

RIDA

REVUE
INTERNATIONALE
DES DROITS
DE L'ANTIQUITÉ

65²⁰¹⁸



Presses Universitaires de Liège

Table des matières

Éditorial, par Jean-François GERKENS 7

In memoriam

Jakub URBANIK, *In Memoriam Joseph Mélèze-Modrzejewski* 9

Droit romain

Pascal PICHONNAZ, *La liberté contractuelle et l'interdiction de certains jeux d'argent* 15

Gregor ALBERS, *La perpetuazione dell'obbligazione: un concetto paolino* 41

Federica BERTOLDI, *L'esecutore testamentario nel diritto romano* 53

Filippo BONIN, *Tra interesse pubblico e teologia politica: l'episcopalis audientia in età costantiniana* 77

Stefania FUSCO, *La pudicitia come fondamento dello statuto etico-giuridico della donna romana* 105

Dobromila NOWICKA, *A few remarks on the interpretation of D. 47.10.15.29 in the context of the edict ne quid infamandi causa fiat* 125

Isabella PIRO, *Matrimonio e conubium. Brevi riflessioni alla luce di Gai. 1.55–88* 147

Janne PÖLÖNEN, *Religion in Law's Domain: recourse to supernatural agents in litigation, dispute resolution, and pursuits of justice under the Early Roman Empire* 163

Stefania RONCATI, *Donne e vino nell'antichità: una storia di divieti?* 195

Giovanni TURELLI, *La nozione di populus in Alfeno* 211

Rick VERHAGEN, *Chirographs in Classical Roman Law. Constitutive or Probative?* 251

Réception du droit romain

Carmen LÁZARO GUILLAMÓN, *La prohibición de pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero: C. 2.3.30 y glossae ad textum* 307

Antonio SACCOCCIO, <i>La consensualità del mutuo reale. Continuità e discontinuità nella disciplina del contratto di mutuo tra diritto romano, Italia e Cina</i>	341
José Luis ZAMORA MANZANO, <i>Habeas Corpus como instrumento de protección de la libertad: perspectiva romanística a través del interdicto de homine libero exhibendo</i>	369
Droit byzantin	
Hylkje DE JONG, <i>Fullness of Κουστωδία/Φυλακή (Custodia) in Early Byzantine Law</i>	397
Hommage à Berthold Kupisch	
Jeroen CHORUS, <i>In Integrum Restitutio under Classical Roman Law, Particularly on the Ground of Metus, and Berthold Kupisch</i>	417
Chroniques	
Jean-François GERKENS, <i>La SIHDA à Cracovie</i>	431
Ouvrages reçus par la direction	475

Éditorial

Jean-François GERKENS

Dans l'éditorial de la *RIDA* 64, nous déplorions la disparition de Joseph Méléze-Modrzejewski, membre de notre comité de rédaction. Avec le décès de Hans Ankum, c'est un nouveau membre de notre comité de rédaction qui est venu à manquer. Il y était entré pour le numéro 36 (1989), il y a donc environ 30 ans, en même temps que Giovanni Pugliese.

Hans Ankum a fait l'objet d'une commémoration lors de l'assemblée générale de la SIHDA d'Édimbourg, ainsi que lors d'une rencontre du « Forum romanum », société savante qu'il avait fondée au sein de son Université d'Amsterdam. Lors de cette réunion du 18 octobre 2019, Eric Pool a évoqué « le maître et ami Hans Ankum », Laurens Winkel « le romaniste », Edgar du Perron le « professeur de l'Université d'Amsterdam » et l'auteur de ces mots, « Hans Ankum et la SIHDA ». La *RIDA* commémorera Hans Ankum dans son prochain numéro.

Au demeurant, le présent numéro commémore, comme annoncé, Joseph Méléze-Modrzejewski sous la plume de Jakub Urbanik. Il rend également hommage à Berthold Kupisch à l'initiative de Jeroen Chorus.

Enfin, le premier article du présent numéro constitue l'élaboration du texte de la conférence introductive à la session internationale de la SIHDA de Bologne. Pascal Pichonnaz l'avait prononcée le 12 septembre 2017, en ouverture de la session internationale dont la chronique est parue dans le numéro précédent de la *RIDA*. Le présent numéro contient quant à lui, la chronique de la SIHDA de Cracovie de 2018.

Au titre des nouveautés éditoriales, la rédaction de la *RIDA* a décidé de publier — dans le futur et en plus de la revue — des monographies sous forme de « Hors-série la *RIDA* ». Nous espérons que l'initiative trouvera également son lectorat.

Excellente lecture à toutes et tous !

Chaufontaine, le 11 novembre 2019.

Jean-François Gerkens

La perpetuazione dell'obbligazione: un concetto paolino*

Gregor ALBERS
Universität de Bonn

1. Introduzione: D.45.1.91

Quello che sappiamo della *perpetuatio obligationis* lo leggiamo in un estratto dal diciassettesimo libro del commentario di Paolo all'opera di Plauzio, tramandato in D.45.1.91. Il passo tratta dell'inadempimento dell'obbligo nascente da stipulazione. Il § 3 riassume astrattamente: «*Quotiens culpa intervenit debitoris, obligatio perpetuatur*»; nel caso di colpa del debitore, l'obbligazione si perpetua. Secondo la nostra fonte, questo fu deciso dai *veteres* (*veteres constituerunt*). La regola riguarda i casi nei quali il debitore non è più in grado di adempiere. Vengono distinte due ipotesi: o è il debitore stesso a dar luogo all'impedimento, o quest'ultimo è sopraggiunto durante la sua *mora*. Tuttavia, anche se la regola varrebbe per entrambe le ipotesi, Paolo osserva, che soltanto nel caso di *factum debitoris* è sicuro che l'obbligazione rimanga per sempre. La *mora*, invece, può essere purgata successivamente. La *purgatio* è presentata in contrasto con la *perpetuatio*, ma il risultato è supportato dall'autorità di Celso e Giuliano¹.

* Il presente contributo è una versione leggermente ampliata della relazione tenuta il 13 settembre 2017 a Bologna nell'ambito della 71^a Sessione della *Société Internationale Fernand De Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité*. Nelle note ho aggiunto i riferimenti essenziali. Ringrazio l'amico Salvatore Marino per avermi aiutato con la traduzione del testo dal tedesco e l'amica Isabella Zambotto per ulteriori indicazioni. La proposta qui avanzata è adesso tratta dal mio libro *Perpetuatio Obligationis: Leistungspflicht Trotz Unmöglichkeit Im Klassischen Recht*, Wien/Köln/Weimar, 2019.

1. D.45.1.91.3: «*Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extingatur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?»*

Gli altri paragrafi definiscono meglio la *constitutio veterum*; tra loro, il più importante è il § 6 che ne riassume le conseguenze. *In primis*, il creditore può ancora richiedere lo schiavo defunto: «*Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit.*» In secondo luogo, il creditore può rimettere l'obbligazione con formale *acceptilatio*, esattamente come poteva fare prima. In terzo luogo, il debitore può fornire un fideiussore. Se l'obbligazione possa essere novata, invece, per Paolo è dubbio, ma aderendo all'opinione di Giuliano osa rispondere affermativamente².

Il passo appena riassunto rappresenta l'unica attestazione del fatto che i *veteres* si sarebbero pronunciati sul perpetuarsi dell'obbligazione nel caso di colpa. Nel medesimo contesto, tuttavia, si inserisce anche la decisione tramandataci da Trifonino D. 13.1.20 (15 *disputationem*) in tema di *condictio* contro il ladro. Anche se il derubato esita a proporre l'azione e il ladro è pronto a sottoporsi ad essa, la *condictio* perdura nel caso in cui la cosa sia perita. Così, secondo Trifonino, decisero i *veteres*: «*Tamen durare conditionem veteres voluerunt*³.»

Desidererei suggerire una nuova interpretazione del testo di Paolo, con riferimento in particolare a due problemi: 1) Come si inserisce la *perpetuatio obligationis* nella disciplina della impossibilità della prestazione? 2) Cosa si deve intendere per *veteres constituerunt*? Prima di sviluppare questa nuova riflessione in materia, sembra utile illustrare sinteticamente lo stato dell'arte.

2. Regola eccezionale o sottointesa?

La *perpetuatio* è un enigma, perché soltanto Paolo ci rivela che i Romani — *veteres* o classici — hanno riflettuto in maniera così astratta sul perdurare dell'obbligazione. Quale conseguenza della *culpa*, *perpetuare* si incontra solo in Paolo⁴. Il sostantivo *perpetuatio obligationis* non è conosciuto dalle fonti. La

-
2. D. 45.1.91.6: «*Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit: sed et acceptum ei posse ferri creditur et fideiussorem accipi eius obligationis nomine. novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus. ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Iuliano placet.*»
 3. Trifonino D. 13.1.20 (15 *disputationum*): «*Licet fur paratus fuerit excipere conditionem et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare conditionem veteres voluerunt, quia videtur, qui primo invito domino rem contractaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.*»
 4. Cf. D. 22.1.24.2 (37 *ad edictum*): «*...cum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem*»; D. 46.1.58.1 (22 *quaestionum*): «*...Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Sticho solvendo et is decessit.*» I fonti dove si trova *perpetuare* sono stati raccolti già da Otto GRADENWITZ, «*Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*», SZ 34 (1913), p. 255–274. Paolo utilizza *perpetuare* in altri due frammenti — e Ulpiano in un altro — per descrivere gli effetti della *litis contestatio*: le azioni personali diventano ereditabili, e il decorso del termine di decadenza non nuoce più dopo la *litis contestatio*. Cf. fr. Vat. 112: «*Paulus respondit mulieris nomine postulatum videri et per quemcunque posse actionem rei uxoriae perpetuari*»; Paolo D. 27.7.8.1 (9 *responsorum*): «*...nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur*

mancanza di fonti lascia spazio all'interpretazione e ha indotto la romanistica a formulare diverse ipotesi.

L'interpretazione tradizionale considera la *constitutio dei veteres* una regola eccezionale: di per sé, una obbligazione non potrebbe contenere una prestazione impossibile. Al posto dello schiavo defunto, quindi, dovrebbe in linea di principio aver luogo un risarcimento per colpa. Tuttavia, i Romani avrebbero eccezionalmente considerato il debito come perdurante, per poter soddisfare la *intentio* della *formula* diretta al trasferimento della cosa. In questo senso si esprimono Neuner⁵, Hartmann⁶, Pernice⁷, Brinz⁸, Siber⁹; ai quali risale la dottrina della *perpetuatio obligationis* come finzione processuale.

Altri autori, invece, affrontano la questione partendo da una diversa concezione dell'*obligatio* romana. Per loro, l'*obligatio* non creava un "debito", una "*Schuld*", ma piuttosto una "*Haftung*", un "assoggettamento". Nella loro prospettiva, la prestazione non sarebbe oggetto di un obbligo, ma piuttosto di un onere¹⁰. Che l'assoggettamento e quindi anche l'obbligazione perdurassero, in caso di responsabilità del debitore per inadempimento, non era che un'ovvietà. Tale tesi fu sostenuta in Italia soprattutto da Betti¹¹, e in Germania da Jakobs¹² e adesso da Schermaier¹³.

ab utraque parte et temporales perpetuantur»; Ulpiano D.12.2.9.3 (22 ad edictum): «Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem eum dare oportere, egoque iuravero, tempore non liberatur, quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.» Per questo aspetto cf. anche Gai.4.110: «...eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accommodare, eas vero, quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque intra annum dare.»

5. Carl NEUNER, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel, 1866, p. 179–180.
6. Gustav HARTMANN, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, p. 233.
7. Alfred PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 1. Aufl., Band 2, Halle, 1878, p. 270; *idem* nella 2. Aufl., Band 2, Abt. 2, Teil 1, Halle, 1900, p. 109.
8. Alois BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Aufl., Band 2, 1. Abt., Erlangen, 1879, § 266, p. 252–253, soprattutto n. 13.
9. Heinrich SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, Band 2, Römisches Privatrecht, Berlin, 1928, p. 250.
10. Per la descrizione dell'*oportere* come onere cf. Raimondo SANTORO, *Omnia iudicia absolutoria esse*, 4 (*Scritti Minori*, Palermo, 2009, Vol. II, 634); *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, 62 (*Scritti Minori*, Vol. II, 658).
11. Emilio BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, 2. ed. Milano, 1955, p. 30–31.
12. Horst Heinrich JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn, 1969, p. 173–188.
13. Martin Josef SCHERMAIER, «*Impossibilium nulla obligatio*. Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung im römischen Recht», *AUPA* 51 (2006), p. 255–256. Cf. anche «*Plus quam fecerit facere non potuit*. Überlegungen zu den Grenzen

Le due interpretazioni attribuiscono alla *perpetuatio* due funzioni opposte. Per i sostenitori della *Schuld* come “*Haftung*”, la *perpetuatio* contraddistingue un orientamento pragmatico del concetto di obbligazione verso la *condemnatio pecuniaria*: l'impossibilità sopravvenuta non avrebbe avuto alcun ruolo a Roma. Per gli altri, invece, proprio la circostanza che i *veteres* avessero previsto un'eccezione, proverebbe che doveva valere il principio generale, per il quale un'obbligazione si estingue quando non può più essere adempiuta. Questo vecchio argomento¹⁴ è stato di recente riproposto da Harke¹⁵.

Le due posizioni lasciano tuttavia aperte due questioni sul passo in esame; ossia: che cosa esattamente significa *veteres constituerunt*? e come si può spiegare la scarsità delle fonti?, alle quali si tenterà di dare una risposta.

3. Contestualizzazione storica: un testo di Paolo

Già Gradenwitz aveva spiegato la mancanza di altre testimonianze supponendo che Paolo avesse riformulato una vecchia regola. La singolarità di *obligatio perpetuatur* supportava la sua tesi che anteriormente non si fosse neanche parlato di *culpa*. Il requisito dei *veteres* sarebbe piuttosto stato: *si per debitorem stat quominus praestaret*. In questo modo, Gradenwitz ricavava un argomento a favore del fatto che la *mora* originariamente non fosse una specie di *culpa* e quindi non presupponesse l'imputabilità¹⁶. Cosa però si scrivesse ai tempi dei *veteres*, invece di *obligatio perpetuatur*, a Gradenwitz non interessava. Di recente, Santoro ha supposto che i *veteres* avessero formulato il perdurare dell'azione: *actio durat*, basando la sua ipotesi sul modello di *condictio durat* fornito da Trifonino D.13.1.20¹⁷. L'attenzione, quindi, si sarebbe spostata dall'*actio* all'*obligatio*, dal “*Rechtsakt*” al “*Rechtsverhältnis*”¹⁸. Anche questa ricostruzione però non spiega perché i *veteres constituerunt*, e che cosa significa questa espressione.

Probabilmente, si deve pensare al *constituere* non come atto performativo¹⁹. Convincente sembra l'opinione di Bianchi Fossati Vanzetti, secondo cui coloro

der Leistungspflicht im römischen Recht», in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, Napoli, 2007, Vol. 7, p. 5081–5098.

14. Cf. soprattutto PERNICE (n. 7).

15. Cf. Jan Dirk HARKE, *Unmöglichkeit und Pflichtverletzung*, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2001, p. 29–59, 40; anche *Römisches Recht*, München, 2008, p. 101–102.

16. GRADENWITZ (sopra n. 4).

17. Cf. sopra n. 3.

18. Raimondo SANTORO, «*Perpetuari obligationem*», *AUPA* 57 (2014), p. 177–208. Si riferisce a Werner FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn, 1990.

19. Lasciando da parte il problema della creazione di diritto, sembra poco probabile anche per il più antico periodo che il debitore si potesse liberare rendendo impossibile l'adempimento. Concordo su questo con Christian WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Köln, 1970, p. 37–38 con n. 17;

che *constituerunt* non avrebbero deciso una regola, bensì avrebbero descritto dogmaticamente un fenomeno giuridico preesistente²⁰. Il contenuto di questa descrizione è stato precisato da Cannata²¹: il debitore stesso “perpetua” la sua obbligazione, privandosi della possibilità di estinguerla attraverso l’adempimento. Per primi i classici sarebbero passati da una descrizione dogmatica a una regola con requisiti e conseguenze, che Paolo espone didatticamente.

Rimane, tuttavia, un dubbio sulla cronologia: una tale astrazione dogmatica è compatibile con i primi tempi della giurisprudenza romana? Non parrebbe piuttosto tipica della letteratura sistematizzante del periodo classico? A tal proposito, pare opportuno riflettere sul significato specifico che *veteres constituerunt* può assumere nel commentario a Plauzio.

4. I *veteres* del commentario a Plauzio

Si premette brevemente che Plauzio scrisse nella seconda metà del I secolo a.C. Si confrontò con Proculo e Atilicino, lui stesso però venne già commentato da Nerazio²². Di Plauzio abbiamo solo testimonianze indirette. Abbiamo estratti delle opere di Giavoleno e di Pomponio *ex Plautio* e soprattutto numerosi testi di Paolo *ad Plautium*. In nessuno dei commentari troviamo un’opinione di Plauzio²³. È vero che alcuni frammenti del commentario di Paolo precisano *Plautius ait...* *Paulus ait...*, ma a Plauzio sono poi attribuite solo citazioni di altri giuristi o luoghi comuni. L’indicazione potrebbe essere stata aggiunta da mano successiva. Ad ogni modo, il testo sulla *constitutio veterum* non contiene e non permetterebbe una

cf. anche Maria BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio Obligationis*, Padova, 1979, p. 12–15. Diversamente però Hans ANKUM, «La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano», in Francesco MILAZZO (ed.), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell’esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convegno Internazionale di Diritto Romano, Copanello 3–7 giugno 2000*, Napoli, 2004, p. 137–138.

20. BIANCHI FOSSATI VANZETTI (sopra n. 19), p. 15, n. 24.

21. Carlo Augusto CANNATA, «*Quod veteres constituerunt*. Sul significato originario della “*Perpetuatio obligationis*”», in Martin J. SCHERMAIER – J. Michael RAINER – Laurens C. WINKEL (ed.), *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln, 2002, p. 85–99.

22. Cf. Heinrich SIBER, in *RE* 21.1 (1951), s.v. *Plautius*, col. 45. Un altro elemento importante per la datazione è il fatto che Plauzio usa Ottaviano, che deve essere stato suo contemporaneo (si veda sotto n. 39).

23. Cf. Contardo FERRINI, «Contributi allo studio critico delle fonti del diritto romano. Nota I. I libri *ad Plautium* di Paolo», in *Opere*, Vol. 2, Milano, 1929, p. 205–228, 214; SIBER, in *RE* 21.1 (1951), col. 45; Dario MANTOVANI, «Contardo Ferrini e le opere dei giuristi», in MANTOVANI (ed.), *Contardo Ferrini nel I centenario della morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alle fine del XIX secolo*, Milano, 2003, p. 129–170, 158, n. 106.

tale distinzione. Presenta una struttura unitaria e deve appartenere interamente a Paolo²⁴.

Nei commentari a Plautio si trovano molte citazioni di giuristi più antichi, che i commentatori hanno palesemente ripreso da lui. Giuristi successivi utilizzarono Plautio o i commentari a Plautio per ricorrere a giuristi più antichi — o perché i loro scritti non erano più disponibili o perché era più agile utilizzare la fonte indiretta. In questo risiedeva il valore della sua opera per i posteri²⁵. Così Ulpiano nel suo commento all'editto cita le opinioni di Proculo e Atilicino dai libri di Nerazio *ex Plautio*²⁶. Le istituzioni di Giustiniano citano Atilicino dalle opere di Paolo *ad Sabinum* e *ad Plautium*²⁷.

Utilizzando Plautio, i giuristi di età più tarda raccolgono in alcuni casi le opinioni dei diversi giuristi anteriori²⁸. Così infatti scrive Ulpiano nel commento a Sabino: «*Omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt*²⁹.» E lo stesso intende Paolo, quando scrive nel suo commento *ad Sabinum*: «*apud Plautium placuit*³⁰.» A me sembra quindi plausibile che Paolo si riferisca ai giuristi citati da Plautio anche quando scrive dei *veteres* nel suo commentario *ad Plautium*.

Dopo Horak³¹, di recente Mantovani³² ha ribadito che *veteres* fa riferimento non solamente ai giuristi repubblicani, ma anche a Labeone, ben potendovi essere ricompreso³³. Da singoli testi in cui Sabino e Cassio sono menzionati accanto ai

-
24. Vedi già Paul KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, 2. Aufl. München und Leipzig, 1912, p. 137 n. 115.
 25. Item MANTOVANI, *Contardo Ferrini* (sopra n. 23).
 26. Ulpiano D.8.3.5.1 (17 *ad edictum*): «*Neratius libris ex Plautio ait ... et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait.*»
 27. *Inst.* 2.14 pr.: «*...quod non per innovationem induximus, sed quoniam et aequius erat et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert.*»
 28. SIBER osserva in *RE* 21.1 (1951), s.v. *Plautius*, col. 47: «*...daß sich schon Spätklassiker die Aufzählung vorplautischer Zeugnisse durch Hinweis auf P. ersparten.*»
 29. Ulpiano D.7.2.1.3 (17 *ad Sabinum*) (= fr. Vat. 77).
 30. Paolo D.24.1.28 (7 *ad Sabinum*).
 31. Franz HORAK, «*Wer waren die veteres? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*», in Georg KLINGENBERG – Joh. Michael RAINER – Herwig STIEGLER (ed.), *Vestigia iuris romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*, Graz, 1992, p. 201–236.
 32. Dario MANTOVANI, «*Quando i giuristi diventarono “veteres”. Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza*», in Stefano ROCCHI – Cecilia MUSSINI (ed.), *Images antiquitatis. Representations, Concepts, Receptions of the Past in Roman Antiquity and the Early Italian Renaissance*, Berlin, 2017, p. 249–302.
 33. Cf. soprattutto Gai. 1.188 (parlando dei generi della tutela): «*...de ea re valde veteres dubitaverunt... quod quidam quinque genera esse dixerunt, ut Quintus Mucius; alii tria, ut Servius Sulpicius; alii duo, ut Labeo; alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent.*» Secondo, la posizione dei *veteres* descritta da Papiniano D.2.14.39 (5 *quaestionum*) si rivela in Paolo D.18.1.21 (5 *ad Sabinum*) come una di Labeone. Terzo, Ulpiano D.13.6.5.11 (28 *ad edictum*) riferisce dubbi dei *veteres*, ma dopo parla soltanto di Labeone (§ 11, 12). A proposito dei passi HORAK (sopra n. 31), p. 208–211; MANTOVANI, *Veteres* (sopra n. 32), p. 273–275.

veteres, Horak aveva dedotto che anche loro potessero appartenere ai *veteres*³⁴. Mantovani, invece, ritiene che Sabino e Cassio in questi casi siano contrapposti ai *veteres*. Il primo dei moderni sarebbe Sabino³⁵. Come esponente della politica giuridica del *princeps*, come fondatore di una nuova tradizione scolastica e come scrittore, Sabino rappresenterebbe una cesura. Lo stesso Sabino si sarebbe in un certo senso percepito così, il che si vedrebbe, laddove parla di *auctores iuris veteris* o di ciò che *antiquis placuit*³⁶. Soprattutto i giuristi successivi avrebbero visto in Sabino l'alba di un'epoca nuova, soprattutto per l'importanza dei suoi scritti.

Ma anche se mancano testimonianze esplicite sulla possibilità di annoverare tra i *veteres* giuristi successivi a Labeone, non bisogna rinunciare all'idea che l'espressione abbia un mero significato relativo. L'onere della prova andrebbe, infatti, piuttosto a carico di chi suppone che *veteres* abbia un significato assoluto. Nel caso di un *non liquet* bisognerebbe basarsi sul l'uso generale descritto da Huvelin: «*L'expression veteres n'a qu'une valeur relative. On n'est ancien que par rapport à quelqu'un*³⁷.»

Un punto di riferimento plausibile per decidere chi appartenesse ai *veteres* è fornito dall'opera utilizzata dal rispettivo giurista³⁸. Detto più chiaramente: se autori successivi commentano Sabino, è del tutto naturale che lo contrappongano ai giuristi più vecchi da lui citati nei suoi libri. Se, invece, si commenta Plauzio — e con questo torno alla *perpetuatio obligationis* —, allora è plausibile che siano denominati *veteres* i giuristi menzionati nell'opera di Plauzio e a lui quindi anteriori.

5. *Veteres constituerunt*

Se Paolo riassume i giuristi espressamente menzionati da Plauzio con la denominazione di *veteres*, allora è lui il vero autore di ciò che *veteres constituerunt*. A supporto di questa tesi, verranno presi in considerazione tre testi con struttura analoga.

34. Soprattutto Ulpiano D.17.2.52.18 (31 *ad edictum*): «... *apud veteres tractatur an... et Atilicinus Sabinus Cassius responderunt... cui congruit, quod Servium responduisse Aufidius refert...*», nonché Gellio 5.6.27: «... *super quo dissensisse veteres scriptores accipio. Partim enim scripserunt... set Sabinus Masurius... dicit...*»

35. Cf. MANTOVANI, *Veteres* (sopra n. 32), p. 275.

36. Cf. Gellio 5.19.11–14: «... *Masurius Sabinus scripsit. ... inquit si iuris ista antiquitas servetur... Idque ait plerosque iuris veteris auctores posse fieri scripsisse*»; a proposito MANTOVANI, *Veteres* (sopra n. 32), p. 288–291; inoltre Ulpiano D.9.2.27.21 (18 *ad edictum*): «*Sabinus existimat... quod et antiquis placuit. idem etiam... ait*»; a proposito MANTOVANI, p. 292. Ma in tutti due casi, le parole non discendono necessariamente da Sabino; potrebbero invece anche essere formulate dai referenti Gellio o Ulpiano.

37. Paul HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Lyon, 1915, p. 360.

38. Cf. anche HORAK (sopra n. 31), p. 232–233.

I. L'unico altro frammento del commento di Paolo in cui viene data la parola ai *veteres* è D.47.2.67.2 (7 *ad Plautium*): «*Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt.*» Si consideri che i *veteres* qui devono aver deciso un caso concreto. Si può facilmente ricavare una regola astratta senza doverla attribuire ad un autore. Una decisione, invece, rimane collegata ad un autore, con il quale eventualmente gli altri giuristi si dichiarano d'accordo o in disaccordo. Probabilmente, in Plautio si poteva leggere che cosa alcuni giuristi avevano deciso nel caso del *mulio*. L'esito aveva forse il consenso del coevo Ottaviano³⁹, che viene spesso citato nei commenti a Plautio e che Paolo cita nel precedente § 1. Paolo riassume le posizioni dei giuristi menzionati in Plautio e chiosa: *veteres responderunt*.

II. Ed è sempre Paolo che, in un altro passo dal diciassettesimo libro del commentario, scrive degli *antiqui*: «*Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent*⁴⁰...» Secondo il giurista, gli antichi avrebbero tutelato il figlio nel ventre materno. Comunque, non furono loro a dire che si trattava di una misura previdenziale. Piuttosto, è stato Paolo a descriverla così: *antiqui prospexerunt*. Egli riferisce, insomma, con parole proprie l'effetto delle loro decisioni, riportando una propria valutazione soggettiva.

III. Parole come *constituere* o *statuere* possono anche significare che i giuristi abbiano deciso singoli casi uniformemente. Un plastico esempio è fornito da Cicerone. Nel *De officiis* parla dei casi in cui un venditore nasconde i vizi di un fondo, riferendo che i giuristi hanno previsto la sua responsabilità: «... *a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta.*» Loro hanno previsto — *statuerunt* — che il venditore dovesse rispondere dei vizi a lui conosciuti, qualora non li abbia enunciati espressamente⁴¹. Successivamente, Cicerone racconta di come Marco Catone, padre del coevo di Cicerone, in qualità di giudice, avesse condannato Titus Claudius Centumalus nell'ambito di un processo in cui il compratore esercitava l'*actio empti*, perché costui aveva venduto una *insula* senza informare il compratore del fatto che gli auguri ne avevano ordinato l'abbattimento. Una tale decisione — una condanna a pagare una quantità di denaro — ha poco a che fare con la regola astratta menzionata prima da Cicerone o con la *poena* che i giuristi avrebbero *constituta*. Si tratta di razionalizzazioni della decisione, non del contenuto della decisione stessa.

39. Per la datazione — Ottaviano scrisse sotto Domiziano e Traiano — vedi Otto KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, Band 1, Leipzig, 1885, p. 702; concorde Contardo FERRINI, «Ottaviano e le sue dottrine», in *Opere*, Vol. 2, Milano, 1929, p. 113–144, 113–114; opinione uniforme.

40. Paolo D. 5.4.3 *pr.* (17 *ad Plautium*). Di seguito scrisse: «*Prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt...*» Risulta da D. 5.1.28.5 (17 *ad Plautium*) che gli *auctores iuris* sono Sabino e Cassio. Invece non risulta chiaramente se essi sono inclusi negli *antiqui*.

41. Cicerone, *De officiis* 3, 65: «*Quidquid enim est in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*»

La stessa cosa può essere avvenuta nel caso del *obligatio perpetuatur* di Paolo. In Plauzio, Paolo ritrova diverse decisioni di giuristi più anziani e le descrive con proprie parole: «*Veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitori, perpetuari obligationem.*»

6. Ciò che Paolo osserva

Se le considerazioni appena svolte rendono almeno possibile questa nuova lettura, motivi dogmatici la rendono probabile. Leggiamo quello che Paolo scrive sulla novazione di un'obbligazione perpetuata (D. 45.1.91.6)⁴². Egli esprime due dubbi sulla liceità della novazione a seconda dei due possibili contenuti della stipulazione novatoria. Contro *HOMINEM DARI* obietta che uno schiavo non più esistente non può essere promesso. Questo stupisce, perché Sabino aveva dichiarato senz'altro efficace la promessa di uno schiavo morto, fintanto che questo schiavo fosse ancora oggetto di una *condictio*: D. 45.1.83.7⁴³. Qui sembra esserci l'indizio di un'evoluzione:

Pare infatti che il principio secondo cui l'oggetto di una stipulazione deve esistere sia stato usato da Sabino in maniera flessibile. Nel primo secolo dopo Cristo, invece, si sviluppò la coppia terminologica *possibilis* e *impossibilis* come traduzione dal greco⁴⁴, e prese spazio l'idea che un'obbligazione non possa riferirsi ad un oggetto impossibile⁴⁵. Questa idea comportò frizioni non soltanto in questo caso. Ulpiano si deve ad esempio confrontare con l'assurda questione del se le antichissime stipulazioni di garanzia — lo schiavo è sano, non è un ladro, etc. — siano inefficaci perché ciò che è stato promesso è impossibile⁴⁶. Quello che prima era chiaro, adesso ha bisogno di una spiegazione.

42. Vedi sopra n. 2.

43. Paolo D. 45.1.83.7 (72 *ad edictum*): «*Stichum, qui decessit, si stipuler, si quidem condici etiam mortuus potuit, ut furi, utiliter me stipulatum Sabinus ait: si vero ex aliis causis, inutiliter, quia et si deberetur, morte promissor liberetur. Idem ergo diceret et si mora facta defunctum stipularer.*»

44. Cf. Quintiliano, *Institutionis oratoriae* 3.8.25; in proposito vedi Vittorio SCIALOJA, «Sulle condizioni impossibili nei testamenti. Nuove considerazioni», *BIDR* 14 (1901), p. 5–46, 26–27, con la indicazione di Eduard Wölfflin.

45. Cf. Ernst RABEL, «Origine de la règle “*Impossibilium nulla obligatio*”», in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, p. 473–512, 488–493, anche «Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum BGB», in *Aus Römischem und Bürgerlichem Recht. Ernst Immanuel Bekker zum 16. August 1907*, Weimar, 1907, p. 171–237, 196–201; Christian WOLLSCHLÄGER, «Die willenstheoretische Unmöglichkeitstheorie im aristotelisch-thomistischen Naturrecht», in Detlef LIEBS (ed.), *Symptotica Franz Wieacker sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata*, Göttingen, 1970, p. 154–179.

46. D. 21.2.31 (42 *ad Sabinum*): «*Si ita quis stipulanti spondeat SANUM ESSE, FUREM NON ESSE, VISPELLIONEM NON ESSE et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur. Si non est, frustra est...*» Il testo continua in D. 50.17.31. L'antichità delle stipulazioni di garanzia indica la recenziorità del pensiero *impossibilium nulla obligatio*; così giustamente già Franz BERNHÖFT, «Beitrag zur Lehre vom Kaufe», *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 14 (1875), p. 58–206, 136.

Suppongo si sia verificato lo stesso processo in relazione all'effetto principale della *constitutio*, l'*adhuc homo peti possit*. Parto dal presupposto che l'obbligazione originariamente era caratterizzata dall'idea della "Haftung", dell'assoggettamento. In principio era chiaro: essa rimaneva in vita, anche quando l'oggetto periva, fintanto che il debitore ne doveva rispondere. L'idea che all'obbligo di prestazione *in natura* subentrasse un obbligo di risarcimento è sconosciuto ai Romani. Ancora Paolo scrive che la novazione dopo la morte dello schiavo non si può effettuare con la promessa del valore pecuniario, *quia pecuniam quae non debetur non stipulari possumus*.

Il perpetuarsi dell'azione perde la sua ovvietà nell'età classica. I classici collegano le cause di inefficacia della stipulazione con le cause di estinzione dell'obbligazione già sorta⁴⁷. Gli esempi sono gli stessi: lo schiavo promesso è *ab initio* morto, o libero — o lo sarà successivamente. Questo collegamento si esprime nell'idea che un negozio deve perdere la sua efficacia se si verifica una situazione nella quale non si sarebbe potuto concludere: «*Quia in eum casum res pervenit, a quo incipere non potest*⁴⁸.» Così impostato il problema, allora c'è bisogno di una particolare spiegazione del perché uno schiavo 'rimanga dovuto' dopo che il debitore lo abbia ucciso. In effetti, Modestino scrive in generale che non si può agire con la pretesa che un uomo libero o morto sia dovuto: «*Non dari oportere intendi potest*⁴⁹.»

Quindi, Paolo poteva constatare alcune differenze tra le opinioni del suo tempo e quelle degli *auctores apud Plautium*: il loro concetto di obbligazione permetteva senza problema di affermare il *dare oportere* della formula per il caso in cui lo schiavo dovuto moriva durante la *mora* del debitore o per un suo atto. Permettevano anche la novazione per una stipulazione avente il morto come oggetto. Entrambi i fenomeni erano giusti e necessari anche per Paolo. Tuttavia, adesso avevano bisogno di una motivazione. Inoltre, i giuristi prima di Celso — e allora tutti gli *auctores apud Plautium* — rifiutavano la *purgatio morae*⁵⁰. Per

47. Cf. soprattutto Paolo D. 45.1.83.5 (72 *ad edictum*), dove le stesse circostanze provocano l'invalidità di una stipulazione e l'estinzione di una obbligazione; si veda anche dopo, ancora più evidente, Giustiniano *Inst.* 3.19.2: «...*licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum qua causa, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit: extinguitur stipulatio.*»

48. Marciano D. 9.2.16 (4 *regularum*); dei diversi testi analoghi vedi soprattutto Paolo D. 45.1.140.2 (3 *ad Neratium*) a proposito dell'obbligazione: «*Etsi placeat extinguere obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, non tamen hoc in omnibus verum est...*» — A proposito del topos cf. Alejandro GUZMÁN-BRITO, «*Quia in eum casum res pervenit, a quo incipere non potest*», in Holger ALTMEPPEL – Ingo REICHARD – Martin Josef SCHERMAIER (ed.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2009, p. 401–429.

49. Modestino D. 45.1.103 (5 *pandectarum*): «*Liber homo in stipulatum deduci non potest, quia nec dari oportere intendi nec aestimatio eius praestari potest, non magis quam si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem aut fundum hostium.*»

50. Che già Sabino avesse accettato la *purgatio morae*, per me non risulta neanche da Giavoleno D. 45.1.105 (2 *epistularum*): «*Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari: cum Damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui: mortuus est Dama: an putes me ex stipulatu actionem habere? Respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere*

descrivere il loro punto di vista, Paolo coniò la formula per la quale secondo i *veteres* l'obbligazione si perpetua per *culpa*.

Nella sua raffigurazione, questa regola svolge due diverse funzioni. In relazione alla *purgatio morae*, Paolo prende le distanze dai *veteres* nel momento in cui precisa la *constitutio*. In relazione agli altri effetti che Paolo deduce dalla *constitutio*, quest'ultima gli serve per indicare il perché di una perdurante prassi che ai suoi tempi aveva bisogno di una giustificazione.

In conclusione, mi sembra sostenibile tale ricostruzione: ciò che Paolo ci dice, *quod veteres constituerunt*, è precisamente ciò che Paolo stesso osserva leggendo le citazioni di vecchi autori menzionati da Plauzio. Mentre il contenuto materiale corrisponde alla vecchia e perdurante pratica, la *regula* e la sua formulazione invece sono ciò... *quod Paulus constituit*.

non posse: nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.» Contro Carlo Augusto CANNATA, Recensione di HARKE, «Mora debitoris und mora creditoris», *Iura* 57 (2008–2009), p. 281–324, 311; SANTORO, *AUPA* 57 (2014), p. 206, n. 100. Per la spiegazione del passo cf. Bernd ECKARDT, *Iavoleni Epistulae*, Berlin, 1978, p. 37–40.

RIDA

65²⁰¹⁸

La *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, dont c'est ici la 3^e série, est née de la fusion des *Archives d'histoire du droit oriental* avec la 2^e série de la *Revue Internationale des Droits l'Antiquité*, fondées par Jacques Pirenne et Fernand De Visscher. Elle rassemble des contributions sur les différents droits de l'Antiquité (Rome, Grèce, Égypte, Babylone, Chine...) ainsi que sur leur réception. Ces contributions sont publiées en cinq langues : Français, Allemand, Italien, Anglais et Espagnol. Elle publie également différentes chroniques et, en particulier, la chronique des sessions internationales de la Société Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité (SIHDA). Les articles proposés à la revue pour publication sont systématiquement soumis à *peer reviewing*.

Sommaire

In memoriam

Jakub URBANIK, In Memoriam *Joseph Méléze-Modrzejewski*

Droit romain

Pascal PICHONNAZ, *La liberté contractuelle et l'interdiction de certains jeux d'argent* ; Gregor ALBERS, *La perpetuazione dell'obbligazione: un concetto paolino* ; Federica BERTOLDI, *L'esecutore testamentario nel diritto romano* ; Filippo BONIN, *Tra interesse pubblico e teologia politica: l'episcopalis audientia in età costantiniana* ; Stefania FUSCO, *La pudicitia come fondamento dello statuto etico-giuridico della donna romana* ; Dobromila NOWICKA, *A few remarks on the interpretation of D. 47.10.15.29 in the context of the edict ne quid infamandi causa fiat* ; Isabella PIRO, *Matrimonio e conubium. Brevi riflessioni alla luce di Gai. 1.55–88* ; Janne Pölönen, *Religion in Law's Domain: recourse to supernatural agents in litigation, dispute resolution, and pursuits of justice under the Early Roman Empire* ; Stefania RONCATI, *Donne e vino nell'antichità: una storia di divieti?* ; Giovanni TURELLI, *La nozione di populus in Alfeno* ; Rick VERHAGEN, *Chirographs in Classical Roman Law. Constitutive or Probative?*

Réception du droit romain

Carmen LÁZARO GUILLAMÓN, *La prohibición de pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero: C. 2.3.30 y glossae ad textum* ; Antonio SACCOCCIO, *La consensualità del mutuo reale. Continuità e discontinuità nella disciplina del contratto di mutuo tra diritto romano, Italia e Cina* ; José Luis ZAMORA MANZANO, *Habeas Corpus como instrumento de protección de la libertad: perspectiva romanística a través del interdicto de homine libero exhibendo*

Droit byzantin

Hylkje DE JONG, *Fullness of Κουστωδία/Φυλακή (Custodia) in Early Byzantine Law*

Hommage à Berthold Kupisch

Jeroen CHORUS, *In Integrum Restitutio under Classical Roman Law, Particularly on the Ground of Metus, and Berthold Kupisch*

Chroniques

Jean-François GERKENS, *La SIHDA à Cracovie*
Ouvrages reçus par la direction

PRESSES UNIVERSITAIRES DE LIÈGE

ISBN : 978-2-87562-230-3



9 782875 622303