

IL COMPENSO NELL'ARS MEDICA.

1. Le *artes liberales* nella società romana rifugono da una collocazione entro confini ben precisi, a partire dalla loro elencazione, elastica e tutt'altro che definita. Sembra accertato ed accettato che esse comprendano la retorica, la grammatica, la geometria, la filosofia, l'avvocatura, il *ius civile*, l'agrimensura, la musica e, entro certi limiti, la medicina¹.

Sotto la definizione di liberali vanno ricompresi gli *studia*, che, secondo la coscienza sociale storicamente determinata, e quindi non secondo parametri predefiniti, erano «*homine libero digna*»² contrapponendosi logicamente a quelli *inliberales et sordidi quaestus* che Cicerone stigmatizza³. Anche

¹ Vd. M. DE PASCALE, *La considerazione sociale del medico a Roma nei suoi risvolti giuridici*, Napoli, 2014, punto 4.

² Sen. *Ep. ad Luc.* 88.2; Cic. *De orat.* 1.16.72.

³ Cic. *off.* 1.42.150-151: *Iam de artificiis et quaestibus qui liberales habendi, qui sordidi sint, haec fere accepimus. Primum improbandum est quaestus, quia in odia hominum incurrunt, ut portitorum, ut feneratorum. Inliberales autem et sordidi quaestus mercenariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur; est enim in illis ipsa merces auctoramentum servitutis. Sordidi etiam putandi, qui mercantur a mercatoribus, quod statim vendant ... Opificesque omnes in sordida artem versantur; nec enim quicquam ingenium habere potest officina. Minimeque artes eae probandae quae ministrae sunt voluptatum: "cetari lanii, coqui, fartores, piscatores", ut ait Terentius. Adde huc, si placet, unguentarios, saltatores totumque ludum talarium. Quibus autem artibus aut prudentia maior inest aut non*

se non mancano esempi di *liberalia studia* praticati dietro compenso, resta una caratteristica qualificante il fatto di non essere, in via di principio, remunerabili. Questo in quanto il *salarium* era un *auctoramentum servitutis*: un simbolo dell'asservimento del lavoratore al suo datore di lavoro, che automaticamente lo poneva sullo stesso piano degli schiavi.

In linea di principio, va rimarcato che le arti liberali sono aliene dall'essere oggetto di *locatio-conductio*, non sono praticabili con il pagamento di una mercede né tantomeno di una controprestazione (ritenuta lecita solo in epoca tarda, e garantita giudizialmente nell'ambito della *extraordinaria cognitio*), ma unicamente in cambio di un amichevole *honorarium*, corrisposto in segno di gratitudine e a mo' di regalo.

Il motivo che porta all'esclusione delle arti liberali dallo schema della *locatio-conductio* è che questo rappresenta l'istituto giuridico nel cui ambito i giuristi romani fanno rientrare la maggior parte delle convenzioni concernenti il lavoro. Nel diritto classico, infatti, la locazione si presenta come una convenzione mercé la quale qualcuno (*locator operarum, operarius, opera, mercennarius*) mette a disposizione di altri (*conductor operarum, dominus*) le proprie energie di lavoro, ricevendone in cambio un corrispettivo (*merces*), normalmente in denaro.

Il punto di partenza che conduce alla *locatio*

mediocris utilitas quaeritur ut medicina, ut architectura, ut doctrina rerum honestarum, eae sunt iis, quorum ordini conveniunt, honestae.

operarum sta nell'utilizzazione degli schiavi (considerati mera *res*) come forza lavoro, per cui oggetto del contratto è la cessione della persona-cosa nel quadro di una concezione, quella della messa a disposizione della persona piuttosto che delle *operae*, che rimane immutata per un periodo di tempo lunghissimo. La *lex lulia de vi publica et privata*, ancora al principio dell'impero, parla di *locare se ad bestis depugnare* e, in tale contesto, Callistrato fa riferimento a chi *ad bestias ut depugnaret se locaverit*⁴; lo stesso uso, se pur riferito questa volta a schiavi, si ritrova in Labeone⁵, che scrive circa nello stesso periodo in cui fu emanata la *lex lulia*, e in Papiniano⁶. Solo assai tardi, in un periodo molto avanzato dell'età classica, si fa strada nel diritto

⁴ Callist. *lib 4 de cogn.* D. 22.5.3.5: *Lege lulia de vi cavetur, ne hac lege in reum testimonium dicere liceret, qui se ab eo parente eius liberaverit, quive impuberes erunt, quique iudicio publico damnatus erit qui eorum in integrum restitutus non erit, quive in vinculis custodiae publica erit, quive ad bestias ut depugnaret se locaverit, quaeve palam quaestum faciet feceritve, qui ve ob testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepisse indicatus vel convictus erit.*

⁵ Lab. *post. lib. 5 a Iav. epitom.* D. 19.2.60.7: *Servum meum mulionem conduxisti: negligentia eius mulus tuus perit. si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem versum damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse.*

⁶ Pap. *lib. 70 quaest.* D. 33.2.2: *Hominis operae legatae capitibus diminutione vel non utendo non amittuntur, et quoniam ex operis mercedem percipere legatarius potest, etiam operas eius ipse locare poterit, quas si prohibeat heres capi, tenebitur, idem est si servus se locaverit, et quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit: sed servo usu capto legatum perit.*

una terminologia più rispondente alla realtà delle nuove situazioni: Ulpiano parla non più di *locare se* bensì di *locare operas*, considerando il caso di chi *operas suas ut cum bestiis depugnaret locaverit*⁷. Si nota, pertanto, come l'istituto della locazione delle *operae* si evolva faticosamente a partire da una concezione primitiva, superata grazie al graduale passaggio dalla locazione del servo a quella dell'uomo libero come fonte di lavoro, per approdare infine a quella delle *operae*; infatti, nell'epoca classica più recente, anche dello schiavo si locano direttamente le *operae*⁸. Ma dal novero delle attività oggetto di locazione vengono solitamente escluse le professioni liberali.

Il carattere marcatamente oligarchico della società romana pone le classi dominanti in una posizione di disdegno verso il lavoro manuale, per cui le arti esercitate a scopo di lucro non sono ritenute adatte ad un uomo libero e non si addicono alla *Romana gravitas*⁹: qualsiasi lavoro fisico

⁷ Ulp. *lib. 6 ad ed. D. 3.1.1.6: Removet autem a postulando pro aliis et eum, qui corpore suo muliebria possus est, si quis tamen vi praedonum vel hostium stupratus est, non debet notari, ut et Pomponius ait, et qui capitali crimine damnatus est, non debet pro alio postulare. item senatus consulto etiam apud iudices pedaneos postulare prohibetur calumniae publici iudicii damnatus. et qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit. bestias autem accipere debemus ex feritate magis, quam ex animalis genere: nam quid si leo sit, sed mansuetus, vel alia dentata mansueta?*

⁸ Cfr. *supra* nt. 6: Pap. *lib. 70 quaest. D. 33.2.2.*

⁹ Plin. *NH. 29,17: Solam hanc artium Graecarum nondum exercet Romana gravitas, in tanto fructu paucissimi Quiritium attingere,*

viene considerato, di fatto, servile ed umile e, quindi, degno solo degli schiavi (*artes sordidae, illiberales*)¹⁰ mentre, secondo il senso letterale della locuzione, *artes liberales* sono quelle «*homine libero digna sunt*»¹¹. Ma questa prospettiva di disprezzo per il lavoro ‘materiale’ non può essere conservata integra nel corso del tempo. Le guerre ed il servizio militare obbligatorio per i cittadini, che, di conseguenza, costringe a trascurare l’agricoltura, distruggono la posizione finanziaria di una parte considerevole dei *cives*, aumentando, così, il numero di coloro che devono lavorare per sopravvivere e, pertanto, l’antica idea che il salario da lavoro sia indegno dell’uomo libero, in realtà, già verso la fine della Repubblica, non può essere applicata che ai cittadini dello strato sociale più altolocato. Nelle mutate circostanze le *artes liberales* sono le professioni intellettuali la cui via rimane aperta per coloro che appartengono alle classi eminenti e che possono offrire gratuitamente servigi d’amicizia a favore di un proprio concittadino come aiuto negli affari altrui. Naturalmente, niente impedisce che il beneficiato, per

et ipsi statim ad Graecos transfugae, immo vero auctoritas aliter quam Graece eam tractantibus etiam apud inperitos expertesque linguae non est, ac minus credunt quae ad salutem suam pertinent, si intellegant.

¹⁰ A tale proposito, specie sulle implicazioni sociali e politiche, cfr. A. SCHIAVONE, *La storia spezzata*, Roma-Bari, 1996, 117 ss.

¹¹ Sen. *Ep. ad Luc. lib.* 11.5.1-2: *liberalia studia dicta sint, quia homine libero digna sunt.*

riconoscenza, faccia un regalo al suo protettore; regalo (*honorarium*) che non può essere qualificato come controprestazione, non esistendo un obbligo giuridico di contraccambio del servizio di amicizia, laddove, invece, il pagamento (*merces*) di un lavoro eseguito sulla base di un contratto di locazione-conduzione può essere ottenuto anche mediante coazione giuridica per via procedurale¹².

2. Si è accennato in principio che la medicina sembra rientrare nel novero delle arti liberali, e, di conseguenza, la sua pratica sarebbe degna di uomini liberi e, pertanto, non sarebbe inquadrabile nello schema della *locatio-conductio*.

A Roma, però, fino al II secolo a.C., i malati sono curati di fatto esclusivamente con mezzi domestici e il medico della *familia* è il *pater*. Ma, in seguito ai contatti sempre più frequenti con la Grecia e con i popoli dell'Oriente, arrivano medici istruiti, la maggior parte dei quali come schiavi o liberti, il cui lavoro, al pari di quello di esperti in qualunque altro mestiere o degli schiavi artigiani, può essere utilizzato anche mediante locazione¹³.

Dunque, da un lato il dato che una parte considerevole dei medici sia formata da schiavi e liberti non può restare senza effetti nella valuta-

¹² Cfr. W. ERDMANN, *Freie Berufe und Arbeitsverträge in Rom*, in *ZSS*, 66, 1948, 568.

¹³ *Iul. Lib. 65 dig. D. 38.1.25.2: Item plerumque medici servos eiusdem artis libertos perducunt, quorum operis perpetuo uti non aliter possunt, quam ut eas locent ea et in ceteris artificibus dici possunt.*

zione del lavoro medico; dall'altro, nonostante la considerazione in cui sono tenute la scienza e l'attività dei medici, il disprezzo per il lavoro umile e servile resta integro. Come giustificare, allora, l'inserimento della professione del medico nelle *artes liberales*, specie se esercitata per guadagno? Un indirizzo di risposta può venire dalle fonti che illustrano i contratti che hanno ad oggetto l'attività dei medici.

Proculo afferma che, contro il medico che avesse agito *imperite* nel corso di un'operazione, si può agire con l'*actio locati* ovvero con l'*actio legis Aquiliae*¹⁴, attestando, in tal modo, che la locazione-conduzione può avere per oggetto il lavoro del medico, sottoposto, così, al medesimo regime del lavoro dell'artigiano, e, pertanto, escluso dal novero delle arti liberali. Anche il parere di Pomponio conferma che la base della remunerazione del medico sia la *locatio-conductio*¹⁵, come dimostrano l'indicazione del salario come *merces* e la rivalsa mediante l'*actio ex locato*. Infine, una costituzione dell'imperatore Costantino del 337, riportata nel codice di Giustiniano¹⁶ come riproduzione

¹⁴ Ulp. *lib. 18 ad ed. D. 9.2.7.8: Proculus ait si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.*

¹⁵ Pomp. *lib.21 ad Sab. D. 19.5.26.1: Quod Kalendis Ianuariis dari solet medicis et scaenicis, non est merces: ideo si quid in eiusmodi artibus aliter fiat quam convenit, non ex locato, sed in factum actio dabitur.*

¹⁶ C. 10.66.1: *Artifices artium brevi subdito comprehensarum per singulas civitates morantes ab universis muneribus vacare praecipit.*

del codice Teodosiano, garantisce l'immunità da vari servizi pubblici agli esercenti la medicina che si perfezionino e la facciano apprendere anche ai loro figli; dal testo dei due codici risulta, sostanzialmente, che i mestieri semplici artigianali e le professioni intellettuali sono considerati alla stessa stregua, anche se è indubbio che le professioni dei medici e degli architetti siano riconosciute ad un livello molto più alto rispetto a quello degli altri mestieri.

Tutto ciò a conferma che, in sostanza, il lavoro dei medici non è mai rientrato nella cerchia dei lavori che non possono essere oggetto di locazione-conduzione, proprio perché la professione medica viene primariamente esercitata da schiavi e da liberti, il cui lavoro, come più volte ribadito, può essere locato dal proprietario, oppure, fatta la manomissione, dal patrono, con conseguente richiesta di retribuzione per il lavoro svolto, al pari agli artigiani.

3. Il problema dell'applicabilità dello schema

*mus, si quidem ediscendis artibus otium sit accomodandum, quo magis cupiant et ipsi peritiores fieri et suos filios erudire. Et est notitia ista: architecti medici mulomedici pictores statuarii marmorarii lectarii seu laccarii clavicarii quadrigarii quadratarii structores (id est aedificatores) sculptores ligni musarii deauratores [...]; CTh. 13.4.2: Architecti laquearii albarii lignarii medici lapidarii argentarii structores mulomedici quadratarii barbicularii scasores pictores sculptores diatritari [...]. Cfr. anche K. VISKY, *La qualifica della medicina e dell'architettura nelle fonti del Diritto romano*, in *Jura*, X, 1959, 24 ss.*

della *locatio-conductio* alle *artes liberales* rimane ancora oggi oggetto di disputa tra gli studiosi¹⁷. Mentre per quel che concerne gli avvocati, i filosofi e gli insegnanti di diritto non sussistono ormai più dubbi, fugati dalla valutazione prevalente dell'ambiente sociale o, nel caso degli avvocati, da esplicito divieto di legge¹⁸, sui medici si discute

¹⁷ Un'eco in G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, Artt. 2229-2238, Milano, 2009, 84 ss.

¹⁸ Cfr. C. CORBO, *La figura dell' 'advocatus' nella cultura giuridica romana*, in *Rivista on line. Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, 1.5, 2004, nt. 22 ss., con bibliografia. Si ricordi l'intervento normativo concretizzatosi nella *Lex Cincia de donis et muneribus* del 104 a.C. (Cic. *Orat.* 2.71; Cic. *ad Att.* 1.20); Tac. *Ann.* 2.5: *Ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat*. Il fine di un simile provvedimento è quello di evitare che il costo delle prestazioni forensi diventi eccessivo per i ceti più poveri. In realtà, si tratta di una *lex imperfecta*, perché non stabilisce l'invalidità delle donazioni effettuate contro il divieto né sanzioni per i trasgressori, ma, indirettamente, la riprovazione sociale, conseguente all'infrazione del divieto, rappresenta un deterrente ben più forte di qualsiasi sanzione. Ai tempi di Augusto la *lex Cincia de donis et muneribus* viene confermata da un senatoconsulto e viene introdotta una sanzione per l'avvocato pari a quattro volte la somma ricevuta in dono (Cassio Dio. 54.18.2). Più tardi, dopo la legalizzazione degli onorari, Quintiliano deplora il fatto che spesso gli oratori del suo tempo, considerando la ricchezza un valore rispettabile di per sé, fanno dell'attrattiva del guadagno la motivazione essenziale della loro scelta professionale, fondando il proprio prestigio sulle fortune accumulate con l'attività forense; cfr. Quint. *Inst. Or.* 1.16: [...] *neque enim nobis operis amor est, nec, quia sit honesta ac rerum pulcherrima eloquentia, petitur ipsa, sed ad vilem usum et sordidum lucrum accingimur*. Gli avvo-

cati arricchiti rappresentano un bersaglio per satirici come Marziale e Giovenale, che testimoniano una derisione certa eco dell'opinione pubblica sulla questione; cfr. Ioven. *Sat.* 14.189-193: *at nunc post finem autumnus media de nocte supinum clamorosus iuuenem pater excitat: "accipe ceras, scribe, puer, uigila, causas age, perlege rubras maiorum leges [...];* Mart. *Épigr.* 2.30: *Mutua viginti sestertia forte rogabam, quae vel donanti non grave munus erat: quippe rogabatur felixque vetusque sodalis et cuius laxas arca flagellat opes. Is mihi "Dives eris, si causas egeris" inquit. [...].* Il tessuto normativo sopporta un'ulteriore modifica ad opera di Claudio, che introduce l'autorizzazione per l'avvocato di ricevere la somma di diecimila sesterzi, superata la quale sarebbe andato incontro a processo per il reato di concussione (Tac. *Ann.* 13.42). Ai tempi di Traiano viene stabilito che un simile importo può essere pagato solo alla fine della causa (Plin. *Ep.* 6.21). In generale, sul provvedimento, F.P. CASAVOLA, *'Lex Cincia'. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960; G. MELILLO, *Arnobio e l'ultima vicenda della 'Lex Cincia'*, in *Labio*, 8, 1962, 62 ss. In dottrina (A.A. DIMOPOULOU, *La rémunération de l'assistance en justice. Étude sur la relation avocat-plaideur à Rome*, Atene, 1999, 161), è stata proposta una lettura interessante dei contenuti e delle finalità della normativa presa in considerazione, che colloca la *lex Cincia* nella scia di una tendenza diretta a porre limiti all'importanza del danaro nella società, tanto da considerarla una minaccia per i costumi tradizionali romani. Coerentemente con un tale orientamento si ha una serie di leggi precedenti che sanzionano il lusso inutile (vedi, ad esempio, la *lex Claudia*, la *lex Oppia sumptuaria*, la *lex Publicia de cereis*); sulle leggi sul lusso cfr. G. CLEMENTE, *Le leggi sul lusso e la società romana nel III e II secolo a.C.*, in *Società romana e produzione schiavistica*, a cura di A. Giardina e A. Schiavone, 3, Roma-Bari, 1981, 1 ss.; A. BOTTIGLIERI, *La legislazione sul lusso nella Roma repubblicana*, Napoli, 2002; C. VENTURINI, *Leges sumptuariae*, in *Index*, 32, 2004, 355 ss.; V.A. KVASHNIN, *Did Leges*

alla ricerca di un'interpretazione univoca. Comunque, a sostegno della possibilità di applicare lo schema della *locatio-conductio strictu sensu* anche alla professione medica, si schiera De Robertis¹⁹, che a sostegno della sua tesi richiama il termine *merces* usato in alcune fonti come corrispettivo nei rapporti di locazione²⁰.

Sumptuaria exist in Rome? To Question About Corellation Terms, 'Leges Sumptuariae' and 'Leges Cibariae', in *D@S, Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e tradizione Romana*, 9, 2010, *Diritto & Innovazione*, con bibliografia e fonti. A proposito della *lex Cincia de donis et muneribus* si vedano, in generale, L. MITTEIS, *Römischen Privatrecht bis auf Diokletian*, Lipsia, 1908, 153 ss.; G. BROGGINI, *Transactio post litem contestatam*, in *ZSS*, 73, 1956, 356 ss.; S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, Catania, 1950; M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa' nel diritto romano*, Milano, 1953; G.G. ARCHI, *'Donare' e 'Negotium gerere'*, in *Studi Volterra*, I, Milano 1971; G.G. ARCHI, voce *Donazione*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1951, 930 ss.; G.G. ARCHI, *La donazione in diritto romano*, Milano, 1960; F.P. CASAVOLA, *'Lex Cincia'. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960; A. GONZALES, *The possible motivation of the 'lex Cincia de donis et muneribus'*, in *RIDA*, 34, 1987, 161 ss.; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955; M. TALAMANCA, *Donazione possessoria e donazione traslativa*, in *BIDR*, 64, 1961, 241 ss., 62 ss.; J. DÉNOYEZ, *'Delegatio' et lex Cincia*, in *Studi Volterra*, III, Milano, 1971, 13 ss.; P. CERAMI, *D. 39.5.21.1 (Cels. 28 dig.)*. *Una controversa testimonianza celsina in tema di 'delegatio promittendi causa'*, in *SDHI*, 44, 1978, 139 ss., P. STEIN, *Lex Cincia*, in *ATH*, 73, 1985, 145 ss.

¹⁹ F.M. DE ROBERTIS, *Diritto Romano*, 1946, 192 ss.

²⁰ Altri, come A. MANZO, *Il rischio contrattuale in diritto romano in particolare il 'periculum' nelle 'obligationes consensu contractae'*, in *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 3,

Un frammento di Gaio, inserito dai compilatori nel titolo *De his, qui effuderint vel deiecerint*²¹, può essere utile prova di quanto affermato, poiché richiama un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale per comportamenti oltraggiosi e offensivi di interessi immateriali, sanzionati dall'*actio iniuriarum* (in caso di lesione all'integrità morale in senso lato) o dall'*actio sepulchri violati* (in caso di violazione della sicurezza e del rispetto dei sepolcri) e diversamente riparati con l'*actio de effusis vel deiectis* (a tutela del valore della salute). La fattispecie riportata nel parere di Gaio rientra nei casi in cui il danno arrecato ai beni immateriali legittima azioni di diversa natura, *poenalis* come anche *reipersecutoria*²². Dall'analisi emerge la caratteristica,

2005, 7 ss., in particolare nt. 30, sostengono che «Le prestazioni relative alle cc.dd. *artes liberales* (es. avvocatura, medicina etc.) erano fuori del rapporto di locazione; l'*honorarium* del professionista, infatti, era considerato – almeno fino alla *cognitio extra ordinem* – solo un donativo socialmente dovuto».

²¹ Gai., 6 *ad ed. prov.* D. 9.3.7: *Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas celeraque impendia, quae in curatione facta sunt praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. Cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.* I dubbi circa la sua genuinità espressi in dottrina sono stati quasi tutti fugati da F.P. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le 'Actiones populares'*, Napoli, 1958, 177 ss.

²² Cfr. M.C. BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro, 2003, 321 nt. 571; P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del*

comune e costante per i casi considerati, di una valutazione economica della lesione patita dall'attore riferita alla *condemnatio in bonum et aequum*, che, secondo il tipo di domanda processuale, ha la finalità di vendicare l'offesa oppure di riparare o risarcire il torto ricevuto. Il passo in esame non viene accreditato dai compilatori sotto il titolo della responsabilità aquiliana ma vi si possono, comunque, rilevare ragioni per ritenerlo connesso al problema della lesione fisica prodotta ai danni di un uomo libero²³ piuttosto che alla integrità di uno schiavo²⁴.

La circostanza che trattiene la giurisprudenza dal disciplinare in maniera stringente la questione riguarda, probabilmente, la difficoltà di individuare con precisione le modalità di valutazione del danno subito, in maniera da contemplare tutte le possibili voci concorrenti nella determinazione di

danno e dell'interesse nel diritto romano, Alessandria, 2012; E. KUCUK, L' *'actio de effusis vel deiectis'* nel diritto romano classico, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 30, 2008, 99 ss., con bibliografia; R. MARTINI, *Sul risarcimento del 'danno morale' in diritto romano II (Ripensamenti)*, in *Rivista di Diritto Romano*, 8, 2008, con bibliografia e raffronti con i problemi sollevati anche dalla riflessione dell'inizio del secolo scorso (cfr. nt. 7).

²³ Anche in Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2.2. viene dichiarato il principio dell'impossibilità di stimare il danno all'integrità fisica subito dal corpo di un umano libero.

²⁴ In realtà non è verosimile scartare a priori l'ipotesi secondo cui il soggetto passivo di una lesione sia piuttosto un uomo libero (*civis* o *peregrinus*) che non un *homo* in titolarità di un *dominus*.

una somma che rispecchi il valore oggettivo del bene leso²⁵, inteso come prezzo di mercato. Al fine di calcolare l'indennizzo per la lesione provocata ad un uomo libero, si presenta all'attenzione dei giuristi, dall'epoca repubblicana fino a quella tardoantica, non tanto la difficoltà di concepire che una azione si applichi al danno subito da un soggetto libero, quanto la complessità di attribuire un valore alla sua fisicità, per l'inesistenza di possibili termini di paragone, come dimostra la chiusura del passo oggetto delle presenti considerazioni.

Senza indugiare per ora sulla descrizione della fattispecie riportata, si può constatare come Gaio ponga l'accento sulla circostanza che non è possibile offrire al danneggiato alcun indennizzo né per le deformazioni subite né per le eventuali cicatrici, essendo difficile/impossibile apprezzare il valore pecuniario dell'integrità fisica di un uomo libero; ben diversamente, forse, da come avrebbe detto in caso di alterazioni provocate ad un *servus*, fosse pure provvisto di particolari doti artistiche

²⁵ Cfr. Paul. 2 *ad Plant.* D. 9.2.33 pr.: *Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Peditus ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiozem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. In lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.*

o di bellezza che ne rappresentino il punto di forza²⁶. Nella quantificazione del risarcimento, la sola agevolazione prevista dal giurista classico (ed accolta dal legislatore giustiniano²⁷) è parametrata con l'onere, per colui che ha commesso il fatto lesivo, di risarcire il soggetto passivo di quello che oggi qualifichiamo come danno materiale emergente, commisurato alle *mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt*. Se, poi, si desidera chiudere il cerchio in combinato disposto con il moderno lucro cessante, si veda il parere di Ulpiano che considera quanto «*quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus*»²⁸.

²⁶ Cfr., ad esempio, Ulp. 18 *ad ed. D.* 9.2.23.3: *Idem Iulianus scribit aestimationem hominis occisi ad id tempus referri, quo plurimi in eo anno fuit: et ideo et si pretioso pictori pollex fuerit praecisus [...]*.

²⁷ La trasposizione istituzionale di D.9.3.7 costituisce la parte finale di I. 4.5.1, in tema di responsabilità per *effusum vel deiectum* e per *positum aut suspensum*.

²⁸ Il passo presenta l'estensione analogica per altri casi di diminuzione patrimoniale dovuta a spese mediche a favore di un *filius familias* (di condizione ovviamente non servile), che abbia ricevuto un danno permanente da un insegnante troppo zelante nell'infliggere dei correttivi. L'attenzione ed i dubbi dei giuristi citati non si incentrano, infatti, sullo *status libertatis* del danneggiato, quanto sull'esistenza o meno del requisito dell'*iniuria* nell'atto di danneggiare. Ulp. 18 *ad ed. D.* 9.2.5.3: *Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? Et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. Proponitur*

4. Ritornando al passo di Gaio in D. 9.3.7: se qualcosa viene sparsa o buttata fuori dalla casa, il passante che ha sofferto, in conseguenza di questo comportamento, una lesione può esigere, tra l'altro, il risarcimento delle spese della cura e, specialmente, il salario pagato al medico. Quanto corrisposto al medico per il suo lavoro, come detto, è indicato nel testo come *merces*; poiché, in generale, la *merces*, come sinonimo generico di emolumento²⁹, è la contropartita di un lavoro (*operae medicinales*) fatto sulla base di un contratto di locazione³⁰, ne consegue, evidentemente, che la convenzione pattuita per le prestazioni mediche è un contratto d'impresa (*locatio-conductio operis*). La re-

*autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito [...]. F.A.D. RAGONI, 'Actio legis Aquiliae', 'actio de pauperie', 'edictum de feris': responsabilità per danno cagionato da cani, in *D@S*, 6, 2007.*

²⁹ Cfr. A. FORCELLINI, voce *Mercus*, in *Totius latinitatis Lexicon*, Prati, 1868; A. MASI, voce *Locazione (storia)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1974, 907 ss.; L. AMIRANTE, voce *Locazione: in generale (Diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 992 ss.; E. SANDRINI, *La professione medica nella dottrina del diritto comune: secoli XIII-XVI*, 2, Milano, 2009, 116 ss.; come fonte Gai 3.142.

³⁰ M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2013, 292 s.

munerazione di un medico non è quindi un onorario come quello di coloro che esercitano una professione appartenente alle *artes liberales*.

Che mai il corrispettivo per l'opera di un medico sia qualificato come *honorarium* lo prova la costituzione di Costantino, riportata nei Codici teodosiano³¹ e giustiniano³². Che al medico, poi, spetti un compenso e che questo sia una *merces* può essere provato, anche se indirettamente, da un interessante testo di Ulpiano³³, nel quale si fa

³¹ *Imp. Constantinus A. ad Volusianum* CTh.13.3.1.2: *Mercedes etiam eorum et salaria reddi praecipimus.* (321/4 aug. 1).

³² C. 10.53.6.1: *Mercedes etiam eorum et salaria reddi iubemus, quo facilis liberalibus studiis et memoratis artibus multos instituant.* <a 333 pp. v k. oct. Constantinopoli Dalmatio et Zenophilo cons.>.

³³ Ulp., 31 *ad ed. D. 17.2.52.4: Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit. dicit Julianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandos proficisceretur. sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere rectissime Julianus probat. proinde et si naufragio quid periit, cum non alias merces quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient: nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa soci.* A favore della sostanziale veridicità del pensiero giuridico riferito alla giurisprudenza, nonostante qualche possibile rimaneggiamento, si schiera già la dottrina del secolo scorso: cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1965, 195.

riferimento al *coire negotiationem* ³⁴.

Prima di 'leggere' il suddetto testo, si ricorda, brevemente, che nell'ipotesi di una negoziazione intercorrente tra due o più soci che si obbligano a destinare al comune scopo societario una certa quantità di denaro o di beni, attività personali o crediti³⁵, affinché il *periculum* derivante dal perimento *sine culpa* dell'oggetto della prestazione venga sopportato da tutti i soci, è anzitutto necessario che il capitale, con la *collatio*, abbia già avuto una destinazione sociale³⁶. Ma ciò può non essere sufficiente. Per esempio, nel caso di una società costituita per la vendita di cavalli, il rischio relativo al decesso del quadrupede di un socio - verificatosi in un tempo successivo alla *collatio*, ma precedente alla vendita - ricade sul singolo socio,

³⁴ P. CERAMI, *Impresa e società nei primi due secoli dell'impero*, relazione al Convegno di diritto romano *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero*, Copanello, 2004, pubblicata on line in <http://www.unipa.it/dipstdir/pub/annali/2007-2008/Cerami2.pdf>, 98 nt. 57 e 102 nt. 66, con bibliografia.

³⁵ A. MANZO, *Il rischio*, cit., 7 ss.

³⁶ Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.58.1: *Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus ad mercem emendam et mea pecunia perisset, cui perierit ea. et ait, si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire, ut puta si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam, periit; si vero ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit.*

in quanto il contratto associativo è stato stipulato non *habendae quadrigae, sed vendendae*³⁷.

Non mancano, però, nelle fonti soluzioni più articolate. Labeone ritiene che solo i rischi generati da un'attività svolta nell'interesse comune e afferenti alla gestione sociale abbiano la capacità di ricadere su tutti i soci; in conseguenza, secondo la riflessione del giurista, non rientrano in questa ipotesi, ad esempio, le spese mediche sostenute dal socio per curare le ferite subite per impedire la fuga di *servi communes*³⁸. Di parere op-

³⁷ Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.58 pr.: [...] *cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.*

³⁸ Pomp. 13 *ad Sab.* D. 17.2.60.1: *Socius cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est: impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione Labeo ait, quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit, sicuti si propter societatem eum heredem quis instituere desisset aut legatum praetermisisset aut patrimonium suum neglegentius administrasset: nam nec compendium, quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium, veluti si propter societatem heres fuisset institutus aut quid ei donatum esset.* Sul punto cfr. M. SARGENTI, *Rischio contrattuale (dir. rom.)*, in *ED.* 40, Milano, 1989, 1129. In precedenza (1126), lo Studioso afferma che la distinzione tra responsabilità per inadempimento e rischio contrattuale era ben chiara ai giuristi romani e il suo «oscuramento» [...] è frutto di un diverso indirizzo seguito probabilmente da interpreti tardi e dai compilatori giusti-

posto Giuliano, che, in generale, subisce il fascino di una concezione ugualitaria della caduta del rischio, in quanto ritiene che l'alea debba ripartirsi su tutti i soci³⁹. È evidente la difficoltà di fissare un principio generale in tema di *periculum*, sia pure per una singola fattispecie contrattuale, in quanto è il concreto assetto d'interessi, che le specifiche situazioni considerate presentano, a rappresentare la misura.

Ritornando al passo di Ulpiano in D. 17.2.52.4, nell'ipotesi d'infortunio avvenuto in un'impresa collettiva, il leso può pretendere le spese della cura medica dai suoi soci per mezzo dell'*actio pro socio*⁴⁰. Da ciò risulta chiaramente che

niane). *Contra* A. MANZO, *Il rischio contrattuale in diritto romano*, cit., nota 3.

³⁹ Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.61: *Secundum Iulianum tamen et quod medicis pro se datum est recipere potest, quod verum est.*

⁴⁰ Si richiama l'analisi dei problemi connessi all'interpretazione del passo alla luce della configurazione dell'*industria* del socio d'opera nella società *consensu contracta* in G. SANTUCCI, *Il Socio d'opera*, in *Diritto Romano, Conferimenti e responsabilità*, Milano, 1998, 115 ss., che rileva l'opportunità di esaminare D. 17.2.52.4 e D. 17.2.60.1 (l'uno ulpiano e l'altro pomponiano) alla luce di D.17.2.29.1, in cui si analizzano le posizioni di Sabino e Cassio circa la valutazione dei conferimenti del socio in società, su cui F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973, che delinea le ragioni che portano a ritenere che in entrambi i casi vi sia un socio conferente opere e industria. Nel commento dei passi citati, in dottrina si riconosce comunemente un contrasto, in tema di risarcimento dei danni sopportati dal socio d'opera, fra

il leso deve pagare le spese per le cure mediche. Questo testo, quindi, avvalorava ulteriormente la tesi che la remunerazione del medico sia un obbligo generalmente riconosciuto. La prestazione medica non è, dunque, un semplice favore, la cui ricompensa dipenda solo dal libero volere del paziente.

Al parere di Ulpiano può essere proficuamente aggiunto quello di Pomponio⁴¹, secondo il qua-

l'opinione di Labeone (D. 17.2.60.1) e quella di Giuliano (D. 17.2.52.4), in particolar modo in Ulp. 51 *ad ed.* D. 17.2.61, per il quale si potrebbe sospettare un intervento compilatorio. Sempre secondo Santucci, una diversa esegesi di D.17.2.52.4 tende a rendere chiare le differenze esistenti fra il caso riferito sopra e quello prospettato da D. 17.2.60.1 e da D. 17.2.61, per cui potrebbero esserci ragioni che conducano a ritenere inesistente il preteso contrasto fra le opinioni dei giuristi. Inoltre, egli sottolinea la coerenza della decisione di Labeone rispetto alle regole relative al conferimento di *industria* del socio secondo i criteri espressi in D.17.2.29.1. Ancora, M. POLOJAC, *Casuistry and General Rules - Problem of Risk Bearing in Roman Societas*, in *Annals FLB, Belgrade Law Review*, LVIII.3, 2010, 235 ss.; in particolare, (242) la studiosa rileva che «If any costs of medical treatment were involved, Julian rightly considers that the other partner was to bear (an equal) part of the costs».

⁴¹ Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.61: *Secundum Iulianum tamen et quod medicis pro se datum est recipere potest, quod verum esto.* Secondo parte della dottrina (A.F. BARREIRO - R.P. RODRÍGUEZ MONTERO, *Daños y reintegro de gastos en materia de sociedad: D.17.2.52.4, D.17.2.60.1 y D.17.2.61~ ¿Una polemica jurisprudencial en época clásica?*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1, 1997, 259 ss., in particolare 260, con bibliografia e fonti) lo *status quaestionis* circa le

le il medico a Roma è protetto dalla legge e privilegiato nel rivendicare il proprio onorario; anzi, di solito, questo gli viene corrisposto il primo Gennaio e rimane come obbligo che grava sulla sua famiglia del paziente anche in caso di morte di quest'ultimo.

In un frammento, destinato dai compilatori alla chiusura del terzo titolo del libro nono dei *Digesta*, Gaio riferisce dell'*aestimatio* del danno, se-

fonti che trattano della limitazione della responsabilità del socio, mette in risalto che «El elemento común a los dos distintos casos contenidos en los fragmentos de Ulpiano y Pomponio está constituido por esclarecer si los gastos médicos ocasionados a un socio por lesiones físicas en su persona, producidos por la incidencia de un factor externo no imputable a su conducta, acaecido en el transcurso de la realización de una actividad en interés de la sociedad, deben ser imputados a su propia esfera patrimonial o a la societaria. La doctrina legal que establecen los compiladores justinianos ofrece una solución en sentido favorable al socio, adoptando para ello el criterio de Juliano (D. 17.2.61), que Ulpiano habría acogido a tenor de D. 17.2.52.4, rectificando a Labeón, que en D. 17.2.60.1 sostiene en el caso allí planteado una solución contraria a la imputación a los demás socios de ese tipo de gasto; no consta la *ratio decidendi* de Juliano, pero sí, en cambio, la de Labeón, quien introduce una diferenciación entre gastos *in societatem* y *propter societatem*, que tiene, evidentemente, el valor de un criterio normativo formulado jurisprudencialmente para decidir en cada caso concreto la imputación de un determinado gasto a la esfera patrimonial del socio o a la societaria cuando la causa del mismo pueda ser un hecho situable fuera del ámbito de la culpa contractual».

condo criteri corrispondenti al *lucrum cessans*, pur senza l'impiego letterale della locuzione⁴². Nel già richiamato passo⁴³, egli ritiene che, nell'ipotesi di un uomo rimasto vittima di un *deiectum effusumve*⁴⁴ cui conseguano delle lesioni corporali⁴⁵, il giudice debba includere, ai fini della stima della *condemnatio*, il conteggio delle spese mediche, comprensive dell'onorario del medico e di tutte le altre spese di cura, nonché delle giornate di lavoro perse e di quelle che si avranno a perdere in conseguenza della lesione; non rientrano in un tale computo, invece, le cicatrici e le deformità inflitte al corpo, quali risultati diretti dell'*effundere vel deicere*, per il principio per cui *nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem*⁴⁶. Risulta coerente

⁴² F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco, Studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Milano, 2009, 126.

⁴³ Vedi supra nt. 20.

⁴⁴ T. PALMIRSKI, *How the commentaries to 'de his qui deiecerint vel effuderint and ne quis in suggrunda edicts' could be used on the ground of 'edictum de feris'*, in *RIDA.*, 53, 2006, 323 ss., in particolare 330.

⁴⁵ A.R. ALARCÓN, *Evolución histórica de la figura del lucro cesante*, in *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 7, 2003, 641 ss., in particolare 647 nt. 21.

⁴⁶ Si sospetta che questa sezione del frammento abbia subito un intervento compilatorio, ma contro questa ipotesi si è levata la voce di parte della dottrina (M.F. CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell'art. 2059 c.c.*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, a cura di Aa.Vv., pref. di L. Capogrossi Colognesi, Napoli, 2003, 126 nt. 70), per la quale sembrano però condivisibili le obiezioni mosse sia da R.

con tale impostazione la versione istituzionale ⁴⁷: si rileva che il passo in esame si presenta mutilo dell'inciso sul principio della *nulla aestimatio*, ma, eccetto alcune marginali varianti, riproduce fedelmente il parere di Gaio conservato in D. 9.3.7⁴⁸.

Che, poi, ai medici spetti una remunerazione annuale e che questa sia una consolidata abitudine, si desume da un ulteriore passo di Papiniano⁴⁹, in relazione al quale, contestualizzato

WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972, 67 s. sia da F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, 138 ss. Cfr., anche, A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *BIDR*, 16, 1904, 202; E. KUCUK, *L' 'actio de effusis vel deiectis' nel diritto romano classico*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 30, 2008, 99 ss.; G. CHRISTANDL, *La risarcibilità del danno esistenziale*, Milano, 2007, 70 nt. 137; F.A.D. RAGONI, *Actio*, cit., in particolare nota 57.

⁴⁷ I. 4.5.1: [...] *Si vero vivet nocitumque ei esse dicitur, quantum ob eam rem aequum iudici videtur, actio datur: iudex enim computare debet mercedes medicis praestitas ceteraque impendia quae in curatione facta sunt, praeterea operarum quibus caruit, aut cariturus est, ob id quod inutilis factus est [...]*.

⁴⁸ Proprio l'assenza, nella tradizione delle *Institutiones* giustinianee, del periodo finale sulla *aestimatio*, di contro presente nel passo dei *Digesta*, ha costituito un motivo ricorrente nelle tesi di quanti si sono dichiarati contrari alla genuinità del frammento (A. MARCHI, *Il risarcimento*, cit., 222 ss.).

⁴⁹ Pap, 8 resp. D. 33.1.10.1: "*Medico Sempronio quae viva praestabam, dari volo*": *ea videntur relicta, quae certam formam erogationis annuae, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt.*

nell'ambito di dover tenere un determinato contegno riconducibile dal contesto ad un *dare* o *facere*, la dottrina che ha discusso se il *praestare*⁵⁰ riguardi un obbligo o una responsabilità ha concentrato l'attenzione sulla circostanza che non è possibile assumere aprioristicamente che il *praestare* stesso non sia mai suscettibile di formare oggetto di un *oportere/debere*, da intendersi in senso tecnico, nel lessico del diritto delle obbligazioni, come un 'debito'. Si attesta, infatti, per il verbo *praestare*, una polisemia particolarmente accentuata⁵¹, tale per cui non si può escludere che, quando

⁵⁰ Solo un cenno qui all'insoluta questione etimologica circa l'esistenza di una forma originaria unitaria di *praestare* (A.E. RNOUET - A. MEILLET, voce *praesto*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, 1967, 532, nel quale si legge «Certains sens du verbe 'praestare' (en particulier "fournir") s'expliquent mieux par l'adverbe 'praesto' que par 'prae-' et 'sto'; il y a eu probablement confusion de verbes différents»; J. RAMMINGER, voce *praesto*, in *TLL*, X.2.VI, 1991, 913) ovvero una doppia forma '*praestare*' e '*praes stare*' (A. FORCELLINI, *Totius latinitatis lexicon*, IV, 826 s.; F. BUCHELER, *Altes Latein*, in *Rheinisches Museum*, LII, 1897, 396 ss.; A. WALDE - J.B. HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, II, Heidelberg, 1954, 355), in quanto, a prescindere da quale tesi si abbracci, va riconosciuto «nel secondo significato, di 'garantire', quello strettamente giuridico del verbo» (R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., 110).

⁵¹ M. SERRANO-VICENTE, '*Custodiam praestare*'. *La prestación de custodia en el derecho romano*, Madrid, 2006, *passim*; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 1 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto pri-*

venga impiegato per individuare un contegno umano, in teoria o in pratica, non assuma anche l'accezione di 'prestazione dovuta'; *praestare*, infatti, in senso del tutto atecnico e generico, nelle fonti giuridiche, prende il significato di 'fornire, procurare, dare, apportare, mettere a disposizione, attribuire, arrecare'⁵².

vato romano, Catania, 1996, 124 ss.; R. ROBAYE, *L'obligation de 'praestare' et la responsabilité contractuelle en droit romain*, in *RIDA*, 43, 1996, 81 ss.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde: essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, *passim*; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966, 20 ss.; F. PASTORI, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano, 1989, 144 ss., 180 ss., 232 ss.

⁵² Cfr.: D. 43.20.1.13; D. 1.2.2.35; D.1.2.1; C. 1.17.2 pr.; D. 24.2.6; C. 5.37; D. 47.2.91.1; D. 8.1.15.1; D. 2.4.19; Gai 3.50-51; Tit. Ulp. 29.1; D. 4.2.21.6; D. 4.4.25.1; D. 9.4.26.6; D. 21.1.55; D. 22.1.3 pr.; D. 42.1.45.5; D. 24.3.12; D. 42.6.1.6; D. 39.2.41; Gai 2.155; C. 1.19.4; C. 6.43.1.1; C. 7.54.3.3; C. 8.50.7; C. 8.58.2; I. 1.12.6; I. 2.20.35; I. 4.1.8; D. 1.2.2.49; C. 4.5.10.1; D. 27.10.7.1; D. 39.1.1.20; D. 3.1.6; D. 38.2.14.9; C. 3.1.14.4; D. 48.5.12.13; D. 2.11.2.9; C. 7.32.7; C. 7.33.5; D. 39.6.33; D. 33.1.21.4; D.10.4.9.5; D.3.3.42.2; D. 5.3.36.1; D. 19.2.60.2. Inoltre, *praestare* compare in sintagmi dotati di una certa specificità tecnica come, ad esempio, '*fidem praestare*' (D. 2.14.52.1; D. 5.2.17 pr.; D. 17.1.22.5; D. 49.14. 3 pr.; Paul. *Sent.* 4.3.4; C. 2.4.6.1), '*iuramentum praestare*' (C. 4.1.124b), '*sacramentum praestare*' (C. 1.4.27.3), '*auctoritatem praestare*' (D. 26.8.17; C. 5.37.26.1), '*legatum/fideicommissum praestare*' (D. 4.6.41; D. 31.33.1; D. 35.2.32.4): in tutti questi casi indica sempre una condotta umana doverosa, in risposta ad un qualche comando, se non, addirittura, dovuta. Oltre alle ipotesi in cui *praestare* venga impiegato per indicare genericamente (in un

5. Settimio Severo stabilisce dei trattamenti economici fissi (in denaro o in natura) per i medici di corte, mentre nelle città i compensi devono essere stabiliti dai consigli municipali, trasfor-

certo senso tecnico) l'esecuzione di una attività materiale (D. 15.1.40.1; D. 29.2.98; D. 33.1.10.1, 3; D. 33.1.19.1-2; D. 33.2.33 pr.-1; D. 34.1.19.1; D. 34.1.14.2; D. 34.1.15.2; D. 34.1.16.1, 3; D. 34.1.19 pr., D. 34.1.20 pr.; D. 34.1.22 pr.; C. 6.3.10), nelle obbligazioni va segnalato che esso si rinviene nel senso di 'eseguire *pro creditore* una data prestazione' la quale ultima è da ritenersi condotta dovuta (come risulta dall'uso dei verbi *debere, teneri, cogi, oportere*, dal modo gerundio o gerundivo o dal tempo futuro dello stesso *praestare*): una 'prestazione' che può consistere, nello specifico, o in un dare (vuoi 'primario', avente ad oggetto anche entità diverse dalla *pecunia*, vuoi 'secondario') o in un *facere* o in entrambi (Gai 2.202; Gai 3.137; Gai 3.155; D. 3.5.28; D. 5.1.41; D. 5.3.33.1; D. 6.1.17.1; D. 8.3.20 pr.; D. 8.4.6.3a; D. 10.2.52.1; D. 10.3.25; D. 13.7.6.1; D. 17.1.35; D. 17.2.60 pr.; D. 18.4.7; D. 19.1.13 pr.; D. 19.1.11.1 s.; D. 19.1.13.13; D. 19.1.24.2; D. 19.1.31 pr.; D. 19.2.8; D. 19.2.9 pr.; D. 19.2.15.2; D. 19.5.20.1; D. 19.2.58.1; D. 24.1.50; D. 24.3.64.5; D. 21.2.8; D. 21.1.29 pr.; D. 21.1.25.10; D. 23.4.13; D. 22.1.3.1; D. 24.1. 50 pr.; D. 30.39 pr.; D. 31.87.4; D. 34.2.35 pr.; D. 34.2.35.1; D. 35.1.66; D. 35.1.73; D. 36.1.26; D. 37.5.10.2; D. 40.5.24.19; D. 40.5.38; D. 45.1.114; D. 46.6.11; D. 47.2.75; C. 4.57.1). Cfr., inoltre, '*praestare oportere*' nel senso generico di 'dovere di eseguire una prestazione', tra le fonti letterarie Cic. *Top.* 17.66 (su cui si legga B. SCHMIDLIN, *Il consensualismo contrattuale tra 'nomina contractus' e 'bonae fidei iudicia'*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del giurista europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese [1914-1995]*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, 106 ss., 113, nt. 28.

mando ciò che poteva essere una promessa di salario in un obbligo di versarlo, attraverso uno scritto che assume la veste di un mezzo di prova concludente dell'esistenza dell'obbligazione così determinando il fondamento giuridico dell'eventuale azione, anche in riferimento alla valutazione dell'organo competente *cuius notio est*⁵³, locuzione utilizzata dal giurista in svariati casi⁵⁴, che rinvia sia alla *iuris dictio* sia alla *cognitio extra ordinem*⁵⁵. Dal tempo di Costantino, poi, i medici si occupano anche direttamente della cura degli imperatori prendendo il nome di archiatri *sacri palatii*; questi ricevono un salario annuale, come é at-

⁵³ A.S. SCARCELLA, *Il bilinguismo nei fedecommessi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e 'novi cives', come strumenti di integrazione sociale*, in *AUPA*, 55, 2012, 619 ss., in particolare 640, ntt. 84 e 85.

⁵⁴ Si vedano le fattispecie riferite in D. 33.4.14; D. 34.1.15.1; D. 34.3.28.3.

⁵⁵ Scaev. 80 dig. D. 34.1.16.1: *Libertis libertabusque, item quos quasque testamento codicibusve manumiserat, alimenta commoda, quae viva praestabat, dari iusserat: item omnibus libertis Libertabusque fundos: quaesitum est, an ad ea legata admitteretur liberti patrum libertus [...] epistula etiam emissa ad ordinem civitatis, unde oriunda erat, petierat, uti publice (quod medicus erat) salaria ei praestarentur, manifestando litteris suis eum suum esse libertum. Respondit eum, cuius notio est, aestimaturum, ut si quidem viva ea et ei praestabat, nihilo minus ad fideicommissum admitteretur, aliter vero non. Cfr., A. SICARI, *Ancora su 'animus'*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 7, Milano, 2007, 393 ss., in particolare 410 nt. 26.*

testato in un rescritto degli imperatori Valente, Valentiniano e Graziano⁵⁶.

Nel caso le cure mediche siano prestate ad uno schiavo, considerato non uomo ma *res*⁵⁷, possono essere oggetto di un contratto di locazione e il pagamento viene assicurato dall'esistenza, reale o implicita, del contratto stesso. Se, invece, ad essere curato è un uomo libero la riscossione di un compenso diventa più difficile, poiché, come più volte ribadito, i Romani non ammettono che un contratto possa avere per oggetto le *artes liberales*. Tuttavia, in parecchi casi, il diritto pretorile concede il ricorso alla *cognitio extra ordinem*⁵⁸ e i *praeses* nelle province e il *praetor* a Roma giudicano le azioni relative agli onorari non corrisposti: l'entità della somma viene stabilita dal magistrato, che può anche ridurre una remunera-

⁵⁶ C. 10.53.9 pr.: *Archiatri scientes annonaria sibi commoda a populi commodis ministrari honeste obsequi tenuiori bus malint, quam turpiter servire divitibus.*

⁵⁷ Cionondimeno, o, forse, proprio per questo, nel 52, l'imperatore Claudio, attraverso un *SC. Claudianum*, obbliga il padrone a prestare cure mediche allo schiavo.

⁵⁸ Ulp. 8 *de omn. trib.* D. 50.13.1.1: *Medicorum quoque eadem causa est quae professorum, nisi quod iustior, cum hi salutis hominum, illi studiorum curam agant: et ideo his quoque extra ordinem ius dici debet.* Si veda anche Ulp., 8 *de omn. trib.* D. 50.13.1.7: *Sed ceterarum artium opificibus sive artificibus, quae sunt extra litteras vel notas positae, nequaquam extra ordinem ius dicere praeses debet.* Cfr. W. TURPIN, 'Formula', 'Cognitio' And Proceedings 'Extra Ordinem', in *RIDA*, 46, 499 ss., in particolare 570 nt. 159.

zione ritenuta eccessiva e frutto di estorsione ai danni del malato.

Sul potere dei magistrati in questo contesto si rinvia a conferma un altro frammento di Ulpiano⁵⁹: nella causa esposta il medico ha spinto il suo malato, mettendone in pericolo gli occhi con un medicamento non adatto, a dargli i suoi poteri; nel processo istituito in conseguenza di ciò, secondo Ulpiano, il preside della provincia deve obbligare il medico, a causa della sua malafede, a restituire quei poteri.

6. In conclusione, si nota che il salario per il medico diventa un obbligo generalmente riconosciuto da quando la professione medica viene esercitata, a partire dal II secolo d.C., anche da cittadini romani nati liberi⁶⁰. A costoro non può

⁵⁹ Ulp. 5 *opin.* D. 50.13.3: *Si medicus, cui curandos suos oculos qui eis laborabat com-miserat, periculum amittendorum eorum per adversa medi camenta inferendo compulit, ut ei possessi ones sua con fra fidem bonam aeger venderet: incivile factum praeses provinciae coerceat remque restitui iubeat.*

⁶⁰ Il ruolo socio-economico ed il trattamento giuridico dell'esercente la professione medica, nel mondo romano antico, dipendono molto dallo *status* dell'esercente stesso: infatti, in principio il più delle volte era uno schiavo (greco od orientale), poi, all'inizio del Principato, un liberto, infine, dal II secolo d.C., generalmente un uomo libero. Il *medicus servus* può essere locato dal *dominus*, alla stessa stregua di un oggetto, con un contratto di *locatio rei*; spesso, però, gode di una certa autonomia, nel senso che il padrone gli mette a disposizione un locale per l'esercizio dell'attività, i cui guadagni sono in teoria di pertinenza esclusiva del pa-

essere negata la possibilità di pretendere la contropartita del loro lavoro anche per via giudiziaria, solo per restare ancorati alla vecchia idea secondo cui la stipulazione di un corrispettivo e il processo intentato per ottenerlo, sono indegni dei cittadini romani altolocati. Si verificherebbe di certo una strana situazione se, per far valere una determinata pretesa, i cittadini romani degli strati sociali bassi possono agire con l'azione basata sul contratto di locazione-conduzione, mentre coloro che appartengono alle classi più elevate non hanno alcuna azione a loro disposizione per il medesimo scopo. Per eliminare le difficoltà derivanti da questa situazione, lo sviluppo giuridico di epoca imperiale presenta la possibilità, per i medici, di ricorrere, abitualmente alla *cognitio extra ordinem*. Così il medico può, in certo qual modo, scegliere se far valere le sue pretese sulla base della locazione conduzione oppure per mezzo del procedimento straordinario⁶¹.

drone, mentre in pratica vengono lucrati in parte anche dal servo, che rimpingua così il suo *peculium*. Il *medicus libertus* loca la propria opera mediante un contratto di *locatio operis*, lo stesso con cui si commissiona un qualunque lavoro ad un artigiano. Il medico libero si obbliga solo attraverso *pacta*, convenzioni non formali, che, il più delle volte stabiliscono relazioni puramente sociali.

⁶¹ Vd. K. VISKY, *La qualifica della medicina e dell'architettura nelle fonti del Diritto romano*, in *Jura*, X, 1959, 63 ss.

ABSTRACT

Il ruolo socio-economico ed il trattamento giuridico dell' esercente l' arte medica nel mondo romano antico è condizionato non solo dalla maturazione della *medicina* e dalla competenza dell' esercente bensì anche dallo *status* dell' esercente stesso. Dapprima, il più delle volte, uno schiavo (greco o orientale), poi, all' inizio del Principato, un liberto ed infine, dal II secolo d.C., generalmente un uomo libero.

The socio-economic role and legal treatment of the *medici* in the ancient Roman world has been influenced by the evolution of medical knowledge, of the expertise of the operators, and also of the *status* of the operators. At first, most of the time, such operators were slaves (from Greece or the East), then, at the beginning of the Princedom, they were mostly freedmen, and finally, from the second century AD, they were generally free men.

PAROLE CHIAVE

compenso del medico; diritto romano.

remuneration of medical work; ancient Roman Law.

MARIA ROSARIA DE PASCALE
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli “Federico II”
E-mail: mariarosaria.depascale@unina.it