Alf. 5 dig. a Paul. epit.); D. 19.5.24 (Afr. 8 quaest.); D. 20.5.12.1 (Tryph. 8 disp.); D. 24.1.50.pr. (Iav. 13 epist.); D. 26.7.16 (Paul. 7 ad Sab.); D.

mane giunte fino a noi, sia all'interno che all'esterno della compilazione giustiniana, sono presenti frammenti che utilizzino l'espressione tecnica *obligatio re contracta* per figure diverse dalla *mutui datio*.

Per quanto riguarda le Istituzioni di Gaio, l'obbligazione reale è menzionata, per così dire, tre volte: in relazione alla *mutui datio*⁴⁶, al *nomen arcarium* (ossia una *numeratio pecuniae* vera e propria, che viene registrata soltanto per motivi di prova nel *codex accepti et expensi* del creditore)⁴⁷ e alla *solutio indebiti*⁴⁸. In realtà, quindi, Gaio presenta solo due casi di *re obligari*: uno contrattuale (*mutui datio* e *nomen arcarium*, che sono la stessa cosa) e uno extracontrattuale (o, almeno, del cui carattere contrattuale lo stesso Gaio dubita): la *solutio indebiti*, che costituisce comunque un'obbligazione analoga a quella del mutuuario (*ac si mutuum accepisset*)⁴⁹, senza che questa circostanza sia ragionevolmente riconducibile a una lacuna del palinsesto veronese⁵⁰. Per quanto riguarda le fonti esterne a Gaio, è possibile appro-

31.85 (Paul. 4 resp.); D. 42.5.24.2 (Ulp. 63 ad ed.); D. 45.1.126.2 (Paul. 3 quaest.).

⁴⁶) Gai. 3.90: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo aut in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non caedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*

⁴⁷) Gai. 3.131: *Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur. in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.* Il *nomen arcarium* è essenzialmente un trasferimento di denaro, che viene registrato nel *codex accepti et expensi* del creditore con il consentimento del debitore. Perciò Gaio dice che in questo caso la registrazione nel libro contabile serve solo a scopi probatori (*obligationis factae testimonium praebere*), poiché questa obbligazione nasce *re* (*numeratio autem pecuniae rei facit obligationem*), cioè rappresenta un caso di *obligatio re contracta*, non di *litteris contracta*. Cfr. A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta*, cit. (nt. 11), p. 130 s., A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Sobre el así llamado contrato real*, cit. (nt. 11), p. 110 s.

⁴⁸) Gai. 3.91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri conditione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

⁴⁹) Espressioni molto simili si trovano in D. 44.7.5.3 (Gai. 3 aur.) (*obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur*) e Iust. Inst. 3.27.6 (*is qui accepit obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo conditione tenetur*). Cfr. A. WEGMANN STOCKEBRAND, *En torno al carácter (cuasi) contractual*, cit. (nt. 25), p. 103 ss. Infatti, il *solvens* di un *indebitum* è legittimato all'esercizio della stessa azione che il mutante: la *condicio*. Sull'*indebitum condicere* si veda, ampiamente, I. FARGNOLI, *Alius solvit alius repetit'*. Studi in tema di 'indebitum condicere', Milano, 2001, *passim*.

⁵⁰) Tuttavia, R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli, 1979, p. 69. Nello stesso senso C.A. MASCHI, *Tutela, fedecommessi, contratti reali (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 4, Milano, 1971, p. 690 ss., C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973. L'identificazione tra *obligatio re contracta* e *mutuum* che troviamo in Ep. Gai. (senza alcuna

dare alla medesima conclusione: il sintagma *re contrahere* compare sempre in relazione (esplicita o implicita) al *mutuum*, mai in relazione ad altre figure negoziali. È quanto accade in Quinto Mucio Scevola (tramite Pomponio), per quanto concerne il *creditum nato re (re dare oportere)*⁵¹, e così anche in Paolo⁵². Non è possibile individuare, quindi, in Gaio né in nessun altro giurista romano alcun riferimento ad altri possibili casi di *obligatio re contracta*.

Per questa ragione, il semplice utilizzo nelle *res cottidianae* delle espressioni generiche *re [nobis] obligatur* e *re [nobis] tenetur* nei confronti del comodatario, del depositario e del creditore pignoratizio, non consente di affermare con certezza che il *commodatum*, il *depositum* e il *pignus* abbiano costituito *obligationes re contractae* in stretto senso così come il *mutuum*.

Quanto affermato sopra non può essere smentito dal fatto che questi tre contratti, trattati nelle *res cottidiane* immediatamente dopo la dazione mutuataria, sembrerebbero a prima vista cause di un'obbligazione reale in senso proprio. Infatti, 'Quoque' (anche) si riferisce evidentemente al mutuo, per cui si potrebbe pensare che «anche» il comodato, il deposito e il pegno siano presupposti di *re con-*

menzione di altre figure) è, tuttavia, una prova a favore della tesi che le *Institutiones* devono aver ristretto anche la categoria del *re contrahere* alla sola *mutui datio*. Così leggiamo in Ep. Gai. 2.9.1: *Re contrahitur quoties aliqua cuiusque mutuo dantur, quae in his rebus contingunt, quae pondere, numero, mensura continentur; hoc est, si pecunia numeretur, vel frumentum detur, vinum aut oleum, aut aes, aut ferrum, argentum vel aurum. Quae omnia numerando aut pensando aut metiendo ad hoc danus, ut eorum fiant, qui ea accipiunt, et ad nos statuto tempore non ipsae res, sed aliae eius naturae, quales datae sunt, atque ipsius ponderis, numeri vel mensurae reddantur. Propter quod mutuum appellatum est, quasi a me tibi ita datum sit, ut ex meo tuum fieret.* Come giustamente ha sottolineato D'ORS, *Sobre la suerte del contrato real*, cit. (nt. 14), p. 11, la riduzione di Ep. Gai. 2.8.1 al reciproco (con soppressione dell'imbroglio della *solutio indebiti*) era un'indicazione a favore del testo breve delle *Institutiones*; vale a dire, che il testo ampio delle *res cottidianae* era il frutto di una nuova riflessione di Gaio.

⁵¹) D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Q. Muc.): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio vel contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.* Sull'identificazione tra *re contrahere* e *mutuum* (come presupposto del *re dare oportere* e quindi come *causa credendi*) in questa fonte, si veda A. WEGMANN STOCCKEBRAND, *Obligatio re contracta*, cit. (nt. 11), p. 34 ss., A. WEGMANN STOCCKEBRAND, *Sobre el así llamado contrato real*, cit. (nt. 11), p. 109 ss., con bibliografia.

⁵²) D. 2.14.17.pr. (Paul. 3 ad ed.): *Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.* Sull'implicita (ma non meno evidente) identificazione tra *obligatio re contracta* e *mutuum* in questa fonte, mi permetto di rimandare a quanto detto in A. WEGMANN STOCCKEBRAND, *Obligatio re contracta*, cit. (nt. 11), p. 179 ss., A. WEGMANN STOCCKEBRAND, *En torno a la perspectiva accional de la 'experiencia jurídica romana' a propósito de D. 2.14.17 pr. (Paul 3 ad ed.)*, in *IP*, 4/2, 2019, p. 35 ss.

trahere.⁵³ Un'attenta esegesi del testo dimostra, però, il contrario.

Da un punto di vista stilistico, il frammento sopra riportato è chiaramente indicativo di un processo di incorporazione di nuove figure in un testo originariamente più breve. Infatti, D. 44.7.1.2 corrisponde quasi esattamente (manca solo la particella *velut*) a Gai. 3.90: *re contrahitur obligatio mutui datione* (l'obbligazione reale si contrae attraverso la dazione mutuaria). In questo senso, la spiegazione di *re contrahere* nelle *Institutiones* e nelle *res cottidianae* coincide pienamente. Nel testo viene poi incorporata una serie di obbligazioni, una dopo l'altra, per le quali viene sempre utilizzata la stessa struttura sintattica (*is quoque [...] re nobis obligatur/tenetur*). Qui Gaio omette di qualificare *commodatum*, *depositum* e *pignus* come cause di *obligationes re contractae*, limitandosi ad affermare, in termini molto generici, che il comodatario, il depositario e il creditore pignoratizio sono vincolati in ragione o a causa di una cosa (*res*): *re nobis obligatur* (comodatario) o *re [nobis] tenetur* (depositario e creditore pignoratizio).

È importante sottolineare che queste sono le stesse identiche espressioni utilizzate da Gaio nelle sue *Institutiones* per mettere in discussione la natura contrattuale della *solutio indebiti* e quindi per distinguerla dal *mutuum*: secondo il maestro antoniniano, infatti, chi riceve qualcosa di indebito da chi lo ha pagato per errore è anche obbligato in ragione o a causa di una cosa (*is quoque, qui qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur*). Le parole di Gaio lasciano intendere, pertanto, che l'obbligazione restitutoria del comodatario, del depositario e del creditore pignoratizio deve ritenersi esclusa dall'ambito del *re contrahere*, così come l'obbligazione dell'*accipiens* di un *indebitum*: *is quoque [...] re obligatur*. In realtà, in nessuno di questi casi si utilizza la costruzione *re contrahere*, ma piuttosto – consapevolmente – si ricorre a una formulazione generica, dai contorni piuttosto imprecisi: falso creditore, comodatario, depositario e creditore pignoratizio assumono un obbligo di restituzione del *tantundem* o della *res ipsa*, a seconda dei casi, senza che il verbo *contrahere* compaia mai in connessione con la forma ablativa *re*.

Tuttavia, a differenza di quanto accade per il pagamento dell'indebito, questa importante variazione terminologica non discende da una presunta volontà di Gaio di escludere il comodato, il deposito e il pegno dall'ambito del *contrahere*. Nelle sue *Institutiones* Gaio non esita a qualificare i primi due come contratti protetti da azioni civili⁵⁴. Per quanto riguarda il pegno possessorio (*datio pignoris*), esso viene trattato – come di consueto nelle fonti – dal punto di vista del diritto del creditore pignoratizio sulla cosa data in pegno (*ius in re aliena*), non come rapporto obbligatorio. Tuttavia, ciò non impedisce a Gaio di considerare il pegno come un contratto; infatti, nella sua opera monografica sulla formula dell'azione ipote-

⁵³) In questo senso, ad esempio, J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones*, cit. (nt. 3), p. 63 ss.

⁵⁴) Cfr. Gai. 2.50, 3.206-207, 4.33, 4.47.

caria, egli si riferisce esplicitamente al pegno non possessorio (*conventio pignoris*) come a un caso di *contrahere*⁵⁵. In questo senso, il fatto che Gaio non abbia qualificato né il comodato, né il deposito, né il pegno come *obligationes re contractae* in senso proprio, non può trovare il suo fondamento in un'esclusione di queste fattispecie dall'ambito del *contrahere* in generale (come sarebbe invece il caso del pagamento dell'indebito), ma nella sua esclusione dal *re contrahere* in particolare.

Ciò è dovuto in primo luogo al fatto che, come abbiamo già accennato (e spiegato in precedenti lavori)⁵⁶, le fonti giuridiche romane sono concordi nel ritenere che la causa dell'obbligazione reale sia il trasferimento del dominio quiritario su una cosa (*datio rei* in senso stretto), come avviene nel caso del mutuo (quale presupposto contrattuale) e del pagamento dell'indebito (quale presupposto extra-contrattuale). Comodato, deposito e pegno, invece, si perfezionano grazie alla semplice consegna della cosa. È fondamentale non cadere nella tentazione di ravvisare una somiglianza dogmaticamente rilevante tra questi quattro negozi. Utilizzando le classificazioni moderne, il perfezionamento del contratto attraverso la consegna di una cosa non significava per i Romani, dal punto di vista giuridico, nulla di concreto e, quindi, non poteva in alcun modo fungere da criterio classificatorio; la mera consegna di una cosa (*traditio* in senso lato), da cui si origina l'obbligazione di restituire la *res ipsa* in capo al comodatario e al depositario (entrambi possessori naturali) e al creditore pignoratizio (*possessor ad interdicta*), non è giuridicamente paragonabile al trasferimento della proprietà civile (*datio rei* in senso tecnico) del *tantundem eiusdem generis*, che costituisce il contenuto dell'obbligazione restitutoria del mutuario⁵⁷.

In secondo luogo, l'obbligazione reale romana è di natura puramente restitutoria. Infatti, il mutuante (e il *solvens* di un *indebitum*) ha soltanto la *condictio*, un'azione civile di stretto diritto, limitata alla restituzione del semplice valore delle cose trasferite (*quanti ea res est*), senza che la buona fede giochi alcun ruolo nella condanna o nell'assoluzione del *reus*. Il comodatario e il depositario, al contrario, non si assumono soltanto l'obbligo di restituire la *res ipsa*: numerose fonti testimoniano, infatti, che gli stessi avrebbero potuto scegliere tra l'esercizio di un'azione onoraria meramente restitutoria (rispettivamente, *actio commodati* e *de-*

⁵⁵) D. 20.1.4 (Gai. l.s. form. hyp.), D. 22.4.4 (Gai. l.s. form. hyp.).

⁵⁶) A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta*, cit. (nt. 11), p. 115 ss., A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Sobre el así llamado contrato real*, cit. (nt. 11), p. 97 ss.

⁵⁷) Questa fondamentale differenza era già stata notata da S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², 2, Roma, 1928, p. 32: «La frase: contratto che si fa colla cosa (*re*) non significa infatti nulla; ed è enorme in ogni caso riassumere in un'unica categoria per il modo di perfezionamento contratti che si perfezionano colla trasmissione del dominio e contratti che si perfezionano dando una cosa, di cui il dante conserva la proprietà e il possesso o sempre o agli effetti almeno dell'usucapione come nel pegno». In termini simili P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, 2, Pavia, 1916, p. 394.

positi in factum concepta), limitata al valore della cosa (*quanti ea res erit*), o di un'azione civile di buona fede (rispettivamente, *actio commodati* e *depositi in ius concepta ex fide bona*). Quest'ultima avrebbe garantito al giudice un ampio margine di valutazione, dovendo lo stesso tenere in considerazione, preminentemente, l'interesse del creditore (*id quod interest actoris*)⁵⁸. La disciplina della responsabilità del comodatario e del depositario nella custodia della cosa, quindi, non è applicabile al caso del mutuario, il quale si limita semplicemente a restituire (o meno) il *tantundem eiusdem generis* e non ha alcuna possibilità di essere esonerato dal *reddere* per *vis maior* o per assenza di *dolus*. Per quanto riguarda il creditore pignoratizio, non è necessario – anche se questa è la regola generale – prevedere un obbligo di restituzione della cosa data in pegno, dal momento che le parti potevano stabilire di comune accordo (almeno fino a Costantino) di trattenere l'oggetto del pegno in caso di inadempimento dell'obbligazione principale (*lex commissoria*). Pertanto, il dovere di restituzione della cosa, quale obbligazione per così dire «tipica» (anche se non esclusiva), non è sufficiente, come invece ritiene Harke, a giustificare la presunta qualificazione del comodato, del deposito e del pegno come *obligationes re contractae*⁵⁹.

In terzo luogo, l'obbligazione reale romana è strettamente unilaterale, poiché solo l'*accipiens* è obbligato alla restituzione del *tantundem*, sia del *mutuum* che di un *indebitum*. D'altra parte, il comodatario, il depositario e il creditore pignoratizio possono, se necessario, esercitare azioni contro il comodante, il depositante e il debitore pignoratizio, rispettivamente *actiones commodati*, *depositi* e *pigneraticia contrariae*, al fine di ottenere il rimborso delle spese sostenute o dei danni subiti nel possesso della cosa oggetto del negozio.

Di conseguenza, *commodatum*, *depositum* e *pignus* non corrispondono in alcun modo alla struttura classica dell'*obligatio re contracta* così come emerge dalle fonti; il che si evince chiaramente dalla variazione terminologica impiegata da Gaio nelle *res cottidianae*. L'obbligazione reale vera e propria deriva dalla *mutui datio* (*re contrahere*) o dalla *solutio indebiti* (*re obligari* non contrattuale). In sostanza, possiamo affermare, in termini giuridici moderni, che il diritto romano classico conosceva soltanto un contratto reale, ossia il mutuo: *re contrahitur obligatio mutui datione*.

⁵⁸) Per la duplicità delle azioni di comodato e deposito si veda ad esempio J. KRANJC, *In ius und in factum konzipierte Klageformel bei der Leibe und bei der Verwahrung*, in *Usus antiquus juris romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung* (cur. W. ERNST, E. JAKAB), Heidelberg, 2005, p. 127 ss, B. VERONESE, *Buona fede e duplicità delle tutele processuali nei contratti di deposito e comodato*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca (cur. L. GAROFALO), 2, Padova, 2011, p. 239 ss.; A. MILAZZO, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Torino, 2018, p. 79 ss.

⁵⁹) J.D. HARKE, *Römisches Recht. Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen*², München, 2016, p. 48, 168.

4. A questo punto è opportuno esporre la nostra opinione in merito al motivo che può aver indotto Gaio ad inserire il comodatario, il depositario e il creditore pignoratizio tra i soggetti obbligati *re* (*re obligatur/tenetur*), equiparando i rispettivi contratti al mutuo, unico caso di *obligatio re contracta* propriamente detta (*re contrahitur obligatio*).

Come abbiamo affermato all'inizio del presente saggio, l'ordine degli argomenti delle *res cottidianae* è notoriamente diverso da quello delle *Institutiones*. È molto probabile che il nuovo schema ordinatorio del diritto delle obbligazioni ambisse, tra l'altro, a soddisfare due esigenze: in primo luogo, quella di riproporre, in qualche misura, la dottrina del *contractus* fondato sul consenso, che doveva essere molto diffusa all'epoca; in secondo luogo, quella di dare una collocazione definitiva ai fatti generatori di obbligazioni che non avevano trovato spazio nella sintetica esposizione contenuta nelle Istituzioni gaiane. Questo spiegherebbe, da un lato, l'inclusione dei fatti leciti non convenzionali generatori di obbligazioni nel gruppo vago e residuale delle *variae causarum figurae* e, dall'altro, l'incorporazione del comodato, del deposito e del pegno subito dopo il mutuo. Da questo punto di vista, quindi, la *divisio obligationum* delle *res cottidianae* appare più completa di quella delle *Institutiones*, anche se, sotto l'aspetto del cosiddetto «sistema interno», le cose sono cambiate poco o niente.

L'inserimento del comodato, del deposito e del pegno nel nuovo schema espositivo gaiano, subito dopo la spiegazione del *re contrahere* per mezzo del mutuo, è probabilmente dovuto al fatto che solo qui queste figure potevano trovare una certa sistemazione: *commodatum*, *depositum* e *pignus* non hanno, infatti, nessun elemento in comune con l'*obligatio verbis contracta*, né con la *litteris* (che non è nemmeno menzionata nelle *res cottidianae*) o con la *consensu contracta*. Stando così le cose, l'unica possibilità era quella di affiancare le fattispecie in questione alla categoria dell'*obligatio re contracta*. Molto probabilmente, quando Gaio si trovò di fronte alla necessità di spiegare ai suoi lettori la struttura fondamentale dell'obbligazione restitutoria contratta dal depositario, dal comodatario e dal creditore pignoratizio, le sue preoccupazioni sistematiche lo portarono irrimediabilmente alla decisione di collocarle subito dopo il mutuo: non v'era, infatti, altro modo di rimanere fedele alla tripartizione delle *obligationes ex contractu*.

L'autore delle *res cottidianae* era tuttavia ben consapevole del fatto che nessuna di queste tre figure rispecchiava veramente la struttura del *re contrahere* e ciò risulta evidente dalla variazione linguistica sopra descritta. La semplice consegna di una cosa (a prescindere dalle sue conseguenze giuridiche) al momento della costituzione del rapporto obbligatorio non significa di per sé nulla di concreto e, pertanto, non può costituire un criterio valido per classificare le obbligazioni contrattuali. Infatti, si può constatare che, al di fuori della consegna di una cosa al momento del sorgere dell'obbligazione, mutuo, comodato, deposito e pegno

non hanno pressoché nulla in comune⁶⁰. La *datio rei* del mutuo non può essere paragonata alla *traditio* in senso lato (mera consegna) che opera negli altri tre casi.

Su quali basi, dunque, l'autore delle *res cottidianae* fonda l'equiparazione del comodato, del deposito e del pegno alla categoria del mutuo? A nostro avviso, la risposta si rinviene in quella che può esser considerata la «spina dorsale» del diritto privato romano: il processo. Infatti, se abbandoniamo per un attimo il punto di vista alla luce del quale abbiamo analizzato D. 44.7.1.3-6, eccessivamente incentrato sulle fattispecie contrattuali e poco sulle *actiones* (l'aspetto di maggior interesse per i classici), si aprono nuove prospettive. Per far valere l'obbligazione restitutoria (*reddere*) sussistente in loro favore, il comodante, il depositante e il debitore pignoratizio potevano esercitare, rispettivamente, l'*actio commodati*, *depositi* e *pigneraticia in factum concepta*, dirette ad ottenere la restituzione del semplice valore delle cose consegnate (*quanti ea res erit*), che, in quanto tali, non lasciavano al giudice alcun margine di apprezzamento in ordine all'interesse del creditore⁶¹. Si trattava, dunque, di azioni onorarie predisposte – a giudicare dalla struttura delle rispettive formule – secondo il modello della *condictio*, l'azione restitutoria personale per eccellenza, concepita in diritto (*in ius concepta*) e contemplata dall'*edictum de rebus creditis* (titolo XVII secondo la ricostruzione di Lenel)⁶². Per questa ragione, senza esagerazione alcuna, Pernice ha definito queste azioni come *kondiktionenartige Klagen*⁶³.

In questi tre casi, abbiamo a che fare con azioni onorarie volte a far valere una pretesa restitutoria limitata al semplice valore (*simpulum*) della *res ipsa* consegnata. Si tratta, pertanto, di una forma di tutela analoga a quella accordata al mutuante e al *solvens* di un *indebitum*, legittimati ad esercitare la civile *condictio* per la richiesta del *tantundem*.

In sostanza, il carattere pecuniario della *condemnatio* formulare romana fa sì che, indipendentemente dalle differenze strutturali tra mutuo, comodato, deposito e pegno, mutuario, comodatario, depositario e creditore pignoratizio siano sostanzialmente gravati dal medesimo obbligo giuridico: la restituzione del semplice valore economico delle cose consegnate.

⁶⁰ F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 469: «[...] otherwise the contracts assembled in this group have nothing in common». In termini simili R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio*, cit. (nt. 50), p. 78, si domanda sulle «ragioni di presenze così eterogenee in una stessa categoria».

⁶¹ Per una ricostruzione delle rispettive azioni si veda, per tutti, O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, p. 252 ss. (comodato), 254 ss. (pegno), 288 ss. (deposito).

⁶² O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (nt. 61), p. 231 ss.

⁶³ A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 1, Halle, 1873, rist. Aalen, 1963, p. 429 ss. Nello stesso senso M. KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München, 1935, p. 65 ss.

Dato questo presupposto, si può ritenere che tra *mutuum*, da un lato, e *commodatum*, *depositum* e *pignus*, dall'altro, vi sia un elemento assonante sufficientemente idoneo, da un punto di vista giuridico, a giustificare la comune denominazione sotto il generico sintagma *re obligari*, nonostante il fatto che la costruzione *re contrabere* rimanga riservata alla *mutuo datio*.

Solo dal punto di vista delle corrispondenti obbligazioni restitutorie che ne derivano e relative azioni pretorie poste a tutela delle stesse – costruite sul modello della *condictio* – possiamo qualificare *commodatum*, *depositum* e *pignum* come fonti di un'obbligazione reale, anche se in un senso molto ampio, atecnico ed estremamente debole del termine⁶⁴. Così, in linea con quanto afferma il Wubbe, possiamo sostenere che le *actiones commodati, depositi* e *pigneraticia in factum conceptae* siano, sostanzialmente, il «riflesso», nella sfera dello *ius honorarium*, della *condictio* garantita al mutuante dal *ius civile*⁶⁵. In altre parole: le obbligazioni derivanti da comodato, deposito e pegno possono essere qualificate come nate *re* solo nella misura in cui si considerino puramente restitutorie⁶⁶. Ciò vale soltanto per quanto riguarda le rispettive azioni onorarie – le uniche che si riferiscono espressamente all'inadempimento di un'obbligazione di *reddere*⁶⁷ – dal momento che le *actiones commodati* e *depositi in ius conceptae ex fide bona* (non esistono tracce nel diritto romano classico di un'azione pignorizia di buona fede) superano di gran lunga questo limite, e di fatto non si riferiscono nemmeno a un *reddere*, ma a tutto ciò che deve essere dato o fatto secondo il criterio della *bona fides*⁶⁸.

⁶⁴) Cfr. C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorum. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano*, in *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno Internazionale ARISTEC. Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003* (cur. L. VACCA), Torino, 2005, p. 16.

⁶⁵) F. WUBBE, *I contratti reali alla fine della repubblica*, in *Contractus et pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (cur. F. MILAZZO), Napoli, 1990, p. 119: «la responsabilità introdotta con le nuove *actiones in factum conceptae* abituerà i giuristi all'idea che il detentore, siccome sarà debitore ove non restituisca la cosa, ha l'obbligazione contrattuale di restituire. Si tratta di una specie di riflesso [...]. Così depositario, comodatario e creditore pignoratorio potrebbero, a partire del momento in cui ricevono la cosa, essere considerati debitori, obbligati *re* in un senso debolissimo di tale espressione». Cfr. F. WUBBE, *Gaius et les contrats réels*, in *TR*, 35, 1967, p. 500 ss.

⁶⁶) Cfr. J.D. HARKE, *Römisches Recht*, cit. (nt. 59), p. 167 ss.

⁶⁷) Gai. 4.47: [...] *at illa formula, quae ita concepta est: Iudex esto. Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvo, in factum concepta est. Similes etiam commodatie formulae sunt.*

⁶⁸) Gai. 4.47: *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula, quae ita concepta est: [...] quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvo, in ius concepta est [...].*

Da quanto precede emerge un netto contrasto – spesso inosservato dal giurista moderno, ma che doveva essere evidente per i classici – tra le azioni restitutorie dell'*edictum de rebus creditis*, siano civili o pretorie, da un lato, e le azioni dell'*edictum de bonae fidei iudiciis*, dall'altro⁶⁹. La chiave è quindi da ricercare nel processo civile romano in generale e nella struttura dell'editto del pretore urbano in particolare. In effetti, l'aspetto fondamentale consiste nel fatto che sia il comodante, sia il depositante, sia il debitore pignoratizio hanno consegnato una cosa *credendi causa*, allo stesso modo del mutuante.

Come insegna Ulpiano nel ventiseiesimo libro del suo commentario *ad edictum*, riprendendo Celso, possiamo affermare che diamo qualcosa a credito (*credere*) ogni volta che concediamo il nostro consenso prestando fede alla parola altrui, per riavere qualcosa in base al contratto: *nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur*⁷⁰. Il giurista tardo-classico suggerisce che non solo il *mutuum* costituisce una causa di *credendum*⁷¹, ma anche il *commodatum* e il *pignus*, anche se queste due figure non implicano una *datio rei* in senso proprio, caratteristica del *credere* originario. In un'epoca non facilmente determinabile, ma comunque successiva all'*auditor*

⁶⁹) Questa netta distinzione tra azioni creditizie (di stretto diritto) e azioni di buona fede ha dato origine alla teoria del *credendum* e alla sua contrapposizione al *contractus*, sviluppata dal romanista spagnolo A. D'ORS in una serie di contributi, principalmente *Re et verbis*, cit. (nt. 19), p. 134 ss., A. D'ORS, *Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis'*, in *SDHI*, 19, 1953, p. 134 ss., A. D'ORS, *Credendum y contractus*, in *AHDE*, 26, 1956, p. 6 ss., A. D'ORS, *Credendum*, in *AHDE*, 33, 1963, p. 345 ss., A. D'ORS, *Replicas Panormitanas I. De nuevo sobre 'credendum'* (*Réplica a la crítica de Albanese*), in *SDHI*, 41, 1975, p. 205 ss., A. D'ORS, *Sobre la suerte del contrato real*, cit. (nt. 14), p. 7 ss. Pur prendendo le distanze da alcuni postulati di D'Ors, in particolare dalla sua nozione molto ristretta di *contractus*, gli riconosciamo tuttavia il merito di insistere sulla necessità di rivedere la struttura dell'editto pretorio e del cosiddetto sistema edittole, così tanto trascurato dalla dottrina romanistica degli ultimi decenni, troppo a suo agio con il tentativo di ricostruzione – in pratica quasi canonico – di Lenel. Per una recente traduzione italiana del sistema edittole si veda O. LENEL, *Il sistema dell'editto* (cur. I. FARGNOLI), in *RDR*, 22, 2022, p. 11 ss.

⁷⁰) D. 12.1.1.1 (Ulp. 26 ad ed.): [...] *nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit*. Per un'esegesi dettagliata del frammento, in particolare per quanto riguarda l'evoluzione storica della nozione romana di *credendum*, si veda B. ALBANESE, *Per la storia del credendum*, in *AUPA*, 32, 1971, p. 5 ss., B. ALBANESE, *Tre studi celsini. Ancora su D. 12, 1, 1: Celso e il credere*, in *AUPA*, 34, 1973, p. 77 ss., B. ALBANESE, *Credito e credere*, qui citato da *Scritti Giuridici*, Palermo, 1991, 2, p. 1171 ss., B. ALBANESE, *Rilievi minimi sul 'credere' edittole*, qui citato da *Scritti Giuridici*, Palermo, 1991, 2, p. 1551 ss.

⁷¹) Il riferimento al mutuo nel testo ulpiano è implicito: questo negozio rappresenta la causa creditizia per eccellenza (cfr. le fonti citate *supra*, n. 45); quindi il giurista severiano allude qui all'estensione della nozione di *credendum* a nuove fattispecie negoziali. Esplicito, invece, è il riferimento al mutuo che troviamo in D. 12.1.2.3 (Paul. 28 ad ed.): *Credendum ergo a mutuo differt qua genus a specie* [...].

serviano Alfenio Varo⁷² e precedente o almeno contemporanea a Celso, mutuo, comodato e pegno sarebbero stati considerati elementi costitutivi del *credere* edittale e quindi del titolo edittale *de rebus creditis*, in quanto presupporrebbero un *adventi rei alienam fidem secuti*, che non ha nulla a che vedere con la *bona fides* delle azioni contenute nell'*edictum de bonae fidei iudiciis* (titolo edittale XIX secondo la ricostruzione di Lenel)⁷³. La consegna di una cosa, che non è necessariamente un trasferimento di proprietà, avviene quindi facendo affidamento sulla *fides* dell'altra parte, che a sua volta si assume l'obbligo di restituire la stessa cosa (*res ipsa*) o altrettante cose dello stesso genere (*tantundem eiusdem generis*).

Sebbene in D. 12.1.1.1 non vi sia alcun riferimento al *depositum* come *causa credendi* e in un altro passo del Digesto, tratto dal sessantatreesimo libro del suo commentario all'editto, Ulpiano distingue (in materia di concorso di creditori) tra il dare a credito e il consegnare in deposito (*aliud est enim credere, aliud est enim credere, aliud deponere*)⁷⁴ – il che ci porta a pensare che la giurisprudenza classica non riconoscesse un carattere creditizio al deposito – non è meno certo che l'*actio depositi in factum* sia praticamente identica all'*actio commodati in factum*, quale «riflesso» pretorio della *condictio* del mutuante. Inoltre, apprezziamo da Paolo che il depositante poteva addirittura esercitare direttamente la *condictio* contro il depositario che si fosse rifiutato di *reddere la res deposita*,⁷⁵ così come il comodante aveva il medesimo diritto nei confronti della *res commodata*⁷⁶ e il debitore pignorativo nei confronti del *pignus*, una volta che il debito garantito fosse stato pagato⁷⁷.

⁷² Si veda D. 19.2.31 (Alf. 5 dig. a Paul. epit.), in cui Alfenio continua a identificare il *credendum* con i casi di trasferimento del *dominium*, il che dimostra che ai tempi del giurista repubblicano non si era ancora verificata l'estensione del *credere* edittale attestata da Ulpiano e già nota – almeno – a Celso. Cfr. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, cit. (nt. 70), p. 88 ss.

⁷³ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (nt. 61), p. 288 ss.

⁷⁴ D. 42.5.24.2 (Ulp. 63 ad ed.): *In bonis mensularii vendundis post privilegia potiorum eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi exsint, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia*. Per una esegesi di questa fonte mi permetto di rinviare, dal punto di vista dell'autore, a A. WEGMANN STOCCKEBRAND, 'Aliud est enim credere, aliud deponere'. Sobre la relación entre causas crediticias y depósito en el derecho romano clásico, in *REHJ*, 43, 2021, p. 135 ss.

⁷⁵ D. 16.3.13.1 (Paul. 31 ad ed.): *Competit etiam condictio depositae rei nomine, sed non antequam id dolo admissum sit: non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, conductione obligari, verum quod dolum malum admisserit*. Per una esegesi di questa fonte mi permetto rinviare, dal punto di vista dell'autore, a A. WEGMANN STOCCKEBRAND, 'Ex causa depositi condictio? Observaciones sobre 'credere' y 'deponere' en el pensamiento de Paulo', in *REHJ*, 42, 2020, p. 193 ss.

⁷⁶ D. 12.5.9.pr. (Paul. 5 ad Plaut.): *Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, conductione me recte acturum responsum est: quamvis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est*.

⁷⁷ D. 12.1.4.1 (Ulp. 34 ad Sab.): *Res pignori data pecunia soluta condici potest [...]*. Per una

Pertanto, il rapporto tra il mutuo, da un lato, e il comodato, il deposito e il pegno, dall'altro, è molto stretto, se lo si considera non dal punto di vista delle figure contrattuali o del modo di perfezionamento dei contratti stessi, ma dalla prospettiva dell'obbligazione restitutoria. Infatti, l'adempimento della predetta obbligazione può essere richiesto al mutuario, al comodatario, al depositario e al creditore pignoratizio mediante azioni di stretto diritto, ossia la *condictio* o le azioni onorarie, le cui formule sono state costruite secondo il suo modello. L'autore delle *res cottidianae* non dice in proposito nulla di meno, ma anche nulla di più.

Del resto, l'identità sostanziale tra *obligatio* e *actio* (*in personam*, s'intende) è una realtà innegabile dell'esperienza giuridica romana; così Gaio definisce la seconda in considerazione della prima (in particolare, con riferimento alla *summa divisio obligationum* e al contenuto della prestazione dovuta)⁷⁸ e un giurista di massimo rilievo come Salvio Giuliano afferma che solo in senso improprio (*per abusionem*) si può parlare di un debitore contro il quale non è possibile agire⁷⁹. *Obligatio* e *actio* sono quindi due facce della stessa medaglia. In questo contesto, non sorprende che l'equiparazione tra i rapporti obbligatori derivanti da un mutuo, da un comodato, da un deposito e da un pegno prenda le mosse dalle azioni con cui possono essere eseguiti. Soltanto se considerate sotto questo punto di vista, cioè come *causae credendi*, queste quattro figure negoziali possono essere assimilate, anche se l'espressione tecnica *re contrahere* è sempre riservata alla *mutuo datio*.

L'interpretazione che propongo per D. 44.7.1.3-6 trova, a mio avviso, conferma nel fatto che l'autore delle *res cottidianae* non solo utilizza il sintagma *re obligatur*, ma anche *re tenetur*. Si tratta di un'espressione propria del diritto onorario, poiché il verbo *teneri* allude al soggetto passivo di un'*actio in factum*⁸⁰. Ora, come abbiamo già detto, le fonti testimoniano che Gaio era a conoscenza delle

esegesi di questa fonte mi permetto rinviare, dal punto di vista dell'autore, a A. WEGMANN STOCKE-BRAND, 'Res pignori data pecunia soluta condici potest': *Observaciones sobre D. 12,1,4,1 (Ulp. 34 ad Sab.)*, in *REHJ*, 45, 2023, p. 29 ss.

⁷⁸) Gai. 4.2: *In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPOR-TERE*.

⁷⁹) D. 46.1.16.4 (Iul. 53 ad ed.): *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse*. Cfr. D. 15.1.41 (Ulp. 43 ad Sab.).

⁸⁰) Cfr. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*¹³, Roma-Bari, 2010, p. 150, M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008, p. 204 nt. 724. Per l'estensione del concetto di *obligatio* a situazioni protette per mezzo di azioni pretorie si veda ad esempio G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, Milano, 1930, 3, p. 499 ss., M. KASER, 'Ius honorarium' und 'ius civile', in *ZSS*, 101, 1984, p. 14.

azioni civili e di buona fede nate da comodato e deposito⁸¹, oltre a riconoscere l'esistenza di un *contrahere* nel *pignus*⁸². Pertanto, l'uso della costruzione *re teneri* mostra un'assimilazione del deposito e del pegno (e non vi sono ragioni per non pensare lo stesso per il comodato, come già detto) al mutuo, in ragione del carattere puramente restitutorio (al pari della *condictio*) delle loro azioni onorarie e, quindi, della natura creditizia (*credendi causa*) di tali rapporti obbligatori. Nel frammento commentato troviamo, dunque, un riferimento allo *ius honorarium*, limitatamente, però, alle sole azioni pretorie e senza considerare i cosiddetti contratti pretori. Comodato, deposito e pegno possono, pertanto, essere qualificati come casi di *re obligari* in un senso molto ampio – e non tecnico – del termine, nella misura in cui l'obbligazione di *reddere* che ne deriva venga fatta valere mediante un'*actio in factum*, restitutoria come la *condictio*.

Si noti, in ogni caso, che qui il significato classico di obbligazione reale viene inteso in un'accezione piuttosto rozza, che non trova riscontro in nessun'altra fonte giuridica romana. L'unica eccezione in questo senso è rappresentata dalle Istituzioni di Giustiniano, che, a parte alcune variazioni stilistiche (come l'eliminazione dell'inelegante ripetizione del *quoque* per tre volte in poche righe), si limita sostanzialmente a riprodurre il testo delle *res cottidianae*⁸³. Per questo motivo ritengo che quello di cui ci stiamo occupando non sia altro che un tentativo scolastico di Gaio di trovare una collocazione, nel suo rinnovato ordine di materie, al *commodatum*, al *depositum* e al *pignus*, tipologie negoziali di grande rilevanza sul piano processuale, che, tuttavia, erano state di fatto quasi del tutto trascurate nelle sue *Institutiones*.

Gaio, ad ogni modo, non arriva proporre una nuova nozione di *obligatio re contracta*. L'uso di *re obligatur* per il comodatario e di *re teneri* per il depositario e il creditore pignoratizio, invece della *re contrahitur obligatio* propria della *mutui datio*, è, a mio avviso, un chiaro monito a non assimilare completamente queste quattro fattispecie nella stessa categoria contrattuale.

Una situazione analoga si ha nelle Istituzioni, in cui Gaio formula una serie di obiezioni al carattere contrattuale (ma non reale) della *solutio indebiti*, che altrimenti sarebbe stata la seconda ipotesi di *obligatio re contracta* oltre al *mutuum*.

Ne consegue che, contrariamente a quanto generalmente ritenuto in dottrina, non si può attribuire all'autore delle *res cottidianae* la paternità della categoria dei contratti reali con le sue quattro componenti tradizionali, dal momento che

⁸¹) Gai. 2.50, 3.206-207, 4.33; 4.47.

⁸²) D. 20.1.4 (Gai. l.s. form. hyp.), D. 22.4.4 (Gai. l.s. form. hyp.).

⁸³) Iust. Inst. 3.14: *Re contrahitur obligatio veluti mutui datione [...]. Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur [...]. Praeterea et is apud quem res aliqua deponitur re obligatur, et actione depositi, qua et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur [...]. Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia [...].*

non appare fondata l'estensione della nozione classica di *re contrahere* al comodato, al deposito e al pegno. Le *res cottidianae* piuttosto confermano che l'*obligatio re contracta* romana nasce solo ed esclusivamente dalla dazione mutuaria. Diverso è il caso delle obbligazioni strettamente restitutorie del comodatario, del depositario e del creditore pignoratorio, che possono essere raggruppate sotto la nozione generale di *creditum*. Di conseguenza, *causae credendi* (al plurale) e *obligatio re contracta* (al singolare) sono due fenomeni distinti e indipendenti, sebbene intrecciati – per così dire – dal punto di vista dell'azionabilità in giudizio⁸⁴.

5. Per concludere il presente lavoro, possiamo affermare che le *res cottidianae* confermano la nozione di *obligatio re contracta* presente sia nelle *Gai Institutiones* che in vari frammenti della giurisprudenza classica, da intendersi limitata senza eccezioni alla dazione mutuaria: *re contrahitur obligatio mutui datione*. Nel frammento esaminato, l'avvicinamento (e l'apparente assimilazione, secondo la lettura abituale di D. 44.7.1.3-6) del comodato, del deposito e del pegno al mutuo, non è dovuto al fatto che Gaio vedesse nelle prime tre fattispecie cause di *obligationes re contractae* in senso proprio. L'autore, infatti, in realtà, non si è mai espresso in questo senso in riferimento alle predette fattispecie negoziali, preferendo ricorrere a termini più generici come *re obligatur* e *re tenetur*, che purtroppo, a causa della loro ambiguità, hanno portato in dottrina a numerosi fraintendimenti.

Al contrario, senza ambire ad alcuna innovazione sostanziale sul punto, l'obiettivo dell'autore delle *res cottidianae* doveva essere molto più modesto. Semplicemente, Gaio si è limitato a constatare che comodato, deposito e pegno sono in qualche misura assimilabili al mutuo in virtù del carattere meramente restitutorio delle azioni onorarie volte a esigere il semplice valore delle cose consegnate (*actiones commodati, depositi et pignoratitia in factum conceptae*, rispettivamente). Il tutto, secondo il modello della *condictio* del mutuante, paradigma delle azioni che compongono l'*edictum de rebus creditis* e, con esso, il nucleo della nozione classica di *creditum*.

In altre parole, se in Gaio e nei giuristi classici questi quattro contratti presentano alcune somiglianze, ciò non dipende dal fatto che rientrino nel novero delle *obligationes re contracta* o, in termini moderni, nei contratti reali. Piuttosto, essi risultano accumulanti dalla loro natura creditizia, in quanto *causae credendi*. Per un sistema giuridico come quello giustiniano, che, a fini pratici, non riconosce più valore alla distinzione tra azioni civili e onorarie, di stretto diritto o di buona fede, e secondo il quale tutti i contratti sono essenzialmente un accordo di volontà tra

⁸⁴ Cfr. B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, cit. (nt. 70), p. 33 nt. 13: «alla base di tutte le difficoltà sta chiaramente la convinzione, a nostro avviso infondata, di una coincidenza, o comunque di una stretta relazione, tra il *credere* edittale e la formazione della categoria dei c.d. contratti reali comprensiva del mutuo, comodato, deposito e pegno».

due o più parti che può manifestarsi in modi diversi (compresa la consegna di una cosa), considerare il mutuo, il comodato, il deposito e il pegno da una prospettiva squisitamente processuale (formale, diremmo oggi), piuttosto che sostanziale o materiale, potrebbe apparire una *subtilitas* dogmaticamente non necessaria. Tuttavia, non dobbiamo dimenticare che questo non era il punto di vista di Gaio, e sia le sue *Institutiones* che le *res cottidianae*, almeno per quanto riguarda le nozioni di *causa credendi* e di *obligatio re contracta*, ne danno conto.