**Obbligazioni**

**A)** Le fonti

Unire quanto detto alle pp. 28-36 con 380-383 con 580-582. Qui osserviamo inoltre:

Gai 3, 88. Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas **species** diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. 89. Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor **genera** sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.

88. Ora passiamo alle obbligazioni, delle quali la principale divisione viene fatta in due specie: ogni obbligazione infatti o è generata dal contratto o dal delitto. 89. E prima vediamo di quelle che sono generate dal contratto. Di queste poi ci sono quattro generi: o infatti l’obbligazione è contratta *re*, o *verbis*, o *litteris*, o *consensu*.

ove ricorre la polemica sulla presunta inversione fra *species* e *genus*[[1]](#footnote-1).

Cos’è l’*obligatio*:

I. 3, 13 De obligationibus, pr. Nunc transeamus ad obligationes. **Obligatio est iuris vinculum**, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura.

pr. Ora passiamo alle obbligazioni. L’obbligazione è un vincolo del diritto, da quale siamo costretti dalla necessità del compimento di una cosa, secondo le regole della nostra cittadinanza.

La definizione è generalmente attribuita al giurista Fiorentino, contemporaneo di Gaio, e dunque potrebbe essere intesa come classica.

Cos’è la cosa da compiere:

D. 44, 7 De obligationibus et actionibus, 3 Paulus *l. 2 institutionum*, pr.-2: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. 1. Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam **hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur**. Itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est. 2. Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur; nec enim si per iocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero "spondes?" et tu responderis "spondeo", nascetur obligatio.

pr. La finalità delle obbligazioni non consiste in ciò, ché una certa entità o una servitù faccia nostra, ma ché costringa un altro a darci, o a farci, o a garantirci qualcosa. 1. Non basta allora che i denari siano di chi dà e diventino del percipiente perché l’obbligazione sia generata, ma [occorre] anche sia dato e sia ricevuto con questa intenzione ché l’obbligazione sia costituita. Pertanto se qualcuno denaro suo dette a me per donare, sebbene e sia stato del donante e sia divenuto mio, tuttavia non sarò obbligato verso di lui, poiché fra di noi non è stato fatto questo. 2. Anche l’obbligazione delle parole viene in essere se fra i contraenti sia fatto quello; né infatti se per gioco metti, o per farti comprendere, io ti avrò detto “prometti?” e tu abbia risposto “prometto”, si sarà generata un’obbligazione.

Come va compiuta: occorre un *animus obligandi*, che non c’è nella donazione (che non è un contratto).

Quanto ai dubbi gaiani (p. 382) sull’esaustività della bipartizione, possiamo aggiungere alla *solutio indebiti* anche la *negotiorum gestio* di 4, 62 e 84 (v. *Sostituti processuali*) che è un’altra fonte di obbligazione, ma non è né un contratto né un delitto.

**B)** Contratti

Oltre il libro, qui possiamo vedere alcune particolarità, ad esempio sull’*obligatio re contracta*:

Gai 4, 62. Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, **fiduciae**, pro socio, tutelae, rei uxoriae.

62. Sono allora formule di buona fede: da compra vendita, da locazione conduzione, degli affari gestiti, del mandato, del deposito, della fiducia, a favore del socio, della tutela, del bene della moglie.

Nella *fiducia* [*cum amico* e *cum creditore*] si utilizza la *mancipatio*. L’azione è per la restituzione. Dovrebbe essere *civilis in rem*; ma qui si dice che è di buona fede.

Gaio parla più volte del pegno, ma mai come contratto (di garanzia) autonomo. Particolare è:

Gai 2, 64. Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator <rem absentis cuius negotiorum administratio ei permissa> est; item creditor **pignus** ex pactione, quamvis eius ea res non sit. Sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod **voluntate debitoris** intellegitur pignus alienari, qui olim **pactus est**, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

64. Diversamente l’*agnatus* curatore del furioso può vendere per la legge delle 12 tavole; lo stesso il procuratore <*il bene dell’assente al quale l’amministrazione degli affari concessa gli* > è; lo stesso il creditore il pegno per l’accordo, sebbene di lui quella cosa non sia. Ma questo forse così si considera poter accadere, perché si intende che il pegno sia alienato per volontà del debitore, il quale allora s’era messo d’accordo che fosse lecito al creditore vendere il pegno, se non avesse pagato i soldi.

Lo stesso è per il comodato:

Gai 3, 206. Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui **rem commodavimus**. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.

206. Le cose che abbiamo detto del lavandaio e del rammendatore, le stesse le trasferiamo a quello al quale imprestammo un bene. Infatti come quelli prendendo i soldi garantiscono la custodia, così anche questo ricevendo il comodo dell’uso similmente deve aver l’obbligo di garantire la custodia.

e per il deposito:

Gai 3, 207.Sed is, apud quem **res deposita** est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit; qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem salvam esse, furti [itaque] agere non potest, sed ea actio domino conpetit.

207. Ma quello, presso il quale la cosa è depositata, non garantisce la custodia ed è soltanto obbligato in ciò se qualcosa egli stesso fece con dolo malvagio; ragion per la quale se la cosa gli fu rubata, poiché non è obbligato a restituirla a titolo di deposito né per questo lo riguarda che la cosa sia salva, non si può agire per furto, ma questa azione spetta al proprietario.

Ancora: ad esempio sull’*obligatio litteris contracta* [o *expensi latio*]:

Gai 3, 128. Litteris obligatio fit veluti in **nominibus transscripticiis**. Fit autem nomen transscripticium duplici modo: vel a re in personam vel a persona in personam. 129. A re in personam transscriptio fit, veluti si **id, quod tu** ex emptionis causa aut conductionis aut societatis **mihi debeas**, id **expensum tibi tulero**. 130. A persona in personam transscriptio fit, veluti si **id, quod mihi Titius debet,** tibi id expensum tulero, id est si Titius te pro se delegaverit mihi.

128. L’obbligazione si crea dagli scritti come nei nomi trascritti. C’è il nome trascritto in due modi: o da una cosa nella persona o da una persona nella persona. 129. Da una cosa nella persona c’è trascrizione come se quello che tu o per un acquisto o per un affitto o per quota sociale mi devi, quello lo porterò speso per te. 130. Da una persona nella persona c’è trascrizione come se quello che Tizio mi deve, quello lo porterò speso per te, ciò è se Tizio ti avrà delegato verso di me a favore suo.

*Mihi debeas* e *Titius mihi debet* significa che l’obbligazione c’è già; e sarà pagata da te come delegato di Tizio. Se chiedi in giudizio, come prova porti i registri contabili: l’obbligazione c’è solo se alleghi prove della verità delle scritture (!).

Gai 3, 131. Alia causa est eorum **nominum, quae arcaria vocantur**. In his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.

131. Altra ragione è di quei nomi che sono detti della contabilità. In questi infatti non ci sta dentro un’obbligazione degli scritti, poiché non altro valgono che se sia stata pagata la cifra, per cui il pagamento della cosa fa l’obbligazione. Ragion per cui giustamente diciamo che i *nomina arcaria* non fanno obbligazione, ma offrono prova dell’obbligazione fatta.

*Numeratio pecuniae* significa “dazione del danaro”, che si dà contandolo: ovviamente la *datio* genera l’obbligazione di restituire.

Ancora: ad esempio sull’*obligatio consensu contracta*: in aggiunta a Paolo (p. 400), in tema di permuta possiamo vedere:

Gai 3, 141. Item pretium in **numerata pecunia** consistere debet. Nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei pretium esse possit, valde quaeritur. Nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero [*Il.* 7, 472-75]. Diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri. Sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi venalem habenti, veluti fundum, [acceperim et] pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur.

141. Allora il prezzo deve consistere in una somma contata. Infatti se il prezzo possa consistere in tutti gli altri beni, come se un servo o un fondo possa essere prezzo di un’altra cosa, è molto discusso. I nostri maestri pensano che il prezzo possa consistere anche in un’altra cosa; d’onde deriva ciò che generalmente si pensa che con la permuta di cose si contragga una compera e vendita, e che questa specie di compera e vendita sia antichissima; e usano l’argomento del poeta greco Omero […]. Gli autori dell’altra scuola dissentono e ritengono che una cosa sia la permuta di beni, una cosa la compera e vendita; altrimenti non può essere risolta la cosa con cose permutate, quale sembri la cosa che fu venduta e quale sembri [quella] che sia data a titolo di prezzo, ma di nuovo sembra assurdo che una e l’altra cosa sembri essere venduta, e una e l’altra essere [essere] data a titolo di prezzo. Ma asserisce Celio Sabino che se a te che hai una cosa da vendere, come un fondo, se per caso avrò dato un servo a titolo di prezzo, lo stesso fondo sembra che hai venduto, quindi il servo essere stato dato a titolo di prezzo, come è considerato il fondo.

In tema di società parla di *affectio societatis*:

D. 17, 2 Pro socio, 31 Ulpianus *l. 30 ad Sabinum*: Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non **affectione societatis** incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri.

31. Perché ci sia l’azione a favore del socio, occorre che esista una società: né infatti basta che la cosa sia comune, se la società non esiste. Si può allora agire in comune anche senza società, come per esempio quando cadiamo in comunione non per spirito sociale, come accade nell’oggetto lasciato in legato a due, lo stesso se una cosa sia comprata da due insieme, o se ci pervenga in comune un’eredità o una donazione, o se come due distinti comprammo parti di quelle, non diventeremo soci.

e di scioglimento:

D. 17, 2 Pro socio, 65 Paulus *l. 32 ad ed.*, pr.: Actione distrahitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renuntiatam societatem, sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit. 1. Item bonis a creditoribus venditis unius socii distrahi societatem Labeo ait.

pr. E’ terminata con l’azione, quando o per la stipulazione o per un’azione sia mutata la ragion d’essere della società. Proculo infatti asserisce che per il solo fatto che la formula perché la società sia finita è stata dettata, [è] rinunciata la società, sia che di tutti i beni, sia che di un solo scopo la società sia stata formata. 1. Così Labeone sostiene che venduti i beni dai creditori di un socio, la società è finita.

**C)** Patti

A contenuto positivo [contratti; azioni] e a contenuto negativo [eccezioni][[2]](#footnote-2). Sono comunque accordi, ma non ogni accordo produce contratto[[3]](#footnote-3) (art. 1321 C.c.).

*Pacta in continenti* (contestuali) e *pacta ex intervallo* (aggiunti)[[4]](#footnote-4):

D. 2, 14 De pactis, 7 Ulpianus *l. 4 ad ed*., 5: Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem **ex continenti** pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint; si **ex intervallo**, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit.

5. Innanzi tutto e perfino talvolta conforma la stessa azione, come nelle formule di buona fede: sogliamo infatti dire che i patti convenuti sono dentro alle formule di buona fede. Ma questo va capito nel senso che se peraltro sono seguiti patti contestuali, anche dalla parte dell’attore ci sono; se sono sopravvenuti non ci saranno, né varranno, se agisca, perché non nasca l’azione dal patto. Come per esempio se dopo il divorzio convenne perché la dote fosse resa non al tempo stabilito della dilazione, ma subito: questo non varrà perché l’azione non nasca dal patto: questo stesso Marcello scrive.

Et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem **ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat**, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.

E se cita con l’azione della tutela perché siano prestati interessi maggiori di quelli pattuiti, non avrà luogo, perché dal patto non nasca l’azione: infatti ci sono tali patti, che danno disciplina al contratto, ciò è che sono fatti all’inizio della contrattazione. Lo stesso so che fu risposto da Papiniano e se dopo l’acquisto qualcosa fuori dalla natura del contratto si convenga con patto successivo, per questa ragione non si può agire per il comprato a causa della stessa regola, perché non nasca l’azione dal patto. Il che sarà da dire anche in tutti i giudizi di buona fede. Ma il patto avrà seguito in qualche modo, poiché sogliono anche questi patti, che sono interposti dopo, generare eccezioni.

per cui un conto è il patto che produce una azione e vale per agire (per l’attore); un conto è il patto che produce una eccezione e sarà fatto valere dal convenuto (se sarà convenuto).

Ci sono poi i patti pretori[[5]](#footnote-5) o *recepta*:

D. 4, 9 Nautae caupones stabularii ut recepta restituant, 1 Ulpianus *l. 14 ad ed*., pr.: Ait praetor: nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo. […] 6. Ait praetor: Quod cuiusque salvum fore receperint: hoc est quamcumque rem sive mercem receperint. Inde apud Vivianum[[6]](#footnote-6) relatum est ad eas quoque res hoc edictum pertinere, quae mercibus accederent, veluti vestimenta quibus in navibus uterentur et cetera quae ad cottidianum usum habemus.

pr. Asserisce il pretore: Nocchieri albergatori stallieri quello di cui hanno promesso che sarebbe stato indenne, se non avranno restituito, contro di loro darò una formula. […] 6. Asserisce il pretore: quello di cui hanno promesso che sarebbe stato indenne: questo è qualunque cosa o merce abbiano ricevuto. Da cui presso Viviano è riferito che quest’editto riguarda anche quelle cose che accedono alle merci, come i vestiti che si usano sulle navi e tutte le altre che abbiamo per l’uso quotidiano.

D. 4, 9 Nautae caupones stabularii ut recepta restituant, 7 Ulpianus *l. 18 ad ed*., pr.: Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit. Sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: ceterum si extra navem licet a nautis, non praestabit. Item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.

pr. Deve l’armatore di tutti i suoi marinai, sia siano liberi sia servi, garantire l’operato: né insensatamente garantisce il loro operato, dal momento che lui stesso li ha impiegati a suo rischio. Ma non altro danno garantisce, se non quello che sulla stessa nave è stato inferto: quell’altro se è fuori dalla nave, sia pure [fatto] dai marinai, non lo garantirà. E così se si sarà detto prima che ciascuno dei viaggiatori badi alle proprie cose né che garantirà il danno, e avranno consentito i viaggiatori al presupposto, non sarà convenuto [responsabile].

**D)** Quasi-contratti

La categoria nasce con le Istituzioni imperiali (I. 3, 13, 2 [p. 581]) e raccoglie figure fino ad allora sparse, non altrimenti classificabili, molte delle quali provengono dal Gaio degli *aurea*:

D. 44, 7 De obligationibus et actionibus, 1 Gaius *l. 2 aureorum*, pr.: Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. 1. Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu. […]

pr. Le obbligazioni o da contratto nascono o da maleficio o con una qualche propria disciplina da varie figure di cause. 1. Le obbligazioni da contratto o sono contratte *re* o *verbis* o *consensu*. […]

D. 44, 7 De obligationibus et actionibus, 5 Gaius *l. 3 aureorum*, pr.: **Si quis absentis negotia gesserit**. […] 1. **Tutelae quoque iudicio** qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. … […] 2. **Heres quoque, qui legatum debet**, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur: nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intellegitur: maleficium autem nullum in ea re esse plus quam manifestum est. 3. Is quoque, **qui non debitum accipit per errorem solventis**, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur.

Pr. Se qualcuno abbia gestito gli affari dell’assente […] 1. Anche quelli che sono obbligati dalla formula della tutela non si intendono propriamente obbligati da contratto (nessun negozio infatti è contratto fra tutore e pupillo): ma poiché appunto non sono obbligati da maleficio, sembrano essere obbligati come se fossero obbligati da contratto. … […] 2. Anche l’erede che deve il legato, né da contratto né da maleficio si intende obbligato: infatti il legatario né col defunto né con l’erede si intende che abbia contratto alcunché: che nessun maleficio ci sia in ciò è più che palese. 3. Anche quello che riceve il non dovuto per errore di chi paga, è obbligato peraltro come se fosse da mutuo ed è obbligato con la stessa azione, con cui i debitori ai creditori: ma non può essere inteso che lui, che è obbligato per questa ragione, sia obbligato da contratto: chi infatti paga per errore appare dare più con l’intenzione di sciogliere l’obbligazione che non di contrarla.

**E)** Delitti

I delitti dello *ius civile* sono 4 e si creano fino all’ultima età repubblicana (*furtum* e *iniuria* sono nelle 12 tav.; il danneggiamento è nella *lex Aquilia* del 286 a.C.; ma la *rapina* è nell’editto di Lucullo del 76 a.c. e non sarebbe *civilis*)[[7]](#footnote-7).

Altre previsioni, anche decemvirali, non risultano essere assurte a rango di obbligazioni da delitto.

Ci sono poi le previsioni edittali, ma anche la *rapina* è edittale.

I concetti delle istituzioni sono ripetuti negli *aurea*:

D. 44, 7 De obligationibus et actionibus,4 Gaius *l. 3 aureorum*. Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria. Quae omnia **unius generis sunt**: **nam hae re tantum consistunt**, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu.

Da maleficio nascono le obbligazioni come da furto, da danneggiamento, da rapina, da ingiuria. Le quali tutte sono di un unico genere: infatti queste vengono in essere soltanto *re*, ciò è dallo stesso maleficio, mentre invece le obbligazioni da contratto non soltanto vengono in essere *re*, ma anche *verbis* e *consensu*.

**F)** Quasi-delitti[[8]](#footnote-8)

La categoria nasce con le Istituzioni imperiali (I. 4, 5 [p. 589]) e raccoglie figure fino ad allora sparse, non altrimenti classificabili, molte delle quali provengono di nuovo dal Gaio degli *aurea*:

D. 44, 7 De obligationibus et actionibus**,** 5 Gaius *l. 3 aureorum*, 4.: **Si iudex litem suam fecerit**, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri. 5. Is quoque, ex cuius cenaculo (vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat) **deiectum effusumve** aliquid est ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur ut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua volgo iter fieri solet, id **positum aut suspensum** habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. Ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. 6. Item **exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto**, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.

4. Se il giudice ha fatto sua la lite, non sembra obbligato propriamente da maleficio, ma poiché né è obbligato per contratto e comunque si capisce che qualcosa ha fatto male, anche se per imprudenza, allora sembra essere obbligato come se fosse da maleficio. 5. Anche quello, dal cui appartamento (o proprio o affittato o nel quale abita gratis) qualcosa è gettato o versato, così che ha fatto male a qualcuno, sembra essere tenuto da maleficio: pertanto si capisce che non proprio da maleficio è obbligato poiché per lo più è tenuto per la colpa di un altro, o servo o libero. A questo è simile colui che, da quella parte dove c’è comunemente passeggio, ha posto o appeso qualcosa che può, se cadesse, nuocere a qualcuno. Così se il figlio di famiglia avrà abitato da solo dal padre e qualcosa dal suo appartamento sia stato gettato o versato, o se avesse qualcosa posto e appeso, di cui lo stato è pericoloso, a Giuliano piacque che contro il padre non sia da dare l’azione *de peculio* né [quella] nossale, ma si debba agire contro il figlio stesso. 6. Altrettanto l’armatore o l’albergatore o lo stalliere per il danno o il furto che sulla nave o nell’albergo o nella stalla sia stato fatto, sembra essere tenuto come se fosse da maleficio, anche se non c’è nessun maleficio suo ma di qualcuno di quelli con la cui opera esercisce la nave o l’albergo o la stalla: infatti pur non essendo da contratto costituita contro di lui questa azione e non di meno è reo di una colpa, poiché si è servito dell’opera di uomini cattivi, pertanto sembra che sia tenuto come da maleficio.

**G)** Garanzie[[9]](#footnote-9): secondo la dogmatica moderna sono distinte in reali e personali.

Le garanzie reali sono: la fiducia, il pegno, l’ipoteca. Sono contratti?

Le garanzie personali sono: la *sponsio*, la *fideipromissio*, la *fideiussio*. Sono contratti?

Nel linguaggio classico si parla di *pactum fiduciae* e di *conventio pignoris*. Però Gaio dice così:

Gai 2, 60. Sed **cum fiducia contrahitur** aut cum creditore **pignoris iure** aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo conpetit usus receptio; si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo conpetit, nondum uero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucratiua usus capio conpetit.

60. Ma quando si contrae per fiducia o col creditore per diritto del pegno o con l’amico, affinché più sicuramente le nostre cose presso di lui stiano, se allora sia contratta la fiducia con l’amico, certamente spetta in ogni modo l’*usus receptio*; se invece col creditore, una volta pagato il denaro in ogni modo spetta, [se] invece non [è] pagato allora compete unicamente se né il debitore portò via quella cosa dal creditore né la chiese in precario, che sia lecito possedere quella cosa; caso in cui spetta una usucapione acquisitiva.

mentre nelle *Pauli Sententiae* si aggiunge:

Paul., *Sent*. 2, 13 De lege commissoria, 1.: Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem. […] 2. Quidquid creditor per fiduciarium servum quaesivit, sortem debiti minuit. 3. Debitor creditori vendere fiduciam non potest: sed alii si velit vendere potest, ita ut ex pretio eiusdem pecuniam offerat creditori, atque ita remancipatam sibi rem emptori praestet. […] 5. Si inter creditorem et debitorem **convenerit**, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore creditor denuntiare ei sollemniter potest et distrahere: nec enim **in tali conventione** fiduciae actio nasci potest.

1. Il debitore, ritirate dal creditore le cose fiduciate, contro di lui ha l’azione per il rimanente. […] 2. La qualunque cosa il creditore abbia acquisito per mezzo del servo fiduciato diminuisce l’ammontare del debito. 3. Il debitore non può vendere al creditore l’oggetto fiduciato: ma ad un altro se vuole può vendere, così che dal prezzo dello stesso offra danaro al creditore, e così rimancipata a sé la cosa la dia al compratore. […] 5. Se fra creditore e debitore si convenne che non gli fosse lecito vendere la cosa fiduciata, non pagando il debitore, il creditore glielo può denunciare solennemente e togliergli la cosa: né infatti in tale convenzione può nascere l’azione [restitutoria] della fiducia.

Quanto al pegno, sopra abbiamo già letto:

Gai 2, 64. Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest […]; item **creditor pignus ex pactione**

64. Altrimenti l’agnato curatore del pazzo può alienare il bene del pazzo […]; così il creditore il pegno secondo il patto

dove evidentemente si parla di *lex* (qui *pactum*) *commissoria* aggiunta alla *datio pignoris* aggiunta al contratto principale. Dunque il contratto garantito è un atto complesso, la cui natura contrattuale è difficile da scomporre.

D. 13, 7 De pigneraticia actione vel contra, 1 Ulpianus *l. 40 ad Sabinum*, pr.: Pignus contrahitur non sola tradidione, sed etiam nuda **conventione**, etsi non traditum est.

pr. Il pegno si contrae non con la sola consegna, ma anche col semplice accordo, anche se non sia consegnato.

Ma se c’è un’*actio pigneraticia* evidentemente c’è un contratto; altrimenti, se fosse un *pactum*, ci sarebbe una *exceptio*.

D. 13, 7 De pigneraticia actione vel contra], 9 Ulpianus *l. 28 ad ed*., 2.: Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem.

2. Propriamente definiamo pegno ciò che passa al creditore; [e diciamo] ipoteca poiché non passa [né l’oggetto] né il possesso al creditore.

Quanto all’ipoteca allora basterà dire:

D. 20, 1 De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum, 5 Marcianus *l. singularis ad formulam hypothecariam*, 1.: Inter pignus autem et **hypothecam** tantum nominis sonus differt.

1. Fra pegno allora e ipoteca differisce solo la pronuncia del nome.

D. 20, 1 De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum, 4 Gaius *l. singularis de formula hypothecaria*: Contrahitur hypotheca per **pactum conventum**, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae: nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus quae consensu contrahuntur. Et ideo et sine scriptura **si convenit ut hypotheca sit** et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt.

Si contrae ipoteca per mezzo di un patto convenuto, quando qualcuno pattuisca che le sue cose per una qualche obbligazione siano vincolate a titolo di ipoteca: né riguarda l’argomento con quali parole venga in essere, così come è in quelle obbligazioni che sono contratte per consenso. E pertanto anche senza scritto se convenne che ci fosse ipoteca e potrà essere provato, sarà vincolata la cosa della quale hanno convenuto. Ci sono infatti di queste gli scritti affinché ciò che è stato fatto possa più facilmente essere provato per loro mezzo: e senza quelli peraltro vale ciò che è stato fatto, se si abbia la prova: così anche le nozze esistono, sebbene non ci sono testimonianze negli scritti.

Quanto alle garanzie personali, sovviene un lungo brano gaiano:

Gai 3, 115. Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obligari, quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fideiussores appellamus. 116. **Sponsor** ita interrogatur: idem dari spondes? **Fidepromissor** ita: idem fidepromittis? Fideiussor ita: idem fide tua esse iubes? Videbimus de his autem, quo nomine possint proprie adpellari, qui ita interrogantur: idem dabis? idem promittis? idem facies? 117. Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit; adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur; quia enim ut ita nobis detur stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi meo tenetur. 118. Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est, fideiussoris valde dissimilis. 119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur. 119a. Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. At ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, siue extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi debeatur

115. Anche a favore di quello che promette sogliono altri essere obbligati, dei quali alcuni chiamiamo *sponsores*, alcuni *fidepromissores* alcuni *fideiussores*. 116. Lo *sponsor* è interrogato così: lo stesso prometti che sia dato? Il *fidepromissor* così: lo stesso fedeprometti? Il fideiussore così: lo stesso sul tuo onore ordini che sia? Vediamo poi di quelli, a quale titolo possano propriamente essere interpellati, che sono interrogati così: lo stesso darai? Lo stesso prometti? Lo stesso farai? 117. *Sponsores* allora e fidepromissori e fideiussori sovente siamo soliti prendere quando curiamo che ci sia promesso con più accortezza; l’*adstipulator* invece lo utilizziamo quasi esclusivamente quando così stipuliamo che qualche cosa sia data dopo la nostra morte; poiché infatti niente facciamo stipulando perché che così ci sia dato, si usa l’*adstipulator* perché quello agisca dopo la nostra morte: il quale, se qualcosa sia stato ottenuto, è obbligato a restituire al mio erede quello con una formula di mandato. 118 La condizione dello *sponsor* e del fidepromissore è simile, [quella del] fideiussore molto diversa. 119. Infatti quelli ad alcuna obbligazione possono accedere se non alle verbali, sebbene talora lo stesso che promise non fosse obbligato, come se la donna, o il pupillo senza autorizzazione del tutore, o chi vuoi dopo la sua morte abbia promesso che fosse dato. Ma questo è discusso, se il servo o lo straniero promise, se a suo favore lo *sponsor* o il fidepromissore sia obbligato. 119a. Il fideiussore invece può essere aggiunto a tutte le obbligazioni, ciò è sia che siano state contratte *re* sia *verbis* sia *litteris* sia *consensu*. Né ci importa nemmeno se l’obbligazione, alla quale sia aggiunto, sia civile o naturale; pertanto allora può essere obbligato anche a favore del servo, sia che sia un estraneo quello che prenda un fideiussore da [l’obbligazione del] servo, sia [che sia] lo stesso proprietario per ciò che [dal servo] gli è dovuto.

dal quale si evince chiaramente trattarsi di obbligazioni contrattuali che nascono *verbis*.

**H)** Estinzione

I vari modi sono descritti nel manuale. Una volta si distingueva fra modi di estinzione *ipso iure*, tipici dello *ius civile*, e modi *ope exceptionis*, creati cioè dal pretore, traendo la distinzione da Gai 3, 168 (p. 447).

Possiamo vedere alcune particolarità in tema di rapporti fra *acceptilatio* e *stipulatio Aquiliana:*

D. 46, 4 De acceptilatione, 18 Florentinus *l. 8 Institutionum*, pr.: Et uno ex pluribus contractibus vel certis vel incertis vel, quibusdam exceptis, ceteris et omnibus ex causis una acceptilatio et liberatio fieri potest. 1. Eius rei stipulatio, quam acceptio sequatur, a Gallo Aquilio[[10]](#footnote-10) talis exposita est: quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes tenes possides: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. Quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit spopondit, id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit, Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit.

pr. E da uno di più contratti o certi o incerti o, eccettuati alcuni, dagli altri e per tutte le ragioni ci può essere una [unica] *acceptilatio* e liberazione. 1. La stipulazione di questa cosa, che l’accettazione segue, da Aquilio Gallo è esposta così: quello che tu a me per qualunque causa è necessario sarà necessario dare fare in presente o in futuro, e delle quali cose è mia l’azione contro te e che contro di te la richiesta o contro di te la ricerca è o sarà, o ciò che tu di mio hai tieni possiedi: quanto e quali di queste cose sarà, tanto danaro Aulo Agerio ha stipulato che fosse dato, garantì Numerio Negidio. Quello che Numerio Negidio ad Aulo Agerio promise [e] garantì, quello se l’avesse da lui accettato, Numerio Negio chiese [ad] Aulo Agerio, Aulo Agerio a Numerio Negidio fece accettato*.*

Quello che Fiorentino esprime così, è spiegato nelle Istituzioni imperiali in questo modo:

I. 3, 29, 2. Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit ut omnium rerum obligatio in stipulationem deducatur et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Gallo Aquilio ita composita est: quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, oportebit oporteretve, praesens in diemve quarumque rerum mihi tecum actio quaeque abs te petitio vel adversus te persecutio est, erit, quodque tu meum habes, tenes, possides, possideresve dolove malo fecisti quo minus possideres, quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est aulus agerius, spopondit numerius negidius.Item e diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium: quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum? Respondit Aulus Agerius: habeo acceptum vel et acceptum tuli**.**

2. Fu prodotta la stipulazione che normalmente è chiamata Aquiliana, per mezzo della quale stipulazione consegue che l’obbligazione di tutte le cose sia dedotta in stipulazione e questa per mezzo di una *acceptilatio* sia estinta. Infatti la *stipulatio* Aquiliana nova tutte le obbligazioni e da Gallo Aquilio fu composta così: quello che tu a me per qualunque causa è necessario sarà necessario o sarebbe necessario dare fare in presente o in futuro, e delle quali cose è mia l’azione con te e che contro di te la richiesta o contro di te la ricerca è o sarà, o ciò che tu di mio hai tieni possiedi o possiederesti con dolo malvagio facesti perché meno possedessi: quanto e quali di queste cose sarà il valore, tanto danaro Aulo Agerio stipulò che fosse dato, garantì [che avrebbe dato] Numerio Negidio. Poi al contrario Numerio Negidio interrogò Aulo Agerio: Quello che a te oggi per la stipulazione Aquiliana fu garantito [che ti sarebbe dato], tutto quello hai ricevuto? Rispose Aulo Agerio: Ho ricevuto o anche lo considerai accettato.

Infine, tra le cause di estinzione delle obbligazioni, nel libro (p. 453 s.) si parla del *concursus causarum*[[11]](#footnote-11) e si cita il brano di Salvio Giuliano riprodotto in D. 44, 7, 19 dove si propone un ragionamento tanto interessante quanto complesso:

D. 44, 7 De obligationibus et actionibus, 19 Iulianus *l. 73 digestorum*: Ex promissione dotis: non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intellegitur, qui dotem petit. Porro cum creditor vel emptor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilo minus integras actiones retinent, sicut ex contrario qui non ex causa lucrativa rem habere coepit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere.

Dalla promessa di dote[[12]](#footnote-12): non sembra sia un titolo oneroso, ma comunque si può pensare chi chiede la dote [come] creditore o compratore[[13]](#footnote-13). Inoltre quando il creditore o compratore ha cominciato ad avere il bene da un titolo oneroso, non di meno rimane titolare di azioni intatte[[14]](#footnote-14), [non] come al contrario chi ha cominciato ad avere il bene non da un titolo oneroso, [ed egli] lo stesso [bene] non è impedito di chiedere per il titolo oneroso.

Impostare bene il caso prospettato: Giuliano pensa (*intellegit*) ad un soggetto che deve avere un bene da qualcuno che potrebbe divenire suo suocero. Se il soggetto si fidanza con la figlia di chi deve dare, si può verificare l’ipotesi che l’oggetto sia stato pagato, oppure che non sia stato pagato. Allora Giuliano dice che se lo *sponsus* ha pagato ed ha ricevuto l’oggetto, ma tra i beni dotali, è rimasto comunque creditore. Non così se non lo ha pagato.

1. La retorica, prima greca e poi romana, ha utilizzato lo schema *genus* – *species* per le classificazioni utili nei processi conoscitivi: nel senso che il *definiendum* è un *genus*, di per sé indivisibile, il quale va scomposto nei vari contenuti, cioè nelle *species*; per cui qui Gaio avrebbe invertito i *genera obligationum*, divisi in *quattuor species*, con le *species obligationum* divise in *quattuor genera*. Ma è il *genus obligatio* che è divisibile in *duas species*, cioè *obligatio quae ex contractu nascitur* ed *obligatio quae ex delicto nascitur*; dove poi la *obligatio quae ex contractu nascitur* è a sua volta un *genus* divisibile in *quattuor species contràctŭum*, ove ciascuno è un *genus* divisibile in *species*, come il *genus* dei *contràctūs verbis* è diviso nelle *species*: *sponsio* e *stipulatio*. Come se dicesse che i *genera obligationum ex contractu* sono diversi tra loro: infatti l’*obligatio* viene in essere per cause (ablativi di causa) diverse, e dunque le *obligationes* sono tutte diverse tra loro e dunque sono poco classificabili. Poi la compilazione bizantina inizierà il lungo cammino dell’unificazione concettuale (mai raggiunta: v. infatti l’art. 1173 C.c.). [↑](#footnote-ref-1)
2. Tenere ben presenti i contenuti di Ulpiano in D. 2, 14, 7, pr. e 4 (p. 419) e di Paolo in D. 19, 5, 5, pr. (p. 583). [↑](#footnote-ref-2)
3. Tieni presente Ulpiano che riferisce (D. 50, 16, 19 [p. 416]) Labeone sul contratto come συνάλλαγμα, mentre le altre obbligazioni nascono con la loro formalità, a prescindere dall’accordo. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ricorda D. 2, 14, 7, 4 (Ulp. l. 4 ad ed.): *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem:* ***igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem***. [↑](#footnote-ref-4)
5. Il *fidem fallere* pretorio si aggiunge a tutte le obbligazioni, in qualunque modo contratte (art. 1337 C.c.). I *recepta*, pur essendo *pacta adiecta*, danno luogo ad *actiones recepticiae in factum*. [↑](#footnote-ref-5)
6. Viviano è un giurista forse del I sec d.C., di cui restano solo citazioni, senza nome dell’opera, in Ulpiano. Forse nel II sec. esisteva anche una *Epitome ex corpore Viviani*. I *recepta* sono applicati ai contratti bancari (*receptum argentarii*) perché il banchiere paghi sempre i debiti dei clienti, anche se manca la provvista. Il *constitutum debiti alieni* può imporre altre modalità di esecuzione: es. in un giorno stabilito. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sempre in ordine allo schema *genus* – *species*, Gaio qui [ma sostanzialmente lo stesso è in 3, 182] dice: *unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt*. Cioè l’*obligatio ex maleficio* (*delicto*) è un *genus* che non è distinguibile in *species*, mentre la *obligatio quae ex contractu nascitur* è un *genus* divisibile in *quattuor species contràctŭum*, come abbiamo detto sopra a nt. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Caratteristiche delle azioni penali e concorso delle azioni: v. p. 430 s. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ricorda Isid., *Etymologiae* 5, 25, 22-24 già visto nella scheda *Diritto delle obbligazioni (arcaico)*. [↑](#footnote-ref-9)
10. C. Aquilio Gallo fu pretore n [66 a.C.](https://it.wikipedia.org/wiki/66_a.C.) E’ noto per l’introduzione della [stipulazione aquiliana](https://it.wikipedia.org/wiki/Stipulazione_aquiliana) come unica soluzione di più obbligazioni. Studiò anche l’[*actio de dolo*](https://it.wikipedia.org/w/index.php?title=Actio_de_dolo&action=edit&redlink=1). Fu seguace e allievo di [Quinto Mucio Scevola *pontife*](https://it.wikipedia.org/wiki/Quinto_Mucio_Scevola_(console_95_a.C.))*x* (89 a.C.), contrapponendosi ai serviani seguaci di [Servio Sulpicio Rufo](https://it.wikipedia.org/wiki/Servio_Sulpicio_Rufo) (console nel 51 a.C.). [↑](#footnote-ref-10)
11. Es.: divenire l’erede del debitore: [↑](#footnote-ref-11)
12. Facciamo il caso che lo *sponsus*, futuro marito, sia creditore del *pater*: se ha ottenuto il bene oggetto del credito fra i beni dotali, è rimasto ancora creditore del *pater*? Se lo ha pagato, sì (*integras actiones retinet)*; se lo ha ottenuto gratuitamente, appunto a titolo (gratuito) di dote, no (*sicut ex contrario*). Questa però è l’opinione di Salvio Giuliano, che ora è rifluita nella legislazione giustinianea, cioè è divenuta legge dopo il 1 gennaio 534. [↑](#footnote-ref-12)
13. Se per esempio lo *sponsus* fosse stato un acquirente di un bene del *pater*, lo avesse pagato e fosse ancora in attesa di riceverlo dal venditore, futuro suocero e promittente la dote. [↑](#footnote-ref-13)
14. Vale a dire l’*actio ex empto* contro il venditore che non ha adempiuto l’obbligazione di consegnare. [↑](#footnote-ref-14)