TEORIA E STORIA
DEL DIRITTO PRIVATO
RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE
PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

ALEJANDRO VALIÑO

Rischio, imputazione e tutela nel diritto privato dei Furs de València. Tradizione romanistica e *ius proprium* sotto Giacomo I

Numero XIX – Anno 2026
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico
A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), P. Buongiorno (Univ. Macerata), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), R. Laurendi (Univ. Genova), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. Autònoma de Barcelona), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale
A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), A. Guasco (Univ. Telematica Giustino Fortunato), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), P. Pasquino (Univ. Cassino), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuoglio (Univ. Torino)

Redazione
Coordinatore: C. De Cristofaro (Univ. Salerno) – **Membri:** M. Amabile (Univ. Salerno), G. Balestra (Univ. Salento), M. Beghini (Univ. Roma Tre), A.M.S. Caldoro (Univ. Roma Tor Vergata), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano), C. Iovacchini (Univ. Roma 'La Sapienza'), M. Melone (Univ. Roma 'La Sapienza'), A. Natale (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione
C. Cascone, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista
Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di

Ordine degli Avvocati di Salerno

Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Teoria e Storia del Diritto Privato
ISSN: 2036-2528
Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider: Aruba S.p.A., Via San Clemente n. 53, Ponte San Pietro (BG), P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Rischio, imputazione e tutela nel diritto privato dei Furs de València. Tradizione romanistica e *ius proprium* sotto Giacomo I

SOMMARIO: 1. Un anniversario per il diritto privato: oggetto, fonti e metodo – 2. *Ius commune* e *ius proprium*: uso, applicazione e trasformazione – 3. Consenso e correzione dello scambio: vendita, *laesio*, evizione e vizi – 4. *Utilitas contractus*, custodia e distribuzione del rischio – 5. Custodia professionale, preposizione e gestione di interessi altrui – 6. Credito, garanzie e insolvenza: affidamento e concorso – 7. Sacrificio comune e rischio marittimo: dalla *lex Rhodia* al *forum novum* – 8. *Metus*, errore e danno: criteri di imputazione – 9. Prova, sentenza e giudicato: effettività delle situazioni private – 10. Considerazioni conclusive.

1. *Un anniversario per il diritto privato: oggetto, fonti e metodo*

Il settecentocinquantesimo anniversario della morte di Giacomo I d'Aragona offre l'occasione per interrogare i Furs de València da un angolo volutamente circoscritto: non la fondazione politica del regno, né una nuova ricostruzione generale delle fonti del testo forale, ma la tecnica con cui esso organizza rapporti patrimoniali fra privati. Compravendita, custodia, attività esercitata mediante preposti, credito, garanzie, rischio marittimo, vizi della volontà, danno e tutela giudiziale permettono di osservare come categorie formatesi nella tradizione romanistica siano selezionate e

rese operative entro un ordinamento territoriale. Resta fuori dal perimetro dell'indagine il diritto patrimoniale della famiglia[1].

L'esperienza valenciana del XIII secolo va letta entro una cultura giuridica europea già profondamente segnata dalla circolazione dei testi giustinianei e dalla loro elaborazione universitaria. Lo *ius commune* forniva non soltanto norme, ma un linguaggio, categorie e criteri di decisione che i giuristi potevano adattare a ordinamenti dotati di finalità proprie[2].

Per questo il rapporto tra i Furs e il *Corpus iuris* non può essere ridotto alla corrispondenza letterale. Accanto a recezioni testualmente ravvicinate si incontrano riformulazioni, adattamenti e conservazioni della sola struttura della soluzione, secondo gradi diversi già messi in luce dalla ricerca sulle fonti romane dei Furs[3]. In tale prospettiva, «tradizione romanistica» è espressione più precisa di «presenza del diritto romano»: tra il frammento romano

[1] V. C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La condición jurídica de la mujer en los Furs de València*, Valencia, 2018, edizione digitale, ISBN 978-84-9134-408-7, spec. § 3.4, sul regime patrimoniale del matrimonio — exovar, beni extradotali e parafernali, creix —, e § 4, sulla condizione della vedova.

[2] V. A. PÉREZ MARTÍN, *El ius commune: artificio de juristas*, in *Història del pensament jurídic. Curs 1996-97 dedicat a la memòria del professor Francisco Tomás y Valiente*, ed. per T. de Montagut, Barcelona, 1999, 69-93, spec. 71, 73 e 79. L'A. sottolinea che «el Derecho Común es sobre todo un producto de las Universidades, una elaboración de los juristas» (p. 79) e osserva che gli *iura propria* «visten como derecho propio lo que originariamente es Derecho romano o Derecho común» (p. 73).

[3] V. A.M. BARRERO GARCÍA, *El Derecho romano en los Furs de Valencia de Jaime I*, in *AHDE*, 41, 1971, 639-664, spec. 642-648. L'esame delle concordanze mostra rapporti di diversa intensità fra il testo valenciano e le fonti romane: accanto alla riproduzione totale o parziale della norma si incontrano adattamenti, aggiunte e modificazioni della redazione; cfr. spec. 645. Per una quantificazione successiva, fondata su un'edizione, una numerazione e criteri più ampi, cfr. V. GARCÍA EDO, *La recepción del Derecho justinianeo en los Fueros del Reino de Valencia de 1238*, in *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, XI, Madrid, 2021, 191-205, spec. 198-199 e 205.

e il fuero possono interporsi elaborazione dottrinale, semplificazione legislativa e adattamento locale[4]. Occorre perciò distinguere ciò che è dimostrabile sul piano testuale da ciò che può essere ricostruito soltanto in termini di continuità funzionale.

Una seconda cautela riguarda la formazione del testo. I Furs non costituiscono un codice promulgato integralmente in un unico momento, ma il risultato di un processo nel quale disposizioni di fasi diverse furono aggiunte, modificate o riformulate. Non sempre è possibile distinguere con sicurezza tali strati; perciò il «diritto dei Furs di Giacomo I» designa qui il processo normativo sviluppatosi sotto il suo regno, non la paternità personale e immediata di ogni precetto[5].

Anche l'uso delle fonti deve riflettere questa complessità. La tradizione latina fissata nei *Fori Antiqui Valentiae* di Dualde Serrano resta il riferimento essenziale, ma va confrontata con quella romanza, che non ne costituisce sempre una semplice veste

[4] V. A. PÉREZ MARTÍN, *El estudio de la recepción del Derecho común en España*, in *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, ed. por J. Cerdá y Ruiz-Funes y P. Salvador Coderch, Bellaterra, 1985, 241-325, spec. 245-246 e 254. L'A. avverte che l'esame delle sole norme favorevoli o contrarie al diritto comune offre una visione parziale del fenomeno e individua nella circolazione degli uomini e dei libri due delle principali vie della recezione.

[5] La cautela è imposta anzitutto dalla tradizione testuale. V. R. CHABÁS, *Génesis del Derecho Foral de Valencia*, Valencia, 1902, 5, 7-8 e 39-41; *Fori Antiqui Valentiae. Edición crítica*, ed. por M. Dualde Serrano, Madrid-Valencia, 1950-1967, Prólogo, XII-XX. Quest'ultima edizione sarà indicata d'ora in avanti con l'abbreviazione *FAV*, seguita tra parentesi dalla pagina (Dualde Serrano) e, ove occorra, dal numero del frammento nell'edizione digitale diretta da V. García Edo (cfr. *infra*, nt. 6). Per la cronologia interna delle formule di romanzamento e per la distinzione fra la traduzione generale del 1261 e gli interventi successivi, v. P. LÓPEZ ELUM, *Los orígenes de los Furs de València y de las Cortes en el siglo XIII*², Valencia, 2001, 77-78 e 100-101, spec. 77 e 101. Per i due prologhi e la loro diversa cronologia, v. *Corts i assemblees parlamentàries. Jaume I, Pere el Gran, Alfons el Liberal i Jaume II (1238-1326)*, ed. per V. Baydal, València, 2023, doc. 1.1, 55-56, e doc. 2.1, 57-59.

linguistica e può conservare precisazioni o adattamenti rilevanti per comprendere l'operatività concreta della norma[6].

Il presente studio non intende, quindi, proporre una nuova ricostruzione generale delle fonti dei Furs, né tanto meno sostituirsi alle indagini filologiche e storico-giuridiche che hanno affrontato quel problema in modo sistematico. Il confronto con i testi romani avrà qui una funzione diversa e più limitata: servire a comprendere la tecnica di costruzione di alcune regole di diritto privato. Anche quando la dipendenza testuale possa essere accertata, il dato di maggiore interesse non sarà soltanto stabilire «da dove provenga» il precetto valenciano, ma verificare che cosa gli accada una volta inserito nel nuovo ordinamento. Una soluzione può essere recepita senza modificazioni sostanziali; può essere semplificata; può essere generalizzata; può vedere mutati i propri presupposti; può essere accompagnata da conseguenze sconosciute alla fonte originaria[7]. È in questa trasformazione che la comparazione acquista valore propriamente storico-giuridico.

La scelta delle materie indicate in apertura non ha finalità meramente descrittiva. Ciò che le accomuna è la necessità di attribuire giuridicamente un rischio. Ogni rapporto patrimoniale pone, in forme diverse, la medesima domanda: chi deve sopportare le conseguenze di un evento che altera il programma economico originariamente previsto? Il compratore o il venditore; colui che

[6] Sulla complessità del rapporto fra le tradizioni latina e romanza, cfr. J. GARCÍA GONZÁLEZ, *Las fuentes de los Fueros de Valencia (I)*, in *Estudios en recuerdo de la Profesora S. Romeu Alfaro*, I, València, 1989, 375-385, spec. 377; *Furs de València*, I, a cura de G. Colón i A. Garcia, Barcelona, 1970, 67-73 e 79-86. Per la tradizione romanza digitalizzata, v. *Furs de València (1238-1645)*, dir. por V. García Edo, Arxiu Virtual Jaume I, Valencia-Castellón, 2016.

[7] Cfr. P. GROSSI, *El orden jurídico medieval*, trad. sp., Madrid, 1996, 35-36, spec. 36. L'*interpretatio* medievale può assumere la forma di *declaratio, additio, correctio* o *novatio* e deve intendersi, secondo l'A., come «reapropiación y reconsideración» dell'ordine giuridico sotto la protezione dei testi romani.

consegna la cosa o chi la riceve; il cliente o l'imprenditore che ha scelto i propri ausiliari; il debitore o il creditore garantito; il proprietario della merce sacrificata o tutti coloro i cui beni sono stati salvati; l'autore materiale del danno o chi dimostri che esso dipese da una forza che non poteva governare. La qualità tecnica del diritto privato si manifesta precisamente nella capacità di non rispondere sempre allo stesso modo, ma di individuare quali elementi della fattispecie giustifichino una diversa allocazione delle conseguenze patrimoniali.

L'ipotesi che guiderà le pagine che seguono non è, dunque, che i Furs riproducano un sistema romano già compiuto, ma che, nei settori considerati, trasformino materiali e tecniche della cultura comune in regole proprie attraverso selezione, riformulazione e territorializzazione. Il filo conduttore sarà soprattutto l'imputazione delle conseguenze patrimoniali: quando il consenso vincola, chi sopporta la perdita, a chi si riferiscono gli effetti dell'attività organizzata, come si distribuisce il rischio e attraverso quali forme processuali una posizione privata acquista effettività.

Quest'ultimo passaggio è decisivo. Il fenomeno che interessa non può essere adeguatamente descritto come semplice sopravvivenza di diritto romano. Una volta incorporata nei Furs, la soluzione cambia statuto. Il compratore valenciano non è vincolato perché Paolo aveva affermato la consensualità della *emptio venditio*; il depositario non risponde secondo un determinato criterio perché un frammento ulpianeo o paolino possiede nel regno un'autorità direttamente invocabile; il creditore anteriormente garantito non prevale perché il giudice debba applicare il libro ventesimo del Digesto. Quelle soluzioni operano perché il diritto territoriale le ha fatte proprie. La matrice

romanistica ne spiega la genealogia o la struttura tecnica; il fuero ne determina la vigenza[8].

2. *Ius commune e ius proprium: uso, applicazione e trasformazione*

La relazione tra *ius commune* e *ius proprium* richiede anzitutto una precisazione terminologica. La coppia possiede un'ascendenza romanistica, ma il significato medievale non coincide con la distinzione gaiana tra il diritto proprio della singola *civitas* e quello che la *naturalis ratio* ha costituito presso tutti gli uomini. Lo *ius commune* del basso Medioevo non era, infatti, il *commune omnium hominum ius* di D. 1.1.9, ma una costruzione storica imperniata sui testi giustinianei e canonici e sulla loro elaborazione scientifica[9].

Nel nuovo contesto, *commune* e *proprium* non designano ordinamenti impermeabili, ma dimensioni reciprocamente definite. Come osserva Calasso, lo *ius commune* è una nozione «correlativa», comprensibile soltanto in rapporto alla pluralità dei diritti propri con i quali convive, si integra e si condiziona[10].

L'opposizione tra diritto comune e diritto proprio non coincide, dunque, con quella tra un diritto «esterno» e uno «interno». Lo *ius commune* poteva penetrare nella struttura dello *ius proprium* senza

[8] Per il caso valenciano, v. P. MARZAL RODRÍGUEZ, *El ius commune como derecho supletorio en Valencia*, in *GLOSSAE*, 5-6, 1993-1994, 399-414, spec. 400-403. L'A. sottolinea che, una volta ricevuto e sanzionato legislativamente, il materiale del diritto comune «se había convertido en derecho propio del reino» (p. 401).

[9] V. F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I. *Le fonti*, Milano, 1954, 373-376, spec. 373-374. Muovendo da Gai. 1 *inst.* D. 1.1.9 — *omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio partim communi omnium hominum iure utuntur* —, l'A. sottolinea la diversità del problema storico designato dall'espressione medievale *ius commune*.

[10] V. F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, cit., 376 e 453-458, spec. 376, ove il *ius commune* viene qualificato come «nozione correlativa»; cfr. 456-458 sulla varietà dei criteri con i quali gli statuti coordinavano la pluralità delle fonti. Sul rischio di ridurre questa esperienza a una rigida gerarchia normativa, cfr. P. GROSSI, *El orden*, cit., 231-232.

assumere la forma di fonte direttamente applicata: la formazione romano-canonica di redattori, giudici, notai e avvocati rendeva disponibili categorie e schemi comuni anche per l'elaborazione di norme particolari[11].

La distinzione di Bellomo tra «uso» e «applicazione» descrive con precisione questo fenomeno. Il giurista poteva utilizzare lo *ius commune* per applicare lo *ius proprium*: la fonte applicata restava quella particolare, mentre concetti, principi, terminologia e *modi arguendi* provenivano dalla cultura giuridica comune[12]. Anche la scelta legislativa di discostarsi dalla soluzione romana poteva, pertanto, essere formulata mediante strumenti intellettuali forniti dalla stessa scienza dello *ius commune*[13].

La stessa dialettica emerge nei fueros extensos: l'affermazione del diritto proprio di fronte allo *ius commune* non esclude l'influenza di quest'ultimo sulla tecnica e sul contenuto della redazione[14]. Il caso valenciano lo mostra con particolare chiarezza. Materiali

---

11 P. GROSSI, *El orden*, cit., 231-232, spec. 232: «el *ius commune* posee, por tanto, una fuerza de penetración que es capilar incluso en los ambientes más cerrados y hostiles del *ius proprium*».

12 V. M. BELLOMO, *The Common Legal Past of Europe, 1000-1800*, trad. ingl., Washington, D.C., 1995, 194-195. Bellomo distingue l'«use» dall'«application» della norma: il giurista poteva «use the *ius commune* to apply the *ius proprium*».

13 Cfr. M. BELLOMO, *The Common Legal Past*, cit., XIII, 152-153 e 184, spec. 184, ove il diritto comune offre «the principles, the concepts, the terminology, and the *modi arguendi*» necessari anche alla formulazione delle norme particolari. Sul ruolo dei giuristi nel processo di adattamento, v. A. PÉREZ MARTÍN, *El ius commune*, cit., 77-78.

14 V. A. PÉREZ MARTÍN, *Los fueros extensos y el Derecho común*, in *Anales de Derecho*, 15, 1997, 75-85, spec. 82 e 85. L'affermazione del diritto proprio di fronte al *ius commune* «no excluye que dicha redacción esté influida precisamente por el *ius commune*» (p. 82) e non impedisce «un trasvase de contenidos y mutuas influencias» (p. 85). Per la collocazione dei *Fori Valentiae* entro l'ondata codificatoria europea degli anni 1231-1281, accanto al *Liber Augustalis* e al codice di Huesca, cfr. A. WOLF, *Los iura propria en Europa en el siglo XIII*, in *GLOSSAE*, 5-6, 1993-1994, 35-44, spec. 38.

provenienti dalla cultura comune, una volta ricevuti e sanzionati dal legislatore nei Furs, mutavano titolo di vigenza: come osserva Marzal, diventavano diritto proprio del regno[15]. Una regola poteva così essere romanistica per origine o struttura e valenciana per l'autorità che ne imponeva l'osservanza.

Questa distinzione chiarisce la politica delle fonti sviluppata sotto Giacomo I. L'ampio impiego di materiali romanistici nella formazione del diritto valenciano coesiste con disposizioni dirette a impedirne l'applicazione forense in quanto diritto romano o canonico. Non si trattava di un rifiuto culturale della tradizione, ma della pretesa che il giudice applicasse la norma territoriale nella quale quei materiali erano stati incorporati.

La cultura comune operava così a monte, nella costruzione della disciplina; a valle, la regola applicabile era quella propria. A tale scelta Marzal riconduce anche un'esigenza di certezza e

[15] Per la specificità valenciana, v. P. MARZAL RODRÍGUEZ, *El ius commune*, cit., 400-403, spec. 401. Sulle concrete vie di trasmissione di questa cultura giuridica nell'ambiente nel quale maturò la redazione valenciana, cfr. V. GARCÍA EDO, *Furs de Valencia. 1238-1707. Una aproximación a su origen y posterior evolución*, Valencia, 2012, 27, che richiama il ruolo dei giuristi e dei notai della Cancelleria reale e, tra i loro strumenti di lavoro, i libri del *Corpus iuris civilis*, in particolare *Codex* e *Digestum*. Sulla possibile partecipazione di Pere Albert alla prima redazione, da formulare tuttavia in termini ipotetici, cfr. E. FERRAN I PLANAS, *El jurista Pere Albert i les Commemoracions*, Barcelona, 2006, 37. Sulla tecnica redazionale, v. inoltre V. GARCÍA EDO, *La redacción y promulgación de la "Costum" de Valencia*, in *Anuario de Estudios Medievales*, 26, 1996, 713-728, spec. 716 e 720: la Costum «sigue el esquema del *Codex* de Justiniano», ma molti precetti provengono anche dal Digesto, dal *Liber iudicum* e dalle *Consuetudines ilerdenses*, il che renderebbe superflua l'ipotesi di una mediazione di Lo Codi; l'A. ricorda altresì (p. 727) che, fra i presenti alla promulgazione, l'unico giurista di qualche rinomanza era Vidal de Canellas, vescovo di Huesca. Per il quadro generale della penetrazione del diritto comune nei regni iberici, cfr. J.M. FONT RIUS, *La recepció del dret comú a la península Ibèrica*, in *Història del pensament jurídic*, cit., 95-106, spec. 100-101, che presenta i Furs e le Costums de Tortosa come opere «notablement inspirats en el codi de Justinià».

semplificazione, che spiega la compatibilità fra esclusione dell'allegazione diretta del diritto comune e intensa utilizzazione dei suoi materiali[16].

Masferrer e Obarrio hanno descritto il sistema valenciano, nel suo sviluppo storico, come uno *ius proprium* avente carattere di *lex generalis* e insieme inserito nella tradizione dello *ius commune*. La formula è utile purché non si retrodatino automaticamente al regno di Giacomo I sviluppi documentati con maggiore pienezza nei secoli successivi; qui viene assunta soltanto nei limiti in cui illumina la fase fondativa del diritto valenciano[17].

---

16 Cfr. P. MARZAL RODRÍGUEZ, *El ius commune*, cit., 402-403, sulla finalità di certezza e semplificazione della politica regia e sul privilegio del 1264, che imponeva al Justicia e ai *probi homines* di decidere *exclusis iure canonico et civile*; M. PESET REIG, *Els Furs de València. Un texto de leyes del siglo XIII*, in *Los valencianos y el legado foral. Historia, sociedad, derecho*, coord. por F.J. Palao Gil y M.P. Hernando Serra, València, 2018, edizione digitale, 54-55. Per le disposizioni del 1251, 1264 e 1270 e il successivo privilegio del 1283, v. A. MASFERRER, J.A. OBARRIO MORENO, *La formación del Derecho foral valenciano. Contribución al estudio de las tradiciones jurídicas hispánicas en el marco del ius commune*, Madrid, 2012, 159-162. Un parallelo cronologicamente prossimo è offerto dalla compilazione aragonese del 1247, promossa dallo stesso Giacomo I e affidata a Vidal de Canellas, vescovo di Huesca e giurista di vasta formazione nello *ius commune*: il prologo impone l'uso esclusivo dei fueros e, per le lacune, il ricorso *ad naturalem sensum vel equitatem*; il prologo *In excelsis* indica invece l'analogia (*de similibus ad similia procedendum*) e le *probabiles rationes et naturales sensus hominum*; lo stesso Vidal dichiara di avere distribuito la materia secondo la sistematica del Codice e del Digesto, avvertendo la difficoltà derivante dalla dissonanza tra diritto romano e diritto aragonese. V. A. PÉREZ MARTÍN, *La primera codificación oficial de los fueros aragoneses: las dos compilaciones de Vidal de Canellas*, in *GLOSSAE*, 2, 1989-1990, 9-80, spec. 11 e 13-16.

17 V. A. MASFERRER, J.A. OBARRIO, *The ius commune as the 'ratio scripta' in the civil law tradition: a comparative approach to the Spanish case*, in *Comparative Legal History*, ed. by O. Moréteau, A. Masferrer and K.Å. Modéer, Cheltenham-Northampton, MA, 2019, 212-241, spec. 232. La ricostruzione comprende anche sviluppi dottrinali e forensi posteriori al XIII secolo e non deve essere automaticamente retrodatata alla fase fondativa. Per la trattazione estesa, v. A. MASFERRER, J.A.

Il metodo descritto da Pérez Martín aiuta a comprendere il passaggio: dall'analisi del caso l'interprete risaliva alla *ratio decidendi* e, mediante concordanze, analogie e *modi arguendi*, costruiva regole utilizzabili oltre il contesto originario[18]. Lo *ius commune* si presentava quindi al legislatore non come semplice deposito di testi giustinianei, ma come sapere già elaborato, capace di offrire tecniche suscettibili di nuova formulazione nel diritto proprio.

3. *Consenso e correzione dello scambio: vendita, laesio, evizione e vizi*

Fra i diversi settori del diritto privato nei quali è possibile osservare l'appropriazione valenciana della tecnica romanistica, la compravendita occupa una posizione particolarmente significativa. Non soltanto perché rappresenta uno dei principali strumenti della circolazione patrimoniale, ma perché la sua disciplina consente di vedere in azione due esigenze che potrebbero apparire contrastanti: da un lato, assicurare stabilità all'accordo una volta raggiunto;

OBARRIO MORENO, *La formación*, cit., spec. 157-164. Cfr. A. MASFERRER, *Spanish Legal Traditions. A Comparative Legal History Outline*[2], Madrid, 2012, 195-196.

[18] Sul procedimento dell'interprete — dalla *ratio decidendi* del caso al principio generalizzabile mediante distinzioni, analogie e *modi arguendi* —, v. A. PÉREZ MARTÍN, *El ius commune*, cit., 84-91, spec. 85-86 e 91. Un riscontro diretto di tale attività ordinatrice può vedersi, tra le materie esaminate *infra*, nella gl. *Ei incumbit* di ACCURSIO ad D. 22.3.2, che scompone il frammento paolino in due *regulae* e ne precisa immediatamente limiti ed eccezioni; v. *infra*, nt. 64. Altri riscontri, nelle materie esaminate *infra*, sono la controversia tra Martino e Giovanni Bassiano sulla compensazione *ipso iure*, registrata dalla Glossa accursiana (nt. 39), e la graduazione azzoniana della *maior pars* dei creditori (nt. 42). Per un esempio concreto del modo in cui la scienza giuridica medievale sistematizzò materiali giustinianei dispersi, cfr. M. BAUER, *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, Berlin, 1998, 93-94: l'A. sottolinea dapprima la sistemazione scolastica, mediante *glossae*, *summae* e *lecturae*, dei testi relativi al rischio e alla responsabilità e rileva quindi come Accursio, nella gl. *statim* ad I. 3.23.3, pervenga a una vera e propria sistemazione del *periculum* nella compravendita.

dall'altro, evitare che la forza vincolante del contratto finisca per proteggere situazioni nelle quali lo scambio presenti un'alterazione tanto grave da rendere necessario l'intervento correttivo dell'ordinamento.

I Furs affrontano anzitutto il momento perfezionativo della vendita in termini che non lasciano spazio a particolari incertezze. Una volta raggiunto l'accordo tra compratore e venditore sul prezzo della cosa, la vendita è ferma, indipendentemente dal fatto che il bene sia già stato consegnato o che il prezzo sia stato pagato. La regola è espressamente riferita tanto alle cose mobili quanto agli immobili. Un altro precetto dello stesso complesso normativo sviluppa ulteriormente la scelta: la mancanza di fideiussore, di documento scritto, di trasferimento della *possessio* o di pagamento del prezzo non impedisce che l'*emptio* sia *perfecta et valida*, perché nei contratti è sufficiente il consenso delle parti[19].

La corrispondenza con la costruzione romana dell'*emptio venditio* consensuale è evidente. La formula di Paolo, *emptio iuris gentium est et ideo consensu peragitur*, condensa la soluzione classica: il contratto nasce dal consenso, senza che la sua perfezione dipenda dalla materiale esecuzione delle prestazioni. Ciò che il testo valenciano riceve non è però soltanto una qualificazione dogmatica. La separazione fra conclusione ed esecuzione del contratto risolve un

[19] V. *FAV* LXXI.4 (Dualde Serrano, p. 109; García Edo, fr. 572): «*postquam inter emptorem et venditorem erit conventum de precio rei vendite, licet res sit tradita vel non, vel precium solutum vel non, venditio firma sit*». *FAV* LXXI.16 (Dualde Serrano, p. 110; García Edo, fr. 584) precisa: «*nichilominus empcio perfecta et valida est* […] *cum in contractibus solus sufficiat parcium consensus*». Cfr. Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.1.2: «*Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur*»; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, rist. 1992, 230-231. Sulla configurazione dell'*emptio venditio* classica come contratto consensuale a effetti obbligatori, cfr. D. MATTIANGELI, *Il problema della consensualità nel contratto di compravendita romano e la sua recezione nei moderni ordinamenti europei*, in *RIDA*, 59, 2012, 335-353, spec. 337-338.

problema essenziale per la sicurezza della circolazione: stabilisce il momento a partire dal quale ciascuna parte può confidare giuridicamente nella prestazione dell'altra.

È appunto questo elemento che conferisce particolare significato alla formulazione valenciana. Il fuero non si limita ad affermare che la vendita è valida; enumera una serie di circostanze la cui assenza non ne compromette la perfezione. Non è necessario che vi sia stato trasferimento materiale della cosa; non è necessario che il prezzo sia stato pagato; non è necessaria la redazione di uno strumento; non occorre la presenza di un fideiussore. La pluralità delle esclusioni rafforza la centralità del consenso, quasi a prevenire la possibilità che uno degli elementi normalmente associati alla realizzazione economica o alla documentazione dell'operazione venga trasformato in requisito costitutivo del vincolo.

La rilevanza della scrittura è, sotto questo profilo, particolarmente interessante. In una società nella quale il documento acquista crescente importanza come strumento di prova e di sicurezza, il fatto che la vendita possa perfezionarsi senza *instrumentum* non significa svalutare la documentazione. Significa distinguere la funzione probatoria dalla funzione costitutiva. Lo scritto può rendere più facile dimostrare che il contratto è stato concluso e quali ne siano le condizioni, ma non è necessariamente ciò che fa nascere l'obbligazione. La separazione tra esistenza del contratto e mezzo per provarlo appartiene alla stessa logica che distingue perfezione ed esecuzione.

Questa scelta diviene ancora più significativa quando il testo affronta le *arrae*. Il fuero conclude negando il pentimento anche quando esse siano intervenute: *quam penitenciam, etiam arris intervenientibus, denegamus*. La consegna delle *arrae* non attribuisce, dunque, alle parti una facoltà generale di sciogliersi dall'accordo mediante la perdita di quanto versato o la restituzione del doppio.

Anche sotto questo profilo il diritto valenciano privilegia la stabilità del contratto già perfezionato[20].

La soluzione deve essere collocata con qualche precisione all'interno della tradizione romanistica. Nel diritto romano classico le *arrae* svolgevano essenzialmente una funzione confermativa: costituivano un indizio dell'avvenuta conclusione del contratto, non il prezzo di una facoltà di recesso. La legislazione giustinianea rese più complesso il quadro e la successiva tradizione dello *ius commune* discusse se le *arrae* consegnate in relazione a una vendita già perfezionata dovessero mantenere la funzione di *argumentum emptionis et venditionis contractae* o potessero operare come *arrae poenitentiales*. Il fuero valenciano risolve la questione senza ambiguità: l'intervento delle *arrae* non spezza la forza vincolante del consenso.

Non sembra necessario attribuire alla soluzione un significato teorico più ampio di quello che il testo consente. I Furs non formulano una dottrina generale dell'autonomia privata, né trasformano il consenso in principio astratto capace di produrre liberamente qualsiasi effetto voluto dalle parti. Ciò che emerge è più concreto. Quando l'ordinamento riconosce una fattispecie contrattuale e le parti ne hanno raggiunto gli elementi necessari, l'accordo deve produrre stabilmente gli effetti previsti. Il consenso opera dunque come criterio di imputazione del programma negoziale, non come proclamazione generale di una libertà contrattuale in senso moderno.

---

[20] V. *FAV* LXXI.16 (Dualde Serrano, p. 110; García Edo, fr. 584): «*Ita et in rebus immobilibus sicut mobilibus penitendi licentiam denegamus; quam penitenciam, etiam arris intervenientibus, denegamus*». Sulla funzione probatoria delle *arrae*, cfr. Gai. 10 *ad ed. provinc.* D. 18.1.35 pr.; I. 3.23 pr. Per la soluzione penitenziale giustinianea, v. C. 4.21.17.2; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 231 e 233-234. Sulle arre penitenziali che accedono a un contratto già perfetto, cfr. P.-I. CARVAJAL, *La incorporación justinianea de las arras penitenciales pacto perfecto data*, in *RGDR*, 7, 2006, 1-36, spec. 3-4.

La stabilità del vincolo non costituisce, tuttavia, l'unico valore che emerge dalla disciplina della compravendita. Se ci si fermasse alla consensualità e alla negazione del pentimento, il sistema potrebbe apparire orientato esclusivamente alla sicurezza statica dell'accordo: ciò che è stato voluto deve essere eseguito. I Furs introducono invece strumenti che consentono di correggere il contratto quando il contenuto dello scambio oltrepassa determinate soglie o quando l'acquirente non riceve ciò che, secondo il rapporto, aveva diritto ad attendersi.

La rescissione per lesione superiore alla metà del giusto prezzo rappresenta il primo di questi correttivi. Il collegamento con C. 4.44.2, la celebre *lex secunda de rescindenda venditione*, è noto. Nella costituzione dioclezianea, la vendita di un fondo a un prezzo inferiore alla metà del suo valore permette al venditore di ottenere la restituzione della cosa, salvo che il compratore preferisca integrare il prezzo fino allo *iustum pretium*. Il materiale giustinianeo fornì alla tradizione successiva il punto di partenza per una costruzione destinata a svilupparsi ben oltre i limiti del caso originariamente contemplato[21].

Il diritto valenciano accoglie il criterio quantitativo della metà del giusto prezzo, ma lo inserisce entro una propria disciplina. Il fuero considera la cosa venduta a minor prezzo quando non sia stata corrisposta neppure la metà dello *iustum pretium* e prevede l'alternativa tra recupero della cosa, previa restituzione del prezzo, e integrazione fino al valore giusto. La soluzione mantiene la struttura fondamentale della tradizione romanistica: una

[21] V. *FAV* LXXIII.2 (Dualde Serrano, p. 117; García Edo, fr. 615): «*Rem minoris precii esse videtur si nec dimidia pars iusti precii soluta sit*». Cfr. C. 4.44.2: «*minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*»; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 259-270, spec. 259-264. Sul fondamento dei rescritti dioclezianei, ricondotti a un'ipotesi straordinaria di *in integrum restitutio*, cfr. B. SIRKS, *Laesio enormis again*, in *RIDA*, 54, 2007, 461-469, spec. 465.

sproporzione particolarmente grave rende insufficiente la semplice invocazione del consenso iniziale.

È importante notare ciò che questa disciplina non implica. Il diritto non pretende di controllare ordinariamente l'equivalenza economica di ogni scambio. La vendita non viene rescissa perché una parte abbia negoziato meglio dell'altra, né perché il prezzo concordato si discosti in misura modesta dal valore della cosa. Il correttivo opera soltanto una volta oltrepassata una soglia qualificata. Rimane quindi uno spazio ampio per il rischio economico assunto dalle parti, ma l'ordinamento individua un limite oltre il quale la sproporzione non viene più considerata un semplice risultato della contrattazione.

Rispetto al caso contemplato dalla costituzione dioclezianea, la disciplina valenciana compie però due operazioni di particolare rilievo: estende il rimedio al compratore leso e non lo circoscrive alla vendita di immobili. Non occorre identificare senza residui questa soluzione con l'intera costruzione dottrinale successiva della *laesio enormis*. È sufficiente constatare che i Furs non si limitano a riprodurre C. 4.44.2, ma ne utilizzano il criterio quantitativo per costruire una regola territoriale più ampia, in consonanza con sviluppi già collegati all'elaborazione della glossa[22].

[22] V. A. MONTAÑANA CASANÍ, *La "laesio enormis" en C. 4, 44, 2 y en "els Furs" de Valencia*, in *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Murcia, 1998, 341-350, spec. 347-350. L'A. rileva che la disciplina valenciana non si limita a riprodurre la costituzione giustinianea, ma estende il rimedio al compratore e ai beni mobili, accogliendo soluzioni legate all'elaborazione della glossa. Per la generalizzazione dottrinale del rimedio oltre la vendita, v. AZO, *Summa Azonis, locuples iuris civilis thesaurus*, ed. H. Draesius, Basileae, 1563, col. 431, n. 5: «*Quod dixi in venditione, ad quemlibet contractum bonae fidei extenditur. In contractu vero stricti iuris contra est*». Azzone compie così un passaggio ulteriore rispetto alla casistica della costituzione dioclezianea, trasformando il rimedio in un criterio suscettibile di applicazione a tutti i contratti di buona fede. Per un ulteriore riscontro dell'elaborazione glossatoria della *lex secunda*, cfr. ACCURSIO, gl. *Humanum est* ad C. 4.44.2, in *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, IV, *Codicis Dn. Iustiniani Sacratissimi Imp.*

La disciplina dell'evizione introduce un diverso correttivo. Qui non viene in considerazione la proporzione fra le prestazioni, bensì l'idoneità del venditore a garantire all'acquirente la conservazione giuridica del bene. Il compratore non deve soltanto ricevere materialmente la cosa: occorre che non perda ciò che ha acquistato in conseguenza del migliore diritto di un terzo. La tradizione romana aveva costruito progressivamente la garanzia per evizione attraverso strumenti diversi, dalla *actio auctoritatis* alle stipulazioni di garanzia e alla successiva tutela nell'ambito dell'*actio empti*[23].

Nei Furs il rilievo della garanzia emerge, tra l'altro, in una regola particolarmente istruttiva perché estende la logica della compravendita a un'operazione diversa. Quando il debitore trasferisce al creditore un fondo o altra cosa mobile o immobile *in solutum*, è tenuto all'evizione perché *datio in solutum similis est empcioni*. La formulazione merita attenzione non soltanto per il contenuto della garanzia, ma per il metodo. L'ordinamento identifica una somiglianza funzionale tra due negozi e ne trae una conseguenza:

PP. Augusti, Repetitae Praelectionis Libri Duodecim, Lugduni, 1627, col. 1014: «*secus de rigore iuris* […] *Sed ille rigor mitigatur, cum est immensa deceptio: sicut et quando inest dolus*». La Glossa non si limita, pertanto, a riprodurre la soluzione della costituzione dioclezianea, ma ne propone una sistemazione: al principio secondo cui, nella determinazione del prezzo, è consentito ai contraenti perseguire il proprio vantaggio si contrappone il limite dell'*immensa deceptio*, capace di attenuare il *rigor iuris* e accostata, sul piano della giustificazione del rimedio, al *dolus*. Sull'elaborazione glossatoria di C. 4.44.2 — estensione al compratore e ai beni mobili, determinazione del giusto prezzo, rinuncia al rimedio —, v. T. WALLINGA, *La laesio enormis a través de la Glosa*, in *RGDR*, 16, 2011, 1-26, spec. 3-6.

[23] Sull'evoluzione della garanzia per evizione dalla *actio auctoritatis* e dalle stipulazioni di garanzia fino al suo assorbimento nell'*actio empti*, cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 293-304, spec. 293-301; Ulp. 28 *ad Sab.* D. 21.2.1 pr. Sull'assorbimento della tutela contro l'evizione nella struttura dell'*emptio venditio*, cfr. B. CORTESE, *Actio empti, evictionis nomine teneri e quantificazione della condanna*, in *TSDP*, 12, 2019, 1-37, spec. 3-4.

chi attribuisce una cosa al creditore per estinguere il debito deve garantire la stabilità dell'acquisto in modo analogo al venditore[24].

Ci troviamo, pertanto, davanti a qualcosa di più della semplice riproduzione di una regola romana. L'accostamento tra *datio in solutum* ed *emptio*, già presente nel rescritto del 212, viene elevato a regola generale e opera come tecnica di estensione. Una disciplina maturata nell'ambito della vendita viene applicata a un rapporto nel quale il trasferimento della cosa svolge una funzione satisfattiva anziché corrispondere al pagamento di un prezzo. La struttura economica è diversa, ma l'interesse dell'acquirente è analogo: colui che riceve il bene deve poterlo conservare.

La garanzia per i difetti della cosa completa questo quadro spostando l'attenzione dalla titolarità giuridica alla qualità materiale della prestazione. Anche in questo caso, la forza del consenso non può esaurire la disciplina del rapporto. Il compratore può aver voluto effettivamente acquistare, il venditore può aver avuto titolo per trasferire la cosa e il prezzo può non essere lesivo; ciò non esclude che il bene presenti caratteristiche incompatibili con l'utilità che legittimamente ci si attendeva dall'acquisto.

Il testo forale distingue il difetto che il compratore poteva percepire da quello non manifestato. La distinzione tra vizio apparente e occulto distribuisce fra le parti il rischio dell'informazione. Ciò che l'acquirente poteva riconoscere con l'esame che gli era possibile compiere non viene posto nello stesso

[24] *FAV* LXXI.5 (Dualde Serrano, p. 109; García Edo, fr. 573): «*Si debitor dederit fundum vel aliam rem immobilem vel etiam mobilem seu se moventem creditori suo pro certo debito in solutum, debet ei teneri de evictione, quia datio in solutum similis est empcioni*». Cfr. Ulp. 28 *ad Sab.* D. 21.2.1 pr. La motivazione del fuero ricalca C. 8.44(45).4: «*nam eiusmodi contractus vicem venditionis obtinet*». Sull'evizione della *res in solutum data* e sul suo accostamento alla compravendita, già presente nella Glossa accursiana, v. J.M. BLANCH NOUGUÉS, *Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (datio in solutum) en Derecho romano*, in *RGDR*, 13, 2009, 1-22, spec. 6 e 12-14.

modo a carico del venditore; la mancata dichiarazione di un difetto occulto giustifica invece una tutela specifica. I Furs prevedono per il difetto non dichiarato restituzione del prezzo e riparazione del danno, sottoponendo la relativa pretesa a un termine breve[25].

Il parallelismo con la disciplina edilizia romana è evidente, ma richiede anche qui qualche cautela. L'editto degli edili curuli aveva costruito un sistema articolato di tutela relativo ai vizi occulti, nel quale la responsabilità del venditore non dipendeva sempre dalla conoscenza del difetto e i rimedi della *actio redhibitoria* e della *actio quanti minoris* presentavano presupposti e conseguenze specifici. Non sarebbe corretto, quindi, sovrapporre integralmente quel sistema alla disciplina valenciana. Più prudente è riconoscere la continuità di un criterio: la distinzione fra ciò che era conoscibile dall'acquirente e ciò che rimaneva occulto e la necessità di proteggere il compratore rispetto a difetti non dichiarati.

La stessa evoluzione dello *ius commune* mostra quanto delicata fosse la costruzione della responsabilità del venditore ignaro. Hallebeek ha evidenziato che non esiste una semplice *regula* uniforme capace di spiegare ogni fattispecie, ma differenti insiemi di regole derivanti dalla combinazione delle fonti romane e della loro successiva elaborazione. Il dato interessa direttamente il metodo seguito in queste pagine: la presenza di una matrice comune non autorizza a ricostruire il diritto valenciano mediante l'applicazione retrospettiva di un sistema romano perfettamente unitario[26].

---

25 V. *FAV* LXXI.18 (Dualde Serrano, pp. 110-111; García Edo, fr. 586): «*si aliquod vicium sive malum coopertum esset* […] *quod venditor non dixisset emptori, teneatur venditor restituere precium emptori* […] *et emendare ei dampnum*»; la parte finale fissa l'esercizio della pretesa *infra duos menses*. Cfr. Ulp.-Gai. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.1 pr. e D. 21.1.14; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 305-337, spec. 319-322.

26 V. J. HALLEBEEK, *The Ignorant Seller's Liability for Latent Defects: One Regula or Various Sets of Rules?*, in *The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*, ed.

Considerati insieme, consenso, *arrae*, lesione, evizione e vizi della cosa non formano una serie casuale di istituti. Essi consentono di ricostruire una logica complessiva della circolazione patrimoniale. In un primo momento l'ordinamento identifica il presupposto che rende l'operazione vincolante: il consenso sufficientemente determinato. Successivamente protegge la stabilità del rapporto contro il semplice ripensamento. Ma, una volta consolidato il contratto, prende in considerazione alcuni elementi capaci di rendere ingiustificata la sua conservazione inalterata o di imporre conseguenze ulteriori a carico del venditore.

La pluralità dei rimedi rivela anche un tratto caratteristico della tecnica giurisprudenziale romana che sopravvive nel diritto intermedio: la preferenza per la differenziazione dei casi rispetto alla formulazione immediata di un principio onnivoro. Non esiste nei Furs una clausola generale secondo cui ogni contratto debba essere «giusto» o «equilibrato». Vi sono invece fattispecie nelle quali determinate circostanze ricevono una conseguenza precisa. Il lavoro del giurista consiste nel sapere perché il caso appartenga all'una o all'altra categoria.

Questa relazione tra interesse economico e distribuzione giuridica delle conseguenze diviene ancora più evidente quando si abbandona la compravendita e si passa ai contratti nei quali una parte riceve temporaneamente una cosa altrui. Deposito, comodato e locazione pongono infatti un problema diverso: non più quando il vincolo nasce o se lo scambio debba essere corretto, ma chi debba sopportare il rischio della perdita o del deterioramento della cosa. È su questo terreno che la categoria

by J.W. Cairns and P.J. du Plessis, Edinburgh, 2010, 175-217, spec. 181-184 e 215-217. Per l'adattamento valenciano dei materiali di D. 21.1, cfr. A. MONTAÑANA CASANÍ, *Régimen jurídico de la responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de compraventa en los Fueros de Valencia*, in *La responsabilidad civil: de Roma al Derecho moderno*, coord. por A. Murillo Villar, Burgos, 2001, 563-572, spec. 567-572.

romanistica dell'*utilitas contractus* offre al legislatore valenciano uno strumento particolarmente efficace di differenziazione.

4. *Utilitas contractus, custodia e distribuzione del rischio*

Nei rapporti che comportano la restituzione di una cosa altrui, il problema si sposta dalla formazione o correzione del vincolo all'allocazione del rischio di perdita o deterioramento. I Furs non adottano una regola uniforme: distinguono secondo il titolo della consegna, l'interesse perseguito dalle parti e la causa della perdita. La detenzione materiale non basta quindi a determinare la responsabilità; assumono rilievo l'*utilitas* del rapporto e la condotta esigibile da chi riceve la cosa.

Il fuero LXVIII.32 formula questa impostazione con una chiarezza difficilmente riducibile a una semplice successione di norme isolate. Comodato, deposito e locazione sono presentati all'interno della medesima disposizione e la diversa posizione delle parti viene espressamente descritta attraverso l'*utilitas*. Nel comodato l'utilità appartiene al ricevente; nel deposito, al soggetto che consegna la cosa affinché venga custodita; nella locazione, ad entrambi. A questa diversa distribuzione del vantaggio corrisponde una differente intensità della responsabilità[27].

La corrispondenza non consiste, pertanto, soltanto nella presenza del termine *utilitas*. Ciò che passa nel testo valenciano è una relazione argomentativa: l'interesse che il contratto procura a

[27] *FAV* LXVIII.32 (Dualde Serrano, p. 105; García Edo, fr. 547) formula congiuntamente la disciplina del comodato, del deposito e della locazione: nel comodato, «*in quo casu versatur tantum utilitas accipientis*»; nel deposito, «*non tenetur nisi de dolo et lata culpa, in quo casu versatur tantum dantis utilitas*»; nella locazione, «*in quo casu versatur utilitas dantis et accipientis*». Cfr. Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.2-3; Gai. 2 *res cott.* D. 44.7.1.5. Sul canone dell'*utilitas contrahentium* come criterio di imputazione nei contratti gratuiti, cfr. L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *TSDP*, 5, 2012, 1-170, spec. 65-72.

ciascuna parte concorre a spiegare perché non debba essere identico il rischio giuridicamente posto a suo carico. La differenza economica fra i rapporti diventa differenza normativa.

Sarebbe, tuttavia, eccessivo trasformare questa relazione in una formula matematica. Neppure nella tradizione romana l'*utilitas* opera come meccanismo automatico dal quale possa dedursi in ogni caso, senza ulteriori considerazioni, un livello predeterminato di responsabilità. Lo stesso passo ulpianeo relativo al deposito contempla l'ipotesi nella quale venga corrisposta una mercede o le parti abbiano convenuto fin dall'inizio una responsabilità più ampia. La gratuità, l'accordo negoziale e le concrete caratteristiche del rapporto possono dunque modificare le conseguenze che deriverebbero dalla configurazione ordinaria del contratto[28].

Il comodato occupa, all'interno di questo schema, la posizione più gravosa per chi riceve la cosa. La ragione viene resa esplicita: la consegna avviene *ad comodum accipientis solummodo* e senza che il concedente riceva o gli venga promessa alcuna mercede. Chi dispone gratuitamente del bene altrui concentra su di sé il vantaggio immediato del rapporto e deve, conseguentemente, sopportare un dovere di conservazione particolarmente intenso.

Il testo non si accontenta di richiedere genericamente diligenza. Il comodatario deve custodire la cosa con l'attenzione che una persona particolarmente diligente è solita impiegare nelle proprie cose: *qualem quisque diligentissimus suis rebus adhibere solet*. Il parametro impedisce che la trascuratezza abituale del singolo ricevente divenga il criterio con il quale valutare la correttezza del suo comportamento. Non è sufficiente poter affermare di aver trattato la cosa altrui come normalmente si trattano le proprie se una persona più diligente avrebbe potuto evitare la perdita.

[28] Cfr. Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.2: «*nisi forte et merces accessit* […] *aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur*»; Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.6-7: «*contractus enim legem ex conventione accipiunt*».

Anche su questo punto il parallelismo con la tradizione romana è significativo. Nella disciplina del comodato il ricevente è tenuto non soltanto al dolo, ma anche alla colpa e alla diligenza, precisamente perché il rapporto contiene normalmente la sua sola utilità. Un altro testo, conservato in D. 44.7.1.4, descrive il comodatario come tenuto a un'*exactissima diligentia custodiendae rei* e chiarisce che non è sufficiente la diligenza effettivamente impiegata nelle proprie cose quando un soggetto più attento avrebbe potuto custodire meglio il bene.

La severità del criterio non trasforma tuttavia il comodatario in assicuratore della cosa. La responsabilità, per quanto intensa, conserva un limite costituito dagli eventi ai quali non è possibile resistere. Il fuero enumera la morte degli schiavi non derivante da dolo o colpa, l'attacco di ladri o nemici, le insidie dei pirati, il naufragio, l'incendio, la rovina e la fuga degli schiavi che non erano normalmente sottoposti a custodia. La lista non è ornamentale. Definisce il confine tra ciò che la diligente organizzazione del comportamento può evitare e ciò che rimane esterno alla sfera di prevenzione del debitore.

La funzione della distinzione diviene più chiara se si evita di considerare il *casus fortuitus* come semplice negazione della colpa. Il problema è anche quello dell'allocazione del rischio. Se la perdita dipende da un evento irresistibile, qualcuno dovrà comunque sopportarne il costo economico. L'esclusione della responsabilità del comodatario significa che, in tali circostanze, la perdita rimane presso il titolare della cosa. L'ordinamento non elimina il danno; stabilisce chi non è tenuto a trasferirne le conseguenze patrimoniali su un altro soggetto.

Da questo punto di vista, la disciplina del comodato manifesta con particolare chiarezza la differenza tra responsabilità e rischio. Il comodatario è sottoposto a un elevato dovere di diligenza proprio perché riceve gratuitamente il vantaggio del rapporto, ma non sopporta ogni possibile perdita della cosa. L'*utilitas* giustifica

l'intensificazione della condotta esigibile; non cancella la distinzione tra evento imputabile ed evento irresistibile[29].

Il deposito viene costruito secondo una logica inversa. Il depositante consegna la cosa affinché venga conservata e il ricevente non può convertirla al proprio uso. L'utilità ordinaria del rapporto appartiene dunque a chi effettua la consegna: *in quo casu versatur tantum dantis utilitas*. Per questa ragione, il depositario gratuito non è sottoposto al medesimo standard del comodatario. Il testo valenciano limita espressamente la sua responsabilità a dolo e colpa grave.

La presenza della *lata culpa* merita attenzione. In Ulpiano la struttura ordinaria del deposito conduce alla responsabilità per dolo, perché il depositario non trae utilità dal rapporto. Gaio, tuttavia, osserva che la *magna neglegentia* viene ricondotta al dolo. La

[29] *FAV* LXVIII.32 (Dualde Serrano, p. 105; García Edo, fr. 547) richiede al comodatario la diligenza «*qualem quisque diligentissimus suis rebus adhibere solet*», escludendo tuttavia i *casus fortuiti quibus resisti non possit*. Cfr. Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.3 e Gai. 2 *res cott.* D. 44.7.1.4, ove si richiede al comodatario un'*exactissima diligentia custodiendae rei*. Il modello testuale dell'enumerazione è Gai. 9 *ad ed. provinc.* D. 13.6.18 pr.: «*In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent*»; cfr. C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en el contrato de arrendamiento. Del Derecho Romano al Derecho Civil histórico valenciano*, Madrid, 2011, 110, nt. 334. Sulla discussa qualificazione romanistica della *custodia*, cfr. J.D. HARKE, *Custodia. Garantiehaftung im römischen Recht?*, Berlin, 2022, 7 e 119. La stessa difficoltà di conciliare le fonti giustinianee e la recente ricostruzione della *custodia* come forma di responsabilità per colpa, anziché come pura responsabilità di garanzia, consigliano di non identificare senz'altro la *custodia* romana con un'assunzione indiscriminata di ogni rischio. Sulla duplice configurazione della *custodia* nelle fonti — responsabilità senza colpa o dovere di diligenza particolarmente rigoroso —, cfr. S. PULIATTI, *Custodiam praestare, para una definición de los límites de la responsabilidad por custodia en el Derecho romano*, in *RGDR*, 13, 2009, 1-14, spec. 4.

formulazione dei Furs — *non tenetur nisi de dolo et lata culpa* — sembra condensare in forma legislativa precisamente questo sviluppo[30]: il depositario non risponde della semplice negligenza, ma una trascuratezza particolarmente grave non può beneficiare della protezione riconosciuta a chi presta gratuitamente il servizio.

Non siamo, quindi, davanti a una regola che premi l'incuria. La minore responsabilità dipende dalla struttura gratuita e unilateralmente utile del rapporto, non dall'irrilevanza della custodia. Chi accetta il deposito assume comunque l'obbligo di conservare e restituire la cosa; ciò che cambia è il criterio attraverso il quale la sua condotta viene valutata. La gratuità giustifica che non gli si imponga la medesima intensità di attenzione richiesta a chi utilizza la cosa per il proprio interesse.

La tradizione romana consente inoltre di vedere che questo regime non era impermeabile alla volontà privata. Se le parti avessero convenuto che il depositario rispondesse anche per colpa, il patto poteva essere efficace; al contrario, non era ammissibile escludere preventivamente il dolo, perché una simile convenzione sarebbe risultata contraria alla buona fede e ai buoni costumi. Anche questo dato conferma che l'*utilitas* non costituisce un principio isolato, ma opera insieme alla gratuità, alla buona fede e all'autonomia riconosciuta alle parti nel determinare il contenuto del rapporto.

---

30 Cfr. Gai. 2 *res cott.* D. 44.7.1.5: «*magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere*»; *FAV* LXVIII.32 (Dualde Serrano, p. 105; García Edo, fr. 547). Per la successiva elaborazione medievale, v. L. MAGANZANI, *La 'diligentia quam suis' del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, in *Forum Historiae Iuris*, 7 agosto 2006, 10, § 15-16, spec. § 15: con la scuola di Bologna la *lex quod Nerva* diviene il centro di una rete di richiami a passi paralleli che le attribuisce un ruolo rilevante nella costruzione medievale della responsabilità contrattuale; i glossatori coordinano così *culpa latior*, *culpa lata* e *diligentia quam suis*.

Un altro fuero rende particolarmente trasparente la distribuzione del rischio nel deposito. Se la cosa affidata viene perduta a seguito dell'incursione di ladri o di altro caso fortuito, il danno appartiene al depositante, non al depositario né ai suoi eredi. Subito dopo, il testo identifica come casi fortuiti l'incendio, la rovina, il naufragio e l'attacco dei ladri. La disposizione non si limita quindi a indicare quando il depositario non risponde, ma precisa positivamente a chi debba essere imputata la perdita: *detrimentum illarum ad deponentem* […] *pertinet*[31].

Il confronto tra comodato e deposito consente così di apprezzare una struttura più articolata della semplice contrapposizione fra diligenza elevata e diligenza ridotta. Nel comodato, l'utilità del ricevente giustifica un controllo severo della sua condotta; nel deposito gratuito, l'utilità del disponente limita la responsabilità del custode; in entrambi i casi, tuttavia, il caso irresistibile delimita la sfera entro la quale il comportamento umano può giuridicamente rilevare. Cambia la soglia dell'imputazione, non la necessità di distinguere ciò che dipende dal debitore da ciò che gli è estraneo.

La locazione completa il quadro da una posizione diversa. Qui il testo forale individua espressamente un'utilità per entrambe le parti: chi concede la cosa riceve la mercede, mentre chi la prende ottiene il godimento convenuto. La bilateralità economica del rapporto impedisce di assimilare la posizione del conduttore tanto

[31] V. *FAV* LXVIII.22 (Dualde Serrano, p. 103; García Edo, fr. 537): «*Cum incursu latronum vel alio quolibet fortuito casu res depositae* […] *perierint, detrimentum illarum ad deponentem et non ad depositarium vel eius heredem pertinet. Fortuitos casus vocamus incendium, ruinam, naufragium latronumve incursum*». Cfr. Gai. 2 *res cott.* D. 44.7.1.5. Il precetto ricalca C. 4.34.1: «*Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita* […] *perierunt, detrimentum ad heredem eius qui depositum accepit* […] *non pertinet*»; sulla discussa matrice compilatoria della categoria del *casus fortuitus*, cfr. C. DE CRISTOFARO, *Princìpi di "Diritto Romano presupposto" in materia di caso fortuito e responsabilità contrattuale*, in *TSDP*, 15, 2022, 1-94, spec. 18 e 23-24.

al depositario gratuito quanto al comodatario. È proprio l'esempio della *locatio* che Ulpiano include fra i casi nei quali, essendovi utilità di entrambi, vengono in considerazione dolo e colpa.

Conviene non forzare oltre la testimonianza. Il fuero non costruisce una teoria generale e astratta dei gradi della colpa, ordinandoli in una scala perfettamente simmetrica. Ciò che fa, ed è già molto significativo, è collocare le tre figure nello stesso contesto e qualificare espressamente la diversa distribuzione delle rispettive utilità. È il confronto tra le fattispecie a rendere leggibile la logica della disciplina.

Questa modalità di costruzione è profondamente giurisprudenziale. La regola non nasce da una definizione generale della responsabilità contrattuale alla quale vengano successivamente sottoposti tutti i rapporti. Si procede in senso inverso: si osservano le caratteristiche dei singoli contratti, si individua chi trae vantaggio dalla relazione, si considera la gratuità o l'onerosità e si determina quale condotta possa ragionevolmente essere richiesta. L'astrazione emerge dal confronto tra casi, non li precede necessariamente.

È importante, tuttavia, non isolare questa disciplina dal tipo di prestazione dovuta. Il fatto che l'incendio possa liberare chi deve restituire una cosa determinata non significa che qualsiasi debitore possa invocarlo per sottrarsi all'adempimento. Un altro fuero afferma infatti che l'incendio o qualunque altro caso fortuito non libera il debitore di una somma di denaro: *Incendium vel quicumque alius casus fortuitus ere alieno non eximit debitorem*. La perdita delle monete o dei beni che il debitore pensava di destinare al pagamento non equivale alla perdita dell'oggetto dell'obbligazione.

Il contrasto è particolarmente istruttivo. Nel comodato e nel deposito l'obbligo concerne la restituzione della medesima cosa ricevuta; se quella cosa perisce per un evento non imputabile, il problema della liberazione può porsi. Nel debito pecuniario, invece, ciò che deve essere prestato è una quantità fungibile: il

fortuito che incide su determinati beni del patrimonio del debitore non rende impossibile, per ciò solo, la prestazione dovuta. Il rischio viene dunque distribuito non soltanto secondo la diligenza e l'utilità, ma anche in relazione alla natura dell'oggetto della prestazione[32].

La distinzione trova un significativo punto di confronto nella disciplina romana del mutuo e del comodato. Chi riceve cose fungibili in mutuo rimane obbligato anche quando perda per qualsiasi evento quelle concretamente ricevute, perché deve restituire non le stesse cose, ma altre dello stesso genere; chi riceve invece una cosa affinché la usi e la restituisca può essere liberato quando essa perisca per una forza alla quale la debolezza umana non può resistere. Ancora una volta, non è un principio astratto a sostituire l'analisi della fattispecie: la diversa struttura della prestazione spiega il diverso regime del rischio.

Il nesso fra corrispettivo e intensità della responsabilità emerge ancora più chiaramente nella disciplina della custodia remunerata. Chi riceve una mercede per custodire una cosa è chiamato a rispondere del *periculum custodiae*. La figura non viene assimilata al deposito gratuito: il compenso giustifica un regime più rigoroso e rende esplicito il collegamento tra utilità del rapporto e

[32] V. *FAV* LIV.2 (Dualde Serrano, p. 83; García Edo, fr. 412): «*Incendium vel quicumque alius casus fortuitus ere alieno non eximit debitorem*». Cfr. Paul. 28 *ad ed.* D. 12.1.2 pr.-1: «*Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus* […]*, sed idem genus*»; Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.9.9: «*ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit*». La prima parte del precetto riprende C. 4.2.11: «*Incendium aere alieno non exuit debitorem*». Sul passaggio del rischio al mutuatario, in contrapposizione al comodatario (Gai. 2 *res cott.* D. 44.7.1.4), cfr. A.M. LLÁCER BOSBACH, *Reflexiones sobre el concepto gayano de mutuo: aplicación al depósito irregular*, in *RGDR*, 31, 2018, 1-30, spec. 10-12.

responsabilità. La disposizione è ripresa quasi letteralmente da D. 19.2.40[33].

Vi è infine un limite oltre il quale il criterio dell'*utilitas* non è più sufficiente. Quando la custodia della cosa viene assunta nell'esercizio professionale di un'attività aperta al pubblico, entrano in gioco altri elementi: l'organizzazione del servizio, la scelta degli ausiliari, il controllo della sfera nella quale il bene viene ricevuto e il vantaggio economico ottenuto da chi svolge l'attività. È precisamente questo mutamento di prospettiva a spiegare perché armatori, osti e stallieri siano sottoposti a una disciplina più severa di quella del semplice depositario gratuito e perché il problema della custodia finisca per collegarsi a quello, più ampio, dell'imputazione dell'attività altrui.

5. *Custodia professionale, preposizione e gestione di interessi altrui*

Il fuero XXXI.1 affronta il problema attraverso tre figure che appartengono direttamente alla tradizione romanistica: *nautae, caupones* e *stabularii*. Il testo impone loro di restituire salve le cose o merci ricevute e precisa che la responsabilità non concerne soltanto il proprio fatto e la propria colpa, ma si estende anche all'attività delle persone impiegate nell'esercizio del servizio. Nel caso del *nauta*, inoltre, l'inizio della responsabilità non coincide necessariamente con il caricamento fisico della merce sulla nave: è sufficiente che egli ne abbia assunto la ricezione, tanto che il rischio

[33] V. *FAV* LXXV.8 (Dualde Serrano, p. 120; García Edo, fr. 629): «*Qui mercedem accepit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodia prestat*». Cfr. Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 19.2.40: «*Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*». Sulla disposizione valenciana e sulla sua collocazione nella disciplina del comodato, del deposito e della locazione, v. C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La concurrencia*, cit., 109-112, spec. 112. Sul rapporto tra *merces* e custodia e sulla figura giustinianea del deposito retribuito, cfr. A. METRO, *El depósito retribuido desde el Derecho romano hasta los modernos códigos*, in *RGDR*, 10, 2008, 1-13, spec. 3 e 6.

può già ricadere nella sua sfera quando la cosa si trovi ancora sulla riva.

Quest'ultima precisazione permette di cogliere una differenza sostanziale rispetto alla semplice detenzione materiale. La responsabilità professionale non viene fatta dipendere esclusivamente dal luogo nel quale si trova la cosa, ma dal momento nel quale essa entra nella sfera organizzativa del soggetto che ha assunto il servizio. Una merce accettata dal vettore in vista del trasporto non cessa di essere affidata alla sua organizzazione per il solo fatto di non essere ancora stata materialmente collocata nell'imbarcazione. L'elemento decisivo è l'assunzione della custodia, non il compimento dell'ultima operazione materiale necessaria alla partenza[34].

La vicinanza con l'editto pretorio relativo ai *nautae, caupones et stabularii* è particolarmente stretta. Il pretore aveva concesso un'azione contro tali operatori quando non restituissero quanto avevano ricevuto con l'impegno di conservarlo salvo. La disciplina rispondeva a una situazione nella quale il cliente era costretto ad affidare i propri beni a persone che organizzavano professionalmente il trasporto o l'ospitalità e rispetto alle quali disponeva di una capacità di controllo assai ridotta. La particolare esposizione dell'utente giustificava un regime di tutela più intenso di quello normalmente connesso a una custodia gratuita.

La ragione è evidente sul piano della struttura del rapporto. Chi consegna merci a un *nauta* non sceglie normalmente ciascun marinaio; chi alloggia in una locanda non determina

[34] V. *FAV* XXXI.1 (Dualde Serrano, p. 48; García Edo, fr. 224): «*Naute, caupones, stabularii quamcumque rem vel mercem* […] *receperint alicuius, salvam fore restituant*»; la responsabilità si estende al fatto dei marinai e, per il *nauta*, anche alla merce ricevuta e non ancora caricata, «*nisi casu fortuito contingat, ut naufragio vel incendio vel ruina*». Cfr. Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.1 pr.-3; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 514-521, spec. 515-518. Cfr. S. KORDASIEWICZ, *Receptum nautarum and "Custodiam praestare" revisited*, in *RIDA*, 58, 2011, 193-210, spec. 202-205.

l'organizzazione interna dell'esercizio; chi affida un animale a uno stalliere non seleziona le persone alle quali sarà concretamente demandata la sua custodia. Il potere di organizzare il servizio appartiene al titolare dell'attività. È dunque coerente che proprio nella sua sfera si collochino le conseguenze derivanti dall'impiego degli ausiliari.

Questa imputazione organizzativa non deve essere confusa con una responsabilità assolutamente illimitata. Il fuero conserva espressamente il limite del caso fortuito e menziona naufragio, incendio e rovina. L'ingresso del bene nella sfera professionale amplia la responsabilità, ma non converte il prestatore in garante contro qualsiasi evento immaginabile. Rimane necessario distinguere il rischio connesso all'organizzazione da ciò che dipende da una forza realmente estranea e irresistibile.

Il fuero XXXI.6 presenta uno dei testi più notevoli dell'intero settore privatistico dei Furs. La disposizione non contempla un singolo incarico, ma descrive un insieme estremamente ampio di attività nelle quali un soggetto può porre un altro a operare per suo conto: acquisto e vendita di panni; commercio di frumento, orzo, vino e olio; compravendita di altre specie di cose; direzione di un laboratorio tessile o di altra attività produttiva; gestione di una tavola di cambio; conduzione di un'osteria o di una taverna; esercizio di una nave, galea, *sagitia* o altra imbarcazione, grande o piccola, destinata al trasporto remunerato o al commercio.

L'ampiezza dell'enumerazione è giuridicamente più importante dei singoli esempi. Se il testo si fosse limitato al *nauta* o al gestore di una bottega, si potrebbe leggere la disposizione come soluzione settoriale. La compresenza di commercio terrestre, trasformazione produttiva, attività finanziaria, ospitalità e navigazione mostra invece una tecnica destinata a operare trasversalmente ogni volta che il titolare dell'attività ne affida l'esercizio a un altro soggetto.

La conseguenza è formulata con altrettanta chiarezza. Il *dominus* che ha effettuato la preposizione rimane obbligato per i contratti

conclusi da colui che è stato posto a capo delle attività indicate. L'obbligazione non deriva dalla partecipazione materiale del titolare a ciascun contratto. Nasce precisamente dal fatto che egli ha organizzato l'attività mediante la preposizione di un altro e ha consentito che il traffico venga svolto attraverso quest'ultimo.

La struttura richiama immediatamente le *actiones exercitoria et institoria*. La prima consentiva di rivolgersi contro l'*exercitor* per le obbligazioni contratte dal *magister navis* nell'ambito della preposizione; la seconda estendeva una logica analoga al soggetto posto a capo di una *taberna* o di altra attività negoziale. Non si tratta di assimilare tali azioni a una moderna teoria generale della rappresentanza diretta. Il diritto romano raggiungeva il risultato attraverso una tecnica propria: accanto all'obbligazione del soggetto che aveva materialmente concluso il contratto, l'editto rendeva possibile agire contro colui che lo aveva preposto all'attività.

La cautela terminologica è importante anche per leggere i Furs. Il dato decisivo non è stabilire se il diritto valenciano possedesse una categoria generale di «rappresentanza» corrispondente alle costruzioni dogmatiche moderne. Più sicuro è osservare il risultato pratico della disposizione: il titolare non può utilizzare la separazione personale fra sé e il preposto per appropriarsi dei vantaggi economici dell'attività e sottrarsi, allo stesso tempo, alle obbligazioni generate dal suo esercizio.

Precisamente questo collegamento fra vantaggio e responsabilità viene espresso con particolare efficacia dalla giurisprudenza romana. Nel giustificare l'*actio institoria*, Ulpiano richiama l'equità di una soluzione per la quale chi percepisce i *commoda* derivanti dall'attività degli *institores* deve essere obbligato anche per i contratti da essi conclusi. Nel settore marittimo, lo stesso giurista sottolinea l'esigenza di proteggere chi, per necessità della navigazione, contratta con il *magister* senza essere normalmente in grado di conoscerne in modo completo

condizione e qualità; è per questo equo che risponda chi lo ha posto al comando della nave.

Le due giustificazioni, considerate insieme, mostrano i due lati del problema. Dal punto di vista del titolare, vi è la percezione dei vantaggi prodotti dall'attività organizzata. Dal punto di vista del terzo, vi è l'affidamento nella persona alla quale il titolare ha attribuito la funzione di operare nel traffico. La responsabilità della persona che ha effettuato la preposizione collega entrambi gli interessi: impedisce la separazione artificiale fra beneficio e obbligazione e protegge il terzo che ha contrattato all'interno dell'organizzazione predisposta dal *dominus*[35].

Questa logica risulta perfettamente compatibile con la formulazione del fuero valenciano. La norma non si occupa di un collaboratore che agisca occasionalmente senza collegamento con un'attività determinata. Descrive persone espressamente poste a esercitare *negotiationes*, compiere *mercaturae*, gestire laboratori, tavole di cambio, esercizi di ospitalità o imbarcazioni. È la preposizione a conferire all'attività del gestore un significato esterno rilevante per il titolare.

Non è quindi necessario ricondurre ogni singola attività enumerata a un'identica azione romana. La disciplina forale sembra precisamente superare la necessità di distinguere caso per caso se la fattispecie corrisponda al modello marittimo dell'*actio exercitoria*

[35] Per l'*actio exercitoria*, Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.1.1 pr.: «*aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur qui institorem tabernae vel negotio praeposuit*». Per l'*actio institoria*, Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.3.1: «*sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum*». Sulla cautela necessaria nell'impiego della categoria unitaria delle c.d. *actiones adiecticiae qualitatis*, cfr. M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle "actiones adiecticiae qualitatis"*, Torino, 2001, 9, nt. 3 e 11. L'A. osserva, da un lato, che la considerazione unitaria di tali azioni non trova giustificazione nelle fonti classiche e, dall'altro, che nessun testo dei giuristi romani fornisce indicazioni precise sulla loro struttura formulare, la cui ricostruzione conserva pertanto carattere necessariamente congetturale.

o a quello commerciale dell'*actio institoria*. Il testo territoriale può presentare insieme le diverse ipotesi e formulare direttamente la conseguenza che interessa: il *dominus* resta obbligato per i contratti conclusi nell'attività affidata[36].

Si osserva qui uno dei fenomeni già descritti a proposito del passaggio dallo *ius commune* allo *ius proprium*. Una tecnica nata all'interno di un sistema di azioni può essere trasformata in una regola legislativa che non ha bisogno di riprodurre l'intero apparato processuale dal quale storicamente proviene. La funzione viene conservata; la forma mediante la quale essa viene espressa può cambiare.

I Furs trasformano la pluralità interna dell'organizzazione in unità esterna di imputazione. Il cliente può trovarsi di fronte a un preposto; dietro di lui, tuttavia, rimane giuridicamente rilevante il soggetto che ha creato la struttura economica all'interno della quale il contratto viene concluso. La scelta produce un effetto evidente di stabilizzazione del traffico: rende meno rischioso contrattare attraverso un'organizzazione complessa perché impedisce che la stessa complessità venga utilizzata per frammentare la responsabilità.

Sarebbe però incompleto osservare soltanto il rapporto esterno con il cliente. L'organizzazione di affari altrui pone anche un problema interno: chi gestisce beni o interessi che non gli appartengono deve poter essere chiamato a spiegare come li abbia amministrati. Alla tutela del terzo che contratta con il preposto

36 V. *FAV* XXXI.6 (Dualde Serrano, p. 49; García Edo, fr. 229), che enumera le *negotiationes* e le *mercaturae* affidate al preposto e dispone che il titolare sia obbligato per i contratti conclusi da quest'ultimo nell'ambito dell'attività affidata. Cfr. Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.1.1 pr. e D. 14.3.1. Sulla tutela dei creditori del preposto, cfr. A. MAZZOLENI, *Profili di responsabilità nell'esercizio di un'impresa di navigazione in Roma antica. Alcune considerazioni in merito a D. 14.1.1.19-20 e D. 14.1.6 pr.*, in *TSDP*, 12, 2019, 1-54, spec. 2.

corrisponde, sul versante opposto, la tutela del titolare nei confronti del gestore.

Il fuero XLI.1 formula il dovere in termini volutamente ampi. Colui che abbia amministrato affari altrui, *sive ex tutela sive ex quocumque alio titulo*, deve rendere conto nel luogo nel quale li abbia gestiti. Il riferimento alla tutela è significativo, ma ancora più importante è la clausola che segue: il dovere non viene confinato al tutore, bensì esteso a qualunque titolo in forza del quale un soggetto amministri interessi altrui.

La formulazione generalizzante consente di vedere nuovamente la trasformazione di una tecnica romanistica. La tradizione romana conosceva obblighi di rendiconto nell'ambito della tutela e costruiva attraverso la *negotiorum gestio* rimedi destinati a disciplinare l'attività compiuta nell'interesse di altri. Il testo valenciano non riproduce tutte le distinzioni fra le diverse azioni. Porta invece in primo piano ciò che accomuna le fattispecie: chi amministra una sfera patrimoniale altrui è tenuto a rendere ragione della propria gestione.

Il rendiconto non rappresenta un adempimento meramente formale. È lo strumento attraverso il quale l'amministrazione diviene controllabile. Senza tale dovere, il titolare disporrebbe di una posizione sostanziale sui beni ma potrebbe incontrare notevoli difficoltà nel verificare ciò che il gestore abbia riscosso, pagato, alienato o conservato. La gestione di interessi altrui crea inevitabilmente un'asimmetria informativa; l'obbligo di rendiconto serve precisamente a ridurla.

L'evoluzione dello *ius commune* sviluppò ampiamente questa esigenza. Obarrio, studiando le obbligazioni del tutore nella tradizione comune, ha sottolineato la necessità di sottoporre a controllo la gestione del patrimonio pupillare e richiama una formulazione dottrinale particolarmente espressiva: *Generale autem est omnium gerentium negotia aliena, qui tenentur rationem reddere*. Ciò che nasce o viene sistematizzato in relazione a figure specifiche tende

così ad acquistare una portata più generale ogni volta che si realizza l'amministrazione di interessi appartenenti a un altro soggetto[37].

Il confronto è particolarmente utile perché il fuero valenciano formula già con notevole ampiezza la medesima esigenza. Non occorre sostenere che esso anticipi ogni sviluppo successivo della dottrina sul rendiconto. Basta rilevare che la clausola *sive ex tutela sive ex quocumque alio titulo* impedisce di ridurre il precetto a una disposizione settoriale sul tutore. Il criterio ordinante è l'altruità dell'interesse amministrato[38].

Si profila così una duplice direzione della responsabilità nell'attività gestita mediante altri soggetti. Verso l'esterno, il titolare non può sottrarsi alle conseguenze dei contratti conclusi nell'ambito della preposizione che egli stesso ha creato. Verso l'interno, chi assume l'amministrazione deve rendere conto al soggetto nel cui interesse o sulla cui sfera patrimoniale ha operato.

---

37 V. J.A. OBARRIO MORENO, *Las obligaciones del tutor en el ámbito del ius commune*, in *Revista de Derecho UNED*, 8, 2011, 401-426, spec. 413 e 419, nt. 124. Più ampiamente, ID., *Estudios de tradición romanística: Tutela et curatela*, Madrid, 2011, 130-173, spec. 130, nt. 488, ove il dovere è ricondotto tanto a D. 27.3.1 e C. 5.51.5 quanto ai Furs stessi, e 147, nt. 542, ove la formula è attribuita a J. GUTIÉRREZ, *Tractatus*, lib. 3, cap. 1, num. 63.

38 *FAV* XLI.1 (Dualde Serrano, p. 64; García Edo, fr. 307) formula il dovere in termini generali: «*Eum, qui aliena negocia sive ex tutela sive ex quocumque alio titulo administravit, ubi hec gessit, rationem oportet reddere*». Cfr. Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.1 e Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1 pr. Per alcuni significativi sviluppi medievali della *negotiorum gestio*, cfr. J.D. HARKE, *Geschäftsführung und Bereicherung*, Berlin, 2007, 45-47. L'A. mostra come i glossatori sistematizzassero la materia attraverso il requisito della *ratihabitio* e la distinzione delle diverse forme di gestione; particolarmente significativo è il richiamo, attraverso Odofredo, alle opinioni di Giovanni Bassiano e Azone, nonché alla quadripartizione azzoniana del *negotium alienum* in *cura et sollicitudine, re ipsa, ratihabitatione* e *ipso gestu*. Sull'*actio tutelae* come azione generale di rendiconto, cfr. L. SANZ MARTÍN, *Reflexiones doctrinales a propósito de los recursos procesales contra el tutor impuberum*, in *GLOSSAE*, 19, 2022, 591-618, spec. 608-609.

L'organizzazione economica genera quindi insieme potere operativo e controllo.

È proprio questo modo di procedere a mostrare la continuità più profonda con la tecnica giurisprudenziale romana. Le categorie non vengono impiegate per costruire una teoria astratta dell'impresa o della rappresentanza. Servono a risolvere problemi specifici di imputazione: chi risponde della cosa affidata a un professionista; chi rimane obbligato dal contratto concluso dal preposto; chi deve rendere conto della gestione di un patrimonio altrui. Da queste soluzioni emerge un ordine senza che sia necessario formularlo previamente in termini generali.

6. *Credito, garanzie e insolvenza: affidamento e concorso*

La possibilità di concludere contratti attraverso strutture organizzative complesse perde buona parte della sua utilità se il diritto non offre, nello stesso tempo, strumenti capaci di rendere affidabile la posizione del creditore. Il credito introduce infatti nel rapporto patrimoniale una distanza temporale che non esiste nello scambio immediato: una parte esegue, anticipa o mette a disposizione un valore confidando che l'altra adempia successivamente. Quanto maggiore è questa distanza, tanto più importante diviene sapere quali rimedi siano disponibili se l'adempimento non avviene, quale patrimonio risponda dell'obbligazione e quale posizione occupi ciascun creditore quando più pretese concorrono sui medesimi beni.

I Furs affrontano questo problema mediante una pluralità di tecniche. Alcune operano prima che si renda necessaria l'esecuzione forzata e permettono di semplificare rapporti nei quali due soggetti sono reciprocamente creditori e debitori. Altre rafforzano la posizione di un determinato creditore mediante l'assoggettamento di un bene alla garanzia dell'obbligazione. Altre ancora disciplinano la concorrenza quando il patrimonio non è

sufficiente a soddisfare tutti. Il tratto comune non consiste nell'attribuzione di un privilegio indiscriminato al creditore, ma nella ricerca di criteri che rendano prevedibile la distribuzione delle utilità e delle perdite.

La compensazione offre un primo esempio. Quando fra le stesse parti esistono debiti reciproci, entrambi liquidi, il testo forale evita la circolazione inutile di due prestazioni di segno contrario e considera la compensazione operante, nei limiti delle quantità concorrenti, dal momento in cui entrambi i debiti sussistono. La definizione richiama in modo immediato quella di Modestino: *compensatio est debiti et crediti inter se contributio*. Ciò che economicamente richiederebbe due pagamenti può essere giuridicamente ridotto alla differenza[39].

La funzione della regola è più importante della sua apparente semplicità. Il creditore che sia contemporaneamente debitore della propria controparte non può pretendere il pagamento integrale ignorando il credito che grava su di lui quando ricorrano le condizioni richieste dal fuero. Il diritto sostituisce a due movimenti

[39] V. *FAV* LXVI.1-2 (Dualde Serrano, p. 99; García Edo, frs. 505-506). Il fuero LXVI.2 dispone: «*Si constat pecuniam in invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, dummodo hinc inde sit liquidum debitum*». Cfr. Mod. 6 *pand.* D. 16.2.1. La formulazione del fuero riprende quella di C. 4.31.4 (*ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet*), il cui *ipso iure* non designava, né nel diritto classico né in quello giustinianeo, un'estinzione automatica: v. P. PICHONNAZ, *Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di "compensatio ipso iure"*, in *RDR*, 2, 2002, 337-350, spec. 342 e 345-346. Proprio su questo punto si divisero i glossatori: AZO, *Summa Azonis*, cit., col. 385, nn. 13-15, riferisce l'opinione di chi riteneva che la compensazione operasse «*ipso iure, ut etiam hominis facto non sit opus*» e le contrappone la propria: «*Sed ego puto eam ipso iure tunc demum fieri, cum a partibus est opposita*»; la Glossa accursiana (gl. *Ipso iure* ad C. 4.31.4, in *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, IV, cit., col. 947) attribuisce la prima tesi a Martino e la seconda a Giovanni Bassiano.

patrimoniali una liquidazione reciproca e riduce così tanto il rischio dell'inadempimento quanto i costi dell'esecuzione.

Anche qui, però, il testo non procede attraverso una generica clausola di equità. Richiede che i debiti siano liquidi e limita l'effetto alla quantità concorrente. La compensazione non cancella quindi indiscriminatamente ogni rapporto esistente fra le parti; presuppone crediti sufficientemente determinati da poter essere posti in relazione senza trasformare l'operazione in una nuova controversia sul loro ammontare o sulla loro esistenza.

La garanzia reale interviene in una fase diversa. Non si tratta più di eliminare reciprocamente due obbligazioni, ma di rafforzare una di esse attribuendo al creditore una posizione specifica rispetto a un bene. La disciplina forale del pegno e dell'ipoteca presenta, sotto questo profilo, una densità tecnica notevole. Costituzione della garanzia, priorità, custodia della cosa, imputazione dei frutti, realizzazione e restituzione dell'eccedenza non compaiono come problemi indipendenti, ma come parti di un meccanismo destinato a mantenere un equilibrio tra sicurezza del creditore e conservazione dell'interesse patrimoniale del debitore.

La priorità temporale occupa inevitabilmente una posizione centrale. Quando più creditori pretendono di far valere una garanzia sul medesimo bene, non basta affermare che tutti dispongono di un diritto: occorre stabilire quale di essi debba essere preferito. I Furs adottano il criterio secondo cui la posizione anteriore prevale sulla successiva: *sicut prior est tempore, ita potior iure*; in altra formulazione, *qui prior illorum fuerit tempore, potior sit in iure*. La vicinanza alla tradizione romana dell'ipoteca è evidente.

Il principio *prior tempore potior iure* non deve tuttavia essere isolato dal resto della disciplina. Se lo si considerasse da solo, il sistema potrebbe apparire costruito esclusivamente per massimizzare la posizione del creditore garantito. Gli altri precetti mostrano invece che la garanzia non attribuisce una facoltà illimitata di appropriazione del valore del bene. Il creditore può servirsi dei

frutti e dei redditi per ottenere soddisfazione, ma deve imputarli al debito; se la realizzazione produce più di quanto gli sia dovuto, l'eccedenza deve essere restituita al debitore.

La restituzione del *superfluum* esprime un limite strutturale della garanzia. Il bene è assoggettato alla soddisfazione del credito, non trasferito al creditore come fonte di arricchimento ulteriore. La funzione di garanzia determina, nello stesso tempo, il fondamento e il limite della posizione del titolare: egli deve ricevere ciò che gli è dovuto, ma non ciò che eccede il debito[40].

Questa idea permette di comprendere anche l'imputazione dei frutti. Se il creditore ricava utilità dal bene ricevuto o sottoposto alla sua sfera di controllo, tali utilità non possono essere considerate estranee al rapporto garantito. Esse vengono prese in considerazione come strumento di soddisfazione del credito. Il rapporto fra bene, frutti e debito è così sottoposto a una contabilità giuridica che impedisce di separare artificialmente i vantaggi ottenuti dalla causa che giustifica la detenzione o l'esercizio della garanzia.

La posizione del creditore è inoltre accompagnata da un obbligo di custodia. I Furs richiedono che egli risponda per dolo, colpa e *custodia* e contemplano espressamente il caso nel quale perda la cosa pignorata. Ancora una volta, il rafforzamento della posizione creditoria comporta l'assunzione di un rischio corrispondente. Chi riceve un bene altrui per garantire il proprio credito non può trattarlo come se ne fosse proprietario né trasferire

[40] V. *FAV* CVI.5 (Dualde Serrano, p. 208; García Edo, fr. 1026): «*sicut prior est tempore, ita potior iure*»; *FAV* CVI.18 (Dualde Serrano, p. 210; García Edo, fr. 1039): «*qui prior illorum fuerit tempore, potior sit in iure*»; *FAV* CVI.27 e 29 (Dualde Serrano, p. 212; García Edo, frs. 1048 e 1050), quest'ultimo: «*superfluum restituat debitori*». Cfr. Gai. *de form. hypoth.* D. 20.4.11 pr. Sulla *ratio* del divieto costantiniano del patto commissorio (C. 8.34(35).3), volto a impedire che il creditore si appropri di un valore eccedente il credito, cfr. M.E. QUADRATO, *Le ampie e mobili frontiere del patto marciano tra origini e sviluppi*, in *TSDP*, 17, 2024, 1-27, spec. 2-3.

automaticamente sul debitore le conseguenze della propria negligente conservazione[41].

Proprio questo impedisce di identificare la recezione con la riproduzione della costruzione dogmatica romana. Il diritto valenciano non ha bisogno di conservare in ogni dettaglio il sistema delle azioni e delle distinzioni elaborate dai giuristi classici. Ciò che gli occorre è rispondere con sufficiente certezza ad alcune domande pratiche: chi prevale quando esistono più garanzie; chi sopporta la perdita della cosa; come devono essere trattati i frutti; quale parte del ricavato spetta al creditore e quale deve ritornare al debitore.

Il problema cambia nuovamente quando non esiste un solo creditore garantito, ma una pluralità di creditori davanti a un patrimonio insufficiente. La priorità può risolvere la concorrenza fra titolari di garanzie secondo la loro posizione relativa, ma non offre da sola una risposta generale alla situazione del debitore che non è in grado di soddisfare integralmente tutti coloro ai quali deve.

È qui che il diritto del credito assume una dimensione collettiva. Finché il patrimonio è sufficiente, ciascun creditore può considerare il proprio rapporto con il debitore come una relazione essenzialmente bilaterale. L'insolvenza modifica la struttura del problema: la soddisfazione ottenuta dall'uno può ridurre ciò che rimane disponibile per gli altri. L'esercizio individuale delle pretese produce quindi effetti su una pluralità di soggetti che non partecipano necessariamente al singolo rapporto obbligatorio.

Il fuero XVIII.15 risponde a questa difficoltà mediante una regola di maggioranza. Quando il debitore è obbligato verso più

[41] V. *FAV* CVI.3 (Dualde Serrano, p. 208; García Edo, fr. 1024): «*dolum et culpam et custodiam exibere cogitur*»; *FAV* CVI.19 (Dualde Serrano, p. 211; García Edo, fr. 1040): «*si interim perdiderit pignus, teneatur restituere valens illius pignoris*». Cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 220-228, spec. 223 e 225-227; P.J. DU PLESSIS, *Towards the Medieval Law of Hypothec*, in *The Creation of the Ius Commune*, cit., 159-174, spec. 160 e 173-174.

creditori e le sue risorse non bastano a soddisfarli tutti, deve seguirsi la volontà della parte maggiore. Ma la maggioranza non viene determinata, in primo luogo, contando le persone. Il testo la misura secondo l'ammontare del debito: *maiorem partem esse dicimus pro modo debiti, non pro numero personarum*.

La scelta è tecnicamente significativa. Dieci creditori titolari di pretese minime non devono necessariamente poter imporre la propria volontà a uno o due creditori che rappresentino la parte prevalente del passivo. Il peso attribuito alla decisione riflette, anzitutto, l'esposizione economica. Soltanto quando i crediti risultano equivalenti il numero delle persone acquista funzione decisiva[42].

La soluzione impedisce che l'insolvenza venga governata esclusivamente dalla corsa individuale alla soddisfazione. La composizione diviene una decisione collettivamente organizzata e l'ordinamento stabilisce in anticipo come debba essere formata la volontà rilevante. Il criterio quantitativo rende amministrabile un conflitto che, lasciato alla sola autonomia di ciascun creditore, potrebbe non trovare alcuna soluzione comune.

[42] V. *FAV* XVIII.15 (Dualde Serrano, p. 30; García Edo, fr. 119): «*maioris partis voluntas sequenda est. Maiorem partem esse dicimus pro modo debiti, non pro numero personarum*»; in caso di parità quantitativa prevale il numero dei creditori. Cfr. Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.19. Il criterio forale riproduce quasi alla lettera Pap. 10 *resp.* D. 2.14.8 pr.: «*Maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit*». Sul *pactum ut minus solvatur* e sul principio di maggioranza computato per quote di credito, v. A. GRILLONE, *Sulle tracce dei fondamenti degli accordi di ristrutturazione dei debiti nella compilazione giustinianea*, in *TSDP*, 12, 2019, 1-38, spec. 28-29 e 35. La stessa graduazione si ritrova, a proposito della scelta dei creditori tra cessione dei beni e dilazione quinquennale, in AZO, *Summa Azonis*, cit., col. 811, n. 7, ad C. 7.71 (*Qui bonis cedere possunt*): «*statur iudicio maioris partis: ut maior pars primo intelligatur secundum cumulum debiti. Secundo secundum numerum personarum*»; cfr. J.A. OBARRIO MORENO, *La cessio bonorum en la tradición jurídica medieval*, in *RGDR*, 26, 2016, 1-48, spec. 8, nt. 22.

Anche su questo terreno il confronto romano è istruttivo. Ulpiano, occupandosi del patto concluso con una pluralità di creditori, richiama la volontà della maggioranza e la necessità dell'intervento pretorio in caso di dissenso; Papiniano precisa che la maggioranza si computa in proporzione al debito. Non occorre assimilare le due discipline in ogni dettaglio. La continuità più significativa risiede nel riconoscimento che, quando una situazione debitoria coinvolge più creditori, il consenso non può essere misurato necessariamente secondo il principio elementare 'una persona, un voto': la consistenza del credito può costituire un criterio giuridicamente rilevante.

La composizione presuppone tuttavia che l'insufficienza patrimoniale sulla quale essa si fonda sia reale. Se il debitore ottiene una riduzione delle proprie obbligazioni inducendo il creditore a credere falsamente di non essere solvibile, il fondamento dell'accordo viene meno. Il fuero CII.2 contempla espressamente il debitore che affermi o simuli l'insolvenza oppure fugga dalla città a causa dei propri debiti e che, dopo aver ottenuto una composizione o transazione, venga scoperto solvente. In tal caso l'accordo non impedisce che sia costretto a soddisfare integralmente i creditori.

Non c'è contraddizione tra le due soluzioni. La sicurezza del traffico richiede che gli accordi autentici siano stabili; richiede con altrettanta forza che la stabilità non venga utilizzata per consolidare il risultato di una condotta fraudolenta. Il diritto tutela l'affidamento nella composizione fintanto che esista la situazione sulla quale quell'affidamento è stato costruito[43].

[43] V. *FAV* CII.2 (Dualde Serrano, p. 204; García Edo, fr. 1003): «*debitor qui creditorem suum ad compositionem induxerit et quia se esse non solvendo dixerit vel finxerit* […] *si post compositionem vel transactionem solvendo inventus fuerit* […] *creditoribus suis modis omnibus satisfacere compellatur*». La stessa C. 2.4.19 nega la stabilità della transazione quando la *decisio litis* sia stata estorta sottraendo i documenti «*quibus veritas argui potuit*», e concede in tal caso la *replicatio doli* o l'*actio de dolo*.

La medesima distinzione emerge dalla particolare stabilità attribuita alla transazione conclusa in buona fede. La scoperta successiva di un documento relativo all'affare transatto non basta, da sola, a farla rescindere. Il precetto, che riproduce la soluzione di C. 2.4.19, impedisce che l'accordo destinato a porre termine a una controversia rimanga indefinitamente esposto alla riapertura del conflitto per la semplice comparsa di nuovi elementi documentali[44].

Un ulteriore elemento consente di comprendere la posizione del debitore insolvente. La rinuncia o cessione dei beni non produce, nei Furs, una liberazione definitiva dalle obbligazioni. Il debitore che mette a disposizione tutto il proprio patrimonio non viene per ciò solo sciolto dai debiti; beneficia di una protezione personale collegata alla dichiarazione di insolvenza, ma resta tenuto a soddisfare i creditori quando la sua situazione economica successivamente lo consenta.

La soluzione presenta una evidente affinità funzionale con la *cessio bonorum* romana. Anche qui occorre evitare equivalenze troppo rapide, ma la logica è riconoscibile: distinguere la protezione del debitore onesto dall'estinzione dell'obbligazione. L'insuccesso economico non viene necessariamente assimilato alla frode, ma neppure si converte automaticamente in liberazione patrimoniale definitiva[45].

---

44 V. *FAV* XIX.4 (Dualde Serrano, p. 31; García Edo, fr. 127): «*sub pretextu instrumenti postea reperti, transactio bona fide facta rescindi non debet*». Cfr. C. 2.4.19; per la versione romanza, *Furs de València*, II, a cura de G. Colón i A. Garcia, Barcelona, 1974, 160-161, rubr. IV, «De transactions e de compositions». Il fuero seguente equipara l'autorità della transazione a quella della cosa giudicata, in corrispondenza con C. 2.4.20; *Furs de València*, II, cit., 161, nt. 1. Sull'*exceptio doli* e sull'*exceptio pacti* come strumenti di attuazione della transazione, cfr. M. MARRONE, *Eccezione di dolo generale ed eventi sopravvenuti alla litis contestatio*, in *AUPA*, 50, 2005, 181-206, spec. § 2.

45 V. *FAV* CII.1 (Dualde Serrano, p. 203; García Edo, fr. 1002): «*debitores qui renunciant omnibus bonis suis* […] *non sunt propterea liberati ab obligationibus illorum debitorum*». Cfr. Ulp. 59 *ad ed.* D. 42.3.4 pr.-1: «*is qui bonis cessit si quid postea*

La tutela del creditore appare anche nel rapporto con le attribuzioni gratuite compiute dal debitore defunto. Quando l'asse ereditario non è sufficiente per pagare i debiti, i creditori possono agire contro i legatari fino a essere soddisfatti. La giustificazione fornita dal testo è particolarmente espressiva: nei beni appartenuti al defunto è migliore la condizione dei creditori, che lottano per evitare un danno, rispetto a quella dei legatari, che mirano a conseguire un lucro.

La formula introduce nel conflitto patrimoniale un criterio di comparazione fra interessi. Il creditore non cerca di ottenere un vantaggio gratuito, ma di evitare la perdita derivante dall'inadempimento di un'obbligazione preesistente; il legatario, invece, pretende un incremento patrimoniale derivante dalla liberalità del defunto. Quando il patrimonio non basta per entrambi, l'ordinamento antepone chi *certat de damno vitando* a chi *certat de lucro habendo*[46].

adquisierit, in quantum facere potest convenitur». Sulla persistenza dell'obbligazione dopo la *cessio bonorum* nella tradizione medievale — già la *Summa Codicis Trecensis* avverte che essa giova «*ne traharis in carcerem, non ut etiam libereris*» — e sul fuero valenciano, v. J.A. OBARRIO MORENO, *La cessio bonorum*, cit., 4, 8 e 31, nt. 126; per il profilo romanistico di D. 42.3.4 pr., cfr. J.C. PRADO RODRÍGUEZ, *Aspectos procesales de la condemnatio in id quod debitor facere potest en favor del insolvente*, in *RIDA*, 57, 2010, 359-395, spec. 389-390.

[46] V. *FAV* LXXXIX.3 (Dualde Serrano, p. 177; García Edo, fr. 878): «*si hereditas non sufficeret ad debita exsolvenda, creditores defuncti possunt agere contra legatarios donec eis fuerit satisfactum, quia in bonis que defuncti fuerunt pocior est condicio creditorum qui certant de dampno vitando, quam legatariorum, qui certant de lucro sive legato habendo*». Cfr. P. MARZAL RODRÍGUEZ, *El derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Valencia, 1998, 44-45, spec. 45. Il fuero rielabora C. 6.30.22.5: «*licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire* […] *legatariis vero, qui pro lucro certant*». Per la fortuna del *topos* nella dottrina di diritto comune — già Jacques de Révigny contrappone i legatari, che contendono per un lucro, ai creditori, che contendono per evitare un danno —, v. J.A. OBARRIO MORENO, *El beneficio de inventario en la escuela estatutaria*, in *RGDR*, 6, 2006, 1-42, spec. 15, nt. 61, e 31.

Il sistema non è, dunque, semplicemente «favorevole al creditore». Una simile descrizione sarebbe troppo generica. Il creditore pignoratizio deve restituire l'eccedenza e risponde della cosa affidata; il creditore dissenziente può trovarsi vincolato dalla volontà della maggioranza; chi ha transatto in buona fede deve rispettare la composizione anche se successivamente emerge un documento che avrebbe potuto rafforzarne la posizione. La tutela del credito è inserita entro regole che distribuiscono vantaggi, oneri e rischi tra tutti i soggetti coinvolti.

Vi è tuttavia un ambito nel quale la distribuzione del rischio assume una dimensione ancora più evidente, perché il sacrificio di un singolo bene può essere deliberatamente imposto allo scopo di salvare un complesso di interessi appartenenti a soggetti diversi. Nel commercio marittimo la perdita non deriva necessariamente dall'inadempimento, dalla custodia negligente o dall'insolvenza, ma può essere il risultato di una decisione razionale presa nell'interesse comune durante il pericolo. La disciplina dell'avaria consente perciò di osservare il problema della contribuzione da una prospettiva diversa: non più la graduazione fra creditori concorrenti, ma la ripartizione fra più interessati del costo di un sacrificio sostenuto per la salvezza di tutti.

7. *Sacrificio comune e rischio marittimo: dalla lex Rhodia al forum novum*

L'ipotesi paradigmatica è quella del getto delle merci (*iactus mercium*). Di fronte al pericolo che minaccia la nave, parte del carico viene gettata in mare per alleggerire l'imbarcazione e rendere possibile la salvezza del resto. Dal punto di vista puramente proprietario, la conseguenza immediata sembrerebbe semplice: alcuni proprietari perdono le proprie merci, mentre gli altri conservano ciò che appartiene loro. Ma una simile soluzione finirebbe per attribuire casualmente l'intero costo dell'operazione

a coloro i cui beni sono stati sacrificati, nonostante il sacrificio sia stato compiuto nell'interesse comune.

La tradizione romana aveva dato al problema una formulazione destinata a una straordinaria fortuna. Paolo la condensa in D. 14.2.1: se per alleggerire la nave vengono gettate merci in mare, ciò che è stato dato per tutti deve essere riparato mediante la contribuzione di tutti, *omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est*. Il punto decisivo non è pertanto la mera esistenza della perdita, ma la causa per la quale essa è stata provocata. La distruzione o l'abbandono della merce non costituiscono una disavventura individuale quando sono deliberatamente funzionali alla conservazione di altri interessi patrimoniali[47].

La regola modifica così la normale distribuzione proprietaria del rischio. In assenza di una ragione ulteriore, ciascun proprietario sopporterebbe la perdita fortuita della propria cosa. Nel caso dello *iactus*, invece, l'interesse comune introduce un elemento capace di correggere quel risultato: la perdita materiale resta concentrata sulle cose sacrificate, ma il suo costo economico viene distribuito fra coloro che hanno tratto beneficio dalla decisione.

La tecnica attraverso la quale la giurisprudenza romana rese operativa la regola è particolarmente significativa per il tema di queste pagine. Come ha sottolineato Fiori, la *lex Rhodia* non entra nel diritto romano mediante una «recezione» formale di un ordinamento straniero. La regola viene inserita all'interno della *locatio conductio* che lega il *nauta* ai diversi proprietari delle merci. È dunque una categoria contrattuale romana a fornire il meccanismo attraverso il quale una prassi nata nel commercio mediterraneo acquista operatività nel sistema.

---

47 Paul. 2 *sent.* D. 14.2.1: «*lege Rhodia cavetur ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est*»; sul principio e sulla sua fortuna, v. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 406-412, spec. 407-411.

Il dato merita attenzione perché mostra una modalità di appropriazione giuridica non troppo lontana, sul piano metodologico, da quella che stiamo osservando nei Furs. La soluzione non deve necessariamente essere riprodotta nel medesimo involucro tecnico nel quale era nata. Può essere assunta perché risponde a un problema reale del traffico e successivamente ricostruita attraverso le categorie dell'ordinamento che la fa propria. Nel diritto romano ciò avviene mediante la *locatio conductio*; nel diritto valenciano la regola viene trasformata in disposizione legislativa territoriale[48].

Fiori sottolinea inoltre che non nasce, fra i mercanti imbarcati, una sorta di società occasionale. Il vettore occupa piuttosto una posizione centrale nel meccanismo di contribuzione: dispone di strumenti che gli consentono di ottenere dagli interessati la partecipazione al sacrificio e, nello stesso tempo, può essere chiamato a rispondere nei confronti di chi abbia subito la perdita qualora non provveda a organizzare la contribuzione. La dimensione collettiva del rischio viene quindi costruita attraverso rapporti contrattuali distinti, coordinati intorno alla funzione economica comune del viaggio.

È all'interno di questo quadro che acquista particolare rilievo la disciplina valenciana. I Furs non si limitano a riconoscere incidentalmente il principio della contribuzione. La regolamentazione della perdita marittima raggiunge un livello di precisione tale da rendere visibili tanto il criterio distributivo

[48] V. R. FIORI, *Il ius gentium tra teoria generale e pratica dei commerci mediterranei*, in *ATELIER. Organizzazione produttiva e rapporti commerciali nel mondo romano*, a cura di A. Manni e G.D. Merola, Napoli, 2023, 7-18, spec. 17-18: «non c'è una "recezione" formale, ma la regola viene inserita all'interno della *locatio conductio* che lega il *nauta* a ciascun vettore» (p. 17). Nello stesso senso, E. CHEVREAU, *La lex Rhodia de iactu: un exemple de la réception d'une institution étrangère dans le droit romain*, in *TR*, 73, 2005, 67-80, spec. 79: «assimilation du principe, mais absence de réception technique».

quanto gli interessi che devono essere presi in considerazione nel calcolo.

Il fuero introdotto espressamente come *forum novum* disciplina l'accordo fra marinai e mercanti relativo al sacrificio necessario per la salvezza del viaggio. Ciò che è stato perduto deve essere reintegrato mediante una contribuzione proporzionale calcolata per sou e per liura. La formula vernacolare traduce in un criterio immediatamente utilizzabile nella pratica la logica che Paolo aveva espresso attraverso l'*omnium contributio*: non una divisione aritmetica del danno per il numero dei partecipanti, ma una ripartizione secondo il valore degli interessi salvati[49].

La proporzionalità è essenziale. Una divisione per teste tratterebbe allo stesso modo chi abbia conservato una merce di grande valore e chi abbia tratto dal sacrificio un beneficio economicamente assai minore. Il criterio per sou e per liura collega invece la misura del contributo alla consistenza patrimoniale dell'interesse protetto. Chi conserva di più grazie alla misura di salvezza deve contribuire in misura corrispondentemente maggiore alla riparazione del danno.

La regola introduce, pertanto, una particolare forma di giustizia distributiva interna al rapporto economico. Non pretende di eliminare il rischio della navigazione né di garantire integralmente ogni partecipante contro qualsiasi perdita. Interviene esclusivamente quando il sacrificio possiede una qualità specifica: è intenzionale, straordinario e compiuto nell'interesse del complesso degli interessi esposti al pericolo.

[49] Sulla disciplina valenciana dell'avaria e dello *iactus*, v. V. GARCÍA EDO, *Furs de Valencia. 1238-1707*, cit., 143-166. *FAV* CXXVIII.7 (Dualde Serrano, p. 260; García Edo, fr. 1349) si apre con «*Facimus forum novum*» e dispone la contribuzione proporzionale — nel testo latino *per solidum et per libram*, nella versione romanza per sou e per liura —, computando per metà il valore della nave. Cfr. Paul. 2 *sent.* D. 14.2.1.

Questa qualificazione permette di distinguere l'avaria comune dalla perdita particolare. Se la tempesta distrugge una merce senza che la sua perdita abbia contribuito alla salvezza degli altri beni, manca la ragione che giustifica la contribuzione. Se, invece, proprio quella perdita viene deliberatamente provocata affinché il resto possa salvarsi, l'interesse comune trasforma la posizione del proprietario danneggiato. Il suo pregiudizio non può più essere considerato esclusivamente proprio.

Il passaggio è di notevole interesse dal punto di vista privatistico. La contribuzione non nasce perché fra i proprietari esista preventivamente un contratto con il quale ciascuno promette agli altri di sopportare una parte della perdita. È la struttura stessa dell'operazione di salvezza, come giuridicamente qualificata, a impedire che il beneficio comune resti privo di una corrispondente partecipazione al costo.

Il *forum novum* valenciano aggiunge inoltre un elemento che rende particolarmente evidente il carattere pratico della disciplina: nella valutazione complessiva viene presa in considerazione anche la nave, computata secondo il criterio fissato dalla norma. Il sacrificio non protegge soltanto le merci rimaste a bordo. Anche l'imbarcazione costituisce un interesse patrimoniale salvato dalla misura e non può essere resa invisibile nel momento in cui si distribuisce il costo.

Vi è poi un ulteriore aspetto che impedisce di identificare il sacrificio con l'abbandono della cosa. I beni gettati in mare per alleggerire la nave non cessano, per questo solo fatto, di appartenere ai loro proprietari. Il fuero lo afferma espressamente: le cose gettate *leviandae navis causa* rimangono *res dominorum* e chi, dopo che siano state respinte dalle onde o mentre ancora si trovino in mare, se ne appropri con animo di lucro commette furto.

La conservazione della proprietà completa la logica della contribuzione. Il proprietario sopporta materialmente il sacrificio necessario, ma non manifesta una volontà di abbandonare il bene.

Se la cosa può essere recuperata, il diritto non permette che l'atto compiuto per la salvezza comune venga interpretato come rinuncia al dominio. L'emergenza modifica l'uso della cosa, non necessariamente la titolarità[50].

È qui che la formula *facimus forum novum* acquista un significato particolarmente interessante. Essa non consente naturalmente di affermare che il legislatore valenciano abbia creato per la prima volta il principio dell'avaria comune, la cui antichità è evidente. Indica qualcosa di diverso: che quella disciplina viene assunta consapevolmente come nuova norma del diritto territoriale. La novità appartiene al piano della legislazione valenciana, non necessariamente a quello della storia universale dell'istituto[51].

Il rapporto con la *lex Rhodia* offre così un esempio particolarmente nitido della territorializzazione descritta nei primi paragrafi. Il principio «ciò che è stato dato per tutti deve essere riparato da tutti» non conserva la propria efficacia in Valencia perché la legge dei Rodii possieda in quanto tale autorità normativa nel regno, né perché Paolo sia fonte formalmente concorrente con i Furs. Opera perché il legislatore territoriale ha costruito una propria disciplina del sacrificio comune.

Il precedente romano continua tuttavia a essere decisivo per lo storico del diritto. Permette di comprendere la razionalità tecnica

[50] V. *FAV* CXXIV.7 (Dualde Serrano, p. 253; García Edo, fr. 1283): «*qui in tempestate maris leviande navis vel ligni cuiuslibet generis vel nominis sint causa eiciuntur, esse enim res dominorum permanent, et si quis eas fluctibus expulsas vel iam in ipso mari iactas lucrandi animo abstulerit, furtum committit*». Il precetto riproduce quasi alla lettera I. 2.1.48: «*hae enim dominorum permanent* […] *si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit*»; cfr. Iul. 2 *ex Minic.* D. 14.2.8 e Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2.8. V. J.L. ZAMORA MANZANO, *La pervivencia de la regla romana "quod ex naufragio expulsum est, usucapi non potest quoniam non est in derelicto, sed in deperdito" en el Derecho actual*, in *RGDR*, 37, 2021, 1-35, spec. 19-20.

[51] Cfr. V. GARCÍA EDO, *Furs de Valencia. 1238-1707*, cit., 143-166; *FAV* CXXVIII.7 (Dualde Serrano, p. 260; García Edo, fr. 1349).

della soluzione e la lunga continuità del problema. Il rescritto di Antonino Pio conservato da Meciano in D. 14.2.9 esprime in forma memorabile il riconoscimento dell'autonomia delle regole marittime: l'imperatore è signore del mondo, ma la legge è signora del mare, purché non contrasti con la legge romana. La formula non deve essere proiettata senza mediazioni sulla Valencia del XIII secolo, ma testimonia l'antichità dell'idea che il commercio marittimo richieda regole adeguate alla specificità dei rischi della navigazione[52].

Nel Medioevo questa esigenza si intensifica all'interno di un mondo commerciale nel quale consuetudini marittime, giurisdizioni dei mercanti e raccolte specializzate acquistano progressivamente maggiore consistenza. Padoa-Schioppa colloca in questo contesto la formazione di istituti come *commenda* e accomandita, lo sviluppo dell'assicurazione, l'attività delle giurisdizioni consolari e la successiva fissazione delle consuetudini marittime in raccolte fra le quali assumerà particolare rilievo il Consolat de mar.

La disciplina valenciana deve essere letta all'interno di questo orizzonte senza perderne la cronologia. Non si tratta di derivare i Furs dalle raccolte marittime posteriori, ma di constatare che il regno si inserisce precocemente in un processo europeo nel quale le esigenze del traffico marittimo producono regole caratterizzate da elevata specializzazione. La presenza di un *forum novum* sull'avaria è significativa precisamente perché testimonia l'attenzione del legislatore a un problema privatistico che nasce

52 Cfr. Vol. Maec. *ex lege Rhodia* D. 14.2.9, che conserva il rescritto di Antonino Pio: «ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης». Sul contesto medievale della formazione di regole specializzate del traffico commerciale e marittimo, v. A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law in Europe. From the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, trad. ingl., Cambridge, 2017, 174-176, spec. 174-175.

dalla pratica commerciale e non può essere risolto adeguatamente attraverso una generica regola sul caso fortuito.

Il diritto dell'avaria mostra forse meglio di qualsiasi altro settore che la recezione di una tradizione giuridica non equivale alla conservazione immobile delle sue forme. La regola rodia passa attraverso l'interpretazione romana, viene integrata nella *locatio conductio*, sopravvive nella cultura dello *ius commune* e riemerge in un ordinamento territoriale che la traduce in criteri concretamente operativi come il per sou e per liura. La continuità è riconoscibile, ma ogni passaggio modifica la forma giuridica attraverso la quale il medesimo problema viene risolto.

La questione che si pone a questo punto è diversa. Fino ad ora il rischio è stato esaminato soprattutto come conseguenza di eventi esterni, dell'organizzazione economica o dell'insufficienza patrimoniale. Ma il diritto privato deve anche stabilire in quali condizioni la volontà stessa delle parti possa essere considerata giuridicamente rilevante e quando, invece, violenza, errore o altre anomalie impediscano di attribuirle gli effetti normalmente prodotti dal consenso. A ciò si aggiunge il problema del danno causato fuori da un rapporto contrattuale. È su questo duplice versante — qualità della volontà e responsabilità per danno — che i Furs offrono un ulteriore terreno privilegiato per osservare il rapporto con la tradizione romanistica.

8. *Metus, errore e danno: criteri di imputazione*

L'imputazione delle conseguenze patrimoniali dipende anche dalla qualità della decisione privata alla quale l'ordinamento riconosce effetti. Violenza, inganno ed errore impongono pertanto di stabilire quando una dichiarazione possa essere riferita al soggetto come decisione giuridicamente affidabile.

Non si tratta, naturalmente, di proiettare sui Furs una teoria moderna dei vizi del consenso. Le categorie romane dalle quali

proviene buona parte del materiale utilizzato non erano state costruite a partire da una dottrina unitaria del negozio giuridico e neppure il diritto medievale organizza necessariamente tutte le ipotesi secondo una nozione generale di «volontà viziata». La maggiore utilità del confronto consiste proprio nel seguire il modo in cui problemi differenti vengono sottoposti a criteri tecnici specifici. Il *metus* riguarda una volontà formata sotto pressione; il *dolus* la deformazione del processo decisionale attraverso l'inganno; l'errore pone il problema della rilevanza dell'ignoranza o della falsa rappresentazione; la *falsa demonstratio*, infine, mostra che un'inesatta qualificazione verbale non sempre modifica la realtà giuridica alla quale la dichiarazione si riferisce.

La disciplina della coazione costituisce uno dei punti nei quali la continuità con la tradizione pretoria appare con maggiore evidenza. I Furs negano efficacia al documento relativo a donazione, transazione, stipulazione o altro contratto quando esso sia stato ottenuto sotto minaccia di morte, tormento corporale o altra pressione di gravità comparabile. L'esistenza dello scritto non sana, dunque, la mancanza di una decisione liberamente formata. La documentazione prova una dichiarazione; non può trasformare in consenso ciò che è stato ottenuto mediante costrizione[53].

[53] V. *FAV* XXVI.2 (Dualde Serrano, p. 40; García Edo, fr. 176): «*Si donationis, transactionis, stipulationis vel cuiuscumque alterius contractus, obligationis confectum instrumentum metu mortis vel cruciatu corporis extortum* […] *hoc ratum haberi non patimur*». Cfr. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.1 e D. 4.2.5; Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.2.6; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 651-660, spec. 653-659. Sul rilievo metodologico di una lettura della tutela romana del *metus* centrata sulla concreta struttura rimediale, cfr. M.F. CURSI, *Actio quod metus causa e le azioni 'miste'*, in *Index*, 43, 2015, 393-401, spec. 395, secondo la quale «portare l'attenzione sull'azione di *metus* è […] una scelta più aderente alla logica dei giuristi romani». La prospettiva consiglia di evitare la retroproiezione sul materiale romano di una compiuta teoria moderna dei vizi della volontà. Il precetto riproduce quasi alla lettera C. 2.19(20).7: «*Si donationis vel transactionis vel stipulationis vel cuiuscumque alterius contractus obligationis confectum instrumentum metu mortis vel cruciatu corporis*

La vicinanza con l'editto pretorio *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo* non è soltanto lessicale. Anche il diritto romano aveva dovuto delimitare il tipo di timore capace di giustificare l'intervento. Non qualsiasi inquietudine autorizzava a sottrarsi agli effetti di ciò che si era fatto. Le fonti distinguono il timore di un male grave dal semplice spavento dell'uomo irresoluto e assumono come parametro una reazione capace di incidere anche sull'*homo constantissimus*. Il criterio tende, quindi, a oggettivare la valutazione: non è sufficiente che il soggetto concreto affermi di essersi sentito intimorito; occorre che la minaccia presenti una consistenza tale da spiegare giuridicamente la deviazione della sua volontà.

I Furs procedono nello stesso senso attraverso la concreta individuazione di minacce particolarmente gravi. Morte, tormento corporale, esercizio di potere e cattività non costituiscono semplicemente stati d'animo del contraente, ma situazioni nelle quali la libertà di scelta viene compromessa da una pressione esterna qualificata. Anche qui la casistica svolge una funzione sistematica: invece di affidare integralmente al giudice una valutazione indifferenziata di ogni timore, il testo identifica fattispecie nelle quali la costrizione raggiunge una gravità giuridicamente riconoscibile.

La rubrica forale non si esaurisce, inoltre, nella dichiarazione iniziale di inefficacia. La successione dei precetti mostra un trattamento articolato delle conseguenze della coazione. Una vendita estorta può essere successivamente confermata attraverso un consenso libero; altre disposizioni estendono la disciplina a vendite, donazioni e transazioni ottenute *per potentiam*; la restituzione può gravare sugli eredi del soggetto che ha esercitato la coazione nella misura della rispettiva quota ereditaria; e viene

extortum […]». Sui requisiti del *metus* e sui rimedi pretori, cfr. K.M. VILACOBA RAMOS, *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*, in *GLOSSAE*, 19, 2022, 685-714, spec. 694-695.

considerata anche la posizione di chi abbia assunto obbligazioni o garanzie mentre era sottoposto a cattività o timore.

Questo sviluppo è particolarmente importante perché impedisce di ridurre il *metus* a una semplice formula di invalidità. Il diritto deve affrontare almeno tre momenti diversi: la formazione iniziale della dichiarazione sotto pressione, l'eventuale conferma successiva una volta cessata la coazione e la restituzione di ciò che sia già passato da un patrimonio all'altro. La tutela della libertà decisionale si traduce così in disciplina concreta degli effetti patrimoniali[54].

La protezione della decisione privata acquista una configurazione diversa nel dolo. Qui non è la pressione esterna a restringere materialmente lo spazio di scelta, ma l'inganno a incidere sulla rappresentazione sulla quale la scelta viene compiuta. Anche i Furs conoscono disposizioni specifiche sulla condotta dolosa, tanto nell'accreditamento interessato di un debitore insolvente quanto nella necessità di specificare l'inganno e la cosa rispetto alla quale esso si assume di averlo subito, in evidente relazione con l'elaborazione pretoria del *dolus malus*. Le due figure non devono essere confuse: chi agisce sotto minaccia può conoscere perfettamente la realtà e nondimeno decidere contro la propria volontà; chi è vittima di dolo può decidere spontaneamente sul piano fisico, ma lo fa sulla base di una realtà deformata dall'altro soggetto[55].

---

[54] La rubrica *Quod metus causa factum fuerit* sviluppa la disciplina in *FAV* XXVI.1-5 (Dualde Serrano, pp. 40-41). Il fuero XXVI.3 esclude la restituzione quando, cessata la coazione, il soggetto adempia spontaneamente; XXVI.4 estende agli eredi la restituzione *pro parte hereditaria*. Per la posizione dell'erede, cfr. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.16.3.

[55] V. *FAV* XXVII.3-4 (Dualde Serrano, p. 41). Il fuero XXVII.3 contempla chi, *causa proprii lucri*, accrediti falsamente come idoneo un debitore insolvente; XXVII.4 dispone: «*Si quis conqueratur de aliquo dicens se ab eo dolo fuisse deceptum, debet specificare dolum et rem in qua dicat dolum se passum fuisse*». Cfr. Ulp. 11 *ad ed.* D.

L'errore pone una questione ancora diversa e il testo valenciano la affronta attraverso una distinzione che rinvia direttamente alla tradizione romana: *error iuris* ed *ignorantia facti* non devono essere trattati allo stesso modo. Il fuero XI.4 giustifica la differenza con un argomento significativo. Il diritto è concepito come realtà delimitata e relativamente conoscibile dall'uomo prudente; i fatti, al contrario, derivano da cause molteplici e continuamente nuove, capaci di sfuggire anche alle persone più accorte.

La formulazione non afferma che l'errore di fatto produca sempre effetti favorevoli né che l'errore di diritto sia in assoluto irrilevante. Più prudentemente, stabilisce che i due fenomeni non possono essere posti *eodem loco*. La differenza riguarda il grado di giustificazione dell'ignoranza[56]. Chi vive all'interno di un ordinamento è normalmente tenuto a conoscere le regole che lo

4.3.1.2. I due precetti trovano preciso riscontro in Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.3.8 («*Quod si cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse* […] *de dolo iudicium dandum est*») e in Paul. 11 *ad ed.* D. 4.3.16 («*scire enim debet actor, in qua re circumscriptus sit, nec in tanto crimine vagari*»). Sulle definizioni di Servio e di Labeone, cfr. P. LAZO GONZÁLEZ, C.E. AEDO BARRENA, *Dolo, excepción de dolo y buena fe. Una aproximación al derecho chileno y continental en la perspectiva de las funciones dogmáticas*, in *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), 45, 2023, 141-169, spec. 144, nt. 6.

56 V. *FAV* XI.4 (Dualde Serrano, p. 24; García Edo, fr. 78): «*In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum sit et a sapienti viro raro ignoretur, et facti ignorantia, que ex pluribus et novis causis potest cotidie emergere, prudentissimos etiam fallit*». Cfr. Paul. 1 *de iur. et fact. ignor.* D. 22.6.2; C. 1.18.10. Sulla difficoltà di ricavare dalle fonti classiche una disciplina generale e uniforme dell'*ignorantia iuris* e sulla successiva stabilizzazione giustinianea della materia, cfr. C. MASI DORIA, *Francesco De Martino e l'"ignorantia iuris": un problema storico-giuridico tra Italia e Argentina*, in *Tra Italia e Argentina. Tradizione romanistica e culture dei giuristi*, a cura di C. Masi Doria e C. Cascione, Napoli, 2013, 361-375, spec. 367-368. L'A. richiama l'assenza di principi generali sicuramente riferibili ai classici e osserva come i compilatori giustinianei abbiano selezionato e stabilizzato i testi relativi all'inescusabilità dell'*ignorantia* e dell'*error*.

governano; la conoscenza di ogni circostanza fattuale, invece, non può essere pretesa con identica intensità.

La soluzione possiede una evidente funzione di certezza. Se ogni soggetto potesse sottrarsi agli effetti di una regola invocando semplicemente di non conoscerla, l'applicazione del diritto dipenderebbe dalla conoscenza individuale di ciascun destinatario. Il diverso trattamento dell'errore di fatto permette, invece, di riconoscere che la realtà esterna può essere obiettivamente difficile da conoscere senza trasformare tale considerazione in una generale facoltà di ignorare la norma.

Anche in questo settore la somiglianza con le fonti romane non deve essere trasformata in identità dogmatica. La distinzione tra errore di diritto e di fatto attraversa una pluralità di istituti romani e produce effetti diversi a seconda della fattispecie. Il fuero seleziona una formulazione generale e la rende immediatamente disponibile come criterio del diritto proprio. Il materiale giurisprudenziale, nato all'interno di controversie particolari, viene nuovamente condensato in una proposizione normativa.

Particolarmente interessante è il precetto che afferma l'incapacità della *falsa demonstratio* di mutare la sostanza della verità. La fattispecie considerata riguarda l'erronea indicazione come materni di beni che in realtà erano paterni: la risposta inesatta non pregiudica il soggetto perché l'errore della denominazione non altera la reale provenienza patrimoniale dei beni. Il dato merita una lettura cauta. Non siamo davanti alla proclamazione anticipata di una moderna regola generale d'interpretazione contrattuale. Ciò che il fuero esprime è più circoscritto e, forse proprio per questo, più interessante: una qualificazione verbale erronea non è sufficiente a trasformare la realtà giuridica quando questa sia altrimenti determinabile[57].

[57] V. *FAV* XI.6 (Dualde Serrano, p. 24; García Edo, fr. 80): «*Cum falsa demonstratione mutari substantia veritatis minime possit, respondendo id, quod paternum erat,*

Il problema dell'imputazione riappare, con una struttura diversa, nella responsabilità per danno. Qui non si tratta di chiedere se un soggetto abbia validamente voluto produrre un effetto giuridico, ma se un risultato dannoso possa essere attribuito alla sua condotta. Anche in questo settore i Furs formulano regole la cui matrice aquiliana è particolarmente riconoscibile.

La disposizione generale è concisa: *Dampnum non iure sive per culpam datum, in quacumque re datum sit, restituatur*. Il danno causato *non iure* o per colpa deve essere riparato, qualunque sia la cosa sulla quale sia stato prodotto. La formulazione mostra già una trasformazione importante. La *lex Aquilia* romana aveva avuto un campo originario assai più circoscritto e la sua estensione fu il risultato della lunga attività interpretativa dei giuristi e del pretore. Il testo valenciano riceve una categoria ormai capace di esprimere, in forma legislativa generalizzata, la relazione fra danno, illiceità e colpa.

La presenza della *culpa* è decisiva. Non è necessario che il soggetto abbia voluto il danno affinché possa esserne chiamato a rispondere. Ulpiano, interpretando l'*iniuria* aquiliana, aveva chiarito che viene in considerazione anche il danno colposamente causato da chi non aveva intenzione di nuocere. La responsabilità si separa così dalla sola volontà lesiva e si estende al comportamento che avrebbe potuto e dovuto essere diverso.

Ma proprio perché la colpa costituisce un criterio di imputazione, non ogni partecipazione materiale alla sequenza causale può essere sufficiente. Il medesimo complesso forale introduce eccezioni che consentono di vedere in modo particolarmente chiaro il ragionamento sottostante. La prima

ex maternis esse bonis, nichil tibi preiudicasti». Cfr. Pap. 7 *resp.* D. 35.1.33 pr. Il testo riproduce C. 1.18.5: «*Cum falsa demonstratione mutari substantia veritatis minime possit, respondendo id quod paternum erat ex maternis esse bonis nihil egisti*», con la sola sostituzione della clausola finale.

riguarda la difesa propria: non deve essere considerato colpevole chi, per proteggersi, reagisce immediatamente e nello stesso modo rispetto alla forza subita.

I due elementi — *incontinenti* ed *eodem modo* — limitano la giustificazione. La contemporaneità distingue la difesa dalla vendetta successiva; la corrispondenza fra aggressione e risposta impedisce che l'esigenza di protezione divenga titolo per un danno sproporzionato. La legittima difesa non elimina, quindi, ogni limite alla condotta dannosa[58]. Spiega perché un danno che, osservato isolatamente, potrebbe apparire imputabile non debba essere trattato come illecito quando costituisce una reazione necessaria e misurata all'aggressione.

Ancora più istruttiva è la seconda esclusione: *Excusatur a culpa qui alterius impulsu vel violentia ventorum dederit dampnum*. Il fuero riunisce due ipotesi nelle quali una persona o una cosa può apparire come causa fisica immediata del danno senza che il risultato sia necessariamente riconducibile al suo controllo: l'impulso esercitato da un terzo e la forza del vento.

---

58 V. *FAV* XLVIII.5-6 (Dualde Serrano, p. 77; García Edo, frs. 382-383): «*Dampnum non iure sive per culpam datum, in quacumque re datum sit, restituatur*»; «*Non potest dici ut ille teneatur de culpa qui ad sui defensionem et incontinenti et eodem modo aliquid faciat*». Cfr. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.5.1; Paul. 10 *ad Sab.* D. 9.2.45.4: «*qui, cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt*». La rubrica *De dampno dato*, alla quale il precetto appartiene, viene ricondotta a C. 3.35 *De lege Aquilia*, e i suoi precetti si applicarono tanto alla colpa contrattuale quanto a quella extracontrattuale, senza che l'ordinamento forale giungesse a distinguerle come categorie separate: v. C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La concurrencia*, cit., 116-118, spec. 117, nt. 357. Per la recezione della disciplina aquiliana nella rubrica valenciana, v. F.L. PACHECO CABALLERO, *Formación histórica de la responsabilidad extracontractual o aquiliana en el Derecho español (II). La recepción medieval del daño aquiliano en los derechos valenciano y catalán*, in *GLOSSAE*, 10, 2013, 409-429, spec. 410 e 412-413. Sul valore di *iniuria* come *quod non iure fit* e sul suo rapporto con la *culpa*, cfr. P. PASCHALIDIS, *What did iniuria in the lex Aquilia actually mean?*, in *RIDA*, 55, 2008, 321-363, spec. 328 e 331.

Il primo caso trova un parallelo romano particolarmente preciso. Proculo, nel passo riferito da Ulpiano, nega che chi è stato spinto debba rispondere aquilianamente perché non ha prodotto il danno *iniuria*. L'azione della *lex Aquilia* non è però concessa neppure contro chi ha esercitato l'impulso, il quale non ha prodotto il danno *corpore suo*: contro di lui è data un'*actio in factum*. Il criterio non coincide, dunque, con l'identificazione dell'ultimo corpo che ha materialmente toccato la cosa danneggiata. Occorre risalire a chi ha governato la sequenza causale.

È questa la ragione per la quale la disciplina forale è più significativa di quanto possa apparire a una lettura superficiale. Il soggetto spinto può essere fisicamente indispensabile alla produzione del risultato e nondimeno non esserne responsabile. Il diritto distingue la causalità materiale dall'imputazione normativa: partecipare causalmente al danno non equivale necessariamente ad averlo colposamente prodotto[59].

La forza del vento applica la stessa esigenza di controllo a un evento naturale. Anche qui sarebbe semplicistico trasformare la mera presenza del vento in causa automatica di esonero. La formulazione *violentia ventorum* richiama un'intensità capace di sottrarre realmente l'evento al dominio del soggetto. Se una condotta prudente avrebbe permesso di evitare il danno, l'elemento naturale non elimina necessariamente la colpa; quando

[59] V. *FAV* XLVIII.8 (Dualde Serrano, p. 77; García Edo, fr. 385): «*Excusatur a culpa qui alterius impulsu vel violentia ventorum dederit dampnum*». Per l'impulso altrui, cfr. Proc. apud Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.7.3: «*Proinde si quis alterius impulsu damnum dederit, Proculus scribit neque eum qui impulit teneri, quia non occidit, neque eum qui impulsus est, quia damnum iniuria non dedit: secundum quod in factum actio erit danda in eum qui impulit*». Per la forza irresistibile del vento nella navigazione, cfr. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.29.3-4; il § 4 esclude l'azione quando «*tanta vis navi facta sit, quae temperari non potuit*». Il fuero prosegue: «*et rem, que culpa caret, in dampnum vocari non convenit*», riproducendo la regola canonica della decretale *Cognoscentes* (X 1.2.2): v. F.L. PACHECO CABALLERO, *Formación*, cit., 414.

invece la forza esterna rende il risultato inevitabile, viene meno la ragione per imputarlo a chi ne è stato soltanto il tramite materiale.

La tradizione aquiliana conosce una straordinaria espansione del concetto di *culpa*, fino alla celebre formulazione ulpianea *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. Sarebbe tuttavia eccessivo dedurre dal semplice *per culpam* dei Furs che il testo valenciano recepisca formalmente una completa teoria graduata della *culpa levissima*. Ciò che può affermarsi con sicurezza è più circoscritto: il danno non intenzionale può essere imputato per colpa e le disposizioni successive delimitano i casi nei quali tale imputazione viene meno. Il confronto con la tradizione aquiliana illumina la struttura del precetto, senza autorizzare ad aggiungervi distinzioni che il fuero non formula espressamente[60].

Il problema della difesa ricompare, infine, fuori dalla rubrica del danno, nella tutela del possesso. Il possessore che detiene rettamente può respingere la violenza esercitata contro di lui *inculpate tutele moderatione*. Anche qui il diritto non attribuisce una facoltà indiscriminata di reagire. La protezione della posizione possessoria richiede una difesa misurata, collegata alla necessità di respingere la forza e non alla volontà di infliggere autonomamente un danno.

La formula è particolarmente espressiva perché collega due esigenze che potrebbero apparire opposte. Il possessore non deve attendere passivamente l'intervento dell'autorità quando subisce una violenza attuale; ma la possibilità di autotutela non può

[60] Cfr. Ulp. 42 *ad Sab.* D. 9.2.44 pr.: «*in lege Aquilia et levissima culpa venit*». Il frammento costituisce il termine di confronto per la cautela espressa nel testo: la formula forale *per culpam* non autorizza, da sola, ad attribuire ai Furs l'intera gradazione elaborata nella tradizione aquiliana. Sulla formazione giurisprudenziale del criterio della *culpa* a partire dall'*iniuria* e sulla discussa portata della *culpa levissima*, cfr. C. AEDO BARRENA, *El problema del concepto de la culpa en la lex Aquilia: una mirada funcional*, in *Revista de Derecho* (Valdivia), 27/1, 2014, 27-57, spec. 28 e 34.

trasformarsi in licenza di eccedere. Il termine *moderatio* esprime precisamente la necessità di mantenere un rapporto fra la forza ricevuta e quella impiegata per respingerla[61].

La disciplina del danno e quella della volontà, considerate insieme, consentono di individuare una continuità che non consiste nell'applicazione di un'unica categoria. In entrambi i settori il problema centrale è l'imputazione. Nel negozio si tratta di stabilire quando una dichiarazione possa essere attribuita al soggetto come decisione giuridicamente rilevante; nella responsabilità, quando un risultato dannoso possa essergli attribuito come conseguenza colpevole della sua condotta.

La presenza di una causa esterna spezza o modifica questa imputazione in forme diverse. La minaccia esercitata da un altro incide sulla libertà del consenso; il dolo altera il processo conoscitivo che conduce alla decisione; l'impulso di un terzo sottrae al soggetto il dominio del movimento che produce il danno; la violenza del vento può collocare il risultato fuori dalla sua capacità di controllo. Il diritto non guarda quindi soltanto all'evento finale — il contratto sottoscritto o la cosa danneggiata —, ma alla sequenza che ha condotto ad esso.

È proprio a questo punto che diritto sostanziale e processo diventano inseparabili. Stabilire che il *metus* rende inefficace una dichiarazione serve a poco se non si determina come esso debba essere provato; affermare che il danno causato per impulso altrui non è imputabile richiede un procedimento capace di ricostruire la sequenza causale; distinguere errore di fatto ed errore di diritto presuppone regole che consentano al giudice di accertare ciò che

[61] V. *FAV* CV.1 (Dualde Serrano, p. 205; García Edo, fr. 1012): «*Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpate tutele moderatione illatam vim propulsare licet*». Cfr. C. 8.4.1, che reca la stessa formulazione. Sui precedenti romano-canonici e sulla disciplina forale, v. C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La protección posesoria en los Furs de Valencia: orígenes*, in *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, XI, cit., 443-460, spec. 449-455 e 459-460.

le parti hanno allegato e dimostrato. La tutela del diritto privato conduce, dunque, necessariamente al problema delle forme attraverso le quali le posizioni sostanziali diventano giudizialmente effettive.

9. *Prova, sentenza e giudicato: effettività delle situazioni private*

La dimensione processuale deve essere mantenuta, in questa sede, entro limiti precisi. Non interessa ricostruire l'intero ordinamento giudiziario valenciano né seguire tutte le fasi del processo romano-canonico ricevute o trasformate nei Furs. Una simile indagine meriterebbe uno studio autonomo e allontanerebbe il presente lavoro dal suo oggetto privatistico. Ciò che interessa è verificare attraverso quali strumenti alcune situazioni di diritto privato — credito, proprietà, possesso, obbligazione, responsabilità — possano passare dalla loro esistenza astratta alla tutela effettiva.

Anche sotto questo profilo i Furs si inseriscono pienamente nella cultura processuale dello *ius commune*. La razionalizzazione della prova, la delimitazione dell'attività del giudice, la distribuzione dell'onere probatorio, la disciplina delle eccezioni, l'efficacia della confessione e la costruzione della sentenza mostrano l'assimilazione di tecniche formatesi nell'incontro fra diritto romano, diritto canonico e dottrina processuale medievale. La recezione non elimina, tuttavia, il carattere proprio dell'ordinamento: quelle tecniche diventano modalità attraverso le quali il diritto valenciano viene fatto valere davanti al giudice[62].

La prima regola significativa riguarda precisamente la posizione di quest'ultimo. Il fuero III.3 esclude che la decisione possa

[62] V. J.A. OBARRIO MORENO, *La prueba judicial en los Furs de Valencia*, in *AHDE*, 70, 2000, 297-350, spec. 299-300; ID., *Ius proprium-ius commune: la sentencia en el ordenamiento foral valenciano*, in *AHDE*, 71, 2001, 501-572, spec. 501-504.

fondarsi sulla semplice coscienza personale del giudice o su ciò che egli conosca privatamente. La causa deve essere decisa secondo quanto le parti abbiano allegato davanti a lui e siano riuscite a provare. Il precetto delimita contemporaneamente il potere giudiziale e la responsabilità processuale delle parti.

La distinzione è essenziale. Il giudice non viene trasformato in osservatore passivo: deve interpretare il diritto, valutare le prove e pronunciare la decisione. Ma non può sostituire al materiale introdotto nel processo un proprio sapere che le parti non abbiano avuto la possibilità di discutere. L'esclusione della *scientia privata* protegge il contraddittorio perché impedisce che la sentenza si fondi su elementi sottratti alla conoscenza e alla contestazione dei litiganti.

La tradizione romano-canonica sviluppò questo vincolo fino alla nota esigenza di giudicare *secundum allegata et probata*. Nei Furs il principio viene espresso con una formula particolarmente netta: il sapere privato non costituisce una fonte alternativa di verità processuale e la decisione deve fondarsi sul materiale che le parti abbiano introdotto e provato nel contraddittorio[63].

Le fattispecie di diritto privato divengono così oggetto di accertamento processuale. L'esistenza della norma non determina

63 V. *FAV* III.3 (Dualde Serrano, p. 9; García Edo, fr. 19): «*Curia sive iudex, non secundum conscientiam suam vel secundum quod scit, iudicet causas, set secundum quod partes allegaverint coram eo et probaverint*». Cfr. J.A. OBARRIO MORENO, *Ius proprium-ius commune*, cit., 501 e 503-504; ID., *La prueba*, cit., 304-305; E.J. DE BENITO FRAILE, *Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la recepción del derecho común hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, in *GLOSSAE*, 1, 1988, 135-159, spec. 138-140. La formula coincide con quella fissata dalla dottrina coeva: AZO, *Brocarda*, discute «*an iudex secundum conscientiam suam iudicare debeat*», distinguendo ciò che il giudice conosce *ut iudex* da ciò che conosce *ut privatus*, e ACCURSIO, gl. *Veritas* ad D. 1.18.6.1, in *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, I, *Digestum Vetus*, Lugduni, 1627, coll. 102-103, conclude: «*secundum allegata debet iudex iudicare non secundum conscientiam*»; v. J.A. OBARRIO MORENO, *La sentencia judicial en los libri de iudiciarium ordo*, in *RGDR*, 43, 2024, 1-45, spec. 7, nt. 35.

automaticamente l'esito della controversia: occorre stabilire se si sia verificata la fattispecie alla quale quella norma collega una conseguenza. Fra la disposizione astratta e la condanna si colloca necessariamente la ricostruzione processuale del fatto.

Da questa esigenza deriva la regola sull'onere probatorio. Il fuero LXI.4 formula quasi letteralmente il principio secondo cui la prova incombe a chi afferma e non a chi nega: *ei qui dicit incumbit probatio, non ei qui negat*. Il criterio evita che una semplice affermazione sia sufficiente a trasferire sull'altra parte l'onere indefinito di dimostrare il contrario.

La funzione garantista è particolarmente chiara nella tutela patrimoniale. Chi reclama una cosa deve dimostrare il fondamento della propria pretesa; il possessore non è tenuto, per il solo fatto di essere convenuto, a giustificare preventivamente il proprio rapporto con il bene. La situazione esistente conserva così una protezione processuale fino a quando colui che pretende di modificarla non abbia assolto l'onere che deriva dalla propria affermazione.

Non siamo davanti a una regola favorevole in astratto al convenuto. La posizione si rovescia quando quest'ultimo introduce a sua volta un fatto destinato a impedire, estinguere o differire la pretesa. Colui che oppone un'eccezione diviene, rispetto ad essa, attore: *reus in excipiendo actor est*. La distribuzione della prova segue, quindi, il contenuto dell'affermazione e non la posizione formale originariamente occupata nel processo[64].

[64] V. *FAV* LXI.4 (Dualde Serrano, p. 91; García Edo, fr. 457): «*quia ei, qui dicit, incumbit probatio, non ei qui negat*». Cfr. Paul. 69 *ad ed.* D. 22.3.2. Per l'eccezione, v. *FAV* LXII.32 (Dualde Serrano, p. 96; García Edo, fr. 492): «*Reus in excipiendo actor est; et ideo qui excipit, probare compellitur quod intendit*»; cfr. Ulp. 4 *ad ed.* D. 44.1.1; J.A. OBARRIO MORENO, *La prueba*, cit., 301-304. Sulla rielaborazione medievale della regola, cfr. ACCURSIO, gl. *Ei incumbit* ad D. 22.3.2, in *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, I, cit., coll. 2054-2055: «*Duas ponit regulas haec lex. Prima, qua dicitur affirmantem probare* […] *Secunda regula est, quod qui negat, non teneatur probare*». La

La prova, d'altra parte, non viene lasciata a una totale indeterminatezza. I Furs regolano gli strumenti attraverso i quali il fatto può acquistare consistenza processuale e attribuiscono una particolare importanza alla documentazione scritta. Ciò appare perfettamente coerente con il tipo di relazioni private esaminate nelle pagine precedenti. Credito, garanzie, gestione di affari, commercio e operazioni compiute mediante preposti generano rapporti che possono proiettarsi nel tempo e nei quali la memoria personale dei partecipanti non costituisce sempre una base sufficiente per la successiva ricostruzione del contenuto dell'accordo.

La disciplina dello strumento pubblico risponde precisamente a questa esigenza di conservazione. Data e luogo dell'atto, presenza dei testimoni rogati e *signum* del notaio consentono di identificare un documento dotato di una particolare affidabilità. La forma non possiede soltanto una funzione rituale; organizza elementi che

Glossa scompone così la formulazione paolina in due *regulae* e ne precisa immediatamente la portata mediante successive *distinctiones*, considerando, tra l'altro, le negazioni che racchiudono implicitamente un'affermazione e richiedono perciò prova. Il passaggio mostra con particolare chiarezza come la scienza medievale non si limiti a trasmettere il frammento romano, ma ne elabori la portata attraverso la tecnica interpretativa. Con specifico riferimento alla ricezione nei Furs, v. J.M. PIQUER MARÍ, *Estudio sobre la pervivencia estructural de los criterios que conforman el onus probandi en Derecho romano clásico, en los Furs y en Les Costums de Tortosa*, in *GLOSSAE*, 14, 2017, 660-685, spec. 677-678, ove sono richiamate la diffusione medievale della massima, l'elaborazione di Irnerio e Accursio e, per ulteriori profili, la letteratura processuale di Pillio, Tancredi e Durante. Per il problema romanistico, cfr. G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo romano per formulas*, in *RIDA*, 3, 1956, 349-422, spec. 409 e 417, che riconosce valore giuridico all'onere della prova già nel processo formulare classico e nega che la trasformazione processuale del III secolo ne abbia determinato il primo riconoscimento. Sulla regola generale per cui il convenuto deve provare l'eccezione come l'attore la propria azione (Ulp. D. 22.3.19 pr.; D. 44.1.1), cfr. P. LAZO, *Problemas probatorios de la exceptio doli*, in *TR*, 90, 2022, 64-86, spec. 66-67.

rendono possibile attribuire il documento a un determinato atto, a determinati soggetti e a un determinato momento.

Ciò non significa che il documento produca una verità processuale assolutamente incontestabile. L'intero sistema esaminato finora impedisce una conclusione tanto rigida. Già a proposito del *metus* si è visto che la presenza di uno *instrumentum* non attribuisce efficacia a un contratto estorto mediante coazione; analogamente, il diritto deve poter reagire contro la falsità e l'inganno. La forma è protetta perché accresce la certezza, non perché possa rendere giuridicamente irrilevante la realtà che pretende di documentare[65].

Anche la prova testimoniale viene sottoposta a criteri destinati a valutarne la consistenza. La tradizione dello *ius commune* aveva progressivamente costruito un sistema nel quale quantità e qualità delle testimonianze potevano condizionare il raggiungimento della prova piena. L'antica libertà di valutazione conosciuta dal processo romano classico lascia spazio, nel diritto tardoantico e medievale, a regole più formalizzate, fra le quali acquisterà particolare notorietà l'insufficienza ordinaria del testimone unico.

Alla stessa esigenza di prevedibilità risponde l'ordinamento temporale del processo. I Furs stabiliscono che le eccezioni dilatorie debbano essere opposte entro un momento determinato, anteriormente alla *litis contestatio*, e distinguono fra il momento nel quale l'eccezione deve essere allegata e quello nel quale deve essere provata. L'ordinamento non pretende che il convenuto dimostri

[65] Per gli strumenti pubblici, v. *FAV* CXXX.2 (Dualde Serrano, p. 263; García Edo, fr. 1360), che prescrive l'indicazione dell'anno, del giorno, del luogo, dei testimoni e del *signum* notarile. Sulla prova testimoniale, documentale e notarile nei Furs, cfr. J.A. OBARRIO MORENO, *La prueba*, cit., 313-318 e 323-327, spec. 325-326. Sul passaggio tardoantico verso l'insufficienza del testimone unico, v. A. METRO, *"Unus Testis Nullus Testis"*, in *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, ed. by J.W. Cairns and O.F. Robinson, Oxford-Portland, 2001, 109-116, spec. 109 e 111-113; cfr. C. 4.20.9.

immediatamente ogni difesa prima che l'attore abbia sostenuto la propria pretesa, ma neppure gli consente di ricostruire indefinitamente la strategia processuale dopo aver conosciuto l'intero materiale probatorio avversario.

Questo aspetto è particolarmente importante per le eccezioni dilatorie. La loro funzione non consiste nel negare definitivamente il diritto dell'attore, ma nel contestare il momento, la forma o altre condizioni dell'esercizio dell'azione. Permetterne la proposizione indefinita potrebbe convertire uno strumento legittimo di difesa in una tecnica di prolungamento artificiale della controversia. La disciplina temporale cerca precisamente di mantenere l'equilibrio fra difesa del convenuto ed esigenza di arrivare alla decisione[66].

La confessione giudiziale consente, invece, di abbreviare il processo quando la controversia sia venuta meno. Se una parte riconosce davanti al giudice un'obbligazione certa, non esiste ragione per continuare a pretendere dall'altra la dimostrazione di ciò che è ormai ammesso. Il fuero C.4 esprime la conseguenza

[66] V. *FAV* XXXV.4 (Dualde Serrano, p. 55; García Edo, fr. 269): «*omnes excepciones dilatorie opponantur infra tres dies ante litem contestatam*». *FAV* LXI.5 (Dualde Serrano, p. 91; García Edo, fr. 458): «*exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero postquam actor monstraverit quod asseverat, oportet*». Cfr. Ulp. 74 *ad ed.* D. 44.1.2.4. La seconda disposizione riproduce alla lettera C. 4.19.19: «*Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit quod adseverat, oportet*». Per la *praescriptio fori*, da opporre a pena di decadenza nel *principium litis*, prima della *litis contestatio*, e perciò accostabile alle eccezioni dilatorie, cfr. C. 8.35(36).13: «*Praescriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas*»; P. GARBARINO, *La praescriptio fori nei secoli V e VI: aspetti procedurali*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustinianea tra passato e futuro*, a cura di S. Puliatti e A. Sanguinetti, Milano, 2000, 1-41, spec. 14, 18 e 21, nt. 94; S. BARBATI, *Sul rilievo dell'eccezione di incompetenza nel processo civile: rapporti con il giudicato*, in *'Res iudicata'*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2015, 497-582, spec. 553. Sulla prova delle eccezioni in generale, cfr. P. LAZO, *Problemas*, cit., 66-67.

attraverso una formula di evidente ascendenza romana: *Certum in iure confessus, pro condemnato est habendus*.

L'elemento della certezza è indispensabile. Non basta una dichiarazione vaga dalla quale non possa ricavarsi con precisione la cosa, la quantità o l'obbligazione riconosciuta. La confessione acquista la sua particolare efficacia perché elimina un oggetto concreto dal terreno della controversia. Se ciò che viene confessato rimane indeterminato, occorre anzitutto precisarlo.

Paolo formula la corrispondente idea romana affermando che il confessante viene considerato come giudicato perché, in qualche modo, è condannato dalla propria stessa dichiarazione: *confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*. La formulazione esprime bene la peculiarità della confessione. Il giudice attribuisce effetti processuali a una dichiarazione della parte, ma tali effetti non dipendono da una privata disponibilità della funzione giurisdizionale: è l'ordinamento che determina quando e in quali condizioni quella dichiarazione possa rendere superfluo l'accertamento.

La confessione rappresenta, pertanto, uno dei punti di contatto più evidenti fra autonomia privata e processo. Il soggetto dispone della propria posizione processuale riconoscendo un fatto o un debito, ma è il diritto a trasformare quel riconoscimento in conseguenza equiparabile alla condanna quando esso presenti la necessaria determinatezza[67].

Quando la controversia non viene eliminata attraverso confessione o altra forma di composizione, il procedimento deve culminare nella sentenza. È in essa che allegazioni, prove e

[67] V. *FAV* C.4 (Dualde Serrano, p. 199; García Edo, fr. 974): «*Certum in iure confessus, pro condemnato est habendus*»; il fuero aggiunge: «*Incertum vero confessus, non; sed* […] *urgeri debet ut certum confiteatur*». Cfr. Paul. 56 *ad ed.* D. 42.2.1: «*confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*»; C. 7.59.1; J.A. OBARRIO MORENO, *La prueba*, cit., 312-313.

applicazione del diritto vengono trasformate in comando giuridico. Per le relazioni patrimoniali, questo passaggio è decisivo: fino a quel momento le parti sostengono pretese contrapposte; dopo la decisione, una di esse dispone, nei limiti previsti dall'ordinamento e salvi i rimedi d'impugnazione, di un titolo destinato a prevalere sulla resistenza dell'altra.

I Furs attribuiscono particolare rilievo alla forma della decisione. Il fuero XCV.2 prescrive che i giudici pronuncino le sentenze in lingua romanza e che le consegnino per iscritto alle parti che le richiedano. Lingua romanza e scrittura svolgono funzioni differenti ma complementari. La prima rende la decisione accessibile alla comunità nella quale deve operare; la seconda la sottrae alla volatilità della sola pronuncia orale e permette di conservarne con precisione il contenuto.

La scrittura assume inoltre una funzione di controllo. Soltanto una decisione il cui contenuto possa essere stabilmente identificato consente di verificare se il giudice abbia rispettato la forma richiesta dal diritto, quali punti abbia deciso e in quali limiti debba avvenire l'esecuzione. Documento e sentenza partecipano, sotto questo profilo, della medesima esigenza di oggettivazione: la scrittura rende durevole ciò che altrimenti dipenderebbe dalla memoria dei presenti.

L'importanza della forma emerge con particolare evidenza nella disciplina della nullità. La sentenza pronunciata *contra formam fori* può essere nulla senza necessità di una successiva revoca. Occorre distinguere, quindi, il vizio che impedisce alla decisione di acquistare validità dall'ingiustizia o dall'errore di una sentenza formalmente esistente, rispetto alla quale entra in gioco il sistema delle impugnazioni.

La distinzione fra nullità e impugnazione serve alla certezza non meno della forma scritta. Se ogni errore rendesse la sentenza inesistente, la stabilità della decisione sarebbe continuamente minacciata; se, all'opposto, ogni violazione formale potesse essere

sanata dal semplice decorso del tempo, le garanzie che delimitano il potere del giudice perderebbero consistenza. Il diritto deve quindi distinguere fra difetti che colpiscono la stessa esistenza giuridica della decisione e ragioni che consentono alla parte di provocarne la revisione[68].

La cosa giudicata segna il limite oltre il quale la controversia non può essere riaperta. La tradizione romana costruisce l'eccezione di cosa giudicata attraverso un confronto articolato fra identità dell'oggetto, della quantità, del diritto fatto valere, della *causa petendi* e della condizione delle persone. I Furs collegano il passaggio della sentenza *in rem iudicatam* al decorso di dieci giorni senza appello e condensano quella verifica nell'identità dei soggetti, dell'oggetto e della causa.

La stabilità che ne deriva non presuppone l'infallibilità del giudice. La cosa giudicata non afferma che la decisione divenuta definitiva sia necessariamente la migliore ricostruzione possibile della realtà. Afferma che, superato il sistema previsto per contestarla, l'ordinamento attribuisce maggiore valore alla conclusione del conflitto che alla possibilità di mantenerlo permanentemente aperto[69].

---

[68] V. *FAV* XCV.2 (Dualde Serrano, p. 189; García Edo, fr. 934): «*Iudices romana lingua sentencias proferant, et eas partibus requirentibus donent scriptas*». V. J.A. OBARRIO MORENO, *Ius proprium-ius commune*, cit., 504-505. Per la nullità della sentenza contraria alle forme del fuero — «*Sententia lata contra formam fori, nulla ita est, ut non egeat revocatione*» —, cfr. J.A. OBARRIO MORENO, *Ius proprium-ius commune*, cit., 508-510, spec. 508. Sull'obbligo di redigere per iscritto la sentenza e sulla nullità di quella pronunciata senza l'osservanza dell'*ordo* nei trattati processuali (Pillio, Tancredi, Durante), cfr. J.A. OBARRIO MORENO, *La sentencia*, cit., 21-22.

[69] Per il passaggio in cosa giudicata, v. *FAV* XCVII.4 (Dualde Serrano, p. 195; García Edo, fr. 954): «*in rem iudicatam sententia transire dicitur post X dies, ex quo non fuerit appellatum*». Sull'identità di persone, oggetto e causa, *FAV* XCVII.7 (Dualde Serrano, p. 196; García Edo, fr. 957): «*eadem res permaneat que petita sit, vel eadem quantitas et eadem causa petendi, et eedem persone*». Cfr. Paul. 70 *ad ed.* D. 44.2.12; Ulp. 75 *ad ed.* D. 44.2.13; Paul. 70 *ad ed.* D. 44.2.14 pr.: «*Et an eadem causa petendi et*

Alla cosa giudicata segue l'esecuzione, che mostra la funzione ultima dell'intera costruzione processuale. Il diritto privato non si realizza pienamente con la semplice dichiarazione che un soggetto abbia ragione. Il creditore deve ottenere ciò che gli è dovuto; il proprietario deve recuperare il bene; chi ha subito il danno deve ricevere la riparazione. La coercizione pubblica sostituisce, quando necessario, la collaborazione che l'obbligato avrebbe dovuto prestare spontaneamente.

Si comprende così perché il processo non rappresenti un settore marginale rispetto alla costruzione di un diritto territoriale. Appropriarsi di materiali romanistici per disciplinare i rapporti privati sarebbe stato insufficiente se l'ordinamento non avesse contemporaneamente determinato davanti a quale giudice e secondo quali forme quelle regole dovessero acquistare effettività. Territorializzare il diritto significa anche territorializzarne la tutela.

10. *Considerazioni conclusive*

L'analisi condotta consente di precisare la domanda iniziale. L'interesse dei Furs de València per la storia del diritto privato non risiede soltanto nell'individuazione di regole già presenti nelle fonti romane, ma nel modo in cui una cultura giuridica formatasi attraverso l'elaborazione di quei testi viene utilizzata per disciplinare rapporti patrimoniali propri di una società diversa e trasformata in diritto territoriale.

La continuità con la tradizione romanistica deve perciò essere cercata anche oltre la coincidenza letterale. Quest'ultima

eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est». V. J.A. OBARRIO MORENO, *Ius proprium-ius commune*, cit., 532 e 560-561. Sul rapporto tra *litis contestatio* e sentenza nell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, cfr. H. ANKUM, *La relation entre la litis contestatio et la sentence du juge dans l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae de la procédure formulaire du droit romain classique. Absorption ou superposition?*, in *RIDA*, 55, 2008, 55-65, spec. 58.

costituisce, quando esiste, una prova particolarmente forte; ma la giurisprudenza romana trasmette anche una tecnica capace di distinguere situazioni diverse e di selezionare il criterio giuridicamente rilevante. *Utilitas*, *custodia*, controllo dell'organizzazione, causalità del danno, beneficio derivante dal sacrificio comune e natura della prestazione operano come criteri differenti perché differenti sono i problemi ai quali devono rispondere.

La disciplina del consenso e quella del credito mostrano la stessa logica. La vendita è vincolante per effetto dell'accordo, senza che ciò impedisca di reagire alla sproporzione qualificata del prezzo, all'evizione o al vizio occulto. La garanzia rafforza la posizione del creditore senza trasformarla in fonte di arricchimento: egli deve custodire il bene, imputare frutti e redditi al debito e restituire l'eccedenza, mentre priorità e concorso ordinano le pretese concorrenti.

Anche l'attività esercitata mediante preposti e la *lex Rhodia* confermano che il diritto non si arresta alla materialità dell'evento. Gli effetti dell'organizzazione vengono riferiti a chi l'ha predisposta e ne trae utilità; il sacrificio individuale compiuto per la salvezza comune viene distribuito tra quanti ne hanno beneficiato. Nel secondo caso, il passaggio dalla casistica romana alla disciplina forale modifica il meccanismo tecnico senza cancellare la continuità della soluzione.

Metus, errore e responsabilità per danno riportano il problema sul terreno dell'imputazione. Occorre stabilire quando una dichiarazione possa essere riferita al soggetto come decisione giuridicamente efficace e quando un risultato dannoso possa essergli attribuito come conseguenza della propria condotta. Minaccia, inganno, impulso altrui o forza esterna incidono diversamente su questa riferibilità. Il processo completa la costruzione: onere della prova, *allegata et probata*, confessione,

forma della sentenza e cosa giudicata determinano le condizioni nelle quali le posizioni private acquistano effettività.

Da questa prospettiva, il rapporto fra *ius commune* e *ius proprium* si comprende come un processo di trasformazione. Fra il testo romano e il precetto valenciano possono collocarsi la scienza dello *ius commune*, la selezione dei redattori, le esigenze della pratica, la traduzione e la riformulazione legislativa. Una soluzione può conservare la propria genealogia romanistica e acquistare, nello stesso tempo, un nuovo titolo di vigenza. Il precedente romano resta essenziale per lo storico; la regola obbliga perché il diritto del regno l'ha fatta propria.

Non occorre, per questo, attribuire a Giacomo I la paternità tecnica di ogni precetto. La rilevanza del suo regno risiede nel consolidamento di un processo normativo capace di convertire cultura giuridica comune, esigenze della pratica e autorità regia in disciplina stabile dei rapporti privati. È precisamente l'imputazione a esprimere meglio l'unità dell'analisi: il diritto decide a chi riferire il vincolo, la perdita, l'attività del preposto, il costo del sacrificio, il danno o l'effetto della decisione giudiziale.

A settecentocinquanta anni dalla morte di Giacomo I, i Furs documentano così uno dei processi attraverso i quali si è formata la tradizione europea del diritto privato. La continuità del diritto non coincide con l'immutabilità: le soluzioni sopravvivono perché possono cambiare forma, funzione e fondamento di autorità. Nei Furs la tradizione romanistica non è una presenza archeologica, ma materiale giuridico nuovamente posto in movimento e trasformato in regola territorialmente efficace.

ABSTRACT

Nel settecentocinquantesimo anniversario della morte di Giacomo I, il contributo esamina i Furs de València da una prospettiva strettamente privatistica. L'indagine non mira a inventariare le concordanze con il *Corpus iuris*, ma a verificare come categorie e tecniche della tradizione romanistica vengano selezionate, riformulate e territorializzate nel diritto del regno. Compravendita, *utilitas contractus*, custodia professionale, preposizione, credito e garanzie, avaria, *metus*, errore, responsabilità per danno e tutela processuale mostrano una costante attenzione all'imputazione delle conseguenze patrimoniali e alla distribuzione del rischio. Lo *ius commune* opera così non come ordinamento esterno destinato a sostituire il diritto valenciano, ma come cultura tecnica capace di essere convertita in *ius proprium* attraverso l'autorità normativa dei Furs.

On the 750th anniversary of the death of James I of Aragon, this article examines the Furs de València from a strictly private-law perspective. Rather than compiling textual correspondences with the *Corpus iuris*, it analyses how categories and techniques belonging to the Roman legal tradition were selected, reformulated and territorialised within the law of the kingdom. Sale, *utilitas contractus*, professional custody, commercial agency (*praepositio*), credit and security, general average, duress, mistake, liability for damage and procedural protection reveal a recurrent concern with the attribution of patrimonial consequences and the allocation of risk. The *ius commune* thus operated not as an external legal order displacing Valencian law, but as a technical legal culture transformed into *ius proprium* through the normative authority of the Furs.

PAROLE CHIAVE

Furs de València – Giacomo I – *ius commune* – diritto privato – tradizione romanistica – rischio – imputazione – responsabilità

Furs de València – James I – *ius commune* – private law – Roman legal tradition – risk – attribution – liability

ALEJANDRO VALIÑO
alejandro.valino@uv.es

(*online dal* 08/11/2026)