

CAPITOLO I
CONCETTO, GENESI ED
ESTINZIONE DELLE
OBBLIGAZIONI

1.1 Nascita, fonti ed evoluzione delle obbligazioni nel mondo romano

Dalla definizione di *obligatio*, rilevabile nelle Istituzioni di Giustiniano «*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*¹» l'obbligazione rappresenta un vincolo giuridico in forza del quale si può costringere taluno all'adempimento di una prestazione in base al nostro ordinamento giuridico. Da questa definizione si ricava il concetto di *obligatio*, ovvero di un vincolo giuridico (*iuris vinculum*) potenziale per il quale si è tenuti ad un determinato comportamento (*solvere aliquam rem*), comportamento che oggi definiamo "prestazione". Il soggetto tenuto alla prestazione si chiama "debitore", mentre la controparte, alla quale la prestazione è dovuta, si definisce "creditore". Altrimenti detto, l'obbligazione può essere definita come il rapporto giuridico per il quale un soggetto, detto debitore, è tenuto ad una certa prestazione in favore di un altro soggetto detto creditore. Il dovere giuridico del debitore è il "debito", mentre, quello del creditore è il "credito". La prestazione del debitore consiste, dunque, in un comportamento positivo come pagare, dare, consegnare². Il concetto di *obligatio* nacque a Roma nell'ambito degli atti leciti. Ma prima ancora, tra le fonti delle *obligationes* assunsero rilievo giuridico gli atti illeciti. Inizialmente il solo modo ammesso di reagire contro comportamenti illeciti gravemente lesivi dei principi che regolavano la comunità, lesivi di persone ed interessi del gruppo familiare rispetto a soggetti estranei al gruppo, era la vendetta. L'autore del fatto lesivo doveva, dunque, subire una pena (*poena*) che nei casi più gravi poteva portare all'uccisione dell'offensore. La pena era inflitta dal *pater familias* del gruppo familiare offeso. Trattandosi di pena corporale, però, la sua applicazione avveniva attraverso l'impossessamento dell'estraneo autore dell'illecito. Tale impossessamento si attuava solitamente nelle forme stabilite, con l'intervento di un magistrato della comunità. Si può supporre che l'offeso potesse rinunciare alla vendetta se l'autore del fatto, o altri per lui, offrivano in pagamento una somma di denaro che il primo non poteva rifiutare se corrispondente all'offesa patita. Più complessa è invece la definizione Paolo

¹ Inst., 533,3,13.

² M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 2006, pp. 401-402.

(D. 44.7.3 pr.) «*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*» che si può così tradurre «l'essenza delle obbligazioni non consiste nel far nostra una cosa corporale o una servitù, ma nel costringere altri verso di noi a dare, a fare o a prestare». Secondo Paolo, dunque, l'obbligazione consiste «nella necessità che un soggetto compia o non compia una determinata attività a favore di un altro soggetto, e la realizzazione del contenuto del diritto del soggetto attivo del rapporto obbligatorio implica la possibilità di costringere (mediante un'*actio in personam*) il soggetto passivo a tale comportamento³». L'impostazione di Paolo risulta pertanto aderente con la prospettiva di Gaio⁴ nella distinzione tra *actio in rem* e *actio in personam*⁵. Le più antiche obbligazioni da atto lecito sono invece riscontrabili nella codificazione decemvirale classificabili nel *nexum*, nel *mutuo*, nei *vades e praedes* e negli *sponsores*. Il *nexum* è la fattispecie più recente poiché presuppone, come *gestum per aes et libram*, un sistema economico basato sulla moneta, anche nella forma dell'*aes rude*⁶ (bronzo non lavorato). Era un atto che si compiva con l'intervento di cinque testimoni cittadini romani puberi e di un *libripens* con bilancia. Prima prestito di metallo usato come merce di scambio, poi prestito in denaro (una volta introdotta la moneta, la pesatura assumeva un atto simbolico). Quello sui *nexi* era un potere diretto ed immediato su una persona e dava luogo ad un vincolo attuale, non potenziale come invece nella classica *obligatio*. Fu abolita dalla *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C. Il *mutuo*, tipica *obligatio re contracta* di cui meglio si dirà a seguito, è contratto reale unilaterale, a titolo gratuito, mediante il quale il mutuante trasferisce in proprietà al mutuatario una somma di denaro o una determinata quantità di altre cose fungibili con l'accordo che quest'ultimo restituirà alla scadenza fissata la stessa somma di denaro o la stessa quantità di cose fungibili. La *datio* è il fondamento del vincolo obbligatorio; l'obbligazione sorge nei

³ G. Pugliese - F. Sitzia - L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. 300-301.

⁴ Gaio fu un giurista romano del II secolo d.C. autore delle "*Institutiones*" ("Istituzioni"), una sintesi del diritto romano giunta a noi solo in parte.

⁵ Gai 4.2.

⁶ M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, A. Giuffrè Editore Milano, 1990, p. 604.

limiti in cui è avvenuta la *datio*. I *vades e praedes* nella legislazione decemvirale erano forme di eterogaranzia in cui al creditore rispondeva non il soggetto su cui gravava il dovere di comportamento, ma un terzo soggetto che oggi chiamiamo garante. Gli *sponsores* erano anch'essi dei garanti per fatto altrui. Il giuramento e gli ostaggi erano le garanzie nell'ambito dei rapporti tra popoli soggetti ad ordinamenti diversi. In mancanza di un accordo, diventava necessario creare un potere di fatto che il «creditore» poteva esercitare sul garante il quale si impegnava sul piano sacrale. Al vincolo reale sull'ostaggio se ne sostituiva uno potenziale, destinato a realizzarsi nel momento in cui veniva disattesa l'aspettativa garantita. Nella *sponsio* l'assunzione di responsabilità non è ancora assunzione di responsabilità per il fatto proprio ma è rivolta a garantire il fatto di un terzo. Dopo avere introdotto il concetto di obbligazioni, appare utile un cenno alle fonti ricavabili, in primis, nelle *Institutiones*, dove, la trattazione delle *obligationes* inizia con una *summa divisio*. Secondo una prima classificazione ne sono previste due specie, nel senso che ogni obbligazione nasce o da un contratto o da un delitto. Nella nuova stesura a cura dello stesso giurista (*Res cottidianae*⁷) questa bipartizione diviene una tripartizione: «*Obligatio aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*⁸» traducibile in «le obbligazioni nascono o da contratto o da delitto, o in modo a sé stante da una serie di singole fattispecie»). Detta tripartizione si trasforma nelle *Institutiones* imperiali in una quadripartizione dove le obbligazioni nascono «da contratto o quasi da contratto o da delitto o quasi da delitto»⁹. Negli ultimi due secoli della repubblica, all'emergere della categoria dell'*obligatio*, tutte le fattispecie dell'epoca vengono fatte rientrare nelle figure dei *contractus* e dei *delictum*. Fra il I sec a.C. e ed il I d.C. nasce la contrapposizione fra *obligationes ex contractu* ed *ex delicto* che si consolida nella *summa divisio* di Gaio che la considera esaustiva; lo stesso Gaio nel contesto delle *variae causarum figurae* affianca le singole fattispecie ai contratti ed ai delitti, riportandole così in contesti più precisi, utilizzando un linguaggio

⁷ Le *Res cottidianae sive Aurea* sono un'opera giuridica elementare di diritto privato romano. Tutti gli scritti sulle *res cottidianae* consistono in ventisei frammenti che ci sono tramandati dal Digesto.

⁸ Gaius, 2 *aureorum*, D. 44.7.1.

⁹ M. Talamanca, *Istituzioni*, cit., p. 508.

che sembra distinguere, nelle Istituzioni giustinianee, le *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex delicto*¹⁰. Nelle *Institutiones* di Giustiniano la *summa divisio* delle *obligationes* diventa quella tra *obligationes civiles* e *praetoriae*. Dopo la *summa divisio*, si trova la quadripartizione fra *obligationes ex contractu*, *quasi ex contractu*, *ex maleficio* (o *ex delicto*), *quasi ex maleficio* (o *quasi ex delicto*)¹¹.

¹⁰ M. Talamanca, *Istituzioni*, cit., p. 510.

¹¹ Inst. 3.13.2: *Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut ex maleficio aut quasi ex contractu aut quasi ex maleficio.*

1.2 La prestazione come elemento essenziale dell'obbligazione

La prestazione come dovere di comportamento del debitore verso il creditore è un elemento essenziale dell'*obligatio* del periodo imperiale ma anche in quello tardo-repubblicano. Nella struttura arcaica l'istituto si differenzia da quella classica essenzialmente in due punti: 1) in origine l'aspettativa del creditore non si riferiva ad un comportamento del soggetto che si assumeva la responsabilità (riguardava il comportamento di un terzo); 2) considerata la natura personale e non patrimoniale della responsabilità, l'aspettativa del creditore non doveva necessariamente avere carattere patrimoniale. Con le XII Tavole la prestazione diventa il momento centrale del rapporto obbligatorio: l'atto con il quale si assume l'obbligazione assurge a promessa di tenere un certo comportamento, cui si accompagna la responsabilità per l'inadempimento; nello stesso tempo, però, anche se in tempi diversi, la prestazione acquista carattere patrimoniale associandosi alla persona del debitore. Nel periodo tardo-repubblicano, laddove il creditore voleva vincolare il debitore ad un comportamento che non prevedeva un'immediata valutazione patrimoniale, doveva prima provvedere a patrimonializzarlo mediante il ricorso alla *stipulatio poenae*, con il quale il debitore prometteva di pagare una somma di denaro nel caso avesse disatteso il comportamento non patrimoniale assunto purché ciò configurasse uno scopo lecito (in caso contrario interveniva l'invalidità pretoria del negozio). La giurisprudenza tardo-classica si rifà alla struttura promissoria della *stipulatio* ritenendo che il venditore potesse assumersi soltanto l'obbligazione per il comportamento proprio e dei propri eredi, per cui nei confronti del comportamento dei terzi la promessa è inefficace, poiché «*nemo ... alienum factum promittendo obligatur*»¹²: nessuno resta obbligato promettendo il fatto altrui. In questo modo viene sancito il principio dell'impossibilità di promettere il fatto altrui, anche mediante *stipulatio*, principio questo che trova applicazione negli altri contratti. Il carattere personale della prestazione opera anche dal lato attivo, nel senso che il destinatario della prestazione può essere soltanto colui che ha partecipato all'atto, escludendo nell'esperienza romana il contratto a favore di terzi. Lo stesso Q. Mucio

¹² Ulpiano, D. 45.1.38 pr.

Scevola, nel I sec. a.C., scrive «nessuno può farsi promettere [una prestazione] a favore di altri» per la sostenuta necessità che le parti del rapporto coincidano con quelle del negozio. Bisognerà aspettare fin verso la fine del III sec. d.C. e solamente per alcuni casi eccezionali, per vedere ammessa, dalla cancelleria di Diocleziano, un'*actio utilis* a favore del terzo beneficiario, ancorché il diritto riconosciuto al terzo non era statuito come effetto essenziale del contratto¹³. Ciononostante la giurisprudenza classica ammetteva spesso che il contratto a favore di terzi avesse efficacia nei confronti del contraente interessato a che la prestazione fosse eseguita al terzo. Siamo in presenza di quello che la pandettistica chiamava contratto “improprio” a favore di terzi che ha efficacia esclusivamente fra le parti, non avendo il terzo né diritto né azione per ottenere la prestazione destinatagli. La prestazione poteva consistere nel “*dare*” nel senso di trasferire una cosa in proprietà o in possesso o nel “*facere*” una determinata attività da parte del debitore. Al “*dare*” ed al “*facere*”, le fonti romane aggiungono anche il “*prestare*” da “*praes-stare*” o star garante, che solamente la dottrina moderna ha considerato in modo arbitrario quale comportamento obbligatorio del debitore quale momento della “responsabilità” (e della relativa obbligazione) susseguente a quello del mero debito in caso di inadempimento¹⁴. Tuttavia, da molte delle fonti risulta che i giuristi romani classificavano le prestazioni in base all'oggetto dell'*oportere*: *dare, facere* (e *non facere*), *praestare*. Il *dare oportere* comportava l'obbligo di trasferire la proprietà di una cosa o di costituire un diritto reale parziario. Le obbligazioni civili di *dare*, o *in dando*, nascenti da atto lecito (in genere, da contratto) davano luogo ad un'*actio* con *intentio certa*. Le altre obbligazioni erano considerate *in faciendo*, categoria che ricomprendevano anche quelle *in non faciendo*. In quanto *obligationes* tutelate dal *ius civile*, esse davano luogo ad un'*actio civilis* con l'*intentio incerta* al *quidquid dare facere oportet* o ad un *iudicium bonae fidei*, con l'*intentio al quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Secondo Giustiniano, solo le *stipulationes in faciendo* erano intrasmissibili sia attivamente che passivamente. I requisiti della prestazione erano: la determinatezza

¹³ M. Talamanca, *Istituzioni*, cit., p. 514.

¹⁴ A. Guarino, *Istituzioni di diritto romano*, Editore Jovene Napoli, 2006, pag. 270.

o la determinabilità, stabilita in base a criteri ben individuabili all'atto della formazione del rapporto, senza la quale l'obbligato sarebbe stato alla mercé del creditore e l'obbligazione avrebbe attribuito un potere arbitrario al secondo nei confronti del primo; la possibilità della sua esecuzione sia dal punto di vista materiale che giuridico senza la quale il debitore si sarebbe trovato nelle mani del creditore; la liceità giuridica e morale in aderenza alle norme inderogabili del diritto e con quelle fondamentali della morale; la valutazione economica senza la quale non sarebbe stata possibile la condanna pecuniaria in conseguenza dell'esercizio dell'azione personale¹⁵. Le prestazioni possiamo classificarle a secondo delle loro intrinseche caratteristiche in obbligazioni positive e negative, alternative, facoltative, generiche, parziarie, solidali, divisibili, indivisibili, interessi, rendita e obbligazioni naturali.

¹⁵ A. Guarino, *Istituzioni*, cit., p. 272.

1.3 Le diverse tipologie di obbligazioni nel mondo romano

In questo paragrafo si cercherà di esplorare, seppur con i limiti imposti dalla finalità dell'elaborato, il sistema romano delle obbligazioni che ancora oggi – a grandi linee – riflette all'interno della struttura codicistica italiana il modello offerto dalla maturazione Gaiana delle *res cottidianae*. Necessario, dunque, appare breve un *excursus* sulla pluralità delle *obligationes* studiate, partendo dalle obbligazioni positive e negative a quelle alternative, facoltative e generiche, dalle parziarie, solidali a quelle divisibili ed indivisibili, da quelle derivanti da atto lecito, alle *re contractae* ed ai contratti innominati, dai *verbis contractae* ai *litteris contractae*, *consensu contractae*, per continuare con il contratto di locazione, di società, di mandato, per finire con le obbligazioni *quasi ex contractu* e derivanti da delitti. Procedendo con ordine le obbligazioni “positive” erano quelle che prevedevano un comportamento di dare e fare, dunque di tipo commissivo; mentre quelle “negative” presumevano un comportavano omissivo, dunque di non fare. La differenza aveva rilevanza in materia di responsabilità ai fini dell'adempimento. Le obbligazioni “alternative” erano quelle aventi ad oggetto due o più prestazioni rispetto alle quali il debitore era tenuto ad adempiere solamente una. Laddove le parti non avessero previsto nulla, per le obbligazioni nascenti da atto *inter vivos* la scelta spettava al debitore (e si trasmetteva agli eredi di quest'ultimo). Il diritto di scelta, tuttavia, poteva esplicitamente essere rimesso al creditore¹⁶. Comunque sia, l'adempimento estingueva l'obbligazione alternativa. Più prestazioni erano contemplate nella c.d. obbligazione “facoltativa”, ma una soltanto restava quella rispetto alla quale al debitore era concesso di liberarsi eseguendo una prestazione diversa. Inoltre, nell'obbligazione facoltativa l'impossibilità sopravvenuta della prestazione determinava l'estinzione dell'obbligazione, mentre, in quella alternativa, l'impossibilità sopravvenuta di una delle prestazioni produceva la concentrazione sull'altra¹⁷. Le obbligazioni di genere o “generiche” erano obbligazioni di dare che contemplavano un'ampia categoria di scelte tra le quali, di regola, il debitore poteva scegliere. Non era prevista la fattispecie

¹⁶ A. Guarino, *Istituzioni*, cit., pag. 273.

¹⁷ M. Talamanca, *Istituzioni*, cit., p. 520.