

Ferdinando Zuccotti

Per una storia dell' «oportere» Divagazioni estemporanee e prospettive di ricerca

Premessa — I. DALL' 'OPORTERE' NELLA SUA ACCEZIONE COMUNE AL SIGNIFICATO TECNICO-GIURIDICO DEL VERBO: 1. Il senso specialistico del verbo elaborato dalla giurisprudenza - 2. 'Oportere' nel linguaggio giuridico-sacrale - 3. 'Oportere' nel lessico decemvirale - 4. 'Oportet' nelle azioni *ex fide bona* - 5. Le formule processuali ed il significato classico di 'oportere' — II. DALL' OBBLIGO SOCIALE ALLA OBBLIGAZIONE GIURIDICA: 6. Gli obblighi comunitari prima del diritto: la Grecia - 7. Il controllo sociale nell'antica Roma - 8. Convenzioni negoziali tra romani nonché con stranieri spontaneamente rispettate - 9. Controllo sociale e prima tutela giuridica - 10. Convenzioni e patti privi di ulteriore protezione giuridica nel mondo romano - 11. Accordi e usi negoziali «paralleli» al diritto nella Roma repubblicana e classica - 12. Conclusioni: per una diversa nozione dell'ordinamento giuridico romano.

Leggendo il recente libro di Riccardo Cardilli su *damnatio e oportere*¹, che tra l'altro traccia una non breve ed utile storia delle varie posizioni della dottrina romanistica in argomento, e avendo in linea di massima presente nel suo insieme, pur magari con non poche lacune, la vasta letteratura sul tema, mi sono sorti non pochi né lievi dubbi circa l'inquadramento piuttosto rigidamente dogmatico della materia ivi tracciato, comune del resto a molte trattazioni, ed in particolare sul relativo parallelismo seguito dallo studio nell'affrontare i due temi della *damnatio* e dell'*oportere*, trattati in una prospettiva di lata sincronia e quasi di complementarità nelle loro origini e nella loro evoluzione.

In primo luogo, guardando agli incunaboli e ai primi sviluppi dell'*oportere*, mi sembrava sbagliato se non alquanto pericoloso ancorarlo esclusivamente a fattori strettamente giuridici ed anzi tecnico-giuridici che senz'altro ne sono a fondamento per quanto riguarda il suo successivo sviluppo nel quadro del diritto romano per così dire adulto, ma che certo non esauriscono gli elementi

¹) R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016 (si veda la recensione di G. FALCONE, in «Iura», LXVII, 2019, p. 143 ss.).

che più latamente contribuirono forse a conformarlo nelle sue origini e nella sua evoluzione, come innanzitutto gli accordi che, come si vedrà meglio in seguito, rimasero dapprima obbliganti solo su di un mero piano sociale, ma che per lo più erano sovente destinati a essere in seguito tutelati dall'ordinamento e che probabilmente già in tale prima fase «non giuridica» dovettero egualmente in buona parte influenzare, e forse in modo determinante, il progresso del diritto.

Ma d'altro lato, procedendo nella lettura del volume, sorgeva un altro e più immediato dubbio, subito decisivo nel considerare tali problemi di origini e di arcaico sviluppo degli istituti in questione: ossia quello del problema della risalenza ad epoche alquanto antiche – sovente dato per scontato in dottrina, ed in particolare da Riccardo Cardilli – del significato tecnico di 'oportere' nel senso per così dire specialistico di «obbligazione giuridica».

Do quindi qui conto brevemente di tali mie «riflessioni» (per usare una sgradevole parola ahimè oggi di moda), nella maniera più semplice ed essenziale e limitandomi alle posizioni più sicure e pressoché istituzionali, in modo da appesantire il meno possibile il discorso con segnalazioni bibliografiche e conseguenti interminabili discussioni circa la dottrina in argomento, nella convinzione che un più lineare discorso quanto più si possa spoglio di note e di precisazioni, che si limiti a dati grosso modo istituzionali in linea di massima da tutti accettati, possa essere più utile ad avviare – se ciò è ancora possibile, nel degrado sempre più evidente della nostra povera disciplina – un può darsi utile confronto dei cosiddetti studiosi su tali temi².

1. Dall' 'oportere' nella sua accezione comune al significato tecnico-giuridico del verbo

1. Per quanto riguarda il secondo tema, che mi sembra opportuno trattare innanzitutto, ossia quello della risalenza del valore tecnicistico del verbo 'oportere' nel linguaggio del diritto e delle sue origini nel mondo giuridico latino, è notevole come la più parte della dottrina giusromanistica tenda normalmente a farlo risalire ad epoche alquanto remote e in particolare alla legislazione duodecimbtabulare.

Il difettivo 'oportere' ('oportet') in effetti, nella lingua latina, «est idem ac con-

²) Su tale sistema espositivo – ma forse anche metodo di ricerca – cfr. in maniera relativamente più estesa F. ZUCCOTTI, *Sacramentum civitatis. Diritto costituzionale e ius sacrum nell'arcaico ordinamento giuridico romano*, Milano, 2016, p. XI (in realtà tale proponimento, che aveva in mente come modello persino miei precedenti articoli scritti senza note, non è stato qui poi rispettato, dato che le note sono diventate molte ed alcune piuttosto lunghe: ma – a parte il fatto che in linea di massima non si va oltre la letteratura principale, e specie istituzionale, sui vari argomenti – il riferimento vale sempre come indicazione di metodo di indagine).

venit, ratio postulat, attinet, opus est, necesse est, δεῖ, χρῆ (It. *bisogna, è d'uopo, è necessario, si deve, conviene ...*)³, ed è quindi un verbo «ottativo («desiderativo»)» indicante un auspicio, un desiderio, una possibilità: si tratta quindi di un lemma nelle sue origini e soprattutto nel suo significato corrente alquanto remoto dal significato di indefettibile «obbligo giuridico» – e specificamente di «obbligazione» – che esso assumerà nel linguaggio del diritto, in un'accezione successiva che fino a prova contraria risulta senza dubbio una innovativa creazione stipulatoria, verosimilmente operata dai *prudentes* romani, ossia una convenzione giuridica che piegherà il verbo a un significato alquanto diverso da quello originario⁴.

Questo procedimento linguistico giurisprudenziale, peraltro, è proprio dei *prudentes* romani di età quantomeno tardorepubblicana, ossia di una scienza del diritto relativamente matura e conscia delle proprie possibilità di azione, che in particolare è usa dilatare l'ambito di applicazione di una norma agendo sul significato delle parole da essa impiegate (si pensi a come Servio Sulpicio Rufo tentasse di ampliare il perimetro delle opere escluse dall'*actio aquae pluviae arcendae*, allora circoscritte dai *prudentes* alla sola coltivazione del *frumentum* – D. 39.3.1.3 –, includendo in quest'ultimo sostantivo altresì le leguminacee – D. 50.16.77 –, o a come Gaio, seguendo Giavoleno, per rendere applicabile l'*interdictum de glande legenda* a ogni tipo di alberi da frutto affermi, decisamente contro il significato comune del termine – D. 50.16.236.1 –, che '*glandis appellatione omnes fructus continentur*')⁵. E se anche lo specifico significato di '*oportere*' proprio del vocabolario giuridico, come si vedrà in seguito, si collocherà in tale contesto e in particolare in questo sviluppo storico della *iurisprudencia* romana, esso non sembra d'altra parte riguardare per nulla il linguaggio della legislazione arcaica e della sua *interpretatio*: questa infatti, ed in particolare le XII Tavole, possono usare termini tecnici e difficili che, come si vede leggendo gli antiquari romani, in epoche successive appariranno problematici se non misteriosi, ma risultano in ogni caso usare le parole nel loro significato corrente, tutt'al più dando luogo, benché raramente, ad usi relativamente restrittivi e magari in certo modo piuttosto tecnici dei lemmi, ma senza comunque piegarli ad assumere accezioni convenzionali contrarie al vocabola-

³) Æ. FORCELLINI, «Lexicon Totius Latinitatis», rist. Bologna, 1965, III, sv. '*oportet*', p. 499 s.

⁴) Si vedano in generale, in «Atti del Convegno Internazionale 'Il latino del diritto' (Perugia 8-10 ottobre 1992)» – cur. S. Schipani, N. Scivoletto –, Roma, 1994, i contributi di L. LANTELLA, *Dinamica semantica e modelli strutturali nella terminologia giuridica romana*, p. 39 ss., nonché di P. POCETTI, *Latino e diritto: vicende di una specularità*, p. 3 ss.

⁵) Cfr. F. ZUCCOTTI, «*Friges fructusque*» (*studio esegetico su D. 50.16.77*). *Per una ricerca sulle origini della nozione di «frutto»*, Padova, 2000, p. 43 ss. e 55 ss.

rio comune⁶ (e del resto si potrebbe a tale proposito ricordare altresì come Mario Talamanca, nella sua voce enciclopedica sulle obbligazioni, avesse cura di sottolineare come, a proposito delle ipotesi di obbligazioni da atto lecito contenute nel *corpus* decemvirale, «non si è ancora enucleato il concetto della prestazione, il quale – nella sua doverosità – è espresso dall'«oportere»⁷).

2. Invece, in non poca parte della dottrina le attestazioni più antiche del verbo «oportere» tendono a venire interpretate come se l'unico significato di tale lemma fosse quello di obbligazione in senso giuridico, quasi ignorando il suo significato comune, e certamente più antico, di «essere opportuno».

Così, in primo luogo, il ricorso a «oportere» in testi di diritto sacrale viene approblematicamente visto nel senso di una indefettibile e coercibile doverosità del comportamento prescritto⁸: prospettiva seguita in particolare a proposito della richiesta del *rex* ai *patres* prima dell'*indictio belli* (Liv., *urb. cond.* 1.32.11: «... *quas res dari fieri solvi oportuit* ...»), dell'offerta degli *opima spolia* in primo luogo a Giove (Fest., *verb. sign.*, sv. «*opima spolia*», L. p. 302: «... *Iovi Feretrio darier oporteat* ...»), delle prescrizioni relative al copricapo del *flamen Dialis* (Gell., *noct. Att.* 10.15.32: «... *id fieri oporteat* ...») e della *lex Numae* sull'uomo ucciso dal fulmine (Fest., *verb. sign.*, sv. «*occisum*», L. p. 190: «... *homo si fulmine occisum est, ei iusta facere nulla fieri oportet*»): norme che vengono tranquillamente interpretate – in maniera alquanto tetragona e piuttosto incongrua, dato che si tratta qui tutt'al più di semplici obblighi – come se in esse «oportere» indicasse già l'obbligazione giuridica in senso tecnico. E a parte il più che verosimile dubbio che invece qui il verbo conservi sempre la sua comune accezione ottativa di «bisogna, è d'uopo, è necessario, si deve, conviene», vi è anche la circostanza della stranezza di applicare a tali norme sacrali un significato del verbo che, in tale sua accezione di doverosità, appartiene soltanto allo *ius civile* ed appunto al rapporto obbligatorio che si instaura tra due soggetti⁹, e che dunque risulta, come si è accennato, aver ben poco a che fare con questo tipo di obblighi di ordine sacrale, sanzionati invece

⁶ Si veda, in riferimento a B. BIONDI, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1965, p. 181 ss., LANTELLA, *Dinamica semantica*, cit., in particolare p. 40 s. (cfr. A. CARCATERRA, *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano. Contributi*, Bari, 1968, p. 191).

⁷ M. TALAMANCA, «*Obbligazioni (diritto romano)*», in «ED.», XXIX, Milano, 1979, p. 15.

⁸ Cfr. CARDILLI, *op. cit.*, p. 67 ss.

⁹ Va da sé che la divaricazione tra «obbligazione» e «obbligo» costituisce una distinzione del tutto moderna, anche in quanto il secondo termine risale nelle sue origini al XIV secolo (cfr. M. CORTELLAZZO, P. ZOLI, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Bologna, 1985, p. 817, sv. «*obbligare*»): sui problemi che suscita nella dottrina la distinzione tra i due concetti si veda per tutti, in breve, F. ROMANO, «*Obbligo (nozione generale)*», in «ED.», XXIX, Milano, 1979, p. 500 ss. e in particolare p. 506 s.

sul piano religioso (procedendo secondo analoghe prospettive, si potrebbe addirittura arrivare all'assurdo di considerare gli stessi obblighi di astensione sanzionati da norme penali in termini di 'oportere' e di «obbligazione giuridica») ¹⁰. Non solo, ma è altresì da notare come in tale ambito normativo il significato di 'oportere' in realtà appaia semplicemente quello di «essere opportuno, conveniente» anche in quanto, in tale settore del *ius*, non è necessario ricorrere ad alcun particolare concetto di doverosità indefettibile né di esplicita e specifica «pena» positivamente stabilita ¹¹, in quanto, se si disattende la prescrizione di *ius sacrum*, la sanzione è *in re ipsa*, poiché, se non ci si conforma al dettato della norma, o si commette un illecito religioso – già disciplinato nelle sue varie gradazioni da altre norme di *ius sacrum*, anche solo implicite, e non certo dalle regole di tipo contenzioso dell'*oportere* determinante rapporti bilaterali di obbligazione e pre-

¹⁰) Notevole ad esempio come Carlo GIOFFREDI (*Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 45) parli latamente di 'oportere' a proposito dei doveri della vestale cui la formula della *captio in sacro* (Gell., *noct. att.* 1.12.14) allude attraverso il ricorso al termine 'ius' (*Sacerdotem Vestalem quae sacra faciat, quae ius siet sacerdotem Vestalem facere pro populo romano Quiritibus, uti quae optima lege fuit, ita te, Amata, capio*): nonostante la piana corrispondenza tra 'oportere' ed 'obligatio' professata a livello definitorio (cfr. ad esempio M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 507), si ha come l'impressione che l'idea di 'oportere' in dottrina rappresenti, molto di più, quasi una sorta di metafora totalizzante e paradigmatica della doverosità coercitiva e irrefragabile del diritto e della ineluttabilità della dimensione giuridica, una sorta di definitivo «sollen» cui parametrare qualsivoglia comportamento umano ed ogni cogenza normativa.

¹¹) Benché qui l'argomento non possa essere approfondito, per la normale ultro-neità della sanzione si veda tra l'altro Cic., *parad.* 3.2.25 – *quidquid non oportet, scelus esse, quidquid non licet, nefas putare debemus* – dove il verbo sembra esprimere, almeno in epoca tardorepubblicana, una doverosità giuridico-sacrale in ogni caso diversa dalla più specifica «obbligazione» in senso civilistico, e prossima semmai, come si è visto, alla più generica nozione di «obbligo», ma al di là di qualsivoglia diretta e immediata sanzione, che è infatti implicita non nella particolare trasgressione in sé verificatasi, ma appunto nella sua susunzione in termini di 'scelus'. In ogni caso, benché l'argomento vada alquanto oltre l'oggetto di queste note, non sembra che sarebbe impossibile ipotizzare che, in epoca tardorepubblicana, il verbo 'oportere' abbia conosciuto nell'ambito dello *ius sacrum* una trasformazione semantica per vari versi analoga e parallela, anche se forse anticipata nel tempo, a quella che subirà nello *ius civile* ad opera dei *prudentes*: dal senso di «essere conveniente, opportuno» in quanto gradito agli dei esso sarebbe cioè passato a indicare ciò che era «consigliabile» e quindi «doveroso» per non provocare il malumore, lo sdegno e dunque senz'altro l'ira divina. Per quanto ovviamente soltanto congetturale, tale ipotesi sembra in certo modo suffragata dall'accezione in cui il verbo viene usato da Cicerone nei *Paradoxa Stoicorum*, e del resto si accorda con la malleabilità, per così dire, del verbo in relazione al contesto in cui viene usato: e si vedrà infatti come il passaggio dal significato ottativo al senso di necessità irrefragabile e quindi di doverosità avvenga anche nello *ius civile* in relazione al suo diventare nel contesto delle formule processuali la condizione necessaria e sufficiente per la condanna (cfr. *infra*, § 5): ma in ogni caso tali risvolti del verbo nel vocabolario giuridico-sacrale costituiscono indagine semantica e di storia della religione che esula dal tema qui indagato.

stazione¹² –, oppure, ancor più semplicemente, non si ottengono i risultati perseguiti: come in particolare avviene nella previsione relativa all'uomo ucciso dal fulmine, ove, se anche si faranno normali funerali contro il divieto in questione, essi in ogni caso non costituiranno un '*iusta facere*' e di per sé non otterranno le conseguenze religiose normalmente perseguite attraverso tale atto (e analoghe considerazioni valgono infatti per la *lex regia* relativa alla donna morta incinta – D. 11.8.2, Marcell. 28 *dig.*: '*Negat lex regia mulierem, quae praegnata mortua sit, humari, antequam partus eius excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*' –, alla quale la dottrina, in passato ma altresì talvolta in tempi più recenti, ha tentato poco convincentemente di giustapporre la norma di Numa '*si quisquam alinta facit, ipsos Iovi sacer esto*' – Fest., *verb. sign.*, sv. '*alinta*', L. p. 5 – senza rendersi conto della inutile ridondanza di qualsiasi sanzione, poiché appunto, se si viola la norma, i funerali celebrati non potranno avere il valore e gli effetti del cosiddetto '*iusta facere*' e saranno quindi un atto del tutto inutile)¹³.

3. Se quindi applicare il successivo significato tecnico-giuridico di '*oportere*' a queste norme e al diritto sacrale in generale costituisce una inutile quanto gratuita forzatura, dato che esse risultano pianamente usare tale verbo nella sua accezione comune o in ogni caso in un senso diverso dalla più tarda accezione di '*oportere*' nel vocabolario del diritto civile, un'ipotesi apparentemente più considerevole sembrerebbe costituita in tal senso dal significato del lemma nella descrizione gaiana della tutela della *sponsio* in sede di *iudicis postulatio*¹⁴. In *inst.* 4.17, infatti, Gaio afferma che, nella *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, '*qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILLA SESTERTIORUM DARE OPORTERE AIO: ID POSTULO AIES AN NEGAS. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, TE PRAETOR IUDICEM SIVE ARBITRUM POSTULO UTI DES*' (si veda anche l'analoga descrizione della più tarda *legis actio per conditionem*, sempre in *inst.* 4.17, che Riccardo Cardilli non richiama: '*per conditionem ita agebatur: aio TE MIHI X MILLA SESTERTIORUM DARE OPORTERE: ID POSTULO AIES AN NEGAS. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, IN DIEM TRIGESIMUM TIBI IUDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO*', aggiungendo, in *inst.* 4.18, '*nunc vero non proprie conditionem dicimus actionem in personam <esse, qua> intendimus DARI NOBIS*

¹² Si veda in breve, per gli aspetti che qui interessano, J. SCHEID, *Le délit religieux dans la Rome républicaine*, in «Le délit religieux dans la cité antique», Roma, 1981, p. 117 ss.

¹³ Cfr. F. ZUCCOTTI, *Ancora sulla configurazione originaria della sacerdotia*, in «Jura», LXIV, 2016, p. 295 ss. e in particolare p. 366 ss. e nt.149 ss.

¹⁴ CARDILLI, *op. cit.*, p. 64 ss. Si noti come Gaio, mentre usa il termine '*as*' in riferimento alla *legis actio sacramenti in rem* (*inst.* 4.14 e 16), ricorra in maniera anacronistica al termine '*sestertius*' anche per quanto riguarda la *manus iniectio* (*inst.* 4.21).

OPORTERE; *nulla autem hoc tempore eo nomine denuntiatio fit*¹⁵). Si tratta con buona evidenza di «reinterpretazioni» di età classica della *conceptio verborum* di tali *legis actiones*, che probabilmente riflette solo a senso il dettato decemvirale (e dove può darsi la trattazione della più recente *legis actio per conditionem* interagisce su quella dell'antica *iudicis arbitrive postulatio*), tanto che lo stesso Riccardo Cardilli è costretto quantomeno ad emendare, a proposito della primitiva *iudicis arbitrive postulatio*, la quantificazione 'X milia sestertiorum', tipicamente di età imperiale¹⁵, in 'X assium', e dove del resto, anche se tale autore ne tace, rimane quantomeno non poco problematico il riferimento al pretore (*te praetor ... postulo uti des*) nel contesto della normazione duodecimtabulare¹⁶. Il passo gaiano non risulta quindi provare nulla circa il significato già specificamente tecnico di 'oportere' nella legislazione decemvirale, e anche ammesso che le *conceptiones verborum* della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e *per conditionem* facessero ricorso a tale verbo (si veda in tal senso – ma tra le due *legis actiones* corrono più di due secoli, ed è plausibile che tale fonte si riferisca semmai alla seconda – altresì Val. Prob., *iur. not.* 4.1¹⁷: '*in legis actiones haec: A.T.M.D.O. aio te mihi dare oportere*', richiamato da Riccardo Cardilli)¹⁸, tale verbo sarebbe comunque impiegato con tutta verosimiglianza nel suo precedente significato più generico di «essere conveniente, opportuno», e non certo ancora di «essere obbligato in base allo *ius civile*», anche perché, in ogni caso, la forza cogente di tali azioni era semmai già assicurata, come si vedrà, dalla nomina del *index* e dalla conseguente condanna del convenuto nell'ipotesi che ne sussistessero i requisiti, e non certo in quanto, come avviene in età classica¹⁹, l'esistenza dell'*obligatio*

¹⁵ Durante l'età repubblicana infatti il sesterzio – in origine piccola moneta d'argento del valore di due assi e mezzo – veniva coniato sporadicamente, mentre a partire d'Augusto divenne una moneta di grandi dimensioni di oricalco (lega simile all'ottone color oro) e di grande diffusione nell'impero romano (cfr. in breve E. BABELON, '*Sesterlius*', in «Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines» – *cur.* C.V. Daremberg, E. Saglio –, Paris, 1877-1919, IV.2, p. 1285).

¹⁶ In relazione alle menzioni del '*praetor*' nella legislazione duodecimtabulare e alle difficoltà che risultano destare, si veda, in relazione a *tab. XII.3* ('*si vindiciam falsam tulit ...*': *Fest., verb. sign.*, sv. '*vindiciae*', L. 518), G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I. *La regolamentazione decemvirale*, Torino, 1986, p. 205 ss. (sulla menzione del pretore, verosimilmente posteriore al testo decemvirale, in *tab. VIII.9* – *Plin., nat. hist.* 18.3.3 [12]: '*frugem ... aratro quaesitam ...*' – cfr. in breve ZUCCOTTI, '*Fruges fructusque*', cit., p. 42 nt. 78).

¹⁷ «FIRA.»², II, Firenze, 1968, p. 456.

¹⁸ CARDILLI, *op. cit.*, p. 66.

¹⁹ Si tenga tra l'altro presente che la formulazione presentata da Gaio in *inst.* 4.17 è ascritta alla *sponsio*, ma si possono avanzare dubbi in ordine alla ipotetica riferibilità al mutuo della locuzione '*mihi dare oportere*', come sarà poi normale in epoca formulare, dato che tale *conceptio verborum* si accorda con il mutuo classico e non feneratizio, dove all'obbligazione corrisponde un equivalente obbligo di restituzione e quindi di condanna, mentre nella legislazione duodecimvirale non è da escludere che il mutuo potesse invece

viene a priori indicata dal ricorso al verbo 'oportere'²⁰.

Non sembra dunque che vi siano elementi per traslare in età così arcaiche il sorgere e l'imporsi della accezione tecnico-giuridica di 'oportere' nel senso di obbligazione *ex iure civili*, le cui origini vanno perciò più semplicemente ricercate in epoche assai meno remote²¹: e se si considera come tale particolare significato del verbo risulti attestato in primo luogo dalle *formulae*, ove tale verbo si coniuga alla conseguente condanna assumendo quindi un'immediata accezione di doverosità, e dove diverrà un elemento strutturale dell'*intentio*, non sembra soverchiamente difficile individuare tale mutamento linguistico nell'ambito della vigenza dell'editto pretorio, dove la sussistenza dell' 'oportere' diviene stabilmente il presupposto della *condemnatio* e può dunque assumere una cogenza prima sconosciuta ed anzi impossibile, assurgendo così a elemento decisivo per la soluzione della controversia²². Nell'ambito del processo *per formulas*, poi, si assiste altresì al realizzarsi dell'altro elemento necessario alla elaborazione del nuovo significato tecnico del verbo, ossia come si diceva l'esistenza di una scienza del diritto sufficientemente adulta e conscia delle proprie possibilità creative per conferire alle parole, come si è accennato, un significato giuridico stipulatorio in grado di imporsi largamente anche contro il senso ed il valore corrente – e sino allora unicamente diffuso – di un determinato termine. E sembra inutile soffermarsi qui digressivamente sulla giurisprudenza tardorepubblicana e le nuove caratteristiche che la informano e la contraddistinguono rispetto al passato²³.

prevedere interessi (cfr. *infra*, nt. 106).

²⁰) Come Mario Talamanca (cfr. *supra*, § 1 e nt. 7), anche Raimondo Santoro insiste sulla necessità di tener distinto il significato arcaico di 'oportere' dalla sua accezione classica (cfr. di recente, ad esempio, *Per a storia dell' 'obligatio'. Il 'iudicatum facere oportere' nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in «Juris Antiqui Historia», I, 2009, p. 69 s. = *Scritti minori*, II, Torino, 2009, p. 657 ss.), anche se lo fa strumentalmente alla tesi da lui sostenuta di una prestazione vista come «onere» volto ad evitare l'esecuzione (argomento che qui sarebbe inutile, ai fini dell'indagine, affrontare).

²¹) Sembra inutile soffermarsi per tal verso su come altresì *Tab. Heracl.* 45 s. – «FIRA.»², I, Firenze, 1968, n. 13, p. 144 – usi il verbo 'oportere' secondo modalità di significato che appaiono escludere una sua compiuta evoluzione sino all'accezione di «obbligazione giuridica»: '*iudicem iudiciumve dari oportebit*' (cfr. M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in «Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano», Napoli, 1999, p. 93 e nt.133).

²²) Sulla verosimile datazione degli inizi dell'editto pretorio si veda TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 65 ss. e 172 ss.

²³) Si veda, nella prospettiva linguistica che qui interessa, G. CALBOLI, *La lingua latina tra giuristi e retori*, in «Il latino del diritto», cit., p. 63 ss., in cui si insiste su come i *prudentes* coevi e immediatamente successivi attenuino quel tecnicismo più spinto del vocabolario e delle concettualizzazioni giuridiche teorizzato in particolare da Cicerone (cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pen-*

4. Una riprova forse persino positiva della datazione di tale mutamento del significato di ‘oportere’, semmai, può quindi essere rinvenuta nelle formule che risalgono nelle loro scaturigini alla *iurisdictio* del *praetor peregrinus* e al suo editto, formule nella cui versione definitiva a noi conosciuta l’oportere rimane in ogni caso strettamente legato ad un criterio, in qualche modo nella sua genesi estrinseco alla linearità tecnicistica del diritto, quale la «buona fede» (in seguito, ‘*quidquid dare facere oportet ex fide bona*’), e dove dunque tale verbo non esprime né indica immediatamente le ipotesi in cui sussiste l’obligatio, così da rinviare quindi implicitamente, senza alcuna ulteriore specificazione, ai casi riconosciuti dall’ordinamento appunto come fonti delle obbligazioni, ma, riferito a ‘quidquid’, si limita a coniugarsi con un più o meno lato senso di valutazione (e quantificazione)²⁴ della responsabilità dei contraenti (e si può qui notare, tra l’altro, la forzatura cui sovente indulge la dottrina romanistica avvertendo, per un verso, che l’oportere fu sempre considerato esclusivamente tipico del *ius civile* e quindi applicabile solo alle controversie tra *cives*²⁵, per poi d’altro lato riferirlo talvolta, in una precedente fase, ed in ipotesi originaria, già nel suo compiuto significato tecnico-giuridico, alle formule poste dal *praetor*

siero giuridico antico, Bari, 1987, p. 109 ss.). Su come termini del linguaggio comune possano venire recepiti nel vocabolario giuridico in un’accezione tecnica non del tutto coincidente con quelle normali e su come l’evoluzione di un istituto possa condurre ad una progressiva divaricazione tra il significato giuridico e quello comune di una parola, cfr., oltre a G. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma*, Bologna, 1940, p. 270 ss., M. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in «Studi B. Biondi», I, Milano, 1965, p. 95 ss. [= ID., *Ausgewählte Schriften*, Napoli, 1976, I, p. 35 ss.], A. CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodi mezzi e fini*, Napoli, 1966, p. 131 ss., *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano*, cit., in particolare p. 172 ss., 183 ss. e 192 ss., e *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani (Interpretatio iuris)*, Bari, 1972, p. 28 ss., 162 ss. e 173 ss., nonché – in A. BELVEDERE, M. JORI, L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979 – LANTELLA, *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico*, p. 10 ss., 131 ss. e 138 ss., e BELVEDERE, *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, specie p. 349 ss. e 352 ss. Cfr. altresì, nella già ricordata colletanea «Il latino del diritto», G. MELILLO, *Il latino giuridico quale tramite tra il II e il IV secolo e i suoi rapporti con l’età del primo Principato*, p. 215 ss. (= «Labeo», XXXIX, 1993, p. 158 ss.), in particolare p. 222 ss. (cfr. *supra*, nt. 4 e 6). Sul ricorso dei giuristi, probabilmente per distinguersi anche con un proprio vocabolario, per esempio a ‘*si parret*’ anziché a ‘*si paret*’, cfr. J.A. CROOK, «*Si parret*» and a *Joke in Petronius*, in «Sodalitas. Scritti A. Guarino», Napoli, 1984, III, p. 1353 ss.

²⁴ Si noti come nelle formule *ex fide bona* la *condemnatio*, attraverso il possessivo ‘*eius*’, abbia appunto come diretto oggetto il ‘*quidquid dare facere oportet*’, adombrando quindi per vari versi una sorta di condanna in forma specifica: cfr. F. ZUCCOTTI, *Sul preteso valore di «condemnatio» piuttosto che di «intentio» della clausola formulare «quidquid dare facere oportet»*. Osservazioni sulla trattazione gaiana delle «*partes formularum*», di prossima pubblicazione in «AUPA», LXIII, 2020, § 9.

²⁵ Cfr. ad esempio B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1993, p. 18.

peregrinus, che appunto *inter [cives et] peregrinos ius dicit*)²⁶.

Anche senza volere certo qui addentrarsi nelle complesse questioni sottese al parametro della «buona fede» e al suo effettivo significato, è in ogni caso sufficiente ai fini di queste brevi note vedere come tali considerazioni sulla differenza per così dire strutturale tra il «*si paret oportere*» delle normali formule *in ius* e il parrebbe più risalente «*oportere ex fide bona*» («*oportet*») risulti pianamente confermato dai casi, verosimilmente precedenti, in cui un criterio analogo alla buona fede viene espresso con altre parole²⁷, come avviene segnatamente nell'*actio fiduciae* e nell'*actio rei uxoriae*.

Nella seconda, la cui ricostruzione formulare dà luogo a vari problemi²⁸,

²⁶ D. 1.2.2.28 (Pomp. *l.s. ench.*): «... *creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat*»: Su tale locuzione si veda F. SERRAO, *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano, 1954, specie p. 10 ss. e 193 ss. (cfr. V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in «Ostraka», V.1, 1996, p. 88 ss.).

²⁷ Ma si tenga presente che in Cicerone le formulazioni sono varie e diverse: così ad esempio in *off.* 3.17.70 si parla di un modulo «*uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusque sim*» (cfr. G. FALCONE, *La formula «ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione» e la nozione di «vir bonus»*, in «Fundamina», XX.1, 2014, p. 267 s., e *Il rapporto ius gentium - ius civile e la societas vitae in Cic., off.* 3.69-70, in «AUPA.», LVI, 2013, p. 261 ss.).

²⁸ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, p. 60 n. 48, seguendo O LENEI, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, rist. Aalen, 1985, p. 302 ss., ricostruisce la formula— «*si paret N^m N^m A^{ae} A^{ae} dotem partemve eius reddere oportere, quod eius melius aequius erit, eius index N^m N^m A^{ae} A^{ae} condemnato, s.n.p.a.*» — in termini di normale azione introdotta da «*si paret*»: ma vi è anche chi (J. PARISIO, nella recensione alla prima edizione dell'opera di Dario Mantovani, in «Seminarios Complutenses de Derecho Romano», *suppl.* 1992-1993, Madrid, 1994, p. 98: cfr. ID., *Estudio sobre las 'acciones in aequum conceptae'*, Milano, 1986, p. 97 ss., nonché *Genesi e struttura dei «bonae fidei iudicia»*, in «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico», Milano, 2011, p. 210 ss.), si ricollega alla linea ricostruttiva (sulla quale cfr. LENEI, *op. cit.*, p. 304: si veda in particolare A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig, 1869, p. 126 ss.: «*quod ... in dotem dedit ... quod melius aequius erit ... dare repromittere, eius index ... quod eius facere possit ... condemnatio ...*») che preferirebbe una formula in linea con i *iudicia bonae fidei*: «*quidquid ob eam rem aequius melius erit N^m N^m A^{ae} A^{ae} reddi oportet*» (cfr. in tal senso A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, Milano, 1976, p. 11 ss.). Dario Mantovani (*op. cit.*, p. 60 nt. 183) se la cava con una facile ironia — «temo che vi sia un verbo di troppo» —, ma a parte il fatto che basta qui cassare «*erit*» perché la preposizione scorra pressoché senza problema («*quidquid ... aequius melius ... reddi oportet*»), sembra che gli sfugga del tutto — o che volutamente ne taccia — il cosiddetto nocciolo della questione, ossia se costruire tale *actio* nello schema del «*si paret*» o invece nei termini (formula iniziante con «*quod*» e *demonstratio*) dei normali giudizi di buona fede (per un'analisi storica delle ipotesi ricostruttive della formula, si veda M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote, I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006, p. 15 ss. e, sulla azione proposta da Otto Lenel, p. 42 ss.). In effetti, si potrebbe osservare che qui l'ironia è del tutto fuori luogo, poiché — come si vedrà meglio *infra*, § 9 *in fin.* — le azioni riconducibili all'ambito della buona fede, e quindi *incerti*, risultano nel loro complesso impernarsi in formule col «*quod*» inizianti con la *demonstratio*, e l'anomalia di una formula costruita sulla contrapposizione tra «*si paret*» e «*si non paret*» desta

ci si rifà ad un ‘reddere oportere’ misurato in base al criterio del ‘quod melius aequius erit’, parametro invero genericamente tautologico rispetto ai generali fini di giustizia sostanziale propri del diritto (è immediato il pensiero, anche se essa non è espressa al comparativo, alla definizione celsina del *ius* come ‘ars boni et aequi’: D. 1.1.pr., Ulp. 1 *inst.*)²⁹, in cui il verbo ‘oportere’ viene appunto coniugato ad un obbligo di ‘reddere’ tuttavia temperato³⁰ da tale riferimento al meglio e al più equo da valutare caso per caso (azione *in bonum et aequum concepta*, e per questo avvicinata ed anzi inclusa per vari versi tra i *bonae fidei iudicia*)³¹ che in ultima analisi riduce il valore del verbo appunto ad un mero senso quantitativo, indicante soltanto la modalità e la misura della restituzione (‘quidquid’), e separandolo nettamente dal valore assoluto e discriminante, poi da esso assunto, di accertamento dell’obbligazione.

A sua volta, l’*actio fiduciae* – non solo inclusa tra i *bonae fidei iudicia*, ma forse da considerare come il prototipo di essi – fa perno su una descrizione più dettagliata di un criterio assai prossimo al parametro della *bona fides*³², indicandolo con le parole ‘uti inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione’³³: rife-

in ogni caso vari problemi ed ancor più non poche perplessità (cfr. ancora VARVARO, *op. cit.*, p. 111 ss.): tra l’altro, andrebbe tenuto presente – come lo stesso MANTOVANI, *op. cit.*, p. 23, pur ricorda – che Otto Lenel (cfr. tra l’altro l’introduzione – *Das Ediktsystem* – a *Das Edictum*, cit., p. 5 ss.) ricostruì l’editto sulla base soprattutto dei giuristi classici, in particolare conservatici nel *Digesto*, e che dunque nel corso dei secoli le formule non sono rimaste sempre e necessariamente le stesse, potendo subire, specie per quanto riguarda le età più antiche, variazioni, riscritture ed adattamenti sia in vista di nuove esigenze sia a causa delle mutate tecniche di sintetizzare le varie posizioni processuali (sugli aspetti storici dell’*actio fiduciae* si veda tra l’altro A. BISCARDI, *La dottrina romana dell’obligatio rei*, Milano, 1991, p. 119 ss.). Da ultimo, per una plausibile ipotesi ricostruttiva della formula dell’*actio rei uxoriae*, si veda VARVARO, *op. cit.*, p. 270 ss.

²⁹ Si veda F. GALLO, da *Sulla definizione celsina del diritto*, in «SDHI», LIII, 1987, p. 7 ss. (= *Opuscula selecta*, Padova, 1999, p. 553 ss.) – che mi sembra essere il primo studio sull’argomento –, a *Valore perdurante dei criteri del ‘bonum et aequum’*, in «Celso teorico del diritto», Napoli, 2016, p. 249 ss., che credo essere l’ultimo. Sulle formule in cui compare la clausola ‘quantum bonum et aequum videbitur’ come ad esempio le *actiones iniuriarum* e l’*actio funeraria*, cfr. in breve MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 74 ss.

³⁰ Si tengano infatti presenti le *retentiones* ed il *beneficium competentiae* che in progresso di tempo limitarono la condanna in tale azione, ma che in parte dovevano essere in certo modo già contenute *in nuce* in tale formulazione: cfr. sinteticamente V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1993, p. 457.

³¹ Si veda ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 456.

³² Cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 308. Tale «primogenitura» dell’*actio fiduciae* (per la sua datazione si veda FALCONE, *La formula «ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione»*, cit., p. 258 e nt. 1) lascia ovviamente impregiudicata la questione del ricorso al criterio della *bona fides* da parte del *praetor peregrinus*, anche se probabilmente in maniera non stabilmente definitiva.

³³ Anche qui LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 291 ss., propone una complessa formula dell’*actio fiduciae* assai lontana dal modulo dei *iudicia bonae fidei*, e assai prossima alle *actiones in factum* (‘si paret A^m A^m N^o N^o fundum q.d.a. ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse

eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per N^m N^m stetisse quo minus solveretur eumque fundum redditum non esse negotiumve ita actum non esse, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit, tantam pecuniam index N^o N^o A^o A^o condemnato, s.n.p.a.: per un'alleggerimento della formula delle clausole centrali, che si riferiscono alla funzione di garanzia e ne precludono l'utilizzazione in altre ipotesi di *fiducia*, cfr. M. KASER, *Studien zur römischen Pfandrecht*, Napoli, 1982, p. 99 ss.): una formula assai simile, specie nella parte centrale all'*actio pignoratitia in rem* o *quasi Serviana* nonché all'*actio pignoratitia (directa) in personam* (cfr. LENEL, *op. cit.*, p. 493 ss. e per la seconda p. 254 ss.); MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 66 s. n. 64, lo segue ed in particolare (nt. 233) rifiuta l'ipotesi ricostruttiva della formula proposta da Bert Noordraven (*Die fiducia in römischen Recht*, in «Index», XVIII, 1990, p. 249 s.: '*quod A^o A^o N^o N^o fidi fiduciae fundum q.d.a. mancipio dedit, quam ob rem ut inter bonos bene ager oporteat et sine fraudatione, quidquid ob eam rem N^o N^o A^o A^o dare facere praestare oportere, eius index N^o N^o A^o A^o condemnato, s.n.p.a.*'), osservando «L'ipotesi non si sottrae ad alcune obiezioni: a) 'oportere' figura (caso unico) per due volte in una stessa formula e con oggetti diversi; b) soprattutto, 'd.f.p. oportere' nell'*intentio* rende l'azione inequivocabilmente di stretto diritto (creando il problema, grave soprattutto per l'antichità dell'azione, del fondamento); c) se si esclude una formula in *factum*, resta da spiegare dove si collochi all'interno della formula l'indicazione delle condizioni della condanna ricavabili da D. 13.7.24.1». Senza volere difendere oltre il necessario l'ipotesi formulare avanzata da Bert Noordraven, che in effetti risulta sotto più aspetti un po' farraginoso nella sua enunciazione, si può osservare, quanto alla prima obiezione, che se vi è una ripetizione del verbo 'oportere' nella formula, sembra tuttavia da ricordare come tale anomalia risulterebbe in ogni caso più facilmente accettabile collocando il sorgere di tale *conceptio verborum* in un'epoca arcaica in cui tale verbo non aveva ancora assunto un'accezione tecnico-giuridica definitiva (e d'altra parte, il fatto che esso compaia già nel criterio dell' '*ut inter bonos bene agier oportet ...*' rende pressoché inevitabile, nel normale uso di esso nell'*intentio*, la sua ripetizione); inoltre tale ripetizione, contrariamente a quanto ritiene Dario Mantovani, non è affatto un fenomeno strano ed isolato: si veda, in ordine alla ripetizione del verbo in varie formule interdittali, ed in genere in locuzioni di ordine processuale, nonché nell'*actio fiduciae*, quale fenomeno relativamente normale ed indizio di arcaicità, G. FALCONE, *Ricerche sull'interdetto uti possidetis*, in «AUPA», XLIV, 1969, p. 234 ss., e, sulla formulazione ciceroniana relativa alla locuzione cui ricorre l'azione, ID., *La formula «ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione»*, cit., p. 266 ss.; quanto alla terza critica, con tutto il rispetto per Otto Lenel, si è accennato a come in dottrina appaia condivisa, in particolare da Max Kaser, l'esigenza di alleggerire la formula dal diretto riferimento alle varie ipotesi di condanna, che potevano essere considerate più semplicemente implicite nella *condemnatio*; quanto infine alla seconda delle obiezioni recate da Dario Mantovani («soprattutto, 'd.f.p. oportere' nell'*intentio* rende l'azione inequivocabilmente di stretto diritto»), essa risulta di un estremo e davvero troppo rigido formalismo dogmatico poiché riferito a una formula, ripeto, sorta verosimilmente in epoche dov'era ancora da venire il preciso significato tecnico-giuridico di 'oportere', mentre del resto la clausola '*dare facere praestare oportere*' non è certo essenziale alla ricostruzione della formula in termini di giudizio di buona fede, e potrebbe al limite essere sostituita con un '*quidquid ... dare facere oportet*', o se proprio si vuole con un inusuale – data la risalenza della formula – '*quidquid ... dare vel facere vel praestare oportet*', tale da non implicare di per sé un più tardo 'oportere' civilistico (e d'altra parte la stessa risalente formulazione '*quam ob rem ut inter bonos agier oporteat et sine fraudatione*' sembrerebbe di per sé sconsigliare il successivo impiego del tecnicistico e probabilmente più tardo '*dare facere praestare oportere*'). In ogni caso, soprattutto, anche qui Dario Mantovani mostra in effetti di non afferrare il reale problema sotteso a tutto ciò, ossia quello del costruire la formula, anziché come *actio in factum*, secondo la scelta di Otto Lenel, introdotta quindi dal '*si parat*', piuttosto

rimento che anche qui risulta fermare il significato di ‘oportere’, assai lungi dalla sua accezione di «obbligazione giuridica», a un semplice valore di modalità di comportamento e di quantificazione (‘quidquid’) della condanna³⁴.

La locuzione ‘ex fide bona’, dunque, non diviene immediatamente un criterio tecnicistico e quindi standardizzato, ma sorge come parametro equivalente ad altri analoghi, quali il ‘quod melius aequius erit’ e l’‘uti inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione’, mostrando così come, sorta come generico criterio per commisurare la responsabilità del contraente, soltanto in un secondo tempo essa assuma significati definitivamente specialistici e codificati.

In conclusione, in tali formule come nelle azioni *ex fide bona* in generale, da includere nelle cosiddette «protoformule»³⁵ introdotte dal ‘quod’ della *demonstratio*³⁶, il ricorso ad ‘oportere’ (‘oportet’) risulta ancora avvenire secondo il suo

come un usuale *iudicium bonae fidei*, comunque formulato (su tale ricostruzione leneliana si veda altresì in senso critico, sinteticamente, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 308 nt. 2). In effetti anche qui – cfr. *supra*, nt. 28 – lascia perplessi l’‘ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione’, seguito da ‘quanti ea res erit ... condemnato’, in una formula oltretutto impernata sulla contrapposizione tra ‘si paret’ e ‘si non paret’: le azioni riconducibili all’ambito della buona fede, e quindi *incerti*, risultano pianamente impernarsi nel loro complesso in formule col ‘quod’ seguito dalla *demonstratio* ed in cui la *condemnatio* è espressa in riferimento alla clausola iniziante con ‘quidquid’, soluzione com’è noto comune anche ad altre azioni *incerti* che non menzionano la buona fede, mentre le formule *incerti* imperniate sulla doppia condizione ‘si paret ... si non paret’ recano normalmente la clausola ‘quanti ea res erit’ (o ‘fuit’ o ‘interest’ etc.), con la sola eccezione, risulta, della particolare formula dell’*actio legis Aquiliae* (*confessoria*: ‘quantam pecuniam eum qui Stichum servum iniuria occidit ... dare oportet, tantam pecuniam ... condemnato’) e delle sue versioni *adversus infutiantem* e *noxalis*, che, per la presenza di ulteriori specificazioni, ritornano al modulo basato su ‘si paret’ (LENEL, *op. cit.*, p. 198 ss.); anche in questo caso, pur rispettando le ricostruzioni di Otto Lenel specie per quanto riguarda l’età classica, a meno di non voler considerare l’editto in maniera monoliticamente unitaria per tutta l’intera epoca formulare (cfr. ancora *supra*, nt. 28), non sembra arduo sospettare che in tempi più antichi la formula dell’*actio fiduciae* dovesse risultare alquanto diversa, e verosimilmente costruita sul ‘quod’ e la *demonstratio*.

³⁴ Se colpisce come Dario Mantovani (*Le formule*, cit., p. 66 nt. 233) con ‘*intentio*’ si riferisca formalisticamente – in maniera corretta ma un poco semplicistica – alle parole ‘*quam ob rem ut inter bonos agier oporteat et sine fraudatione, quidquid ob eam rem ... dare facere praestare oportere*’, è noto come per non poca parte della dottrina appaia in realtà dubbio, nonostante quanto afferma Gai., *inst.* 4.41, che sia stata veramente considerata tale la clausola ‘*quidquid dare facere oportet*’, che anzi alcuni autori considerano senz’altro una parte della *condemnatio* (cfr., con bibliografia, C. BUZZACCHI, *Demonstratio e protoformule*, in «Studi G. Nicosia», I, Milano, 2007, p. 141 ss. e i particolare p. 148 ss.): si veda ZUCCOTTI, *Sul preteso valore di «condemnatio»*, cit., § 2 e nt. 9.

³⁵ Si veda in particolare M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 66 s. e nt. 9 (cfr. in ogni caso ID., ‘*Processo civile (diritto romano)*’ in «ED.», XXXVI, Milano, 1987, p. 29 s.).

³⁶ Sulle quali si veda recentemente, con una nuova interessante ipotesi ed un’analisi della dottrina in materia, BUZZACCHI, *Demonstratio e protoformule*, cit., p. 141 ss. e in particolare p. 160 ss., dove si giunge a ricollegare tali formule nelle loro origini all’*agere per sponsionem* e alla duplicità delle «commesse» a base di tale procedura, e così a spiegare l’originaria assen-

significato primigenio di «essere conveniente», dato che – oltre all'incongruità di postulare che il significato tecnico di 'oportere' compaia inizialmente in formule, quali quelle dei cosiddetti contratti consensuali, da usarsi in origine *inter peregrinos* – tale verbo non appare qui volto ad indicare in assoluto la sussistenza dell'obbligo ('*si paret oportere ... condemnato*') ma soltanto ad indicare il criterio *lato sensu* soggettivo cui commisurare e quantificare in concreto l'entità di quanto dovuto ('*quidquid*') e la conseguente condanna (non a caso, infatti, simili formule iniziano con una *demonstratio* introdotta da '*quod*' che appare dare per scontata l'esistenza dell'obbligo, tuttavia smentita alla fine della *conceptio verborum* dal '*si non paret absoluito*', e il loro senso per vari versi si incentra quindi sul '*quidquid dare facere oportet*', cui si collega immediatamente il parametro della *bona fides*). Sembra dunque inevitabile collegare il sorgere del significato tecnico-giuridico di 'oportere' nel senso di «obbligazione» (*iure civili*) nell'ambito delle verosimilmente successive formule, in particolare *in ius* e *stricti iuris*, miranti ad un *certum*, nelle quali tale passaggio semantico è più facilmente possibile ed anzi, come si vedrà, molto più agevole in quanto qui tale verbo indica in esse l'unica condizione, necessaria e sufficiente, per procedere alla condanna, ed esprime senza ulteriori specificazioni la sussistenza dell'obbligazione a tal fine necessaria.

5. In effetti, per il passaggio del verbo 'oportere' dal suo significato comune a quello tecnico-giuridico, parrebbe innanzitutto necessario, come si è anticipato, che esso si trovi inserito in una formula processuale, dove tale verbo, pur conservando in origine il suo normale significato di convenienza e di mera opportunità, può iniziare a coniugarsi alla condanna che consegue al suo mancato rispetto e quindi a colorarsi di sempre più decisive sfumature di coerenza e irrefragabilità, sulle quali interverranno poi i *prudentes* per arrivare al suo significato specialistico nel vocabolario del diritto³⁷.

D'altra parte, questa operazione semantica parrebbe avvenire lavorando in primo luogo appunto sulle formule *in ius* relative a un *certum* (in primo luogo la cosiddetta *condictio certae pecuniae*), in quanto in questi casi 'oportere' indica appunto nella maniera più lineare ed incisiva la sussistenza dell'obbligazione e risulta presupposto di per sé idoneo, senza alcun ulteriore specificazione, per procedere alla condanna³⁸: ed analogo discorso può venire fatto per quei

za della clausola di assoluzione – inutile nella contrapposizione delle due *sponsiones* – come un elemento pressoché naturale in tale particolare ambito, ma poi divenuto problematico nel normale processo privato e rimediato attraverso l'aggiunta delle parole '*si non paret absoluito*': cfr. *infra*, § 9 *in fin.* (si veda altresì MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 98 ss. e 101 ss.).

³⁷ Cfr. *supra*, §§ 1-2.

³⁸ Su come nelle formule *stricti iuris* l'«oportere» riassuma nella sua sussistenza tanto la fonte dell'obbligazione così come il fatto che, proprio a ragione del suo attuale perdurare, vi è stato un inadempimento, e quindi sintetizza in sé sia la *causa petendi* che il *petitum*

casi in cui, pur trattandosi di un *incertum*, la struttura formulare rimane analoga, con la semplice aggiunta della clausola ‘*quanti ea res est, tantam pecuniam (condemnato)*’, come avviene in primo luogo nella *condictio certae rei* o *triticaria*, che quindi quale modello di azione converge verosimilmente subito, con quelle ad essa simili, nel tecnicismo dell’*oportere*³⁹: mentre sorte del tutto diversa toccherà l’*actio incerti ex stipulatu*, che forse anche a causa della tardività e della difficoltà del riconoscimento di tale tipo di obbligazione avrà un destino malcerto⁴⁰, venendo costruita secondo moduli analoghi ai *iudicia bonae fidei*, ossia con il ‘*quod*’ e la *demonstratio*, seguita dal ‘*quidquid dare faceret oportet*’ ma privo della menzione della buona fede, e che quindi, con ogni probabilità, non parrebbe dover essere subito sussunta in tale primo nucleo di azioni ricomprese nell’*oportere*’ nel nuovo senso tecnico⁴¹.

Non appare infatti, com’è pressoché ovvio, certo verosimile che, al contrario, tale mutamento semantico avvenga per le azioni di buona fede prima che per quelle *stricti iuris*, sia in quanto queste ultime si prestano, come si è accennato, meglio ed in maniera più immediata a supportare tale nuovo concetto, sia soprattutto perché vi sono elementi sufficientemente sicuri che portano ad escludere che nei *iudicia bonae fidei*, pur nelle loro origini forse più antichi, fosse precedentemente maturato il nuovo senso di ‘*oportere*’: innanzitutto esse risultano essere sorte nelle loro scaturigini dall’editto del *praetor peregrinus*, e quindi riguardano soggetti per i quali sarà per definizione escluso il ricorso a tale verbo, riservato alle obbligazioni di *ius civile*⁴²; inoltre, se quello della *bona fides* era per così equivalente ad altri criteri, quali l’*ut inter bonos bene agier ...*’ dell’*actio fiduciae* ed il ‘*melius aequius*’ dell’*actio rei uxoriae*, ciò significa che l’*oportet ex fide bona*’ non si era ancora assestato come definitivo criterio stabile e tecnicistico, poiché se così fosse stato non sarebbe stato possibile fare ricorso a paradigmi analoghi ma diversi; infine vi è la prova che nell’ultimo secolo della Repubblica la menzione o meno della *bona fides* non mutava sostanzialmente il valore della formula, tanto che com’è noto essa compare in talune versioni dell’*actio incerti ex stipulatu* per poi scomparire da essa – forse solo in seguito, ma ciò non è sicuro, potendo la versione senza riferimento alla buona fede al limite precedere l’altra –, cosa che evidentemente non sarebbe stata configurabile se tale criterio avesse avuto un preciso e ben regolato valore giuridico, ed

dell’azione, si veda ZUCCOTTI, *Sul preteso valore di «condemnatio»*, cit., §§ 5 s.

³⁹) Su tali formule cfr. in breve MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 48 ss. (sull’esteso ambito di applicazione dell’*actio certi* e, in riferimento alla *stipulatio*, dell’*actio incerti* si veda sinteticamente TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 561).

⁴⁰) Cfr. *infra*, § 9.

⁴¹) Cfr. *infra*, nt. 43.

⁴²) Cfr. *supra*, § 4 e nt. 25 (cfr. tra l’altro Talamanca, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 153).

in particolare se l'*oportere ex fide bona*, come si pretende, fosse in ipotesi già stato il cosiddetto fondamento costitutivo dell'obbligazione⁴³.

Tutto ciò sembra rendere non solo plausibile che il parametro della *bona fides* sia semplicemente un criterio per commisurare l'entità dell'obbligazione e quindi la misura dell'*oportere*, ma altresì una ulteriore illazione forse non del

⁴³ Certo, la dottrina più recente tende per lo più, anche senza indulgere qui a troppo vaste e del resto pressoché superflue analisi bibliografiche, a considerare il riferimento formulare alla *bona fides*, piuttosto che come parametro in base al quale commisurare l'obbligazione, in linea di massima come fondamento costitutivo di essa (cfr. F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, I, *Einleitung, Frühzeit und Republik*, München, 1988, p. 442 s., 449, 453 s. e 506 s., e ad esempio L. AMIRANTE, *L'origine dei contratti di buona fede*, in «Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano», Milano, 1988, p. 81 ss.), anche se non può dirsi certo superata in dottrina la tesi che vede più semplicemente in essa la misura dell'*oportere* (cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 313 s., secondo cui i due diversi modi di intendere la clausola di buona fede potrebbero essere coesistiti a lungo). Tuttavia, a meno di essere corollari del già ricordato teorema della pretesa risalenza del significato giuridico di '*oportere*' alla protostoria romana (cfr. *supra*, §§ 1 ss.), si tratta in linea di massima di discorsi che, come si è in parte visto, sono in ogni caso da riferire tutt'al più ad un'epoca successiva, in cui il significato tecnico-giuridico del verbo si è ormai affermato, e non quindi necessariamente al periodo più antico, dove quello della *bona fides* – non a caso come si è detto risultante nelle sue origini più o meno equivalente a formulazioni come '*quod melius aequius erit*' e '*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*' – rimane un parametro ancora per vari versi extragiuridico e volto più che altro a commisurare l'entità dell'obbligazione (cfr. ancora Talamanca, *op. ult. cit.*, p. 314). E si potrebbe altresì notare come in realtà quello della buona fede sia un criterio per vari versi mobile e relativo al rapporto cui si riferisce (cfr., anche se in una prospettiva non del tutto coincidente, C.A. CANNATA, *Bona fides e strutture processuali*, in «Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea», I, Padova, 2003, p. 260 ss.) ed è quindi difficile da configurare come fondamento costitutivo dell'obbligazione (se ad esempio sia il commodatario che il depositario sono entrambi tenuti, nell'*actio in ius*, a comportarsi secondo tale criterio, una diligenza maggiore sarà in concreto richiesta al primo, nel cui interesse viene concluso il contratto di prestito gratuito, mentre un minor grado di meticolosità sarà invece preteso dal secondo, che custodisce senza compenso una *res* a vantaggio altrui: cfr. tr l'altro, in generale, F. PASTORI, *Commodato, contratto, responsabilità*, Milano, 1982, p. 192 ss. e 420 ss.). D'altra parte, è notevole – e forse conclusivo – che, come si è accennato, per quanto riguarda l'epoca tardorepubblicana la formula dell'*actio ex stipulatu incerti* ('*quod A^s A^s de N^o N^o incertum stipulatus est, ... quidquid ob eam rem N^m N^m A^p A^p dare facere oportet, ... condemnato ...*': cfr., in relazione a Gai., *inst.* 4.136, LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 151 ss., e MANTOVANI, *Le formule*, cit. p. 50 s.), risultando non troppo distante nella sua struttura dai *bonae fidei iudicia*, divenga anzi addirittura tale in *Lex Rubr.* cap. 20, *ll.* 26 s. e 36, dove sia fa pianamente riferimento, per il '*dare facere oportet*', al criterio della *bona fides* (cfr. in breve, con ulteriore bibliografia, MANTOVANI, *op. cit.*, p. 50 nt. 109, e M. ROCCA, *I magistrati municipali e l'imperium*, in «Diritto@Storia», VI, 2007, testo e nt 54 ss.): ne consegue, dunque, che in età tardorepubblicana, sembrerebbe che in una stessa formula il rinvio al criterio della *bona fides* potesse nel caso, secondo le varie versioni, esservi o non esservi, il che rende ulteriormente e forse in modo definitivo problematico, ancora in tale epoca, farne un criterio definitivamente codificato e quindi ricogliere senz'altro a tale parametro il preteso fondamento costitutivo dell'obbligazione.

tutto assurda, nonostante la sua contrarietà a pressoché consolidate quanto distratte posizioni dottrinali: ossia che la ricomprensione delle formule con il ‘*quod*’ e la *demonstratio* nell’ambito della nuova nozione tecnico-giuridica di ‘*oportere*’, elaborata probabilmente, come si è detto, in relazione specie alla *condictio certae pecuniae* e alle azioni simili, sia avvenuta non considerando il sintagma ‘*oportet ex fide bona*’, come si è implicitamente usi affermare, ma, quantomeno inizialmente, la sola voce verbale ‘*oportet*’. Benché la questione non possa essere qui approfondita – specie in vista delle non brevi trattazioni moderne di segno implicitamente contrario da considerare in tal caso analiticamente, e del resto anche in quanto non interessa più di tanto il tema di queste note⁴⁴ – appare in effetti verosimile che la traslazione alle obbligazioni di buona fede della nuova accezione specialistica di ‘*oportere*’, elaborata in relazione alle formule relative ad un *certum*, sia avvenuta appunto in ordine ad ‘*oportet*’, ossia appunto in relazione al verbo che costituiva il diretto oggetto dell’operazione semantica operata dai *prudentes*, e non, almeno in un primo tempo, al sintagma relativo all’ ‘*oportet ex fide bona*’, dove tale criterio del resto appariva come si è visto inizialmente non ancora strutturato in maniera definitiva, ma semmai equivalente ad altri consimili parametri di rettitudine, mentre d’altra parte risultava in ogni caso tale da poter appunto comparire o meno in una formula senza che il valore di quest’ultima, come si è accennato, mutasse soverchiamente.

Infatti, per quanto si parli più che sovente di un ‘*oportere ex fide bona*’ e si affermi che in tale ‘*oportere*’ inizialmente non si scorgesse un’obbligazione *iuris civilis* ma che esso fosse invece tutelato dal pretore peregrino e da quello urbano in base al loro *imperium*, per poi venire successivamente omologato all’ ‘*oportere*’ delle azioni *stricti iuris*⁴⁵, questa affermazione contiene in realtà un esiziale problema difficilmente superabile: infatti, se pur si ammette che in realtà i *prudentes* dovevano considerare l’*actio fiduciae* e l’*actio rei uxoriae*, in cui pur non compariva un esplicito richiamo a tale criterio, nei termini di *iudicium bonae fidei*⁴⁶, per cui tali azioni – contenendo altresì la prima, nella versione leneliana, un ‘*oportere*’ all’infinito – in ipotesi potrebbero aver fatto in effetti da collegamento costruttivo tra le formule *stricti iuris* e quelle *ex fide bona*, tuttavia si finisce col dimenticare che, oltre alle azioni di stretto diritto, non vi erano le sole formule di buona fede, ma altresì altre azioni *incerti* con una formula caratterizzata da ‘*oportet*’ privo di rinvii a tale criterio, quale in primo luogo l’*actio incerti ex stipulatu*, ma anche come l’*actio familiae erciscundae*, l’*actio communi dividundo*, o le formule dell’*actio legis Aquiliae*, che in tale ricostruzione

⁴⁴ Si veda in generale MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 111 ss.

⁴⁵ Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 580 s.

⁴⁶ Cfr. ancora TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 313 s.

non vengono prese per nulla in considerazione⁴⁷.

Poiché il nucleo processuale originario su cui viene elaborato il concetto di 'oportere' è, come comunemente ammesso, quello delle azioni *stricti iuris*, cui al massimo si aggiunge la *triticaria* e a tutto concedere forse le azioni simili basate su un 'quanti ea res erit' (non molte azioni da atto lecito e l'*actio furti*)⁴⁸, ne deriva che o si suppone che l'estensione dell' 'oportere' venne inizialmente compiuta solo per quanto riguarda, in una prima tappa, le azioni costruite su un 'quidquid oportet' non connesso a tale criterio e poi, soltanto in seguito, venne allargato ai giudizi di buona fede (magari, si potrebbe in estrema ipotesi congetturare, prima a quelli riservati ai *cives* e solo in seguito a quelli aperti ai *peregrini*), oppure viceversa si postula che la nozione di 'oportere', sorta in origine in relazione alle azioni *stricti iuris* (nel caso allargate alla *triticaria* e può darsi alle altre azioni fondate sul 'quanti ea res erit' e contenenti un 'oportere' all'infinito verbale), venne in seguito dilatata a tutte le fattispecie la cui formula conteneva la dizione 'oportet', indipendentemente dal fatto che esse si fondassero o meno sul criterio della *bona fides*⁴⁹. In effetti, per converso, non risulta in nessun modo credibile che, dalle azioni *stricti iuris*, tale nozione di 'oportere' sia stata estesa prima alle formule *ex fide bona* e soltanto in seguito dilatata alle altre azioni costruite su un 'quidquid oportet' non connesso a tale criterio.

E questa seconda ipotesi sembra senz'altro quella in ultima analisi ovviamente più credibile e verosimile, anche in quanto tra i due gruppi facevano per così dire da «ponte» le ipotesi dell'*actio fiduciae* e dell'*actio rei uxoriae*, che erano prive di un rinvio al paradigma della buona fede pur venendo parificate alle azioni di tale tipo, e una volta individuato nelle formule *stricti iuris* il nucleo primigenio di azioni su cui venne costruita la nuova nozione di 'oportere', non appare esservi alcuna ipotetica ragione per discriminare tra le altre ulteriori formule – fondate su un 'oportere', su un 'oportet' puro e semplice o su un 'oportet' *ex fide bona* che fossero – agli effetti della generalizzazione di tale nuovo significato. In particolare, avrebbe avuto poco senso ricomprendere nella nuova nozione di 'oportere' prima di tutto formule che, a ben vedere, a parte l'*actio incerti ex stipulatu*, erano assai meno prossime (come le azioni divisorie o quelle da danno aquiliano) al nucleo primigenio costituito dalle azioni *stricti iuris* e al paradigma in primo luogo contrattuale su cui era stata costruita la nozione di 'oportere', rispetto ad azioni che erano in ogni caso soprattutto fondate anch'esse perlopiù su rapporti sinallag-

⁴⁷ Cfr. *supra*, nt. 43, e *infra*, nt. 49.

⁴⁸ Cfr. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 49 ss.

⁴⁹ Oltre a quelle dei *bonae fidei iudicia* (cfr. nota seguente) esse in linea di massima sono l'*actio incerti ex stipulatu*, l'*actio incerti ex testamento*, l'*actio familiae erciscundae*, l'*actio communi dividundo* e le varie formule dell'*actio furti* e dell'*actio legis Aquiliae* (cfr. MANTOVANI, *Le formule*, cit. p. 48 ss.)

matici, quali quelle costituite dai *bonae fidei iudicia*⁵⁰. Infine, non avrebbe del pari avuto molto senso, sembrerebbe, che una volta enucleato in relazione a determinate formule il concetto tecnico di 'oportere', non lo si estendesse a tutte le altre azioni contenenti, oltre il verbo nel modo infinito, la forma 'oportet', preferendo poco congruamente arrivare a tale risultato attraverso tappe non si sa bene a quale struttura argomentativa esattamente legate: ed in effetti ciò meglio risponde, sembrerebbe, alle logiche in astratto seguite dai *prudentes*, che una volta enucleato un concetto tecnico di 'oportere' non potevano che agire di conseguenza fondandosi su tale nuova accezione del lemma nel vocabolario del diritto per estenderla conseguentemente a tutti i casi in generale ove compariva, oltre all'uscita 'oportere', una voce diversa di tale verbo, quale appunto 'oportet'.

Ma questa, in ogni caso, risulta un'altra e diversa indagine, estranea al tema primario di queste note, volte semplicemente a rintracciare le principali fasi che condussero dall' 'oportere' nel suo significato comune all'accezione tecnico-giuridica di tale verbo, e solo per l'inevitabilità di questo problema nell'affrontare tale tema si è voluto qui trattarne brevemente.

II. Dall'obbligo sociale alla obbligazione giuridica

6. Venendo all'altro argomento di queste notazioni sulla storia delle obbligazioni romane, si è accennato come appaia difficilmente motivabile il rifiuto, altresì come congettura ricostruttiva, che in tale ambito, oltre ai rapporti giuridici veri e propri tutelati normalmente in via contenziosa, vi potessero essere ulteriori accordi negoziali, non riconosciuti dal diritto in senso stretto e tuttavia di fatto tali da ricevere una sufficiente protezione sul piano del controllo sociale e quindi spontaneamente rispettati dalle parti. E per quanto simili affermazioni possano sembrare nuove e strane alle consolidate abitudini romanistiche, non appare affatto difficile provare la effettiva plausibilità di tale assunto.

E' ormai quasi un secolo che Marcel Mauss⁵¹, con il suo *Saggio sul dono*, mostrava come anche in società estremamente semplici – come quelle in particolare polinesiane, dove l'economia è più che elementare ed il diritto pressoché inesistente, limitandosi a scarse consuetudini sociali e religiose – egualmente è

⁵⁰) Com'è noto (cfr. Mantovani, *op. cit.*, p. 51 ss.) esse sono le azioni da deposito, comodatò, compravendita, locazione, società, mandato, gestione d'affari, tutela, nonché da *aestimatum*, oltre alle (parificate) *actio rei uxoriae* ed *actio fiduciae*.

⁵¹) In «Année sociologique», s. 2^a, 1923-1924, I, ora in M. MAUSS, *Sociologie et anthropologie*, Paris, 1950, trad. it. – *Teoria generale della magia e altri saggi* –, Torino, 1965, p. 153 ss. (cfr. tra l'altro K.-P. KÖPPING, *Dono*, in «Vom Menschen. Handbuch Historische Anthropologie» – cur. C. Wulf –, Weinheim-Basel, 1997, trad. it. – «Cosmo, corpo, cultura. Enciclopedia antropologica» –, Milano, 2002, p. 837ss.).

ben delineata una nozione *lato sensu* cogente, sia pur non ancora su piani propriamente giuridici, di «obbligo», che nello specifico si concretizza negli obblighi di donare, di ricevere e di contraccambiare, dimostrando in tal modo che tale nozione esisteva già, ed era sentita come doverosa e imprescindibile, anche in culture per così dire ancora ad un «grado zero» della cosiddetta civilizzazione ed in particolare del sorgere di una vera e propria norma giuridica⁵².

Se dunque il concetto di «obbligo» risulta già presente in società che una volta si dicevano «primitive» – oggi il «politicamente corretto» preferisce chiamarle «tradizionali», aggettivo che implica così tante ed eterogenee connotazioni da non volere in pratica dire di per sé nulla –, anche ad esempio negli studi sul mondo greco è stata superata la fase in cui, guardando alle fasi più arcaiche di tale civiltà, si preferiva parlare di «prediritto», secondo la nota definizione di Louis Gernet⁵³, ancora improntata nei suoi referenti di massima ad una visione del giuridico di tipo centralistico ed hegeliano che vedeva la norma di condotta in senso proprio soltanto come posta da un ordinamento costituito dallo Stato e dunque tendenzialmente coercibile: e questo altresì grazie, in particolare, alla nuova prospettiva di ordine «istituzionale» inaugurata com'è noto da Santi Romano, che appunto tende a rivalutare sotto il profilo dell'effettività qualsiasi insieme normativo vigente anche solo a livello sociale⁵⁴. Per quanto riguarda la storia del diritto in Grecia, così, da più di quarant'anni è ormai normale parlare di «diritto omerico», pur trattandosi di una civiltà ancora priva di norme propriamente giuridiche dotate di una

⁵² Cfr. MAUSS, *Teoria*, cit., p. 217 ss.

⁵³ L. GERNET, *Droit et prédroit en Grèce ancienne*, in «L'Année Sociologique», s. 3^a, II, 1948-1949 (1951), p. 21 ss., poi in *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, 1968, p. 175 ss., e in *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris, 1982, p. 7 ss.: il *prédroit* sarebbe «un état où les relations que nous nommons juridiques seraient conçues suivant un autre mode de pensée que dans le droit proprement dit», mentre il secondo polo, il *droit*, sarebbe appunto «une technique autonome» che presuppone necessariamente le istituzioni organizzate proprie di «un *minimum* d'État» (L. GERNET, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955, p. 2): tra questi due poli lo studioso immagina il trapasso verso una «fonction autonome» dotata di una «unité irrécusable», ossia verso una «fonction psychologique» che è anche un «système de représentations, d'habitudes de pensée et de croyances» (GERNET, *Anthropologie de la Grèce antique*, cit., p. 176 s.): in particolare, come Louis Gernet scriveva in *Introduction à l'étude du droit grec ancien*, in «AHDO.-RIDA.», II, 1938, p. 276 (lavoro in cui tali idee emergono forse per la prima volta), i riti in tale contesto sarebbero assurti a «droit en puissance», vale a dire ad un «prédroit» che si contrapponeva a un diritto inteso come «fonction des sociétés au milieu desquelles on l'observe», mentre la contrapposizione tra prediritto e diritto si concretizzava in quanto volta allo studio della funzione giuridica come «fonction sociale» e come «fonction psychologique» (GERNET, *Anthropologie de la Grèce antique*, cit., p. 177). Cfr. per tutti C. PELLOSO, *Coscienza nomica e scienza giuridica: un confronto tra il modello 'autoritativo' ateniese e il modello 'anarchico' romano*, in «Atene e oltre. Saggi sul diritto dei Greci», Napoli, 2016, p. 18 ss.

⁵⁴ Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, p. 35 ss.

vera e propria sanzione sul piano umano⁵⁵, ed in particolare si afferma che «nei poemi omerici ... sono già immanenti le idee di ‘debito’ e di ‘credito’, di ‘promessa obbligatoria’, di ‘garanzia’»⁵⁶, benché ovviamente si tratti di nozioni ancora prive di qualsiasi dimensione coercitiva e in certo modo non ancora giuridiche in senso proprio o in ogni caso «positivo».

Del resto, nell’ambito greco⁵⁷, le stesse fonti ci parlano – oltre che della estrema risalenza di obblighi sociali di donazione specie in riferimento ai vincoli di amicizia (φιλία) e di *hospitium* (ξενία)⁵⁸ – di rapporti *lato sensu* negoziali non ancora sussunti nel quadro del diritto e sprovvisti di qualsivoglia specifica sanzione umana, come ad esempio avviene a proposito di un deposito di cui parla Erodoto (*hist.* 6.86.α2-δ), in cui appunto il protagonista vuole liberarsi di ogni obbligo di restituzione giurando, secondo il generale uso ellenico, di non dovere nulla, ma è per questo punito dalla Pizia cui si rivolge per un consiglio: contesto nel quale il rapporto negoziale – benché attestato da contromarche o σύμβολα (progenitori delle moderne taglie e tacche di contrassegno), che però rimangono solo «segni» (σημεῖα) e non «prove» del contratto – era sì riconosciuto a livello sociale ma di per sé non riceveva alcuna specifica tutela da parte del diritto umano, ottenendo semmai solo una protezione indiretta, tramite il giuramento, da parte dell’ordinamento religioso⁵⁹ (e del resto, se in Grecia la tutela giurisdizionale sembra essere stata poi assicurata ai rapporti negoziali obliquamente – sotto la prospettiva dell’indebito arricchimento di una parte ai danni dell’altra in caso appunto di suo inadempimento –

⁵⁵) E. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano, 1979, in particolare p. 61 ss.

⁵⁶) A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, nuova ed. in «Rivista di Diritto Ellenico», V, 2015, p. 117.

⁵⁷) Una sorta di normale doppio regime dei rapporti contrattuali viene ad esempio esplicitamente teorizzato da Platone nell’VIII libro delle *Leggi* (probabilmente sulla base di effettivi precedenti, nonostante carattere ideale dell’opera): in 849e egli infatti, dopo aver parlato di scambi di merci in cui nessuno può vendere all’altro a credito (negozi riconosciuti dall’ordinamento e giuridicamente tutelati), aggiunge poi: «chi cede la sua merce sulla fiducia, sia che riceva il dovuto, sia che no, si metta pure il cuore in pace, poiché su questi tipi di transazione non c’è alcuna garanzia di legge» (F. Pringsheim *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950, p. 126 ss.).

⁵⁸) A. MAFFI, *Rilevanza delle ‘regole di scambio’ omeriche per la storia e la metodologia del diritto*, in «Symposion 1974. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte», Köln-Wien, 1979, p. 33 ss.

⁵⁹) Cfr. in breve F. ZUCCOTTI, «*Symbolon*» e «*stipulatio*», in «Testimonium Amicitiae», Milano, 1992, p. 335 s. e 393 ss., e *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico. Elementi per uno studio comparatistico*, Milano, 2000, p. 11 ss. (si veda E.A. HAVELOCK, *The Greek Concept of Justice from Its Shadow in Homer to Its Substance in Plato*, Cambridge [Mass.], 1978, trad. it. – *Dike. La nascita della coscienza* –, Roma-Bari, 1983, p. 370 ss.).

attraverso un'azione di danneggiamento, la δίκη βλάβη⁶⁰, mostrando così fino in fondo la preesistenza del contratto alla sua successiva tutela giuridica, ecco che d'altra parte lasciano perplessi i tentativi della dottrina meno recente di sostenere ad esempio che nella Grecia arcaica sarebbe stato dapprima riconosciuto valore sul piano del diritto ai contratti soltanto se conclusi in presenza di testimoni, quale elemento costitutivo, così da postulare altresì una sorta di *nomos* introduttivo di tale requisito, quando appare alquanto più verosimile che la conclusione del contratto davanti a testimoni sia stata semplicemente una prudenza della prassi con cui le parti si assicuravano di poter poi provare davanti ai tribunali le pretese derivanti dall'accordo, e quindi una norma di formazione spontanea e consuetudinaria sorta in ambito per così dire sociale ed inizialmente priva di ogni vera e propria dimensione giuridica⁶¹).

7. Per quanto riguarda il diritto romano, invece, leggendo molti manuali istituzionali e non solo, si ha quasi l'impressione che si sia convinti che prima dell'intervento autoritativo dello Stato, che rende l'obbligo giuridicamente coercibile, dovesse esservi una situazione di confusa licenza anarcoide se non truffaldina: così, scorrendo la letteratura specie manualistica in materia, si sarebbe facilmente portati a credere distrattamente che, prima che il pretore «inventasse» le *actiones adiecticiae qualitatis*, i romani mandassero tranquillamente i loro figli e i loro schiavi a comprare a credito in quanto si trattava di mere obbligazioni naturali e quindi essi non erano poi costretti a pagare il debito⁶²: o che prima che il magistrato, magari tale Paconio⁶³, introducesse l'*actio in fac-*

⁶⁰ In relazione alla tesi di H.J. WOLFF, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*, in «ZSS», LXXIV, 1957, p. 26 ss., si veda in breve BISCARDI, *Diritto greco antico*, cit., p. 114 ss.

⁶¹ Circa le tesi di PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, cit., p. 13 ss. e 26 ss., cfr. ancora BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 112 ss.

⁶² Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 95 e 476, che tende implicitamente a distinguere il piano giuridico da quello della realtà quotidiana. Invece ad esempio TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 85 s., affermando che «l'utilizzazione degli schiavi – e dei *filiifamilias* – come strumento per le attività economiche del *paterfamilias* dipendeva fra l'altro dalla disponibilità dei terzi ad accettare di entrare in rapporto con questi sottoposti», sembra non considerare altri piani che quello strettamente giuridico.

⁶³ Su Paconio, quale magistrato che avrebbe introdotto l'*actio in factum commodati*, si veda F. PASTORI, *Il comodato in diritto romano*, Milano, 1995, ma cito dal già ricordato *Comodato, contratto, responsabilità* del 1982, p. 66 ss. (cfr. P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano, 1983, p. 74 ss): ma tale congettura (che muove da D. 13.6.1.pr., Ulp. 28 ad ed.), rimane non del tutto dimostrata ed anzi probabilmente indimostrabile fino in fondo, come osservava C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano* (1997), in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, p. 318 nt. 25, che poi però, trascinato da una strana *vis* polemica, va troppo oltre, e giunge a ironizzare sullo stesso titolo del libro di Franco Pastori («Il comodato [sic] nel diritto romano»), benché ovviamente entrambe le dizioni («comodato» e «commodato», oltretutto più eufonica) siano perfettamente corrette in ita-

tum commodati, i *cives* potessero senza problema arricchirsi, nell'assenza di qualsiasi norma di diritto che ne sancisse la restituzione, facendo proprie (a parte il rimedio di fatto piuttosto remoto di una eventuale *reivindicatio*)⁶⁴ le cose che venissero loro date in prestito⁶⁵. Si ha più o meno la sensazione, leggendo tali trattazioni, di un atteggiamento pressoché fideistico verso il pretore romano, e sulla sua preclara capacità di giungere a mettere ordine dove prima regnavano il caos e le tenebre, persino dimenticando il fondamentale contributo in tal senso della scienza giurisprudenziale che vi sta dietro: quasi che in precedenza, senza una norma propriamente di diritto che disciplinasse compiutamente in una prospettiva giuridica e dunque sanzionatoria una determinata fattispecie, non potesse esservi appunto che il nulla⁶⁶.

Anche se è noto, tra l'altro, che prima che Augusto desse tutela giuridica attraverso una *cognitio extra ordinem* ai fedecommessi, questi erano comunque normalmente rispettati, e che solo il cosiddetto rilassamento dei costumi tardo-repubblicani dette a luogo ad abusi che portarono a una loro protezione coercitiva, si tende se non ad ignorare a dare in ogni caso scarsa rilevanza a tale dimensione di controllo sociale, e così anche all'opera *lato sensu* giuridica dei censori, che nell'ambito della loro attività provvedevano a far rispettare, nel caso, doveri di questo tipo⁶⁷, e si è normalmente portati a dimenticare come ad esempio i *patresfamilias* riservassero spontaneamente, ma anche perché astretti da tale capillare forma di controllo, ai *filiifamilias* interessati le doti delle mogli

liano. Sugli aspetti per così dire sociali del rapporto di comodato si veda G. FALCONE, *La definizione di obligatio, tra diritto e morale*, Torino, 2017, p. 131 ss. e 143 ss (cfr., sui contratti in generale, p. 125 ss.).

⁶⁴ Si veda ZANNINI, *Spunti critici*, cit., p. 159 ss.

⁶⁵ Si veda PASTORI, *Comodato, contratto, responsabilità*, cit., p. 81 ss., secondo cui appunto il comodato «per lungo tempo fu negozio meramente sociale e solo in epoca relativamente recente venne attratto nell'orbita del diritto», esaminando quindi le fonti letterarie, in particolare di Plauto e Catone, che mostrano come esso fu a lungo privo di ogni tutela giuridica.

⁶⁶ Vengono qui giocoforza in mente i versi scherzosi di quelle che io chiamavo – ma l'autore non era d'accordo – le «istituzioni gaie» di Aldo Cenderelli: «il pretore ma che dritto / mette tutto nell'editto»; e non si tratta solo di una battuta, ma di una forma d'ironia che appare cogliere sotto più aspetti una realtà in cui, ad esempio, quasi in una sorta di attesa messianica del risolutivo intervento magistratuale, si legge ad esempio nel manuale dello stesso Vincenzo Arangio-Ruiz (*Istituzioni*, cit., p. 556) una frase rivelatrice quale «Ma il pretore offre aiuto anche a questi» (meno male che c'era lui!), a proposito dei creditori ereditari e del loro interesse a una pronta accettazione dell'eredità, quasi che i *prudentes* non avessero in ciò alcun ruolo.

⁶⁷ Cfr. in breve F. ZUCCOTTI, *Il «custos» nel diritto romano arcaico. Considerazioni sistematiche e prospettive di ricerca circa la situazione degli incapaci ed il sistema successorio nella normazione decemvirale*, in «RDR», IX, 2009, p. 28 s. (*estr.*). Sui fedecommessi cfr., sinteticamente, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 573 ss.

cadute sotto la potestà del padre, facendone oggetto di legati *per praeceptionem*⁶⁸, o che le diseredazioni ingiustificate – benché rese agevoli da requisiti solo formali quale la clausola ‘*exheres esto*’ – dovettero a lungo essere un fenomeno pressoché trascurabile, finché ancora una volta, nel tralignare delle abitudini e dei comportamenti specie nelle classi agiate durante la tarda repubblica, si dovette anche qui giungere a fornire un rimedio infine giuridico – nel caso, la *querela inofficiosi testamenti* – contro tali abusi⁶⁹. Si tende a dimenticare, cioè, che prima che l’ordinamento giuridico intervenisse a regolamentare questi ed altri settori del diritto, la tutela per così dire spontanea offerta dalla morale e dal controllo sociale aveva funzionato per secoli senza problemi, e che solo il suo diventare alla fine ormai insufficiente aveva provocato l’intervento statale⁷⁰.

Anche senza dover richiamare la nota distinzione tra civiltà di colpa e civiltà – come quelle greca e romana – di vergogna, ormai piuttosto criticata benché il suo nucleo essenziale giocoforza resista tuttora⁷¹, sembra di poter egualmente osservare che il venir meno ai propri doveri morali e sociali significasse nell’antichità romana come greca altresì perdere la cosiddetta faccia e squalificarsi socialmente, e che quindi è da ritenere che il soggetto il più delle volte spontaneamente si adeguasse a tali regole di comportamento, anche in quanto la dimensione sociale della vita in tali civiltà, a differenza di oggi⁷², non

⁶⁸) La normalità di tale uso portò anzi alla regola giurisprudenziale per cui anche nel silenzio del testamento si procedesse come se la dote fosse stata prelegata: cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 455

⁶⁹) Cfr. ancora in breve ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 545 ss. («Fra la gravità di queste conseguenze» – ossia la rottura del testamento – «la facilità con la quale si possono evitare è una sproporzione, che può essere spiegata solamente supponendo nei testatori il costume di non abusare della diseredazione, e nell’opinione pubblica un assiduo controllo dell’opera loro. Le diseredazioni capricciose dovettero essere rare e screditate ...»). Sul nesso tra testamento e *officium pietatis* si veda tra l’altro G. RIZZELLI, *La potestas paterna fra leges, mores e natura*, in «Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana», Lecce, 2019, p. 96 ss. Sui fedecommessi si veda anche, nella prospettiva che qui interessa, FALCONE, *La definizione di obligatio*, cit., p. 8 ss.

⁷⁰) Cfr. in breve «Dizionario di antropologia. Etnologia, antropologia culturale, antropologia sociale» (cur. U. Fabietti, F. Remotti), Bologna, 1997, sv. ‘controllo sociale’, p. 198. In riferimento alla società omerica e sul progressivo passaggio dall’autodisciplina spontanea alla norma coercitiva si veda CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero*, cit., p. 294 ss. e 300 ss., e per il mondo romano R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell’esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, p. 67 ss.

⁷¹) Si veda per tutti E.R. DODDS, *The Greeks and the Irrational*, Berkeley - Los Angeles, 1951, trad. it. – *I Greci e l’irrazionale*² –, Milano, 2005, p. 71 ss. (cfr. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero*, cit., p. 293 ss.).

⁷²) Oggi, avendo sufficienti beni di fortuna per pagare le varie forniture, può tranquillamente chiudersi in casa e non vedere nessuno (si pensi al caso limite, in Giappone, dei cosiddetti «hikikomori», che praticamente passano la vita chiusi nella propria stanza), ma il mondo antico era invece necessariamente fondato su una comunità – ed una solidarietà – di

era una libera scelta ma, specie in origine, una imprescindibile necessità di sopravvivenza, tanto che la messa al bando dalla comunità – *atimia*, sacertà o «Friedlosigkeit», e poi anche esilio o *aqua et igni interdictio* – era appunto irrogata e sentita come pena tra le peggiori⁷³. E analoghi discorsi di volontario adeguamento alla regole sociali sono quindi estensibili – ciò che più qui interessa – altresì agli obblighi esistenti tra soggetti, ed in particolare a quelli volontariamente assunti nei confronti di un'altra persona⁷⁴. Anche qui, per partire da più lontano, si ha come l'idea, scorrendo alcune trattazioni in materia, che i Romani tenessero fede alla parola data in quanto onoravano come dea *Fides*, e non, viceversa, che onorassero tale divinità perché naturalmente portati a rispettare le proprie promesse⁷⁵: mentre del resto, soprattutto, tale atteggiamento non era certo limitato, nelle sue ragioni, a convinzioni di ordine religioso e morale, ma trovava le sue cause altresì in un ben più immediato senso egoisticamente utilitaristico, poiché intuitivamente chi si fosse creato la fama di persona usa a non rispettare la propria parola avrebbe subito incontrato difficoltà a trovare chi si fidasse della sua promessa, o già anche chi fosse disposto con lui a concludere una transazione ad effetti immediati, dato che anche qui l'esecuzione del rapporto *lato sensu* contrattuale, consistesse altresì in uno scambio a contanti, poteva in ogni caso avere riflessi nel futuro, e non era il caso di fidarsi di simili individui⁷⁶: e anche nei rapporti con mercanti stranieri, se taluno avesse ad esempio chiesto a un commerciante di procurargli una determinata merce e di portargliela nel prossimo viaggio, qualora non l'avesse poi acquistata senza ragione, avrebbe verosimilmente perso la possibilità di avere in futuro forniture non solo da lui, ma altresì da tutti gli altri mercanti che frequentavano quel porto e gli altri vicini, mentre anche presso i concittadini romani la sua affida-

vita di cui era impossibile fare a meno, almeno in origine altresì per la propria stessa sopravvivenza, e che conduceva necessariamente a rispettare le norme di convivenza in base alle quali un soggetto era accettato e benvenuto nella *civitas* (né sembra qui il caso di scomodare le varie teorie – antropologiche, sociologiche e filosofiche – sul cosiddetto istinto sociale dell'uomo: cfr. in breve, sotto il primo aspetto, «Dizionario di antropologia», cit., sv. 'socializzazione', p. 688 s.).

⁷³) Cfr. in breve ZUCCOTTI, *Ancora sulla configurazione originaria della sacertà*, cit., in particolare p. 335 ss. e nt. 90 e p. 358 ss. e nt. 138.

⁷⁴) Cfr. tra l'altro C. CASCIONE, *Vir malus*, in «Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica», Bari, 2013, p. 91 ss.

⁷⁵) Sul culto della dea *Fides*, il valore religioso della *manus* e i loro significati (si veda da ultimo, con vasti riferimenti alla dottrina precedente, M. MILANI, *La mano destra in Roma antica*, in «Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche», Pisa, 2017, p. 25 ss. e in particolare 49 ss. e *passim*) cfr. in breve, nella prospettiva che qui interessa, ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., p. 77 ss. e in particolare p. 81 nt. 1.

⁷⁶) Sui nessi tra rispetto dei doveri sociali, onore e conseguente credito si veda MAUSS, *Teoria generale della magia*, cit., p. 206 ss. (cfr. FALCONE, *La definizione di obligatio*, cit., p. 44 ss.).

bilità sarebbe stata infine com'è ovvio compromessa⁷⁷.

Tale controllo sociale del rispetto della parola data, e questa autodisciplina dei consociati a spontaneamente non venirvi meno, poteva però funzionare nel tempo fintantoché il comportamento di una persona fosse effettivamente verificabile da parte della comunità, cosa che poteva avvenire fino a quando le dimensioni di questa non fossero eccessive⁷⁸ (Platone diceva che la città ideale è quella dove tutti gli abitanti si conoscono almeno di vista)⁷⁹: una volta che essa fosse divenuta troppo estesa e popolata – come in effetti dovette avvenire nella Roma specie tardorepubblicana – tale forma di controllo quotidiano non poteva che venir meno, e la vastità della *civitas* doveva favorire chi quasi nascondendosi in essa teneva comportamenti poco corretti che, banalizzando, i vicini magari conoscevano, ma non gli abitanti di altre zone della città o gli appartenenti ad altre cerchie sociali (si tratta del resto di un fenomeno per vari versi tipico del mondo antico, ma per alcuni aspetti conosciuto anche al mondo attuale, dove pur il diritto e la conseguente regolamentazione giuridica copre perimetri ben più vasti se non pressoché totalizzanti: si pensi ad esempio come sino a pochi decenni or sono, nella relativa limitatezza delle persone che andavano ad esempio in montagna, si poteva lasciare il loro comportamento affidato ad una regolamentazione che contava più che altro sull'educazione individuale e sul controllo sociale, ancora sufficienti a limitare i danni che queste persone potevano nel caso provocare: ma quando, con il crescere della possibilità economica di viaggiare e con la facilità di disporre di tempo libero e mezzi per farlo, i fuoristrada hanno ad esempio cominciato a percorrere troppo sovente i sentieri di montagna e frotte di gitanti a fare incetta di funghi e ad esempio di stelle alpine, com'è ovvio si è dovuto ricorrere a una regolamentazione giuridica e a divieti di transito e a proibizioni o a permessi e massimali nella raccolta)⁸⁰.

Il cosiddetto controllo sociale, sovente identificato con norme *lato sensu* religiose o morali, risulta dunque precorrere la regolamentazione giuridica, e al contempo, costituendone il precedente e il presupposto, la condiziona più o

⁷⁷ Cfr. tra l'altro *infra*, § 11 e nt. 121 ss.

⁷⁸ Cfr. ORESTANO, *op. cit.*, p. 68 («... l'estrema ristrettezza del territorio della Roma primitiva, l'esiguità numerica della sua popolazione, il piccolo volume del 'commercio giuridico' e la limitatezza dell'attività economica dovevano rendere estremamente efficace l'immediato controllo sociale da parte di tutti i consociati e richiedere solo eccezionalmente l'intervento dell'ordinamento generale»).

⁷⁹ Non ritrovo l'esatto luogo platonico della citazione: ma si vedano, per analoghe osservazioni circa la reciproca conoscenza degli abitanti della città ideale, ad esempio *rep.* 5.11 (63) 462 c e 5.17 (66) 471 d.

⁸⁰ Trattandosi di disposizioni di livello regionale o locale, non è qui il caso dare indicazioni normative in materia.

meno direttamente nelle sue estrinsecazioni, cosicché sovente il diritto interviene, come si è in parte mostrato, quando la più spontanea e autonoma disciplina comunitaria comincia a divenire insufficiente. La regola sociale, cui in linea di massima ci si conforma volontariamente senza che sia necessaria la coercibilità della norma di diritto, e che prevede al massimo per chi la viola conseguenze negative sul piano comunitario, tende anzi ormai a essere considerata nel suo insieme, alla luce della cosiddetta visione istituzionale dell'ordinamento giuridico, nei termini appunto di un vero e proprio sistema normativo comunitario, e quindi appunto giuridico, quando dotata di sufficiente effettività⁸¹, per cui sembra in effetti assurdo e controproducente che lo studioso di diritto, e in particolare il romanista, non ne tenga affatto, o comunque non sufficientemente, conto⁸².

8. Recate tali fin troppo banali premesse, giustificate dallo scarso interesse per tali aspetti che sembra caratterizzare la nostra disciplina, ci si può finalmente volgere al tema che qui interessa, ossia alla prima evoluzione dell' *'oportere'* specie alla luce della fase, per alcuni aspetti forse essenziale, del sorgere dei contratti consensuali, che in tale processo storico, caratterizzante il verbo in questione dal suo significato comune a quello tecnico-giuridico, dovettero verosimilmente costituire una tappa fondamentale anche se per più versi non ancora decisiva e definitiva, segnando il primo inserimento di tale verbo nelle *formulae* processuali, ossia la condizione preliminare per consentire in seguito ai *prudentes* di intervenire sul suo significato elaborandone la nuova accezione tecnico-giuridica.

E' noto, in linea di massima, come il *praetor peregrinus* risulti aver regolato i rapporti sottoposti alla sua giurisdizione, e segnatamente quelli che storicamente saranno poi i cosiddetti contratti consensuali⁸³, guardando soprattutto

⁸¹ Cfr. Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 106 ss e 144 ss. (si veda ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., p. 13 ss.).

⁸² Si noti tra l'altro come, in particolare, già il ricordato criterio *'uti inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione'* dell'*actio fiduciae* (cfr. *supra*, § 4 e nt. 27 e 33) discenda nella maniera più diretta da paradigmi nelle loro origini morali e sociali prima che giuridici quali quello del *'vir bonus'* (si veda par tutti G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana. Con un'Appendice su 'optimus', 'probus', 'fortis'*, in «Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica», cit., p. 39 ss. (sul nesso tra *agere per sponsonem* e *probitas* dei contendenti cfr. *infra*, nt. 95).

⁸³ G. BROGGINI, *Index arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, p.124 s., parla a proposito della clausola *'ex fide bona'* di giudizi introdotti nell'editto in base all'*imperium* del magistrato, ma preesistenti in seno alla comunità cittadina ed aventi in qualche modo già natura di *ius*. Si veda soprattutto A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, cit., p. 116 s.: «io sono d'avviso ... che il concetto di *bona fides* abbia servito ad unificare un'ampia serie di rapporti sconosciuti al più arcaico *ius civile*, ed in quanto tali non procedibili mediante *legis actiones*, dato che tali rapporti – i quali costituirebbero, per così dire, come una seconda stratificazione di rapporti civilistici, o in altri termini come la seconda fase geologica nella storia dei rapporti giuridici dell'antico

alle consuetudini negoziali diffuse nel commercio internazionale, ossia ai contratti conclusi appunto da persone tra loro straniere⁸⁴. Non interessano qui le modalità con cui egli raggiunse tale risultato, muovendo dal consenso comunque espresso e riducendo i requisiti della transazione agli elementi fondamentali, fermandosi cioè ad un minimo comun denominatore che potesse riflettere nell'essenziale le consuetudini di pressoché tutte le nazionalità⁸⁵, quanto

ius civile – prima di raggiungere la soglia della piena giuridicità, avrebbero avuto come involucro protettivo solamente il concetto etico-religioso della *fides*», ritenendo che prima di divenire *iudicia bonae fidei*, ossia formule *in ius*, essi siano a lungo stati, verosimilmente sino alla *lex Aebutia*, degli *arbitria honoraria* (cfr. *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 116 ss.). Sugli *arbitria* si veda altresì VARVARO, *Studi*, cit., p. 86 ss.

⁸⁴ Se si guarda nelle trattazioni dottrinali in ordine all'origine dei contratti consensuali, ed in particolare a quelle della *emptio-venditio* e della *locatio conductio*, si osserva per un verso la piena ammissione dell'origine «policentrica» di tali negozi, e quindi si ammette in generale la decisiva influenza nella loro conformazione dei commerci internazionali tenuti presenti dal *praetor peregrinus*, ma quando si passa ad esaminare in maniera più analitica la loro prima costruzione e gli elementi che vi influirono si torna inevitabilmente alla considerazione dei soli aspetti del diritto romano che risultano ipoteticamente rilevanti in tale processo, per quanto essi non riescano certo a spiegare soddisfacentemente il conformarsi di tali contratti in termini consensuali e meramente obbligatori (per gli analoghi problemi circa la *societas* cfr. *infra*, nt. 114): si ha quasi l'impressione del tentativo di intuire la figura raffigurata in un *puzzle* pur avendo di esso poche tessere e scarsamente significative. Sulle origini del contratto di compravendita si vedano in ogni caso M. TALAMANCA, 'Vendita (diritto romano)', in «ED.», XLVI, Milano, 1993, p. 303 ss., e V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, rist. Napoli, 1987, p. 4 ss., nonché per la locazione A. MASI, 'Locazione (storia)', in «ED.», XXIV, Milano, 1974, p. 907 ss. e in particolare p. 911 s.

⁸⁵ Si nota un certo lato stupore, nelle trattazioni in materia, sul presentarsi della compravendita romana come contratto meramente obbligatorio, pur di fronte alla maggiore affidabilità del cd. principio della surrogazione, per cui la cosa diventa del compratore soltanto quando egli ha corrisposto il prezzo della cosa, nonché di fronte al positivo precedente del diritto greco che seguiva appunto tale principio (cfr. in breve BISCARDI, *Diritto greco antico*, cit., p. 119 ss.), tanto che sovente si invoca come correttivo a tale sorta di difetto il rimedio della *sponsio (stipulatio) pretii* (si vedano TALAMANCA, 'Vendita', p. 305 s., nonché ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 17 s. e 43 ss.); a ben vedere, tuttavia, il problema non sembra correttamente impostato, poiché anche la *locatio-conductio* è meramente obbligatoria nel mondo romano mentre nel contesto greco (ove peraltro la *μισθωσις* si presenta, come «messa a mercede», nelle stesse tre forme – *rei*, *operis* e *operarum* – che assumerà nel diritto romano) era invece anch'essa un contratto in cui l'esigibilità della controprestazione (di regola, ma non sempre, la remunerazione) era appunto subordinata al compimento della prestazione (cfr. in breve ancora BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 121 s.): impostazione *lato sensu* reale dei contratti che verosimilmente doveva rifarsi a quella iniziale forma di tutela imperniata sull'indebito arricchimento e sulla conseguente concessione dell'azione di danno nel caso una parte, ricevuta la prestazione, non procedesse alla controprestazione (cfr. *supra*, § 6 e nt. 60). A parte il fatto che non si conoscono sufficientemente le consuetudini degli altri popoli del Mediterraneo e le loro posizioni circa tale alternativa tra obbligatorietà e lata realtà del negozio, la scelta del *praetor peregrinus* di costruire tali contratti come obbligatori non sembrerebbe quindi principalmente dovuta alle difficoltà tecniche di costruire il contratto consensuale in altro modo (e subordinare una prestazione alla preventiva esecuzione dell'altra non

semmai la circostanza, riferita tratteggiatamente dalla dottrina ma quasi mai approfondita sino in fondo, per cui il punto di partenza del magistrato – e della retrostante giurisprudenza – furono appunto le figure di accordo che erano diffuse nel Mediterraneo antico: ma se tali forme *lato sensu* contrattuali erano già in epoca precedente conosciute altresì nel mondo romano, quantomeno nei commerci con gli stranieri, sembrano inevitabilmente derivarne due fondamentali conseguenze (a meno che si vogliano seguire indimostrate teorie, in linea con l'esigenza ottocentesca di cercare in ogni fenomeno giuridico una fonte autoritativa, come quella che postulava che lo *ius gentium* si fondasse su trattati internazionali del V o IV secolo, o al massimo degli inizi del III, dei quali peraltro non vi è traccia se non in una pressoché irrilevante parte, specie se si vuole far risalire ad essi una regolamentazione così capillare da coinvolgere in modo tendenzialmente complessivo ogni popolo del Mediterraneo e tutte le materie disciplinate)⁸⁶.

In primo luogo, se il *praetor peregrinus* si ispirò, nel disciplinare i contratti poi detti consensuali, alle forme di commercio già esistenti presso i vari popoli e conosciute – quantomeno, ma verosimilmente non solo – ai mercanti romani, ne deriva in maniera inevitabile che, se tali accordi non erano a Ro-

sarebbe stato certo del tutto agevole, specie per quanto riguarda l'epoca più antica, nell'ambito della formula), né al probabile fatto che le transazioni forse già da tempo diffuse sul piano del controllo sociale, come qui si sostiene, dovevano essersi sin da prima e da tempo verosimilmente strutturate su un modello obbligatorio, quanto piuttosto connessa soprattutto alla circostanza che quest'ultimo paradigma costituiva appunto, nei rapporti tra commercianti di nazionalità diverse, per così dire il minimo comun denominatore, ossia una sorta di requisito di base che poteva adattarsi ad ogni diversa consuetudine, dato che il mero accordo su *res* e *pretium*, o su cosa o lavoro e mercede, permetteva di avere un consenso essenziale valevole per tutti, mentre poi le parti potevano confidare sulle loro particolari discipline per differenziare gli effetti del contratto (ad esempio, i tribunali greci, e in particolare ateniesi, dovevano tener fermo il principio dell'acquisto della proprietà della cosa solo una volta corrisposto il prezzo – cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 1975, p. 147 – mentre i romani potevano a loro volta completare l'accordo con le clausole loro abituali). La dimensione meramente obbligatoria del contratto consensuale, specie di compravendita, non doveva quindi che costituire la forma minima standardizzata del negozio, liberamente completabile con altre previsioni, ed a tale scopo la struttura appunto obbligatoria era certo la più idonea. Si veda in generale MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 65 ss.

⁸⁶ P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain (Histoire externe. Droit maritime)*, Paris, 1929, p. 18 ss., che peraltro, in tale sua opera pubblicata postuma da Henri Lévy-Bruhl, parla poi reiteratamente di «droit coutumier international», quasi vedendo in tali antichi trattati solo un modello cui in seguito si sarebbe ispirato il costume (cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit., p. 146 nt. 2). Sulla natura eminentemente consuetudinaria del diritto commerciale greco si veda in particolare U.E. PAOLI, *L'autonomia del diritto commerciale nella Grecia classica* (1935), in *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano, 1976, p. 461 ss. ed in particolare p. 469. Sui più antichi trattati in particolare romani, specie con i cartaginesi, si veda MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 67 ss., 72 ss., 76 ss. e 82 ss.

ma ancora tutelati da tale magistrato, e quindi non trovavano tutela alcuna nel diritto, essi dovevano appunto giocoforza rinvenire una protezione in ulteriori ambiti dotati di una pur relativa forza cogente, quale doveva essere appunto – ed una volta escluso il piano del diritto non vi è altra alternativa – quello del cosiddetto controllo sociale (in questo caso visto nella prospettiva soprattutto internazionale della comunità mercantile)⁸⁷. D'altra parte, da ciò risulta conseguire anche che se tale sorta di embrionale accordo negoziale, ad esempio di compravendita, era conosciuta più o meno *ab antiquo* ai romani, che l'avrebbero impiegata nei loro rapporti con i commercianti stranieri, non si vede in effetti perché, trattandosi di uno strumento in ipotesi nuovo ma relativamente soddisfacente, essi – ammesso in ipotesi che non lo conoscessero già da tempi più risalenti, come probabile – non dovessero applicarlo altresì alle transazioni tra di loro, recependolo quanto prima nei costumi e nelle consuetudini loro propri, come tipo di accordo vigente su di un piano ancora una volta di ordine quantomeno sociale⁸⁸.

In effetti, quando si ipotizza ad esempio che la compravendita consensuale derivi da una duplice stipulazione in cui erano trasfusi gli impegni delle parti a scambiare la cosa con un prezzo, si fa riferimento a un fenomeno certo storicamente indubitabile⁸⁹, ma che, anche per quanto riguarda l'epoca antecedente all'intervento del *praetor peregrinus*, concreterebbe in ogni caso una soluzione prettamente romana che non sembra aver molto a che fare con consuetudini internazionali, verosimilmente *ab antiquo* fondate sul mero accordo, e che per di più scinde in buona parte arbitrariamente la compravendita dagli altri contratti poi detti consensuali per quanto riguarda il problema

⁸⁷ Sullo 'status dies cum hoste' (xii Tab. II.2) e la soluzione di *lites e iurgia* tra Romani e stranieri si veda in ogni caso MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 90 ss.

⁸⁸ Per una verosimile tutela della compravendita nell'ambito delle *legis actione* si veda cautamente C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di vendita in Roma*, in *Opere*, III, Milano, 1929, p.76 ss. (sulle testimonianze di Plauto cfr. p. 57 ss.).

⁸⁹ Sulle due *obligationes verbis contractae* in cui si sussumevano le obbligazioni del venditore e del compratore (cfr. FERRINI, *op. cit.*, p. 72 ss.) e le forme negoziali connesse si vedano in particolare i vari luoghi di Catone e Varrone (cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Lebeone*, in «Contractus et pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana», Napoli, 1990, cit., p. 51 ss. e 62 ss., e MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 106 s.): ma si tratterebbe, nonostante le teorie che le vorrebbero proiettare in età più antica, di soluzioni che sembrerebbero presupporre già diffuso il contratto consensuale di *emptio-venditio* (cfr. TALAMANCA, 'Vendita', cit., p. 306 s., e in generale, sulle origini di tale contratto, p. 303 ss.). Sulla *sponsio pretii* cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 39 ss.: per un panorama delle varie teorie avanzate in dottrina in ordine alla interazione tra *stipulatio* e contratto consensuale di compravendita si veda altresì M. CARBONE, *L'emersione dell'emptio-venditio e il «lege agere» di Catone*, Milano, 2017, p. 29 ss. (cfr. L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in «La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano», I, Padova, 2007, specie p. 147 ss.).

delle loro origini⁹⁰. In realtà, non è inutile ripeterlo, è verosimile che il magistrato non abbia fatto altro che riconoscere, dando loro una nuova tutela giurisdizionale ormai divenuta imprescindibile, tali accordi informali, mentre in epoca precedente, ossia finché aveva retto il sistema del controllo sociale, simili transazioni non avevano avuto altra protezione se non quella spontanea sorveglianza comunitaria della correttezza e del mantenimento della parola data che, nell'ambito della *civitas* nonché altresì fuori di essa, nella comunità mercantile, distingueva le persone affidabili, e con cui quindi era possibile concludere tranquillamente una transazione negoziale, da coloro che invece non erano considerabili tali⁹¹.

9. Tale forma di controllo cosiddetto sociale si colora poi di più decise sfumature procedurali e assai prossime all'ambito istituzionale dell'ordinamento giuridico se si pone mente al fatto che, anche nei rapporti normalmente tutelati dal diritto, dovesse essere usuale che prima di tutto si dovesse tentare di evitare la controversia giurisdizionale – il cui numero, si ritiene, doveva essere piuttosto conte-

⁹⁰ Sulle origini compravendita e degli altri contratti consensuali (si veda con vasta bibliografia, in una prospettiva marcatamente storica, MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 93 ss., 98 ss. e 101 ss.), studiate dalla dottrina soprattutto in relazione all'*emptio-venditio* – cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 54 ss.4 –, si rinvia, per le teorie più recenti, a CARBONE, *L'emersione*, cit., p. 11 ss., 23 ss. e 41 ss. (cfr. in particolare MAROTTA, *op. cit.*, p. 63 s.). Un cenno merita invece l'illazione ricostruttiva di C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, p. 393 ss., che muove da un passo di Volusio Meciano in cui si ricorda che una volta il *victoriatus* (moneta d'argento in origine senza un valore monetario predeterminato) era valutata una *merx*, ossia veniva considerata in base al suo peso in argento, così come avveniva per la *pecunia peregrina* (*assis distr.* 13 [45]: ‘... *victoriatus enim nunc tantundem valet, quantum quinarius, olim, ut peregrinus nummus loco mercis, ut nunc tetradrachmum et drachma, habebatur*’): secondo l'autore napoletano, quindi, se la moneta straniera non era considerata *pretium*, non si può sostenere che la compravendita consensuale abbia avuto origine nei mercati internazionali, ma essa avrebbe invece avuto un'origine «strettamente romano-italica». Il ragionamento, invero semplicistico, si rivela tuttavia fallace: a parte il fatto che Meciano non precisa né quando il *peregrinus nummus* sarebbe stato una *merx* e non un *pretium*, né se si riferisce a tutte le monete straniere o solo ad alcune, e anche non considerando che sarebbe invero strano che il *praetor peregrinus* provvedesse a disciplinare attraverso la propria tutela processuale un contratto, come vorrebbe l'autore, da cui erano esclusi appunto i *peregrini*, anche qualora fosse vero – come suol dirsi, ammesso e non concesso – che tutte le monete non romane fossero sempre state prive di corso legale a Roma, neppure in tale estremo caso il discorso reggerebbe, poiché sarebbe bastato che per commerciare normalmente a Roma il mercante straniero, arrivandovi, si recasse semplicemente da un cambiavalute e convertisse il proprio denaro in moneta romana, come in effetti era normale (cfr. J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain. Le métier de manieurs d'argent*, Roma, 1987, p. 506 ss.). Si veda tra l'altro MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 69 e nt 41.

⁹¹ Cfr. *supra*, nt. 82, ed *infra*, nt. 95.

nuto nel mondo romano⁹² – altresì mediante arbitrati informali consistenti soprattutto nell'incontro tra i due *potentiores* (magistrati, senatori, *locupletes* e così via) cui rispettivamente i due litiganti facevano capo, secondo un tentativo di risoluzione della disputa che – nelle transazioni altresì commerciali tutelate solo su un piano sociale, per cui dunque era escluso la possibilità di sfociare eventualmente in una vera e propria controversia giudiziale davanti al magistrato e al giudice – doveva in ogni caso costituire un metodo di appianamento delle contese il più delle volte sufficiente a riportare la pace tra i contendenti⁹³.

Ma credo che in questa ipotesi ricostruttiva, per quanto congetturale, si possa fare un ulteriore passo, tale da ricomprendere per vari versi le transazioni tutelate su un piano meramente sociale in ambiti più propriamente giuridici. Infatti è noto come nella media repubblica, di fronte alla farraginosità delle *leges actiones*, e segnatamente di quella *sacramenti in rem*, sorse un nuovo più agile strumento per la soluzione delle liti, il cosiddetto (*lege*) *agere per sponsionem*, consistente in una scommessa pecuniaria (secondo i casi di una somma reale – *sponsio poenalis* – o più spesso – *sponsio praeiudicialis* – pressoché solo simbolica e strumentale) sulla quale si imperniava la lite, nelle forme della *sacramenti in personam* e quindi della *iudicis postulatio* e della *legis actio per conditionem*, e più tardi nelle modalità del processo *per formulas*, in cui entrambi i contendenti si impegnavano a pagare, appunto tramite *sponsio*, una penale all'avversario nel caso in cui risultasse che erano in torto⁹⁴: gli ambiti di applicazione maggiormente attestati e forse più diffusi sono quelli com'è noto delle liti in materia di diritti reali e specialmente in materia di eredità (di fronte al tribunale centumvirale, dove sopravvisse altresì in età classica), ma si sa che tale forma processuale trovava comunque applicazione anche nei rapporti obbligatori⁹⁵. Nonostante ciò non sia stato forse rilevato sotto tale aspetto, a quanto mi risulta, attraverso la doppia *sponsio* doveva poter essere sottoposto al giudice non solo un rapporto già tutelato dallo *ius civile*, che le parti sostituivano, anche se *in rem*, con una controversia *in personam* più snella e per così dire meno formalistica, ma altresì rapporti non ancora tutelati dal diritto quiritario, come ad esempio – è stato sostenuto – il fare accertare obbligazioni consistenti in un *incertum* derivante anche da *stipulatio*, altrimenti non tutelabile attraverso

⁹² Cfr. – anche in riferimento agli articoli di Raimondo SANTORO e di Carlo Augusto CANNATA, entrambi dal titolo «*Omnia iudicia absolutoria esse*», in «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico», cit., rispettivamente p. 259 ss. e 667 ss. – F. ZUCCOTTI, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», in «RDR.», III, 2003, p. 469 ss.

⁹³ ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, specie p. 493 ss.

⁹⁴ Cfr. in breve E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1988, p. 247 s.

⁹⁵ Si veda in breve G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le legis actiones*, Roma, 1962, p. 357 ss. Sul nesso tra *agere per sponsionem* e criterio della *probitas* dei contendenti cfr. F.M. SILLA, *Genera actionum. Itinerari gaiani*, Lecce, 2012, p. 104 ss.

una *legis actio*⁹⁶ (e del resto la duttilità di tale sistema di risoluzione delle liti lo fece com'è noto adottare nella procedura interdittale)⁹⁷. Non è dunque congettura certo del tutto assurda il postulare che, prima di essere riconosciute dal *praetor peregrinus*, le transazioni poi ricomprese nei contratti consensuali (nonché altre, probabilmente)⁹⁸, nel loro stadio in cui erano ancora meri *pacta* non tutelati dall'ordinamento, ma in certo modo protetti dal cosiddetto controllo sociale, potessero trovare una relativa tutela, almeno da una certa epoca, nell'*agere per sponsionem*⁹⁹, dove il meccanismo consistente nella scommessa, in base alla quale chi avesse avuto torto avrebbe dovuto pagare una penale, doveva verosimilmente consentire di trovare una certa protezione giurisdizionale anche a rapporti estranei al diritto: ed in effetti tale soluzione si inquadra perfettamente nella più lata prospettiva in cui sin qui si è tentato di collocare gli accordi *lato sensu* negoziali che appunto non ricevevano ancora specifica tutela da parte dell'ordinamento¹⁰⁰.

⁹⁶) Si veda in tal senso G. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, III. *Genesi del procedimento formulare*, Bologna, 1950, p. 59, e *Spunti critici in tema di 'actio in rem per sponsionem'*, in «Studi E. Albertario», I, Milano, 1953, p. 190. Su altre ipotesi in cui la dottrina ha ipotizzato si ricorresse all'*agere per sponsionem* cfr. F. BOZZA, *Actio in rem per sponsionem*, in «Studi P. Bonfante», II, Milano, 1930, p. 592 ss., e G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla «cognitio extra ordinem»*, Milano, 1960, p. 139 ss. (sul problema dei *quattuor genera sponsionum* si veda da ultimo altresì SILLA, *Genera actionum*, cit., in particolare p. 85 ss.).

⁹⁷) Oltre a SILLA, *op. cit.*, p. 93 ss., si veda A. BISCARDI, *La tutela interdittale ed il relativo processo. Corso di lezioni 1955-1956* (1956), in «RDR.», II, 2002, p. 13ss. (cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 347 ss.).

⁹⁸) Su alcuni casi di probabile ricorso a tale procedura si veda F. ZUCCOTTI, *Di alcune verosimili ipotesi di «agere per sponsionem» in Alfeno Varo*, di prossima pubblicazione in «Legal Roots», IX, 2020.

⁹⁹) Si veda in particolare MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 99 e nt. 192.

¹⁰⁰) Sulla possibile influenza della *conceptio verborum* della *sponsio praeiudicialis* dell'*agere per sponsionem* sull'intentio di alcune formule *in ius conceptae*, si veda in particolare TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, cit., p. 66 nt. 9, che spiega il fenomeno in base ad una analogia della struttura verbale che potrebbe essersi prodotta spontaneamente in base alla somiglianza delle situazioni processuali considerate (cfr. ID., *Processo civile*, cit., p. 45 s.). Si tenga del resto presente – anche in relazione altresì alla tesi secondo cui, in origine, il pretore avrebbe tutelato i *pacta* non solo in via di eccezione ma altresì attraverso azioni (cfr. *infra*, nt. 103) – che Cicerone (*Rosc. Com.* 4.10-13: «... *iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae*»: cfr. *off.* 3.17.70) chiama «*arbitria*» – distinguendoli quindi dai *iudicia* – gli schemi processuali previsti per i cd. contratti consensuali (cfr. tra l'altro Cic., *top.* 17.65-66: «... *in omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agere oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent ...*»), al pari degli *arbitria ex compromisso* (sulle origini della differenziazione tra *iudex* e *arbitrator* cfr. tra l'altro MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 86 ss.): distinguendo d'altra parte quelli ispirati al criterio della *bona fides* da quelli fondati sul criterio del «*quantum aequius et melius sit dari*» (cfr. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino, 1992, p. 56 e nt. 84, e G. ZARRO, *Aperti dell'autonomia negoziale dei*

E vi è di più: come si è accennato, infatti, secondo una recente e convincente tesi ricostruttiva le cosiddette «protoformule» introdotte dalla *demonstratio* ('quod')¹⁰¹ si spiegherebbero nella strana struttura grammaticale (per cui si comincia per dare come indubitata la circostanza dedotta nella *demonstratio* per ammettere poi con il 'si non paret absoluto' un'eventualità contraria che pareva invece esclusa) in quanto si tratterebbe di *conceptiones verborum* sorte appunto nell'ambito dell'*agere per sponsionem*, dove la reciprocità delle promesse dell'attore (*quod hominem emi, x dare [dari] spondes si quidquid dare facere oportet ex fide bona?*) e del convenuto (... *x dare spondes si hominem a me non emisti ...*, o *tibi non vendidi ...*, o ancora, ammettendo entrambe le parti la compravendita, com'è più probabile, ma essendo in disaccordo sulle conseguenze, *x dare spondes si nihil dare facere non oportet ex fide bona?*), faceva appunto sì che non fosse necessaria né la *condemnatio* né, soprattutto, la clausola finale 'si non paret absoluto'¹⁰². Si tratterebbe quindi di formulazioni già diffuse nell'*agere per sponsionem*, e poi fatte proprie dall'ordinamento attraverso il progressivo lavoro forse già del *praetor peregrinus*, ossia del magistrato che appunto giunse a tutelare rapporti prima protetti solo su un piano di controllo sociale o al massimo, nell'ipotesi qui

Romani. Dalla *fides* ai *nova negotia*, Napoli, 2015, p. 9 ss.): così da avvicinare quindi in certo modo ai *compromissa*, rapportabili ai rapporti negoziali non riconosciuti dal diritto ma verosimilmente tutelati attraverso l'*agere per sponsionem*, la nuova protezione in via di normale azione riconosciuta ai contratti consensuali introdotti dal *praetor peregrinus*. Sul rapporto tra *arbitria* e *iudicia* si veda in particolare VARVARO, *Studi*, cit., p. 95 ss. e 105 ss.

¹⁰¹) Cfr. *supra*, § 4.

¹⁰²) Sulla ipotesi di Chiara Buzzacchi cfr. *supra*, nt. 36. Non si dimentica qui, certo, che Otto Lenel (*Das Edictum*, cit., p. 143 e 177) ricostruisce la formula dell'*agere per sponsionem* nella redazione *in rem* con la *conceptio verborum* 'si hereditas ... meam est, sestertios XXV nummos dare spondes?', mentre, in ordine alla versione *in personam* (cfr. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 37), si ricorre del pari alle parole 'si paret sestertios XXV nummos oportere ... sestertios XXV nummos condemnato; s.n.p.a.': ma si tratta di moduli dedotti in particolare da Gaio (*inst.* 4.93), tenendo addirittura presente, per la chiusa della formula, la trattazione gaiana – *inst.* 4.50 e 86 – relativa all'*actio certae creditae pecuniae*. Si tratta quindi, ancora una volta, di reinterpretazioni di età classica della formula, come evidenziato dal ricorso al *sestertius* (cfr. *supra*, nt. 15), del tutto corrette per quanto riguarda la ricostruzione dell'editto nel periodo imperiale, che era ciò che importava a Gaio (cfr. *supra*, nt. 28), ma che non dicono pressoché nulla in ordine all'età più antica (e del resto non aggiungono molto nel senso della formula *in personam* ricostruita in tali termini, e in particolare sul modulo 'si paret' / 'si non paret', le ulteriori fonti segnalate da Mantovani, *op. cit.* p. 37 e nt. 3 ss.: Cic., *Rosc. com.* 10-11, *Tab. Heracl.* 44-45 – «FIRA.»², I, cit., n.13, p. 144 –, e *Tab. Pomp.* 34 [p. 2 ll. 1 ss. e p. 3 ll. 1 ss.], ed. L. Bove, p. 95 ss.): e tenendo presente la notevole risaleza dell'*agere per sponsionem*, e come d'altra parte le formule con il 'quod' si rivelino già in età tardorepubblicana dei relitti storici per vari versi estranee agli stilemi edittali, tanto da dover essere adattate con la scarsamente congrua aggiunta di un 'si non paret absoluto', e come infine tali *conceptiones verborum* dovettero essere quelle cui ricorse, sulla base di schemi preesistenti, il *praetor peregrinus*, non sembra neppure troppo azzardato ritenere che appunto in tali formule vadano altresì ritrovati i precedenti paradigmi processuali dell'*agere per sponsionem*.

percorsa, nell'ambito dell'*agere per sponsionem*: e quindi in seguito trasformate in formule dotate di *condemnatio*. Questo permette quindi di dare una relativa compiutezza, nella corrispondenza tra tali due elementi, all'idea che tali transazioni, destinate a divenire definitivamente giuridiche attraverso tale magistrato, sarebbero state prima tutelate in ogni caso, anche se ancora estranee all'ambito del diritto, mediante questa particolare procedura, del ricorso alla quale rimarrebbe appunto traccia nel peculiare atteggiarsi della *formula*.

10. A livello di verisimiglianza, quindi, non sembra esservi ragione per non postulare che le transazioni poi tutelate dal *praetor peregrinus* abbiano potuto nascere e svilupparsi, benché in origine prive di una tutela giurisdizionale, su piano del controllo sociale e del disdoro che conseguiva al loro mancato rispetto, sia in vista dello spontaneo attenersi alla parola data che parrebbe caratterizzare in particolare i Romani, sia anche per un più egoistico calcolo per cui non sarebbe convenuto per nulla al *civis* farsi la fama di persona che non teneva fede alle proprie promesse, mentre l'*agere per sponsionem* sarebbe poi giunto a dare una prima forma di tutela giuridica a tali transazioni. E del resto non è che con il riconoscimento magistratuale dei cosiddetti contratti consensuali il problema delle convenzioni diffuse in un ambito sociale ma non riconosciute sul piano giuridico sia stato definitivamente risolto una volta per tutte, dato che al contrario rimasero ancora prive di tutela giurisdizionale, com'è noto, in particolare quelle convenzioni, verosimilmente assai numerose, che verranno chiamate *pacta*, e per le quali anzi intervenne lo stesso pretore urbano tutelando le quantomeno in via di eccezione¹⁰³. Leggendo le trattazioni in materia, istituzionali e specifiche, si ha anche qui l'impressione che chi si accontentasse di un nudo patto, senza provvedere a tutelarlo su un piano giuridico nel caso mediante una *stipulatio*, dovesse essere più o meno uno sprovveduto che, se la controparte non avesse rispettato quanto divisato, non poteva far altro che rivolgersi invano al pretore o chiedere indarno aiuto a un giurista, che gli avrebbero risposto appunto che ahimè *nuda pactio obligationem non parit* e che *ex nudo pacto ... actio non nascitur*¹⁰⁴. Ma in realtà, se il problema dei *pacta* si protrasse per secoli, fino a trovare una peraltro per vari versi incompleta soluzione nella tutela poi concessa ai cosiddetti contratti in-

¹⁰³) In ordine all'ipotesi, talvolta prospettata in dottrina, secondo cui in origine il pretore avrebbe tutelato i *pacta* non solo in via di eccezione ma altresì con azioni *ad hoc*, si veda in particolare GALLO, *Synallagma e conventio*, I, cit., p. 56 ss. (cfr. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti*, cit., p. 81 ss., e MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 123 s. e nt. 315).

¹⁰⁴) D. 2.14.7.4 (Ulp. 4 *ad ed.*) e *Paul. Sent.* 2.14.1; sui *pacta* in generale F. STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, in «Contractus e pactum», cit., p. 149 ss.

nominati¹⁰⁵, sembra in effetti difficile credere che per tanto tempo i Romani persistessero a concludere transazioni di tale tipo quando, secondo l'ipotesi qui avversata, doveva essere ormai chiaro a tutti, e da tempo, che simili accordi potevano agevolmente non venire rispettati in quanto non avrebbero trovato protezione alcuna da parte del diritto ed il loro mancato rispetto non poteva dunque trovare alcuna soluzione coercitiva: se al contrario negozi di tale genere continuarono a essere tranquillamente concretati, è giocoforza pensare che i Romani se ne fidassero, e che dunque nella normalità delle ipotesi essi dovessero venire in linea di massima per lo più rispettati in quanto considerati in una dimensione di lata ma pregnante doverosità sul piano sociale.

Sembrirebbe quindi di poter concludere – pur nelle ulteriori ricerche di cui queste improvvisate notazioni hanno inevitabilmente bisogno – che nel mondo romano, di fronte al principio di tassatività dei contratti riconosciuti dall'ordinamento, vi fosse altresì un sistema parallelo di transazioni non tutelate dal diritto ma obbligate sul piano sociale, e quindi dotate di una certa forza cogente che, pur nelle ovvie mancanze che dovevano in pratica caratterizzarle nella loro non coercibilità, le rendeva normalmente usufruibili da parte dei consociati, secondo un sistema di accordi spontaneamente rispettati, come si è visto, protrattosi molto a lungo nella storia. E del resto, se si pensa al relativamente lento e progressivo riconoscimento di nuove forme contrattuali da parte dell'ordinamento giuridico e a come al tempo della legislazione duodecimtabulare i contratti fossero soltanto due, essenzialmente la *sponsio* ed il mutuo¹⁰⁶, nonché a come il riconoscimento da parte del diritto di una nuova figura, attraverso il lavoro giurisprudenziale, poggiasse in ogni caso, se non una precedente esistenza di quel negozio, quantomeno una esigenza già concreta in tal senso, anche sotto tale aspetto risulta pressoché inevitabile postulare che la sanzione giuridica presupponesse una già più o meno formata elaborazione economico-sociale di quella soluzione poi fatta propria dal diritto.

Del resto, una riprova in tal senso appare venire tra l'altro fornita, nel-

¹⁰⁵) Sui cd. contratti innominati – oltre a P. DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia, 1916, p. 313 ss. – si vedano in particolare, in «Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana», Padova, 2006, i saggi di M. TALAMANCA (*Contratto e patto nel diritto romano*, p. 58 ss.), A. BURDESE (*Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, p. 131 ss.), C.A. CANNATA (*Contratto e causa nel diritto romano*, p. 189 ss.), e R. SANTORO (*La causa delle convenzioni atipiche*, p. 223 ss.); cfr. altresì L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007, in particolare p. 78 ss., nonché ZARRO, *Aspetti dell'autonomia negoziale*, cit., p. 69 ss., 115 ss. e 147 ss.

¹⁰⁶) Cfr. TALAMANCA, *Contratto e patto*, cit., p. 41 s. Ma si tenga presente che le XII Tavole (VIII.18.a) prevedevano il cd. *fenus unciarium*, cioè probabilmente un interesse del cento per cento annuo, il che fa verosimilmente pensare che il mutuo di norma considerato non fosse quello di denaro ma di sementi (si veda in breve ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 304 nt. 1).

l'età più risalente, dall'effetto traslativo della *mancipatio*, che doveva essere necessariamente preceduta da precisi accordi sullo scambio di cosa contro prezzo che essa performava sul piano giuridico (ed anzi, sotto determinati aspetti, lo stesso contratto di *emptio-venditio* parrebbe aver costituito nella mentalità romana quello che oggi chiameremmo un contratto preliminare)¹⁰⁷: poiché evidentemente non si convocavano i cinque testimoni e il *libripens* se non si era sicuri di concludere tale negozio traslativo, né ci si recava nel foro (e forse, in origine, addirittura altresì sul fondo) con la *res* nel caso da cedere e con l'*aes rude* o il contante da dare in cambio, è inevitabile postulare che la *mancipatio* fosse sempre preceduta non solo da trattative, ma da precisi accordi in tal senso, che oggi diremmo forse in certo modo «precontrattuali», accordi che se pur non assurgevano a impegni coercibili sul piano del diritto dovevano normalmente essere rispettati e trovare la loro sanzione sul piano del controllo sociale (e proprio essi del resto potrebbero verosimilmente aver costituito i remoti progenitori della *emptio-venditio*)¹⁰⁸. Ed analogo discorso vale ovviamente anche per la *in iure cessio* (sembra evidente anche qui che non si andasse a disturbare il pretore se non si era perfettamente d'accordo sui termini del negozio) nonché per la *traditio*, se si postula che per immediata prudenza quest'ultima dovesse con ogni probabilità venire di norma conclusa – secondo un uso alla fine istituzionalizzato, almeno per gli immobili, da Costantino – davanti a testimoni¹⁰⁹.

Non sembra quindi soverchiamente azzardato ritenere che da sempre, nel mondo romano, di fronte alla contenuta sfera dei contratti riconosciuti dall'ordinamento (che poi non furono mai troppi, a parte la «valvola di sfogo» costituita dalla *stipulatio* non causale)¹¹⁰, vi fosse un troppo sovente ignorato mondo

¹⁰⁷) Tanto che sembra che un'eventuale *mancipatio* che segua all'*emptio-venditio*, piuttosto che dare esecuzione al contratto, risulti in linea di massima sostituirsi ad esso: cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 340 e nt. 2.

¹⁰⁸) Tra le più recenti teorie in ordine al sorgere dell'*emptio-venditio* si impernia sulle strutture traslative della *mancipatio* (oltre che ai trattati internazionali di età protorepubblicana: cfr. *supra*, nt 86) l'ipotesi di A. CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la mancipatio*, in «Jura», LXIV, 2016, p. 12 ss., che si basa altresì sulle tesi di S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011, p. 206 ss., richiamantesi alla *pactio* in tema di *membrum ruptum* (*xii tab.* VIII.2) e alla possibilità di agire con la *legis actio per pignoris capionem* per ottenere il *pretium* dell'animale sacrificale. Anche C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in «Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica», II, Milano, 1991, p. 423 ss., opina che la compravendita consensuale sarebbe stata un portato dell'evoluzione del *gestum per aes et libram* e – ovviamente – della cosiddetta riflessione giurisprudenziale in ordine ad essa.

¹⁰⁹) Cfr. F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra «res mancipi» e «res nec mancipi»* (1958), in «RDR», IV, 2004, p. 95 nt. 373 (*estr.*), e ID., *La pretesa pubblicità dei trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico*, in «SDHL», XXIII, 1957, p. 250 ss. e 261 ss.

¹¹⁰) Si legge talvolta che, nella cd. età commerciale, i contratti romani sarebbero au-

di transazioni estranee al diritto ufficiale, ma assai diffuse e rispettate su un piano sociale ed anzi tali da influenzare le soluzioni negoziali poi fatte proprie dall'ambito giuridico, come avvenne infatti per quanto riguarda i contratti consensuali e poi, ad esempio, i contratti cosiddetti innominati.

11. Gli esempi che si possono addurre a riprova di tale tesi ricostruttiva non sono pochi né sembrano scarsamente probanti¹¹¹. Si è parlato della compravendita, ma anche per quanto riguarda la *locatio-condictio* e la *societas* sembrerebbe pressoché impossibile che, nei secoli che precedettero la creazione del *praetor peregrinus*, ai Romani non sia mai venuto in mente di affittare una cosa mobile o immobile contro un canone¹¹² o di far lavare i propri indumenti da un *fullo* (mestiere oltretutto già attestato in Plauto)¹¹³ o ancora di unire lavoro e (o) capitali per intraprendere una qualsiasi impresa¹¹⁴: per quanto riguarda

mentati in maniera più che notevole (volutamente evito qui riferimenti bibliografici): ma si deve ricordare che i contratti romani rimasero anche in età classica una dozzina, oltre i quattro *recepta*, cui si aggiungono, a parte pochi altri, quelli di garanzia e quelli particolari come la *dotis dictio* e la *promissio iurata liberti*.

¹¹¹) Per quanto conclusi nel loro numero dal principio di tassatività (si veda per tutti V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» e il dogma del «numero chiuso»*, Napoli, 1992, p. 1 ss. e *passim*), anche per quanto riguarda i diritti reali su cosa altrui l'iniziativa dei privati, e quindi il loro carattere cosiddetto sociale, ha avuto sovente notevole importanza nell'introdurre nuove figure ed imporle così ad una dimensione propriamente giuridica: si pensi, innanzitutto, alla valenza solo contrattuale e *inter partes* assunta in un primo tempo dal rapporto di superficie, instaurato attraverso contratti di *locatio-conductio* o di *emptio-venditio* e poi protetto *erga omnes* dal pretore attraverso l'interdetto *de superficiebus* (si veda F. PASTORI, *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, Milano, 1984, p. 168 ss. e 214 ss.); ma anche le servitù sorte *pactionibus et stipulationibus* dovettero sorgere – forse prima ancora che nelle provincie già in Italia, in casi ad esempio di proprietà solo pretoria del fondo o di terreni appartenenti a stranieri – in relazione ad ipotesi dove non si poteva appunto ricorrere alla *in iure cessio*, e per cui i privati (e la giurisprudenza) ricorsero ad un *instrumentum (pactum)* regolante la servitù e le sue modalità di esercizio, come doveva avvenire già in precedenza per le clausole non direttamente sussumibili nel negozio reale, nonché a una stipulazione (penale) di esercizio, secondo modalità che, pur non potendo ovviamente fornire al titolare la tutela *de iure* dell'*actio*, gli davano in ogni caso il diritto di ricorrere all'interdetto relativo alla servitù, più che sufficiente nella normalità delle ipotesi (cfr. F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico», cit., in particolare p. 364 ss.).

¹¹²) Su esempi di *locatio-conductio* di fondi rustici già prima dell'introduzione del contratto consensuale cfr. MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 65 e nt. 16.

¹¹³) Plaut., *Most.* 262 e 274, e *Amph.* 317: cfr. in breve F. ZUCCOTTI, *Diabolus Interpolator. Per un ritorno della romanistica ad una reale esegesi critica del testo*, in «Legal Roots», II, 2013, p. 143 (si veda tra l'altro TALAMANCA, *La tipicità dei contratti*, cit., p. 76).

¹¹⁴) Nella principale letteratura in argomento – V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto all'Università di Roma. 1949-1950*, Napoli, 1965, rist. 2006, p. 3 ss., M. BIANCHINI, *Studi sulla societas*, Milano, 1967 p. 5 ss. e 50 ss., F. CANCELLI, «Società (Diritto romano)», in «NNDL», XVII, Torino, 1970, p. 495 ss., F. BONA, *Studi sulla società consensuale in*

il *mandatum*, poi, la sua natura essenzialmente di incarico dato da un soggetto a un terzo ed il semplice obbligo che scaturisce dall'accettazione di portare a termine il compito assegnatogli (ed eventualmente il corrispettivo obbligo di chi gliel'ha affidato di tenerlo indenne da spese e danni) sembra conservare ancora nella fase in cui è tutelato giuridicamente – attraverso una descrizione tanto generica da apparire sotto più aspetti quasi *per relationem* – i tratti di una usuale pattuizione già esistente sul piano sociale, specie di ordine mercantile, e quindi protetta in quanto tale in un contesto comunitario¹¹⁵. Del pari, se si è accennato che nel prestito d'uso la restituzione della cosa doveva essere assicurata, già prima dell'introduzione dell'*actio commodati*, dal controllo dei costumi, per quanto riguarda il deposito la sua esistenza è attestata come normale già nel *corpus duodecimtabulare*, dove nel sistema delle *legis actiones* era concesso un rimedio *in duplum* – forse un caso di applicazione dell'azione di furto non flagrante – contro il depositario infedele: elemento da cui si può dedurre pianamente che la pattuizione volta a custodire una cosa per altri fosse

diritto romano, Milano, 1973, p. 1 ss., A. GUARINO, 'Societas consensu contracta' (1972), in *La società in diritto romano*, Napoli, 1988, p. 5 ss.; M. TALAMANCA, 'Società (Diritto romano)', «ED.», XLII, Milano, 1990, p. 814 ss. – in linea di massima si ammette senza problema l'origine «policentrica» del contratto di società, e l'influenza decisiva in ordine ad esso della prassi commerciale internazionale (TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 818), ma in pratica si rimane per così dire invischiati nel referente genetico costituito dal *consortium erecto non cito* e dalla *societas omnium bonorum*, facendo derivare da essi, in una prospettiva piuttosto dogmatica, la *societas consensu contracta*, ed in pratica rifiutando qualsiasi decisivo apporto delle consuetudini mercatorie mediterranee (si veda in particolare É. SZLECHTER, *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome. Étude de droit comparé de l'antiquité*, Paris, 1947, p. 150 ss.): ma non è agevole comprendere, in tale impostazione ricostruttiva, se si ritiene che la *societas*, come contratto obbligatorio, sia nata al tempo del *praetor peregrinus* (nel qual caso non si vede perché il magistrato, dovendo approntare un rapporto negoziale adatto alle varie usanze commerciali mediterranee, dovesse ispirarsi, piuttosto che alla prassi dei commerci tra i vari popoli, a figure prettamente romane e per di più imperniate sulla realtà del rapporto di comunione) o se sia invece si pensa che sia nata in epoca antecedente, ipotesi in cui, oltre a risultare priva di tutela giuridica e quindi protetta appunto sul piano del controllo sociale, la società difficilmente sarebbe sorta indipendentemente dalle consuetudini internazionali in materia, e in ogni caso – sembrerebbe – avrebbe potuto modellarsi solo in minima parte su tali antichi ed alquanto differenti modelli quiritari, per di più coordinandoli con il referente della prassi commerciale.

¹¹⁵ Si veda, in relazione all'*amicitia* e all'*officium* sottesi al mandato in età arcaica, S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, p. 14 ss. e 102 ss. (e per la derivazione di '*mandatum*' da '*manum*' p. 7 ss.), che parla appunto (p. 15) di una situazione «ai margini fra l'obbligo sociale ed il vincolo giuridico» e di un rapporto in origine appunto «regolato soltanto da norme sociali, dalla cui violazione sarebbero scaturite la riprovazione e la disistima collettiva nei confronti di chiunque si fosse trovato a violare un rapporto fiduciario basato sull'*amicitia* e dunque su una 'doverosità' del comportamento ...» (p. 17) e quindi fondato in ultima analisi sulla *fides* (p. 59 ss.). Sugli aspetti di doverosità sociale cfr. altresì FALCONE, *La definizione di obligatio*, cit., p. 142s. (cfr. p. 118 e nt. 63 e p. 129 e 133 ss.).

dunque già diffusa e affermata, e che, al di fuori del particolare caso estremo considerato dalla legislazione decemvirale, tale negozio fosse nella maniera più naturale anch'esso tutelato dal controllo sociale¹¹⁶. Ancora, sembra in maniera analoga piuttosto improbabile che prima che il pretore introducesse le relative azioni (*recepta* e *pecunia constituta*), nessuno avesse mai affidato le proprie cose a un *nauta*, a un *caupo* o a uno *stabularius*, e che questi ne fosse ritenuto com'è ovvio responsabile su di un piano ancora una volta sociale, o che prima nessuno, privato o *argentarius*, avesse mai dato la propria parola impegnandosi a pagare un debito proprio o altrui in un determinato giorno, ovvero che l'*arbiter*, accettando di decidere su una *lis* o un *iurgum* su incarico dei due avversari, non si sentisse poi in obbligo di arrivare alla decisione¹¹⁷: se il pretore intervenne solo piuttosto tardi con specifiche azioni, ciò sembra a maggior ragione implicare che prima tali accordi erano già soddisfacentemente tutelati da uno spontaneo conformarsi dei consociati a tali pattuizioni. La restituzione della dote, poi, nasce come obbligazione coercibile semplicemente attraverso una soluzione giurisprudenziale consistente, come è noto, nell'aggiungere al negozio costitutivo una *stipulatio* con cui ci si impegna in tale senso (cosiddetta *dos recepticia*); ma, sempre prima che il pretore introducesse l'*actio rei uxoriae*, si ha altresì notizia di un patto non formale di restituzione, stretto tra le parti al momento della *dotis datio*: e se questi rimedi vennero all'attenzione soprattutto in epoca tardorepubblicana, col diffondersi, specie nelle classi alte romane, di divorzi immotivati, non sembra certo da credere che anche in epoca precedente, in caso di fine del matrimonio nel caso per volontà del marito, la dote potesse essere indebitamente trattenuta dall'uomo, e l'esistenza del summenzionato patto informale di restituzione altresì in epoche successive fa legittimamente pensare che anche qui in un primo tempo provvedesse a tal fine il controllo sociale, non essendo per così dire onorevole incamerare la dote della moglie dopo, ad esempio, un matri-

¹¹⁶) Tab. VIII.19 (Paul., *Coll.* 10.7.11): cfr. in breve ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 309 s., secondo cui «Il deposito non è antichissimo: quantunque un testo ci dica che nel sistema delle *legis actiones* era concessa un'azione *in duplum* contro il depositario infedele, tutto porta a credere che si trattasse invece di un caso di applicazione dell'azione di furto non flagrante, ricorrente nell'ipotesi che taluno tentasse di appropriarsi della cosa affidatagli. Una vera protezione del deposito si ebbe invece ad opera del pretore ...»: come appare evidente, il discorso, forse ineccepibile da un punto di vista di strettissimo diritto, lascia piuttosto perplessi in una prospettiva di logica generale, poiché sembra inevitabile che, se veniva punito il depositario infedele, ne consegue che tale accordo, pur non riconosciuto dal sistema normativo, doveva essere pianamente diffuso nel mondo romano e nel suo ordinamento istituzionale, sia pur su piani ancora soltanto sociali.

¹¹⁷) Sulla *pecunia constituta* e i *recepta* è qui sufficiente rinviare sinteticamente a TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 606 ss.

monio di pochi mesi¹¹⁸. Infine, se si è già parlato dello scambio di cosa contro prezzo, a sua volta la permuta si incontra forse per la prima volta nelle fonti giuridiche nel primo secolo dell'età del Principato, a proposito delle controversie tra Sabiniani e Proculiani, dove i primi applicavano ad essa il regime della compravendita, mentre i secondi, di avviso contrario, concedevano soltanto un'azione per la restituzione, verosimilmente la *condictio*¹¹⁹: ma è da ricordare, per quanto ciò possa risultare ovvio, che il baratto è una transazione antichissima le cui origini si perdono nelle nebbie della preistoria, e che quindi anch'esso dovesse essere conosciuto ai costumi romani fin dai primordi, così da venire giocoforza egualmente tutelato, senza attendere le raffinate dispute di *prudentes*, anche se solo dal mero controllo cosiddetto sociale¹²⁰.

Si potrebbe andare ancora avanti con esempi di tal genere, ma è sufficiente limitarsi qui ad un solo ulteriore caso, particolarmente indicativo perché inerente invece al periodo classico, dove tracce di simili transazioni affidate al controllo sociale in ogni caso non mancano (si pensi, come accennato, ai *pacta* poi sussunti nei cosiddetti contratti innominati), ma dove in ogni caso tale fenomeno per vari versi estraneo al perimetro dell'ambito normativo in senso stretto può apparire ancora più strano che in età arcaiche o comunque più risalenti. Ci si vuole riferire alle ipotesi in cui il rapporto di *pecunia traiecticia* o *foenus nauticum* non viene rivestito, com'è normale, della forma della *stipulatio poenae* o in ogni caso della semplice *stipulatio*¹²¹, ma consiste in-

¹¹⁸) Cfr. in breve ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 456.

¹¹⁹) Cfr. G.L. FALCHI, *Le controversie tra sabiniani e proculiani*, Milano, 1981, p. 85 ss., e M.G. SCACCHETTI, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani*, in «Studi A. Biscardi», V, Milano, 1984, p. 386 ss. (si veda MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 129 ss.).

¹²⁰) Sulla permuta nel diritto romano si veda E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2010, in particolare p. 207 ss., e GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita*, cit., p. 103 ss. Per l'età più arcaica si tenga presente che il baratto tende in antropologia ad essere considerato (come lo definiva Marcel Mauss nel suo *Saggio sul dono: Teoria generale della magia*, cit., in particolare p. 140 ss.) un «fatto sociale totale», ossia un fenomeno unitario che coinvolge in maniera inscindibile diversi fattori (economici, sociali, giuridici, ideologici, psicologici, etc.), cui rimane pressoché del tutto estranea la nozione di «quantità misurata» e dunque la nozione di «equivalenza» deve essere intesa in puri termini qualitativi e non valutata, se non in parte, su valori «monetari» (cfr. KÖPPING, *Dono*, cit., p. 839 ss.); anche a Roma la *mancipatio* risulta essere sostanzialmente un «baratto», anche se attuata attraverso un intermediario intervenuto per semplificare le transazioni, ossia l'*aes rude*, poi *signatum*: il che rende verosimile che, in una prima fase e non solo, accanto alle transazioni più importanti, concluse in tal guisa, specie per le *res nec mancipi* si continuasse normalmente a praticare più semplici baratti altresì tra merci eterogenee e che specie nelle campagne tale fenomeno perdurasse molto a lungo, tanto che se ne hanno tracce persino in età classica, ad esempio nella forma di scambio di fondi (cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 4 ss.). Si veda altresì MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 80 nt. 96.

¹²¹) Si veda A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clause penali*, Torino, 1974, rist. Milano, 2019, p. 13 ss., per la tesi del ricorso alla *stipulatio poenae*,

vece in una semplice *numeratio pecuniae* sottoposta alla clausola ‘*salva nave*’, ossia in una mera *obligatio re* che costringe a pagare il *tantundem*, mentre l’impegno a pagare i notevoli interessi nautici corrispettivi del rischio (*pretium periculi*) non viene tutelato giuridicamente ma, risolvendosi in una semplice pattuizione, potrà trovare al massimo sul piano del diritto positivo una più o meno eventuale e blanda tutela nel caso in cui il creditore, qualora le *usurae* vengano pagate spontaneamente, avrà poi diritto di rifiutarne la restituzione in forza della clausola edittale ‘*pacta conventa servabo*’ e dell’*exceptio pacti*, mentre se poi il debitore ha dato delle garanzie reali circa le *usurae ex pacto*, la controparte potrà comunque rifarsi su di esse¹²². La possibilità che il creditore, per il quale ovviamente la corresponsione degli elevati interessi nautici rappresentava la contropartita dell’assunzione dei forti rischi relativi alla navigazione, si risolvesse a non tutelarsi mediante una *stipulatio*, nel caso penale, viene spiegata in relazione «al concetto di ‘*fides*’ nel suo significato etico-sociale (fedeltà alla parola data, impegno d’onore) soprattutto vivo nella prassi delle relazioni commerciali fra popoli diversi»¹²³; ma si potrebbe aggiungere che il fidarsi della parola della controparte era con tutta probabilità una soluzione percorribile perché, nel relativamente ristretto ambito dei mercanti marittimi e dei relativi finanziatori, era in pratica ancora possibile un capillare controllo comunitario sul rispetto di tali accordi, e chi li avesse disattesi sarebbe incorso nel generale biasimo e avrebbe perso la faccia e la credibilità, precludendosi ogni effettivo futuro in tale contesto commerciale¹²⁴.

nonché F. DE MARTINO, *Sul «foenus nauticum»* (1935), in *Scritti di diritto romano*, II, Roma, 1982, p. 345 ss., per l’ipotesi del normale impiego della *stipulatio* (cfr. I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, 2011, p. 7 ss.).

¹²² Cfr. BISCARDI, *Actio*, cit., p. 73 ss., anche per le indicazioni testuali (lo studioso nega comunque che possa qui trattarsi di una *obligatio naturalis* – p. 76 –, in quanto ritiene, formalisticamente, che l’estensione di tale nozione a tutte le ipotesi che conducono alla *soluti retentio* sia da considerare innovazione bizantina).

¹²³ BISCARDI, *Actio*, cit., p. 75 s.

¹²⁴ Su un papiro di Ossirinco relativo a una convenzione *contra legem* risalente al regno di Gallieno e volta a far vincere una gara di lotta a un partecipante con l’accordo dell’avversario, la cui documentazione, recante una clausola stipulatoria, viene conservata dall’interessato per poter provare la mancata fede alla parola data della controparte e così squalificarla nell’ambiente dell’organizzazione di giochi atletici, si veda B. MADULLI, *Un caso di frode sportiva. P. Oxy. LXXIX.5209*, in «RDE.», VIII, 2018, p. 73 ss. e in particolare p. 108 ss., dove si sottolinea come tale – non rara – convenzione in frode alla legge, pur non azionabile davanti a un tribunale, doveva venire spontaneamente osservata nell’ambiente della organizzazione dei giochi in base alle sue regole interne (fattore che spiega altresì la conservazione in archivi ufficiali del documento, che quindi non viene tenuto nascosto); meno convincente l’ipotesi dell’autrice (p. 107 ss.) secondo cui avrebbe avuto valore giuridico e dunque giurisdizionale per la sua autonomia la garanzia prestata qui in relazione alla obbligazione assunta da un minorenni: è infatti vero che in taluni casi *sponsio* e *fide-*

Sembra quindi di poter concludere con sufficiente tranquillità che nel mondo romano, all'ambito del diritto normativamente posto dallo Stato o in ogni caso da fonti *lato sensu* autorizzate da esso alla sua produzione¹²⁵, si giustapponesse un insieme di consuetudini cosiddette sociali che trovava la propria protezione e sanzione essenzialmente su tale piano e in una forma di coazione per così dire non coercitiva, secondo una contrapposizione che anche qui vede il diritto statutale distinguersi dall'ordinamento giuridico in senso istituzionale, e quindi la norma coercitiva coniugarsi pragmaticamente alle prescrizioni di altro tipo che nella comunità raggiungono una sufficiente effettività e forza disciplinante. E poiché le norme sociali non solo costituiscono anch'esse, al pari di quelle giuridiche, una componente essenziale dell'ordinamento giuridico in senso istituzionale, andrebbero anch'esse, per quanto riguarda il mondo romano, considerate e almeno un poco studiate, sia in quanto obiettivamente vigenti in tale ambito, sia in quanto tenute presenti dall'ordinamento (e dalla giurisprudenza, per quanto essa ne parli poco)¹²⁶,

promissio (ma non la *fideiussio*) conservavano linea di massima la loro validità anche se l'obbligazione principale non fosse valida (cfr. in breve M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, p. 549 nt. 386), ma ciò valeva nell'ipotesi di semplici stipulazioni di garanzia concluse con la formula '*idem dari spondes?*', mentre qui si trattava di una *stipulatio poneae* ove la *conceptio verborum* (*si hoc factum non erit*) rinviava appunto alla condizione negativa costituita dal mancato espletamento dell'accordo in frode alla legge, esplicitandolo fino in fondo e quindi prestandosi a tutte le conseguenze che questo avrebbe comportato; e a ciò si aggiunge come in ogni caso la prova della prestazione di tale garanzia era nello scritto papiraceo in questione, che appunto descriveva nei dettagli l'accordo illecito intervenuto tra le parti.

¹²⁵) Non è certo qui il caso di richiamare la vecchia questione della giurisprudenza romana quale «fonte del diritto», al cui proposito mi limito a rinviare in breve ad ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit., p. 129 ss.

¹²⁶) Di fronte alla normale «Isolierung» giuridica dei *prudentes* (si veda F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Recht*, München, 1934, trad. it. – *I principii del diritto romano* –, Firenze, 1946, rist. 1995, p. 16 ss.), fanno una certa impressione gli episodici squarci che si aprono improvvisi nei giurisperiti in ordine alla sottostante e sovente un po' diversa realtà sociale: si veda indicativamente come i figli, pur essendo dal punto di vista del diritto sottoposti al *pater* che è l'unico titolare dei beni familiare, nei testi classici vengano definiti non solo *domestici heredes*, ma altresì in qualche modo già *domini* del patrimonio familiare anche prima della morte del *pater* e quindi del momento della successione (Gai., *inst.* 2.157: '*sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum*'), tanto che ancora Paolo affermerà che alla morte del padre i figli appaiono conseguire non tanto la proprietà del patrimonio, quanto piuttosto la sua libera amministrazione (D. 28.2.11, Paul. 2 *ad Sab.*: '*in suis heredibus evidentius apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet*

sia infine poiché sovente destinate col tempo, come si è in parte visto, a diventare a loro volta esse stesse norme giuridiche in senso proprio, così da influenzare direttamente il piano del diritto¹²⁷.

Vi è poi da considerare il fatto, non poche volte decisivo, che la norma giuridica, nella sua effettiva applicazione, trova sovente un limite o un temperamento fondamentale nella norma sociale, che ne muta sensibilmente l'efficacia e la vigenza. Avevo ad esempio tenuto presente tale fenomeno tentando di spiegare il motivo per cui – come da altri già osservato ma senza riuscire a spiegarlo muovendosi su di un piano esclusivamente giuridico – i processi effettivamente celebrati nel mondo romano dovevano essere relativamente assai pochi, ed ancor meno quelli che giungevano a sentenza senza fermarsi alla *iudicatio* e alla sua spontanea esecuzione¹²⁸; e la ragione di tale fenomeno andava in effetti cercata, a mio avviso, non sul piano delle norme del diritto bensì in ambiti meramente sociali, dove, in caso di liti, già molte di esse erano risolte come si è accennato dall'intervento dei *potentiores* cui i contendenti facevano riferimento, in una sorta di arbitrato informale¹²⁹, e dove soprattutto, all'obbligo sociale del «patrono» di prestare le garanzie processuali per il suo protetto¹³⁰ faceva riscontro l'ancor più sentito obbligo sociale di non creare problemi al garante facendosi condannare con una sentenza che la controparte avrebbe verosimilmente fatto valere appunto in rapporto a lui, in quanto persona più solvibile, piuttosto che nei diretti confronti del *reus*, cosicché quest'ultimo doveva il più delle volte adempiere spontaneamente

eos exheredare, quod et occidere licebat): si veda in particolare RIZZELLI, *La potestas paterna*, cit., p. 107 ss. (cfr. in breve ZUCCOTTI, *Il «custos» nel diritto romano arcaico*, cit., p. 16 s. [estr.]).

¹²⁷ A tale proposito, è da notare che tale impostazione permette forse di meglio comprendere il motivo sostanziale sotteso alla circostanza che, nei diritti antichi (per il diritto attico cfr. BISCARDI, *Diritto greco antico*, cit., p. 193 ss.), l'aspetto processuale preceda di regola il momento sostanziale, e ci si debba chiedere innanzitutto se una determinata pretesa è o meno dotata di tutela contenziosa (cfr. in breve ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 108 s.): in effetti, se l'istituto o il contratto può porsi anche a livello semplicemente sociale e rimanere dapprima o per sempre privo di ogni tutela giuridica, la sua protezione contenziosa su piano giuridico rimane sovente un *posterius* che può sussistere oppure (ancora) non esservi affatto, per cui dal punto di vista del diritto in senso stretto si tende a creare l'azione sulla base di posizioni ed obblighi già esistenti su altri piani, dando loro, attraverso l'usbergo processuale, appunto un pieno riconoscimento giuridico.

¹²⁸ Sulla dicotomia tra '*iudicatio*' e '*sententia*' (ed eventuale '*condemnatio*') cfr. in breve J. VÁŽNÝ, *Osservazioni generali sulla sentenza e la res iudicata*, in «BIDR.» XLVII, 1940, p. 117 ss. (cfr. E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, p. 541 ss.).

¹²⁹ Cfr. *supra*, § 9 e nt. 93.

¹³⁰ Sui rapporti amicali e i doveri conseguenti cfr. tra l'altro B. ALBANESE, *La struttura della manumissio inter amicos. Contributo alla storia dell'amicizia romana* (1962), in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1991, p. 267 ss., e L' «amicitia» nel diritto privato romano (1963), ivi, p. 313 ss. (cfr. G. FALCONE, «*Obligatio est iuris vinculum*», Torino, 2003, specie p. 86 ss.).

all'invito del giudice in sede di *indicatio*¹³¹: e questa lata norma, però, trovava altresì talune concretizzazioni su piani più strettamente giuridici, e ad esempio la *Lex Iulia Municipalis*¹³² escludeva dalle magistrature locali quei debitori che, risultando insolventi, avessero esposto il garante alle azioni dei suoi creditori; analogamente si rendeva in certi casi addirittura responsabile di *iniuria* il creditore che si fosse rivolto al garante mentre il debitore principale era pronto ad effettuare il pagamento di quanto dovuto (D. 47.10.19, Gai. 22 *ad ed. prov.*: '*Si creditor meus, cui paratus sum solvere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellaverit, iniuriarum tenetur*')¹³³. Del pari, limitandosi ad un ultimo esempio, il creditore era in linea di massima libero, dal punto di vista del diritto, di rivolgersi a sua scelta contro il debitore principale ovvero il garante, come in astratto doveva essere preferibile in quanto, come si è accennato, quest'ultimo doveva risultare fornire maggiori sicurezze circa una agevole riscossione, a meno che fosse previsto che egli dovesse procedere prima contro il debitore principale e solo in caso di mancato successo contro il garante¹³⁴, mentre in seguito Giustiniano accorderà in generale al fideiussore (*adpromissor*) il *beneficium excussionis* o *ordinis*, rendendo così il garante responsabile soltanto per la parte per cui il patrimonio del debitore principale, contro cui si doveva agire per primo, era insufficiente¹³⁵: tuttavia, questa lineare situazione precettiva si complica alquanto se dal piano del diritto positivo si passa a quello delle norme sociali, ambito in cui era visto come contrario ad ogni regola etica che il debitore principale compromettesse il garante, e che egli fosse invece moralmente obbligato ad adempiere in prima persona alla propria obbligazione, mentre, per converso, si esigeva, sempre da un punto di vista di doveri sociali, che il creditore davvero onesto escutesse il garante solo in caso di insolvibilità del debitore principale, considerandosi, come attesta Cicerone, moralmente riprovevole un comportamento difforme da tale modello¹³⁶.

¹³¹) Cfr. ZUCCOTTI, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», cit., p. 493 ss.

¹³²) La già ricordata *Tab. Heracl.*, 113-115: cfr. «FIRA.», I, cit., n.13, p. 149

¹³³) Si veda FENOCCHIO, *La «fideiussio indemnitatis»*, cit., p. 416 ss.

¹³⁴) Tale contratto, dal diritto romano classico verosimilmente considerata una figura negoziale a sé stante, viene di norma oggi chiamata *'fideiussio indemnitatis'*: cfr. M.A. FENOCCHIO, *La «fideiussio indemnitatis». Aspetti attuali e linee ricostruttive dal diritto romano classico a Giustiniano*, Napoli, 2008, specie p. 343 ss. Sul *mandatum credendae pecuniae*, in cui il mandante svolge il ruolo di garante e il *beneficium excussionis* è implicito nel criterio della buona fede, non essendo ad essa conforme rivolgersi al mandante prima di avere provato ad ottenere quanto dovuto dal debitore principale, si veda in breve ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 408 e 424 s. (cfr. tra l'altro TALAMANCA, *La tipicità dei contratti*, cit., p. 72 ss.).

¹³⁵) Cfr. in breve ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 407.

¹³⁶) Cfr. Cic., *ad Att.* 16.15.2, nonché ps. Quintil., *decl. min.* 273.1 ss. Si veda in particolare G. PROVERA, *Riflessioni sul «beneficium cedendarum actionum»*, in «Studi C. Sanfilippo», IV, Milano, 1983, p. 609 ss. nt. 4 (cfr. FENOCCHIO, *La «fideiussio indemnitatis»*, cit., p. 465

Sovente, quindi, la disciplina effettivamente applicata nella prassi in ordine a un determinato istituto non risultava costituita dalle sole previsioni normative del diritto per così dire statuale, ma era in pratica composta da quest'ultimo e dalle varie regole che, su un piano morale e sociale, lo completavano conformandolo a ulteriori criteri e nel caso lo limitavano, specificandolo in una disciplina in ipotesi per vari versi ibrida in cui i diversi tipi di norme interagivano e si completavano concretizzandosi in una regolamentazione effettivamente conforme ai vari paradigmi esistenti in quella società: così da giungere per tal via a prendere in considerazione i reali ed effettivi doveri in vigore in un determinato ambito, quale insieme di norme vigenti sia pur a livelli differenti ma nel loro complesso disciplinanti nella realtà quotidiana il comportamento dei consociati.

12. Il fenomeno dell'ordinamento giuridico in senso istituzionale è quindi, come ovvio, fenomeno più vasto del diritto statuale, che il primo ricomprende accanto ad altri tipi di norme, e tale dimensione istituzionale dell'ordinamento va tenuta presente nello studio di un diritto, specie se antico quale quello romano, sia in quanto può prevedere temperamenti decisivi della pura statuizione normativa, come si è visto avvenire nel caso delle garanzie personali, sia soprattutto perché, da un punto di vista storico, la norma sociale non solo affianca, ma precede quella giuridica predisponendone i progressivi completamenti, come appunto avviene per le transazioni prima tutelate su un piano comunitario per poi diventare a tutti gli effetti giuridiche, in una integrazione reciproca e in una complementarità che forse, dopo secoli, può apparire strana e marginale ad occhi moderni, ma che per i Romani dovette essere fenomeno effettivo e del tutto naturale, consistendo in ultima analisi in uno spontaneo coordinamento delle varie regole che, sui diversi piani, disciplinavano in concreto la loro vita¹³⁷.

ss.). Su come altresì la *pietas* «partecipa alla sfera del *ius* e determina comportamenti obbligati» si veda G. RIZZELLI, *Pietate necessitudinis ductae. Settimio Severo, Ulpiano e l'accusatio del tutor suspectus*, in «Quaderni lupinensi di storia e diritto», VIII, 2018, p. 156 ss. e nt. 42.

¹³⁷ E' nota l'interessante e convincente ricostruzione di Giuseppe Falcone, in cui si dimostra che la definizione di '*obligatio*' recata da *Iust. inst.* 3.13.pr. ('*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius sovendae rei secundum nostrae civitatis iura*'), verosimilmente di matrice gaiana, è volta a distinguere il rapporto obbligatorio appunto «giuridico» ('*iuris vinculum*'), e dunque di per sé coercibile ('*necessitate adstringimur*') nel suo adempimento ('*necessitas solvenda rei*') secondo gli istituti positivi dell'ordinamento civile ('*nostrae civitatis iura*'), da altre situazioni vincolanti e cogenti sul piano morale dell'*officium* «nel quale un soggetto è *adstrictus* dalla *fides*, dall'*aequitas*» e così via, e nelle quali dunque l'obbligo si situa in una dimensione etica o etico-sociale (cfr. G. FALCONE, *Officium e vincolo giuridico: alle origini della definizione classica dell'obligatio*, in «Ius Antiquum», XVI.2, 2005, p. 67 ss.) ossia si realizza in vincoli di coscienza fondati su piani squisitamente morali ('*fides*', '*pudor*'),

Nello studio dell'evolversi delle obbligazioni in primo luogo contrattuali, e quindi guardando alle trasformazioni in senso tecnico-giuridico del significato di 'oportere', da cui queste note hanno preso le mosse, appare dunque imprescindibile considerare almeno sotto certi aspetti le ipotesi di accordo *lato sensu* contrattuale nel loro complesso, quali transazioni effettivamente obbligatorie in un determinato ambito storico, indipendentemente dal piano – morale, sociale o propriamente giuridico – in cui si collocano e operano, poiché soltanto una simile visione conglobante può giungere a spiegare l'evoluzione di determinati fenomeni ed i vari fattori che conformarono nel loro complesso il loro cosiddetto progresso, guardando a questo nella sua interezza e senza fermarsi a componenti che, fors'anche principali, in ogni caso non lo esauriscono del tutto: e soltanto in seguito, completata tale analisi preventiva, ci si può, com'è pur doveroso, concentrare sugli aspetti strettamente giuridici, senza purtuttavia ignorare del tutto le loro remote cause.

In particolare, problemi in qualche modo di origine quale il sorgere dell'obbligazione in ambito romano, e quindi la genesi dell'*oportere*, rischiano senza tale previa indagine prudenziale di risolversi in meri esercizi di dogmatica scollati dalla realtà e giustificati solipsisticamente da ragioni tecnico-normative che alla fine ignorano non poca parte del cosiddetto mondo oggettivo che sta a fondamento e condiziona in maniera decisiva il dato puramente giuridico. La ricostruzione storica delle vicende che condussero il verbo 'oportere' a passare, dal suo significato comune, ad indicare l'obbligazione giuridica non è certo un gioco in cui vince chi riesce a proiettare tale accezione tecnicistica quanto più a ritroso possibile sino ad età per così dire primigenie, in una pericolosa e indimostrata dogmatizzazione della preistoria, ma una ricostruzione storica non facile e delicata, in cui si devono tenere presenti quanti più fattori possibili e procedere con estrema cautela; qui, quali elementi può darsi determinanti, si sono rintracciati per un verso il ruolo sia del nuovo processo formulare, che lega a tale verbo in varie azioni *stricti iuris*, oltre che

'*aequitas*', '*iustitia*', '*humanitas*' ...) o appunto etico-sociale ('*officium*', '*amicitia*' ...): cfr. FALCONE, «*Obligatio est iuris vinculum*», cit., in particolare p. 75 ss., nonché *A proposito di Paul. 29 ad ed. - D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare)*, in «AUPA», LIX, 2016, p. 243 ss.; si veda anche ID., *La definizione di obligatio*, cit., p. 45 ss. (cfr. p. 18 ss., 25 ss., 34 ss. e 138 ss.) Per tal verso, sembra di potere in effetti notare come la dimensione etico-filosofica privilegiata in certo modo dall'autore, pur senza ignorare le precise implicazioni sociali di tali fattori obbliganti, costituisca senz'altro, se approfondita in tale direzione, una notevole riprova della coerenza della cogenza di determinati comportamenti negoziali nell'ambito comunitario nonché commerciale ed internazionale, secondo linee di indagine che possono qui solo essere accennate, ma che in ogni caso appaiono necessariamente e strettamente implicate da tali indagini. Sui nessi tra *officium* e *pietas* specie in riferimento alla *patria potestas* si veda RIZZELLI, *La potestas paterna*, cit., specie p. 99 ss. e 115 ss. (cfr. ID., *Pietate necessitudinis ductae*, cit., p. 154 ss.).

alla *causa petendi*, all'accertamento del *petitum* e quindi all'eventuale condanna, sia la funzione determinante della giurisprudenza – unica in grado di farlo – nel costruire un nuovo significato stipulatorio e specificamente tecnico-giuridico di tale verbo: tenendo altresì presenti, d'altra parte, altresì le precedenti trasformazioni verificatesi nel mondo del diritto con il riconoscimento di nuovi contratti, peraltro già diffusi a livello sociale, da parte del pretore peregrino; per tal verso, la nozione di '*oportet ex fide bona*', pur non collocandosi ancora nel compiuto significato specialistico di '*oportere*', appare per più versi costituire il cosiddetto ponte di passaggio che collega, attraverso una lata nozione prima di mero «obbligo morale» di ordine sociale e poi di «comportamento doveroso» sul piano giuridico, l'accezione comune del lemma a quello che sarà poi il suo significato nel vocabolario del diritto: ma non è in ogni caso improbabile che molti e non trascurabili ulteriori fattori possano essere individuati quali concause determinanti in tale evoluzione semantica, aspetti qui può darsi ignorati ma che una considerazione soltanto più attenta dei dati a disposizione potrebbe agevolmente rivelare. E non sembra improbabile che il verbo '*oportere*' ('*oportet*') sia stato verosimilmente a lungo usato nel suo originario significato ottativo di «essere conveniente» a proposito degli accordi tutelati sul piano della doverosità sociale, dove il più sfumato significato del lemma ben esprimeva l'opportunità morale di tener fede alla parola data, per poi iniziare a colorarsi di accezioni già più cogenti una volta impiegato, com'è plausibile, nelle formule del *praetor peregrinus*, dove, pur non assumendo ancora definitivi significati tecnico-giuridici, diveniva per vari versi componente essenziale dei presupposti che facevano scattare la condanna; mentre, per assurgere nel vocabolario del diritto all'accezione stipulatoria di «obbligazione», si dovrà presumibilmente attendere, in riferimento all'editto pretorio, la giurisprudenza tardorepubblicana se non senz'altro quella classica.

Si tratta peraltro, solo di una ragionevole congettura. Quello che in ogni caso non appare né consentito né proficuo, però, sono ricostruzioni giocate su idee preconette e non realmente verificate nel riscontro delle fonti e dunque accettate a priori, che conducono a sostenere, attraverso pseudo dimostrazioni tagliate per così dire con l'accetta, una estrema risalenza pressoché ancestrale di fenomeni in realtà alquanto più sfumati e lenti nel loro affermarsi, precludendosi così la possibilità di studiarli nelle varie delicate tappe delle loro trasformazioni storiche.

Per converso, così come in Grecia si assiste, a quanto si è visto, alla piana esistenza, sia pur in ambiti per così dire meramente comunitari, di accordi negoziali – verosimilmente, oltre al deposito, quantomeno altresì il mutuo e la compravendita – privi di protezione giuridica e tutelati al massimo in una prospettiva di carattere religioso, ed anzi tali da confondersi in tutta probabilità con altri ob-

blighi *lato sensu* morali quale ad esempio quello, pur più risalente, di ricambiare i doni¹³⁸, allo stesso modo non dovrebbe stupire più di tanto, per quanto poco familiare alle adusate abitudini di pensiero dei romanisti, che anche nel mondo romano¹³⁹ vi siano normalmente stati rapporti di tipo contrattuale salvaguardati su di un mero piano sociale e pressoché estranei al diritto, che quindi già *ab antiquo* vivono per così dire parallelamente all'ambito delle obbligazioni propriamente dette e che in seguito si situeranno in contesti di cogenza minori rispetto a quello dell'*oportere* o del cosiddetto '*actione teneri*' pretorio.

Rimane quindi in ogni caso ferma, io credo, la visione più ampia qui proposta delle regole sociali che a Roma andavano oltre il diritto in senso stretto e lo completavano nelle consuetudini di convivenza effettiva, sia a livello comunitario che sul piano dei commerci internazionali (limitandosi qui all'ambito dei rapporti tra privati): e non è escluso, ma sembra anzi verosimile, che lo studio di tali componenti dell'ordinamento istituzionale in senso lato, superando i confini del diritto positivo di matrice hegeliana, possa per vari versi rappresentare una prospettiva non poco innovativa nello studio dell'esperienza giuridica romana nel suo complesso, e in particolare nelle indagini di tipo specificamente storico, in quanto volta appunto a mettere a fuoco l'ordinamento giuridico nella sua totalità: quasi un passaggio copernicano, può darsi, da una impostazione tolemaica ad una visione finalmente per così dire eliocentrica, così come potrebbe avvenire per altre innovazioni prospettiche di cui lo studio del diritto romano, anche agli occhi di un tetragono conservatore come chi scrive, parrebbe forse avere estremo bisogno.

¹³⁸) Cfr. *supra*, § 6.

¹³⁹) Per quanto riguarda tra l'altro il dono nel mondo etrusco e romano, cfr. altresì MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 63 s.

