



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

---

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE  
“CESARE BECCARIA”

*Curriculum in Diritto Romano e Storia del Diritto*

XXXIII CICLO

*QUASI EX CONTRACTU TENERI:*  
RICERCHE SULL'ORIGINE DELLA CATEGORIA  
DEL QUASI CONTRATTO

Relatore:

Chiar.ma Prof.ssa IOLE FARGNOLI

Tesi di Dottorato di:

PIETRO GIOVANNI ANTONIO SANTORU

A.A. 2019/2020

## INDICE

INTRODUZIONE.....	4
-------------------	---

### CAPITOLO I

#### IL QUASI CONTRATTO: LINEAMENTI STORICO-EVOLUTIVI

1. Cenni introduttivi.....	6
2. La riflessione dei giuristi di età repubblicana.....	8
3. La soluzione della giurisprudenza romana di epoca classica.....	12
4. Il diritto giustiniano.....	24
5. La nozione di “quasi contratto” nel diritto comune.....	28
6. La dottrina del Settecento e Ottocento.....	34
7. La disciplina codicistica del quasi contratto.....	37
8. Critiche e abbandono della categoria.....	40

### CAPITOLO II

#### *PROPRIUM QUODAM IURE*

1. Premessa.....	44
2. Gai. 3.88 ss.: una <i>summa divisio obligationum</i> tra funzione e necessità.....	48
3. <i>Mutui autem datio</i> .....	52
4. <i>Si paret eum dare oportere</i> .....	55
5. Un proprio fondamento giuridico ( <i>proprium quodam ius</i> ).....	61
6. <i>Actione teneri</i> .....	64

### CAPITOLO III

#### *QUASI EX CONTRACTU ACTIONE TENERI*

1. Lo <i>status quaestionis</i> .....	72
2. Il rapporto tra <i>obligatio</i> ed <i>actio in personam</i> .....	73
3. <i>Negotiorum gestio</i> .....	79
4. <i>Obligatio ex tutela</i> .....	89
5. <i>Legatum</i> .....	91
6. <i>Indebiti solutio</i> .....	96
7. Risultanze parziali.....	99

### CAPITOLO IV

#### FONTI GIUSTINIANEE E *QUASI CONTRACTUS* IN TEOFILO

1. L' <i>obligatio ex quasi contractu</i> nelle <i>Iustiniani Institutiones</i> .....	103
1.1. Della gestione di affari altrui.....	107
1.2. <i>Tutela</i> .....	109
1.3. <i>Communio</i> e rapporti fra <i>coheredes</i> .....	111
1.4. <i>Obligatio legati</i> .....	112
1.5. <i>Solutio indebiti</i> .....	114
2. Il <i>quasi contractus</i> nella Parafrasi alle Istituzioni imperiali di Teofilo.....	116
CONCLUSIONI.....	123
BIBLIOGRAFIA.....	128
INDICE DELLE FONTI.....	153

## INTRODUZIONE

Il presente lavoro, seguendo un percorso diacronico, si pone il precipuo obiettivo di fornire un contributo alla riflessione sul quasi contratto.

Nello specifico, attraverso l'analisi dell'*iter* evolutivo compiuto a partire dalla classificazione delle fonti di obbligazione, si cercherà se il quasi contratto sia già attestato nel pensiero giurisprudenziale romano classico e, parimenti, di comprendere quale sia il percorso che ha indotto all'elaborazione dello stesso.

Lo studio si articola in quattro capitoli, operando una ricognizione di quelli che sono gli aspetti più problematici della materia.

Nel primo, in particolare, viene tracciato un sintetico quadro storico-evolutivo del quasi contratto che muove dalle riflessioni operate dai giuristi romani, nelle principali epoche storiche, per poi giungere, passando attraverso la disciplina del diritto comune e la dottrina del Settecento e Ottocento, a quelle che furono le motivazioni che portarono al suo mancato accoglimento nella disciplina normativa del Codice civile italiano del 1942.

Nel secondo, invece, prendendosi le mosse dalle *Institutiones* di Gaio, ci si interrogherà, prima sul significato della *summa divisio obligationum* in essa contenuta, con l'intento di fare luce sul perché una partizione che, *ab origine*, viene presentata come ipoteticamente esaustiva, in realtà non lo sia, e poi su quale possa essere, a seguito dello stretto rapporto intercorrente fra mutuo e *solutio indebiti*, la prospettiva da cui muove il giureconsulto nell'elaborazione della sua partizione. Il tutto, cercando di stabilire se, a partire dal proprio fondamento giuridico cui muovono le *obligationes ex variis causarum figuris*, sussista una qualche chiara finalità dialettica fra

quanto asserito da Gaio nel suo polifunzionale manuale istituzionale e la successiva elaborazione prospettata nei *Libri rerum cottidianarum sive aureorum*.

Nel terzo, si cercherà di dimostrare sia la veridicità e completezza di quanto trasmessoci nelle *Res cottidianae*, circa la tripartizione delle fonti delle obbligazioni e le figure ivi ricondotte, specialmente alla luce di quella che fu la successiva elaborazione espressa nelle Istituzioni di Giustiniano, e poi, interrogandosi sul rapporto tra *obligatio* ed *actio in personam*, di stabilire se, prima e durante il periodo in cui visse Gaio, fossero note le fattispecie riportate fra le *obligationes ex variis causarum figuris*, e parimenti constatare se, le medesime, venissero trattate alla stregua di obbligazioni che non rientravano nel novero dei contratti, ma potessero, comunque, accostarsi analogicamente agli stessi.

Infine, nel quarto capitolo, traendosi spunto dall'opera di sistematizzazione di Giustiniano, in cui la tripartizione delle fonti delle obbligazioni venne sostituita da una quadripartizione nella quale, accanto alle obbligazioni da contratto e da delitto, si rinvengono quelle *quasi ex contractu* e quelle *quasi ex delicto*, si opera una rassegna delle singole *obligationes quasi ex contractu* contenute all'interno delle *Iustiniani Institutiones*, in rapporto con quelle previste nelle *Res cottidianae*, e si conclude mediante l'analisi dei relativi passi, dedicati al *quasi contractus*, nella Parafrasi greca alle Istituzioni imperiali di Teofilo.

## CAPITOLO I

### IL QUASI CONTRATTO: LINEAMENTI STORICO-EVOLUTIVI

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. La riflessione dei giuristi di età repubblicana. – 3. La soluzione della giurisprudenza romana di epoca classica. – 4. Il diritto giustiniano. – 5. La nozione di “quasi contratto” nel diritto comune. – 6. La dottrina del Settecento e Ottocento. – 7. La disciplina codicistica del quasi contratto. – 8. Critiche e abbandono della categoria.

#### 1. *Cenni introduttivi*

La dizione «quasi contratto»<sup>1</sup> è stata utilizzata, nell’ambito della storia del diritto privato, quale designazione tecnica di una categoria giuridica impiegata per la risoluzione di una difficoltà rinvenibile nell’esigenza di riconoscere gli effetti generalmente ricollegati all’accordo delle parti (c.d. effetti contrattuali) in quelle circostanze nelle quali tale accordo manca.

Parte della dottrina moderna<sup>2</sup>, anziché di quasi contratto, è solita parlare di *faktische Vertragsverhältnisse* (rapporti contrattuali di fatto),

---

<sup>1</sup> In merito, si rinvia a: A. BUTERA, s.v. *Quasi-contratto (dir. civ.)*, in *Dig. it.*, XIX (1925), pp. 1315 ss.; S. RICCOBONO, s.v. *Quasi contratti (dir. rom. e dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, X (1936), pp. 1025 ss.; ID., s.v. *Quasi-contratto (dir. rom., dir. civ.)*, in *Nuovo Dig. it.*, X (1937-1940), pp. 1025-1027; ID., s.v. *Quasi contratto-quasi delitto (dir. rom., dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV (1957), pp. 633-636; C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, in *Enc. dir.*, XXXVIII (1987), pp. 25-34; P. GALLO, s.v. *Quasi-contratto*, in *Dig. disc. Priv., Sez. civ.*, XXV (1997), pp. 539 ss.; ID., s.v. *Quasi-contratti*, in *Dig. disc. Priv., Sez. civ.*, VI (2011), pp. 154-159.

<sup>2</sup> Vedasi in particolare G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber*, II, Leipzig 1943, pp. 1-37; K. LEHMANN, *Faktische Vertragsverhältnisse*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, I (1958), pp. 1 ss.; C. SYZ,

tralasciando non solo l'unità dogmatica e storica del problema, ma anche il carattere di continuità che le diverse soluzioni hanno rivestito nel corso del tempo<sup>3</sup>.

È noto che la categoria del quasi contratto è stata elaborata dai giuristi romani. La relativa problematica fu sollevata e affrontata a partire dalla giurisprudenza più antica, ma è specialmente attraverso l'analisi del percorso evolutivo effettuato a partire dalla classificazione delle fonti di obbligazione che si comprende la reale importanza assunta da tale categoria nel pensiero giurisprudenziale romano classico.

---

*Faktischen Vertragsverhältnis*, Zürich 1991, pp. 20 ss.; P. LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Entstehung, Rezeption und Niedergang*, Tübingen 1994, pp. 46 ss. Per quanto concerne la dottrina italiana, si rimanda a E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, VIII (1957), p. 368; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano 1965, pp. 6 ss.; G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, XXXI (1977), pp. 151 ss.; V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano 1984, pp. 290 ss.; L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano 1997, pp. 18 ss.; C. ANGELICI, s.v. *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV (2003), pp. 1 ss.

<sup>3</sup> Cfr. C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, in *Enc. dir.*, XXXVIII (1987), p. 25.

## 2. La riflessione dei giuristi di età repubblicana

Il primo modello storico utilizzato, quale modello contrattuale, fu quello della *sponsio (stipulatio)*<sup>4</sup>, prodotto della giurisprudenza pontificale<sup>5</sup>, consistente<sup>6</sup> in una promessa unilaterale di prestazione, in cui il consenso si sostanziava in un dialogo di domanda (del futuro creditore) e risposta pertinente (del futuro debitore): «*Spondes mihi centum dari? Spondeo*».

Non trattandosi di una semplice promessa accettata, ma del consenso alla richiesta di un impegno, il carattere consensuale della fattispecie venne percepito dalla giurisprudenza romana, in epoca classica, con un vigore tale da permettere l'inserimento della *sponsio-stipulatio* nella categoria dei contratti (Gai 3.89<sup>7</sup>).

---

<sup>4</sup> Sulla *sponsio* si veda: P. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *SDHI*, XIX (1953), pp. 38 ss.; B. BIONDI, *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio e delle garanzie personali*, in *BIDR* 65 (1962), pp. 114 ss.; F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961; M. TALAMANCA, *L'origine della sponsio e della stipulatio*, in *LABEO*, IX (1963), pp. 98 ss.; R. CARDILLI, *Archetipi dell'oportere nell'oportere ex sponsione*, in *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, L. Capogrossi Colognesi, M.F. Corsi (a cura di), Napoli 2011, pp. 1-16.

<sup>5</sup> Sull'argomento si rinvia a F. BONA, *Ius pontificium e ius civile nell'esperienza giuridica tardo-repubblicana: un problema aperto*, in *Contractus e factum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del Convegno Internazionale di Copanello, 1-4 giugno 1988*, F. Milazzo (a cura di), Napoli 1990, pp. 209-243; F. CANCELLI, *La unica giurisprudenza dei pontefici e Gneo Flavio. Tra fantasie e favole romane e romanistiche*, Roma 1996; M. MIGLIETTA, *Nozione, formazione e interpretazione del diritto*, in *SHDI*, LXV (1999), pp. 363-415; L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Napoli 2008.

<sup>6</sup> Vedasi C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, in *Enc. dir.*, XXXVIII (1987), pp. 25 ss.

<sup>7</sup> Gai 3.89: *Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.*



Verso la fine del IV secolo a.C., la giurisprudenza laica<sup>8</sup> cercò di superare il formalismo<sup>9</sup> del diritto privato sostanziale e del sistema processuale per *legis actiones*<sup>10</sup>. I giuristi laici propendevano, infatti, per negozi non formali sia poiché non possedevano un'autorità sufficiente per creare nuove forme, sia perché il denaro ed il commercio iniziarono ad avere sempre più importanza nel sistema economico. Tuttavia, l'emancipazione dei debiti di denaro e delle azioni relative, da un necessario presupposto legislativo, trovarono concreta attuazione per mezzo di una legge, la nota *lex Silia*<sup>11</sup>, presumibilmente da ascriversi<sup>12</sup> alla prima metà del III secolo a.C.

L'idea, alla base della riforma operata per effetto della *lex Silia*, può essere descritta in questo modo. Nel diritto delle obbligazioni vigente, una pretesa creditoria poteva essere fatta valere giudizialmente solo con riferimento ad una determinata fattispecie legislativa e, poiché tale esigenza

---

<sup>8</sup> Per un ulteriore approfondimento, vedasi F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968; M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in BIDR, LXXX (1977), pp. 195-344; M. BRETONE, *Cicerone e i giuristi del suo tempo*, in *Ciceroniana. Atti del III Colloquium Tullianum, Roma, ottobre 1976*, Roma 1978, pp. 47-68; F. SINI, *A quibus iura civibus praescribentur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, Torino 1995.

<sup>9</sup> Cfr. G.G. ARCHI, *Dal formalismo negoziale repubblicano al principio giustiniano "cum sit iustum voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere"*, in SDHI, XLVI (1980), pp. 1-30; A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana. Lezioni*, Torino 1994; G.L. ZARRO, *Formalismo e consensualismo: una lettura agli antipodi dell'esperienza romana*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, XXVII (2014), pp. 351-395.

<sup>10</sup> Sul punto si rinvia a: G.I. LUZZATO, *La storia delle «legis actiones»*, in LABEO, VII (1961), pp. 75-89; G. NICOSIA, *Il processo privato romano. I. Le origini*, Torino 1986; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987; L. AMIRANTE, *Il processo delle «legis actiones»*, in LABEO, XXXVI (1990), pp. 116-125.

<sup>11</sup> In riferimento alla *lex Silia*, si opera un rinvio a V. GIUFFRÈ, *Ancora sulla lex Silia*, in AA. VV., *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, IV, Napoli 2001, pp. 227-253; G. NICOSIA, *La «legis actio per conditionem» e la novità dell'intervallo dei trenta giorni*, in ASGP, LIII (2009), pp. 27-70; ID., *Il processo privato romano. III. Nascita ed evoluzione della iurisdictio*, Catania 2012; A.M. PRICHARD, *The origin of the Legis actio per conditionem*, in Synteleia V. *Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, pp. 260-268.

<sup>12</sup> Si veda C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, cit., p. 26.

si concretava nel fatto per cui tutte le azioni *in personam* comportavano che la pretesa creditoria fosse enunciata con riferimento espresso alla fonte dell'obbligazione (*agere causa nominata*), si vollero riconoscere, entro un tale sistema, nuovi tipi di obbligazioni, che non ebbero fondamento legislativo<sup>13</sup>.

In tal senso, il primo passo verso la soluzione della problematica, risultò essere una nuova *actio* (*legis actio per condictioem*), introdotta dalla *lex Silia*, per i crediti di una somma determinata di denaro (*certa pecunia*<sup>14</sup>). Tale azione si presentava astratta, per cui la sua forma esigeva semplicemente dal creditore-attore l'enunciazione del rapporto obbligatorio senza un riferimento espresso alla fonte. Inoltre, la possibilità di agire senza menzionare la *causa* dell'obbligazione, eliminava il maggiore ostacolo alla soluzione del problema proposto, permettendo al creditore-attore di ottenere dal pretore un *iudicium* su di una pretesa creditoria. Tuttavia, una condanna del convenuto non sarebbe potuta essere pronunciata dal giudice, salvo che l'attore non provasse la fondatezza della propria pretesa su di una *causa* ammessa dall'ordinamento e, quindi, su un fatto costituente fonte di obbligazione secondo una legge<sup>15</sup>.

In realtà, essendo la *lex Silia*, una legge processuale, il problema non trovava una soluzione completa ed i giuristi ragionarono come segue. Anzitutto, la nuova azione (*condictio*), introdotta dalla *lex Silia*, venne considerata al pari di una *iudicis postulatio* astratta. Dal punto di vista sostanziale, la *condictio* si presentava quindi come un'*actio ex sponsione*, senza menzione della *sponsio* come *causa*, e, quanto al problema relativo al significato tecnico di un debito da *sponsio*, essi fornirono la seguente

---

<sup>13</sup> IBID., pp. 27 ss.

<sup>14</sup> Vedasi C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, cit., p. 28 e S. RICCOBONO, s.v. *Quasi contratto-quasi delitto (dir. rom., dir. civ.)*, cit., pp. 634 ss.

<sup>15</sup> Cfr. S. RICCOBONO, s.v. *Quasi contratti (dir. rom. e dir. civ.)*, cit., pp. 1025 ss.

spiegazione. Nel momento<sup>16</sup> in cui il *promissor* (A), ha promesso allo *stipulator* (B) una somma di danaro, nel patrimonio del *promissor* (A) una somma di danaro equivalente risulterà destinata allo *stipulator* (B).

Conseguentemente, tale somma di danaro, da individuarsi come valore e non come cosa, non appartiene più al patrimonio del *promissor* (A), in quanto la medesima costituisce una posta passiva del suo bilancio, ma non appartiene ancora allo *stipulator* (B), in quanto la promessa non gli ha attribuito la proprietà di alcuna cosa<sup>17</sup>. Sicché, la ragione per effetto della quale, in forza di una *stipulatio* intervenuta tra lo *stipulator* (B) ed il *promissor* (A) per cento sesterzi, il *promissor* (A) è obbligato a dare cento allo *stipulator* (B) (*centum dare oportet*), risiede nel fatto per cui il *promissor* (A) si trova a detenere una somma di cento sesterzi “altrui” (*aes alienum*), mentre lo *stipulator* (B), che è il destinatario in virtù del quale si è determinata l’“altruità” di tale somma, non ha la possibilità di rivendicare il denaro corrispondente<sup>18</sup>.

Il meccanismo interno di un debito, nascente da *sponsio*, permise dunque ai giuristi di accettare l’esistenza di un debito in cui potesse constatarsi una situazione di *aes alienum*, e, parimenti, di stabilire una regola generale, utilizzabile per determinare l’ambito di applicazione della *condictio* astratta. Se un soggetto A, si trova ad avere, presso di sé, un *aes alienum* con riguardo a B, un’azione di *dare oportere* per la somma corrispondente, a favore di B e contro A, sarà fondata. In tal modo<sup>19</sup>, venne giustificato l’impiego della *condictio* per i casi di mutuo, pagamento dell’indebito e furto, ma occorre precisare che la *condictio*, introdotta dalla *lex Silia*, si riferiva solo

---

<sup>16</sup> Sul punto si veda C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, cit., p. 26.

<sup>17</sup> IBID., pp. 26-27.

<sup>18</sup> Vedasi C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, cit., p. 27.

<sup>19</sup> In merito, si rinvia a: C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, cit., pp. 27 ss.; S. RICCOBONO, s.v. *Quasi contratto-quasi delitto (dir. Rom., dir. Civile)*, cit., pp. 635 ss.

ai debiti di *certa pecunia* ed il suo ambito di applicazione, venne esteso solo dalla *lex Calpurnia*, di qualche decennio successiva<sup>20</sup>, a tutti i debiti di *certa res*<sup>21</sup>.

### 3. La soluzione della giurisprudenza romana di epoca classica

Il metodo impiegato dalla giurisprudenza repubblicana offre una nozione di quasi contratto estremamente chiara<sup>22</sup>. Da un lato, gli effetti di una fattispecie consensuale vengono attribuiti ad altre situazioni, nelle quali il consenso richiesto per la fattispecie originaria (un consenso formale) è assente; dall'altro, il criterio che permette tale attribuzione, ovvero quello dell'*aes alienum*, è individuato puntualmente<sup>23</sup>.

Il sistema adottato in rapporto a tale soluzione fu quindi suscettibile di essere impiegato in altri casi, diventando uno strumento generale della giurisprudenza casistica. Altre fattispecie consensuali, infatti, potevano essere prese quale punto di partenza per riconoscere fonti di obbligazioni in determinati fatti leciti i quali, senza comprendere l'accordo, potessero essere considerati idonei a realizzare quei valori economico-sociali tali da giustificare la protezione della fattispecie consensuale costituente il

---

<sup>20</sup> Per un ulteriore approfondimento, in relazione alla *lex Calpurnia*, si rimanda a: I.M. BETTS-B.A. MARSHALL, *The Lex Calpurnia of 149 B.C.*, in *Antichthon*, XLVII (2013), pp. 39-60; G. LURASCHI, *Sulle leges de civitate (Iulia, Calpurnia, Plautia Papiria)*, in *SDHI*, XLIV (1978), pp. 321-370; J.S. RICHARDSON, *The purpose of the Lex Calpurnia de repetundis*, in *JRS*, LXXVII (1987), pp. 1-12.

<sup>21</sup> Cfr. C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, cit., pp. 29 ss.; S. RICCOBONO, s.v. *Quasi contratto-quasi delitto (dir. Rom., dir. Civile)*, cit., pp. 636 ss.

<sup>22</sup> Si veda C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, cit., p. 27 s.

<sup>23</sup> Cfr. S. RICCOBONO, *I negozi dell'homo liber bona fide serviens col possessore medesimo*, in *Scritti di diritto romano. II. Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10,3,14 (Paul. 3 ad Plautium)*, Palermo 1964, pp. 448-449.

modello. Sicché, condizione, per una corretta utilizzazione di tale metodo, fu che il criterio, il quale consentiva di attribuire alla fattispecie non consensuale gli effetti del suo modello consensuale, fosse sempre determinato<sup>24</sup>.

Un passo del Digesto testimonia come la giurisprudenza classica abbia consapevolmente lavorato in tale direzione, purtroppo l'esegesi medievale<sup>25</sup> non lo ha compreso e la dottrina interpolazionistica<sup>26</sup> lo ha reso inutilizzabile, ma ha trovato la dovuta considerazione nella dottrina del diritto comune<sup>27</sup>, e in particolare presso Johannes Voet<sup>28</sup>. In D. 13.6.13.2 (Pomp. 11 *ad Sab.*) viene riportato:

*Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem. Nam et Celsus filius aiebat, si iussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: idem ergo et in commodato erit dicendum. Nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri: plerumque enim*

---

<sup>24</sup> IVI., pp. 450 ss.

<sup>25</sup> Per un ulteriore approfondimento, si rinvia a: F. PERI MINUTO, *A proposito di uno studio recente sull'esegesi medievale*, in *AEVUM*, XXXIII (1959), pp. 529-538; A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli 1968.

<sup>26</sup> Cfr. O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin 1887; S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna 1903; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Torino 1963; O. BEHREND, *La nuova traduzione tedesca dei «Digesta» e la critica interpolazionistica*, in *INDEX*, XXV (1997), pp. 13-69.

<sup>27</sup> Sul punto, si veda: F. CALASSO, *L'insegnamento del diritto comune*, in *AG*, XXVI (1933), pp. 237-246; A. D'AMIA, *L'eredità giacente. Note di diritto romano, comune e odierno*, Milano 1937; E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova 1937; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1996; B. BRUGI, *Diritto romano classico, diritto giustiniano, diritto romano comune*, in *LABEO*, XLV (1999), pp. 447-452.

<sup>28</sup> Cfr. S. RICCOBONO, s.v. *Quasi contratti (dir. rom. e dir. civ.)*, cit., p. 1025; C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, cit., p. 27 nt. 4.

*id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur.*

Il problema esposto da Pomponio<sup>29</sup>, si riferisce alla situazione del *liber homo bona fide serviens*<sup>30</sup>, ossia di un uomo libero, il quale si reputa schiavo ed è ritenuto tale da un individuo che, per questo motivo, lo possiede. Sicché, se il *dominus* apparente, ha dato alcunché in uso, allo schiavo apparente, oppure, lo ha incaricato di svolgere qualcosa, le parti non hanno concluso alcun comodato né mandato e, tantomeno, un contratto innominato, qualora, un compenso, consistente in una cosa e non in una somma di denaro, fosse stato previsto nel caso dell'incarico.

La falsa convinzione, circa lo *status* di uno dei soggetti dell'affare, impedisce infatti il consenso giuridicamente rilevante delle parti, poiché, essa, esclude la previsione di qualsiasi conseguenza giuridica, nel senso del sorgere di obbligazioni: *non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contra heremus quasi eum obligatum habituri*<sup>31</sup>. Ciò nonostante, le azioni

---

<sup>29</sup> Sulla figura del noto giurista romano, si rimanda fra tutti a: M. BRETONE, *I motivi ideologici dell'Enchiridion di Pomponio*, in *LABEO*, XI (1965), pp. 7-35; V. SCARANO USSANI, *Tra «scientia» e «ars»: il sapere giuridico romano dalla sapienza alla scienza, nei giudizi di Cicerone e di Pomponio*, in *Ostraka*, II (1993), pp. 211-230; E. STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, Napoli 2002; ID., *Studi sui libri ad edictum di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, Milano 2002.

<sup>30</sup> In merito, si vedano: R. REGGI, *Liber homo bona fide serviens*, Milano 1958; F. REDUZZI MEROLA, *Liber homo bona fide serviens: alcune questioni*, in *INDEX*, XXXIX (2011), pp. 222-226.

<sup>31</sup> Cfr. M. TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXIX (1979), pp. 41 ss; C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, cit., p. 28.

contrattuali (*actio commodati*<sup>32</sup>, *actio mandati*<sup>33</sup>, *actio praescriptis verbis*<sup>34</sup>, e, come azioni dirette, non *in factum*<sup>35</sup> o con *formula ficticia*<sup>36</sup>) vengono riconosciute esperibili in tutti i casi proposti. Questo, nella prospettiva tecnica dei

---

<sup>32</sup> F. PASTORI, *Sulla duplicità formulare dell'actio commodati*, in *LABEO*, II (1956), pp. 89-94; M. KASER, *Oportere und ius civile*, in *ZRG*, LXXXIII (1966), pp. 1-46; J. PARICIO, *La pretendida fórmula in ius del comodato en el Edicto pretorio*, in *RIDA*, XXIX (1982), pp. 235-251; A. D'ORS, *Una nuova sfida contro la credibilità d'una «actio commodati in ius»*, in *IURA*, XLIV (1993), pp. 165-166; J. PARICIO, *Formulae commodati*, in AA. VV., *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VI, Napoli 2001, pp. 163-185.

<sup>33</sup> H. KRELLER, *Zum iudicium mandati*, in *Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt*, H. Stoll (a cura di), Tübingen 1931, pp. 118-156; G. DONATUTI, *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano*, I. *L'actio mandati dell'adpromissor*; II. *La volontà del mandante*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano 1976, pp. 261-390; H. HANISCH ESPINDOLA, *Los actos del mandatario ejecutados despues de extinguido el mandato*, in AA. VV., *Estudios de derecho romano en Honor de Alvaro D'Ors*, II, Pamplona 1987, pp. 637-652; A. WATSON, *Mandate and the Boundaries of Roman Contract*, in *BIDR*, XXXIII/XXXIV (1991/1992), pp. 41-48.

<sup>34</sup> R. SANTORO, *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone*, in AA. VV., *Studi in onore di Andrea Arena*, V, Padova 1981, pp. 2399-2420; ID., *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano 1983, pp. 681-717; R. SOTTY, *Condictio incerti, actio ex stipulatu et actio praescriptis verbis*, in AA. VV., *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli 1984, pp. 2477-2490; A. BURDESE, *Ancora in tema di contratti innominati*, in *SDHI*, LII (1986), pp. 442-450; ID., *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati*, in *Estudios in homenaje al Profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)*, Madrid 1988, pp. 127-155; ID., *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994, pp. 63-91; M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis. Ancora una riflessione*, in AA. VV., *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VII, Napoli 2001, pp. 235-278; ID., *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in *SDHI*, LXXII (2006), pp. 229-307.

<sup>35</sup> M. PHILONENKO, *Intentio dans les formules in factum conceptae*, in *Mélanges Fernand De Visser*, II, Bruxelles 1949, pp. 231-247; A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in *ZSS*, LXXVII (1961), pp. 392-402; R. SANTORO, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, cit., pp. 681-717; C.A. CANNATA, *L'«actio in factum civilis»*, in *IURA*, LVII (2008-2009), pp. 9-48.

<sup>36</sup> L. DI LELLA, *Formulae ficticiae. Contributo alla riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli 1984; R. SOTTY, *L'età delle formulae ficticiae*, in *LABEO*, XXXI (1985), pp. 342-347; A. METRO, *Actiones ficticiae*, in *INDEX*, XXIX (2001), pp. 371-376; F. MERCOGLIANO, *Actiones ficticiae. Tipologie e datazione*, Napoli 2001.

giuristi romani, assume il significato di riconoscere in tali fatti la fonte di rapporti contrattuali<sup>37</sup>.

Il criterio, atto a giustificare la soluzione, non viene espresso nel testo; Pomponio discuteva il caso del comodato, attingendone la soluzione, per effetto di un semplice rinvio alla discussione che, Celso<sup>38</sup>, aveva operato riguardo al caso del mandato, ed è, quindi, nei libri di quest'ultimo che la giustificazione andrebbe opinatamente ricercata. È indubbio, che Celso si sia espresso sul punto, poiché egli proponeva una soluzione nuova, contraria ad una decisione di Labeone<sup>39</sup>, il quale, ne aveva enunciato *apertis verbis* la *ratio*. Ma, più che la ricostruzione del criterio in oggetto, il quale si è perduto, è essenziale la giustificazione generale (*nec obstat, quod*) che il giurista Pomponio, plausibilmente con parole di Celso, fornisce circa tale metodo di soluzione casistica<sup>40</sup>.

Infatti, tale proposizione (*nec obstat*) rappresenta la prima descrizione tecnica del fenomeno, consistente, nel sorgere di obbligazioni contrattuali da fatti non propriamente contrattuali. Secondo il giurista di età adrianea, i casi ponderati, in cui l'accordo delle parti non potrebbe essere preso in considerazione quale produttivo di effetti giuridici (*non hac mente contraheremus quasi eum obligatum habituri*), non sarebbero altro che

---

<sup>37</sup> Sul punto vedasi: A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 2001, pp. 968-969.

<sup>38</sup> Cfr. V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979; A. BURDESE, *Su alcune testimonianze celsine*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich 1999, pp. 6 ss.

<sup>39</sup> Per un ulteriore approfondimento, si rinvia a: R. SANTORO, *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone*, cit., pp. 2399-2420; ID., *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983; A. GUARINO, *Il contratto secondo Labeone*, in *LABEO*, XXIX (1983), pp. 327-330; A. BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone (A proposito del volume di Raimondo Santoro)*, in *SDHI*, LI (1985), pp. 458-477; F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, Milano 1988, pp. 40 ss.; C.A. CANNATA, *Diritto giurisprudenziale e diritto codificato*, in *LABEO*, XLV (1999), pp. 240-243.

<sup>40</sup> Vedasi C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, cit., p. 28.



l'espressione particolare di un modo più generale di costituzione delle obbligazioni, non essendo raro che, un rapporto obbligatorio, si generi senza una previa manifestazione di volontà, ed indipendentemente dalla condotta negoziale delle parti (*plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur*). La *solutio indebiti*, menzionata subito dopo, appare quindi addotta quale punto di partenza per tutta la costruzione giuridica in questione<sup>41</sup>. Sicché, il rinvio alla casistica della *condictio*, mediante la menzione del caso più importante (all'epoca di Celso e Pomponio, il mutuo era ormai divenuto un contratto in senso proprio), fa intendere che il giurista era ben consapevole di operare secondo un metodo che era stato inaugurato nell'antica interpretazione della *lex Silia*<sup>42</sup>.

Tuttavia, la portata effettiva della categoria del quasi contratto, nell'ambito della giurisprudenza romana classica, la si può comprendere solo mediante l'analisi del percorso evolutivo compiuto dalla classificazione delle fonti di obbligazione. Anzitutto, la problematica delle fonti di obbligazione non venne affrontata prima di Gaio<sup>43</sup>, il quale, fra l'altro se ne occupò nell'ambito di un'opera, le *Institutiones*, destinata ad un uso didattico e quindi priva di "intenti" dogmatici. Com'è noto, nelle

---

<sup>41</sup> IBID., p. 28.

<sup>42</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991, pp. 271 ss.

<sup>43</sup> Cfr. in tal senso E. BETTI, *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, in *AG*, XCV (1925), pp. 42-54; V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti sul testo di Gaio*, in *RHD*, XXIX (1961), pp. 93-102; F. DUMONT, *Obligatio*, in *Mélanges Philippe Meylan*, I, Lausanne 1963, pp. 79-90; C.A. CANNATA, *Studi sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, in *IURA*, XXI (1970), pp. 52 ss.; ID., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico (I parte)*, in AA. VV., *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, IV, G. Tarello (a cura di), Bologna 1974, pp. 37 ss. [ora in ID., *Scritti scelti di diritto romano*, I, L. Vacca (a cura di), Torino 2011, pp. 265 ss.]; R. MARTINI, *Le summae divisiones in Gaio*, in *Atti del I Seminario Romanistico Gardesano (19-21 maggio 1976)*, Milano 1976, pp. 89-95; G. NICOSIA, *Institutiones. Profili di diritto privato romano delineati con l'ausilio delle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano*, Catania 1992.

*Institutiones*, si distinguono come fonti le due grandi categorie del *contractus* e del *delictum*; in Gai. 3.88 leggiamo:

*Nunc transeamus ad obligationes. Quorum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*

La bipartizione risale probabilmente alla scuola Sabiniana (I sec. a.C. - I sec. d.C.) e sarebbe riconducibile alla nozione, molto ampia, del termine *contractus*, che i Sabiniani, avevano elaborato come comprendente qualsiasi atto lecito produttivo di obbligazioni, rispetto a quella più restrittiva di Labeone, attinente la mera attività negoziale e avente quali referenti principali le *obligationes consensu contractae*<sup>44</sup>.

La nascita di un vincolo, rappresentava, per l'appunto, l'elemento che caratterizzava gli atti leciti attraverso cui era possibile *contrahere obligationem*, e, stando a Gaio, l'esempio principale di atto lecito produttivo di obbligazioni, era costituito dalla *datio rei* del mutuo<sup>45</sup>, ossia dal trasferimento in proprietà di un bene a titolo di prestito, in quanto, data la

---

<sup>44</sup> D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrabantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod graeci sunallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.* Cfr., in merito, anche P. BONFANTE, *Sui contractus e sui pacta*, in *Riv. dir. comm.*, XVIII (1920), pp. 1 ss.; S. RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, I, Milano 1930, pp. 123 ss.; P. VOGLI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946; M. TALAMANCA, s.v. *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV (1989), pp. 67 ss.

<sup>45</sup> Gai. 3.90: *Re contrahitur obligatio uelut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*

presenza della cosa nel patrimonio dell'*accipiens*, per effetto dell'accordo intercorso fra i due soggetti, sorgeva l'obbligazione di *restituere* in capo al mutuatario, detta *obligatio re contracta*<sup>46</sup>.

Peraltro, Gaio, nell'illustrare i differenti casi di *obligationes re contractae*, si ritrova ad inserire, accanto al mutuo, la *solutio indebiti*<sup>47</sup>, in quanto atto caratterizzato anch'esso da una *datio rei* che, analogamente al mutuo, produceva a carico dell'*accipiens* un'obbligazione restitutoria<sup>48</sup>.

Dal passo, emerge altresì chiaramente come, il giurista, stesse facendo riferimento ad un'opinione dei giuristi sabiniani (ad essi andrebbe riferito il *quidam*), non pienamente condivisa dallo stesso Gaio<sup>49</sup>. Non a caso, infatti, all'interno del medesimo passo, viene sottolineato che, mentre nel mutuo sussiste la volontà da parte dei soggetti di *contrahere obligationem*, nella *solutio indebiti: magis distrabere vult negotium quam contrahere*, ossia le parti intendono sciogliere, estinguere anziché costituire il vincolo obbligatorio<sup>50</sup>.

Il nodo problematico, si ritiene quindi essere incentrato sulla differenza della nozione di *contrahere obligatio* rispetto a quella di *contractum*. Non è certo se Gaio abbia subito o meno l'influenza delle suddette opinioni sul contratto, quale atto a sé stante, rispetto alle nozioni più

---

<sup>46</sup> Gai. 3.89: *Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensus.*

<sup>47</sup> Gai. 3.91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condicione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrabere uult negotium quam contrahere.*

<sup>48</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 413 ss.

<sup>49</sup> Vedasi S. SOLAZZI, «*Quidam*» (*Gli innominati delle Istituzioni di Gaio*), in *Scritti di diritto romano V (1947-1956)*, Napoli 1972, p. 418.

<sup>50</sup> Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., pp. 831 ss.

generali di fatti o comportamenti dai quali scaturivano obbligazioni. Quel che è certo, invece, è che il *contractus* stava subendo una repentina evoluzione ad opera della giurisprudenza classica, specie quella che seguirà l'*interpretatio* di impostazione Proculiana, con Labeone ed il suo *negotium*, e di lì a poco con Sesto Pedio<sup>51</sup> e la sua idea che la nozione di *contractus* fosse imprescindibile da quella di *conventio*, ovvero di accordo della volontà delle parti<sup>52</sup>.

Come precedentemente osservato, non è totalmente certo che, Gaio, abbia in qualche modo risentito di tali tendenze interpretative nell'elaborare la propria "teoria delle obbligazioni", per quanto sicuramente affermatesi come predominanti, tuttavia, è certo che, il suo tentativo di classificare la *solutio indebiti* nella categoria del *contractus*, avrebbe inesorabilmente rappresentato un problema. Infatti, anche in base all'impostazione Sabiniana, la volontà, all'interno dell'atto che fa sorgere

---

<sup>51</sup> Per quanto concerne la figura di Sesto Pedio, si rinvia a: G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in *BIDR*, XLV (1938), pp. 292-334; G. GROSSO, *Da Pedio ai Bizantini in D. 2.14.1.3-4*, in *AA. VV.*, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, Milano 1971, pp. 55-61; A. CENDERELLI, *Ricerche su Sesto Pedio*, in *SDHI*, XLIV (1978), pp. 371-428; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Milano 2007, pp. 15-61. Da ultimo, vedasi per le considerazioni ivi formulate: R. ORTU, «*Propter dignitatem hominum*». *Riflessioni su D. 21.1.44 pr. (Paul. 2 ad ed. aed. cur.)*, in *Forum Romanum, Atti del III convegno internazionale sul tema "Diritto romano privato e pubblico: l'esperienza plurisecolare dello sviluppo del diritto europeo" (Jaroslavl-Mosca, 25-30 giugno 2003)*, Mosca 2003, pp. 79 ss.; EAD., «*Propter dignitatem hominum*». *Nuove riflessioni su D. 21.1.44 pr. (Paul. 2 ad ed. aed. cur.)*, in *AA. VV.*, *Tra storia e diritto, Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalle Università di Siena e di Sassari*, II, Soveria Mannelli 2008, pp. 439 ss.

<sup>52</sup> D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 ad ed.): *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

L'*obligatio*, rappresenta un presupposto imprescindibile, pur senza rivestire la forma dell'accordo, e non a caso Gaio, quando elabora la bipartizione delle fonti, lo fa impiegando, quale fattore discriminante, la volontà di obbligarsi, che risulta essere presente nelle *obligationes ex contractu*, ma non in quelle *contractae ex delicto*. In questo quadro, finisce per apparire chiaro come, la *solutio indebiti*, pur rappresentando indubbiamente una fonte di obbligazione, non è coerentemente riconducibile né alla categoria del contratto, così come è stata elaborata da Labeone e Sesto Pedio, né è collocabile nel genere delle *obligationes re contractae* di stampo Sabiniano<sup>53</sup>.

Lo spiega il medesimo giurista, nel momento in cui sottolinea che le parti, nella *solutio indebiti*, non intendono contrarre un vincolo, ma estinguerlo (Gai. 3.91). Tutto ciò, esclude quindi la *solutio indebiti*, anche dall'inserimento nella categoria delle *obligationes re contractae*, in cui le parti intendono, mediante la *datio* di una *res*, far sorgere una *obligatio* a carico di colui che la *res* riceve, e dove, la volontà dei soggetti, risulta indirizzata verso la creazione di un rapporto obbligatorio, mentre, al contrario, la *solutio* costituisce un atto di estinzione di tale tipo di vincolo<sup>54</sup>.

Si restringeva, in tal modo, la nozione di *contractus* all'atto basato sulla *conventio*, ma, contemporaneamente, si ampliava la nozione di fonte di obbligazioni diverse dal delitto, poiché, la bipartizione e l'ulteriore sotto classificazione dei quattro modi del *contrahere obligationem* di Gaio, non esaurivano tutti gli atti o i fatti che determinavano la nascita di un'obbligazione<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 524 ss.

<sup>54</sup> Vedasi S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., pp. 60 ss.

<sup>55</sup> Cfr. C.A. CANNATA, *Studi sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, cit., pp. 52 ss.; F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in *BIDR*, XXVI, 1973, pp. 171 ss.

Ciò, dovrebbe aver indotto, lo stesso giurista, a mutare la propria impostazione all'interno dell'opera *Libri rerum cottidianarum sive aureorum*<sup>56</sup>, mediante la sostituzione della bipartizione delle fonti di obbligazione *ex contractu* ed *ex delicto*, con una tripartizione, nella quale spicca come “novità” la categoria delle *variae causarum figurae*, D. 44.7.1 pr. (Gai. 2 *aur.*): *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*<sup>57</sup>.

In tale categoria, il fattore comune non è rappresentato da un elemento sostanziale, ma dal fatto di produrre obbligazioni secondo un proprio fondamento giuridico<sup>58</sup> (*proprium quodam ius*), il quale denota la consapevolezza di un'eterogeneità del meccanismo atto a determinare la produzione dell'obbligazione<sup>59</sup>. Scorrendo il titolo VII, infatti, ci si imbatte in atti dai quali sorge un'obbligazione tutelata mediante azioni civili (la *negotiorum gestio*, l'amministrazione tutelare, l'*indebiti solutio*, il *legatum per damnationem*, il *legato sinendi modo*) e, proprio nel passo sull'amministrazione tutelare, Gaio sembra spiegare il mutamento di impostazione rispetto alle Istituzioni:

---

<sup>56</sup> Sul punto, si rinvia a V. ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle res cottidianae. Studio di giurisprudenza postclassica*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, I, Milano 1930, pp. 493-521; J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las «res cottidianae»*, Madrid 1996; R. MARTINI, *Gaio e le «Res cottidianae»*, in *ASGP*, LV (2012), pp. 171-188.

<sup>57</sup> Cfr. C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico*, cit., pp. 284 ss.; R. MARTINI, *Le summae divisiones in Gaio*, cit., pp. 89-95; G. NICOSIA, *Institutiones. Profili di diritto privato romano delineati con l'ausilio delle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano*, cit., pp. 100 ss.

<sup>58</sup> Cfr. in tal senso A. RAMM, *Der Quasikontrakt nach der Quellen und sein Werth für Wissenschaft und Gesetzgebung*, Leipzig 1882, pp. 18 ss.

<sup>59</sup> Vedasi B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Napoli 2013, p. 9.

D. 44.7.5.1 (Gai. 3 *aur.*): *Tutela quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore, sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditori eius obligaverit.*

Non si tratta, propriamente, di obbligazioni nascenti da contratto, poiché è assente un negozio fra le parti ed è chiara, in tal senso, l'affermazione *quasi ex contractu teneri videntur*, in quanto una o entrambe le parti, sono tenute all'adempimento di un'obbligazione, allo stesso modo in cui lo sono quelle che risultano vincolate da un contratto. Il significato, da attribuirsi al *quasi*, è quindi deducibile dall'uso del verbo *teneri*, poiché, si assimila, al contratto o al delitto, un atto in base all'azione che ne nasce<sup>60</sup>.

È opinione del Betti<sup>61</sup>, che, dal passo, emergerebbe l'elaborazione di due nuove categorie sistematiche, quella del *quasi ex contractu* e quella del *quasi ex delicto*; categorie aventi non solo un valore tecnico costruttivo, ma che servivano anche ad equiparare certi atti o fatti dal punto di vista «processuale della responsabilità che ne conseguiva (*actio teneri*)». Ciò, parrebbe confermato pure in D. 44.7.5.3 (Gai. 3 *aur.*), dove, nel trattare della *solutio indebiti*, Gaio, ribadendo quanto asserito in Gai. 3.91, illustra che *quasi mutui datione et eadem actione tenentur*, poi evidenzia come ad assimilare le due figure fosse l'*actio* che le tutela, e specifica altresì che *non potest intellegi is...ex contractu obligatus esse*, ovvero che non è possibile considerare l'*accipiens* obbligato da contratto poiché *magis distrabendae*

---

<sup>60</sup> Sul punto, si rinvia a quanto riferito da G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963, pp. 18-20.

<sup>61</sup> In merito, si veda E. BETTI, *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, cit., p. 23.

*obligationis animo quam contrahendae dare videtur*, in quanto, nell'indebito, il vincolo lo si intende sciogliere e non contrarre, proprio come venne riferito all'interno delle *Institutiones*<sup>62</sup>.

D'altra parte, la concessione di un'azione personale, in dipendenza di un fatto volontario e lecito, quale era la *solutio indebiti*, giustifica pienamente l'idea che la *condictio indebiti* tutelasse una fattispecie simile al contratto; ma, tale considerazione, sorge in funzione della concessione dell'azione personale e non sulla base di valutazioni inerenti gli elementi dell'atto solutorio in rapporto ad un contratto<sup>63</sup>.

#### 4. Il diritto giustiniano

Le fattispecie, in cui un fatto lecito non contrattuale genera obbligazioni contrattuali, vennero inquadrare come quasi contratti all'interno della classificazione delle fonti delle obbligazioni propria del *Corpus iuris*<sup>64</sup>, traendo spunto dal noto frammento dei *Libri rerum cottidianarum sive aureorum* (D. 44.7.5 pr.-3, Gai. 3 *aur.*<sup>65</sup>), nel quale Gaio

---

<sup>62</sup> Cfr. E. BETTI, *Sul significato di «contrahere» in Gaio e sulla non classicità della denominazione quasi ex contractu obligatio*, in *BIDR*, XXV, 1912, pp. 65 ss.; ID., *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere» in giuristi proculiani e sabiniani*, in *BIDR*, XXVIII (1915), pp. 51 ss.

<sup>63</sup> Vedasi B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., p. 11.

<sup>64</sup> Cfr. G. SEGRÉ, *Corso di diritto romano. Concetto e genesi della obbligazione. Obbligazioni solidali e indivisibili*, Torino 1929; E. GUERRERA, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Riv. it. scienze giur.*, VI (1931), pp. 281-294; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte generale*, Milano 1947; F. PASTORI, *Concetto e struttura delle obbligazioni nel diritto romano*, Milano 1982; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp. 609 ss.

<sup>65</sup> D. 44.7.5 pr. (Gai. 3 *aur.*): *Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandato, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandato, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequae invicem*



enumerava quattro fattispecie dalle quali sorgevano azioni *in personam* ‘*rei persecutoriae*’ senza un precedente contratto, e ciò, in quanto le parti *quasi ex contractu teneri videntur*<sup>66</sup>.

Gli autori delle *Institutiones* imperiali utilizzarono tale nozione di *obligationes quae quasi ex contractu nascuntur*, per farne un genere della più importante *divisio obligationum* (I. 3.13.2), che presentava, come criterio classificatorio, quello della natura della fonte dell’obbligazione<sup>67</sup>. In tale contesto quindi, l’espressione *obligationes quae quasi ex contractu nascuntur*, assumeva un senso parzialmente nuovo, rispetto a quello da essa rivestito nelle *Res cottidianae* (D. 44.7.5 pr.-3, Gai. 3 *aur.*) poiché, se, presso Gaio, indicava i rapporti obbligatori, che nascono, con i caratteri, che essi

---

*experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficiū est sine mandatu suscipere negotiorum administrationem: longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest: sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari. ideo autem id ita receptum est, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt: quorum negotia desperare iniquum erat, quae sane desperirent, si vel is, qui obtulisset se negotiis gerendis, nullam habiturus esset actionem de eo, quod utiliter de suo impendisset, vel is, cuius gesta essent, adversus eum, qui invasisset negotia eius, nullo iure agere posset; D. 44.7.5.1 (Gai. 3 *aur.*): Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore, sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditori eius obligaverit; D. 44.7.5.2 (Gai. 3 *aur.*): Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur: nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intellegitur: maleficiū autem nullum in ea re esse plus quam manifestum est; D. 44.7.5.3 (Gai. 3 *aur.*): Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur.*

<sup>66</sup> Sul punto, vedasi C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, cit., p. 28 s.

<sup>67</sup> Per un ulteriore approfondimento, si rinvia a C.A. CANNATA, *Studi sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, cit., pp. 52 ss; ID., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico*, cit., pp. 37 ss.

avrebbero, qualora fossero stati prodotti da un contratto, nelle Istituzioni, essa significa, precisamente, rapporti obbligatori nascenti da qualcosa di analogo ad un contratto<sup>68</sup>. Tale indefinito “qualcosa”, ovvero questa fonte non contrattuale di obbligazioni contrattuali, non possiede, all’interno del *Corpus iuris*, una denominazione propria, ma viene indicata, a partire dal primo parafraste delle *Institutiones*, come *quasi contracton*, e poi, come *quasi contractus* in tutta la tradizione occidentale<sup>69</sup>.

Il nuovo *genus*, si adattava a tutte le figure nelle quali un fatto, non consistente in un accordo, produceva effetti analoghi a quelli di un contratto. Già nei *Libri aureorum* (D. 44.7.5), si trovavano, accanto alla *solutio indebiti* (D. 44.7.5.3, Gai. 3 *aur.*), la *negotiorum gestio* (D. 44.7.5 pr., Gai. 3 *aur.*), i rapporti fra tutore e pupillo, protetti dall’*actio tutelae* (D. 44.7.5.1, Gai. 3 *aur.*), ed il *legatum per damnationem* (D. 44.7.5.2, Gai. 3 *aur.*); i compilatori delle *Institutiones*, vi aggiunsero la *communio incidens* (I. 3.37.3-4). Figure giuridiche, costruite al di fuori di modelli contrattuali, e come figure tipiche, espressamente nominate in leggi o nell’editto del pretore<sup>70</sup>.

L’opera di sistematizzazione di Giustiniano e della sua compilazione ha quindi fatto in modo che, la classificazione, caratterizzata dalle categorie delle obbligazioni *quasi ex contractu* e *quasi ex delicto*, abbia acquisito un carattere ufficiale:

I. 3.13.2. *Sequens divisio in quattuor species diducitur. Aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio.*

---

<sup>68</sup> Cfr. R. MARTINI, *Le summae divisiones in Gaio*, cit., pp. 89-95; G. NICOSIA, *Institutiones. Profili di diritto privato romano delineati con l’ausilio delle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano*, cit., pp. 100 ss.

<sup>69</sup> Vedasi C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dottrinario e pratico*, cit., pp. 289 ss.

<sup>70</sup> Cfr. S. RICCOBONO, s.v. *Quasi contratti (dir. rom. e dir. civ.)*, cit., pp. 1026 ss.

In questa sistematica delle fonti, non è pacifico se si sia verificato un cambio di prospettiva, da una rimediale ad una sostanziale; non trascurabile è il dato che, come fattispecie, vi si riconducevano le medesime figure, fra cui la *solutio indebiti* e la *negotiorum gestio*, tutelate mediante *actiones civiles*, ma anche la *communio incidens* e la comunione ereditaria, che non presentano i tratti del rapporto obbligatorio di fatto.

Per il Betti<sup>71</sup>, l'utilizzo del termine *quasi*, non più nel senso del “come se” ma nel senso di “simile a”, avrebbe acquisito, presso i bizantini, una funzione distintiva/analogica, delimitatrice, dal punto di vista materiale, della struttura della fattispecie.

Secondo il Burdese<sup>72</sup>: «i Bizantini sfruttarono quest'uso terminologico classico per ricavarne un criterio generale di classificazione delle fonti di obbligazione, dando al “quasi” il valore, anziché di assimilazione sul piano processuale, di assimilazione, ma al contempo anche di differenziazione, sul piano sostanziale».

Anche il Grosso<sup>73</sup> parla di un'approssimazione di concetti laddove si verifica un passaggio da un'azione che: «è come se sorgesse da contratto ad un'obbligazione che per fonte è vicina a quella del contratto».

Se questo, abbia significato un'elaborazione concettuale compiuta del quasi contratto, tale da determinare un netto mutamento di prospettiva, da quella rimediale a quella sostanziale, è un dato che non si

---

<sup>71</sup> Cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni in diritto romano*, I, F. Pastori (a cura di), Milano 1947, p. 187; ID., *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, cit., pp. 42-54.

<sup>72</sup> In merito a tale riflessione, si veda: A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1987, p. 417.

<sup>73</sup> Per le considerazioni formulate, si rimanda a G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 23.

può affermare con assoluta certezza<sup>74</sup>. D'altra parte, quel che rileva, è che lo spunto a rivedere la classificazione originaria delle fonti di obbligazioni, *ex contractu* ed *ex delicto*, generato dalla fattispecie del *re obligari*, per dar vita al concetto di *quasi ex contractu actione teneri*, sembrerebbe essere dato da una valutazione analogica dello strumento processuale<sup>75</sup>.

##### 5. La nozione di “quasi contratto” nel diritto comune

Il significato del quasi contratto, alla stregua di quella che era la concezione primigenia della giurisprudenza romana, non venne individuato tanto dalla scienza del diritto comune quanto da quella moderna<sup>76</sup> e, in questa disamina sulla sua evoluzione storico-concettuale, una prima difficoltà è rinvenibile nella carenza di riferimenti non solo testuali, ma anche concettuali, del periodo immediatamente seguente alla divulgazione della compilazione giustiniana<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Cfr. S. RICCOBONO, s.v. *Quasi contratto - quasi delitto (dir. Rom., dir. Civile)*, cit., pp. 633-636.

<sup>75</sup> Vedasi B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., p. 14.

<sup>76</sup> La scienza giuridica medievale, così come la dottrina successiva, si è confrontata, per lungo tempo, unicamente con le due classificazioni delle fonti delle obbligazioni presenti all'interno del *Corpus iuris civilis*, non potendo disporre delle *Institutiones* di Gaio che vennero ritrovate solo nel 1816 presso la Biblioteca Capitolare di Verona da Barthold Georg Niebur. Cfr. sul punto T. WALLINGA, *La recepción de los cuasicontratos*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, XXXI-XXXII (2018-2019), p. 456.

<sup>77</sup> Vedasi, in tal senso, B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., pp. 14 ss. e, per un ulteriore approfondimento circa la tematica relativa alle fonti di obbligazione nell'ambito del diritto comune, E. CONTE, *La classification des sources des obligations dans la doctrine antérieure à Domat*, in *L'enrichissement sans cause. La classification des sources des obligations*, Poitiers 2007, pp. 109 ss.

Le fonti giuridiche dell'Alto Medioevo, riferibili al quasi contratto<sup>78</sup>, si collocano per lo più intorno al XII secolo d.C. e l'indagine storica ci presenta dei frammenti, provenienti rispettivamente dalla *Summa Trecensis*<sup>79</sup> e dall'*Epitome exactis regibus*<sup>80</sup>, nei quali non è dato riscontrare una nitida determinazione del contenuto sostanziale del quasi contratto.

In particolare, nella *Summa Trecensis*<sup>81</sup> è operato un semplice riferimento all'essere tenuti come per un patto, sia qualora il patto non fosse stato stipulato che nell'ipotesi in cui lo stesso venga meno, ovvero si tratti di una gestione negoziale priva di accordo.

Nell'*Epitome exactis regibus*<sup>82</sup>, invece, si rimanda ad un'obbligazione la cui fonte è un *quid* avente caratteristiche maggiormente affini ai patti anziché ai delitti, e da ciò si ricava quindi come, l'elemento posto in evidenza, fosse essenzialmente la somiglianza con i *pacta*, da considerarsi quali *conventiones*, in rapporto, da un lato, alla portata vincolante del “*te teneri ac si pactum intervenisset*” e, dall'altro, per effettuare una distinzione rispetto ai *maleficia*<sup>83</sup> (illeciti).

---

<sup>78</sup> Per un ulteriore approfondimento si rinvia a T. WALLINGA, *La recepción de los cuasicontratos*, cit., pp. 457 ss.

<sup>79</sup> Si tratta della *Summa* al Codice di Giustiniano, scoperta da Heinrich Hermann Fitting (1831-1918) a Troyes ed erroneamente attribuita per secoli ad Irnerio. Sul punto vedasi E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma 2000, pp. 251 ss.

<sup>80</sup> Opera a carattere prettamente didattico di origine francese ed ascrivibile alla fine del XII secolo. Per un ulteriore approfondimento si rinvia a L. LOSCHIAVO, *Summa codicis Beriolinensis. Studio ed edizione di una composizione “a mosaico”*, Frankfurt am Main 1996, pp. 63 ss.

<sup>81</sup> *Summa Trecensis* 4.10.83: *item pacto seu conventione cessante agis interdum aliquid in re mea, pro quo facto equum est ita te teneri ac si pactum intervenisset, veluti si tutelam vel curam meam amministrasti, vel me absente negotia gessisti.*

<sup>82</sup> *Epitome exactis regibus* 9.18.10: *nasci dicuntur ex contractu quae nascuntur ex pacto, ex quasi contractu quae neque ex pacto neque ex maleficio, sed tamen maiorem cum pactis habent affinitatem quam cum maleficiis.*

<sup>83</sup> Si veda, a tal riguardo, B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., p. 15, secondo la quale sarebbe altresì

Per quanto concerne le glosse, nonché i commentari alla compilazione giustiniana, è opportuno constatare, come ebbe modo di fare anche il Cannata<sup>84</sup>, che l'intento dei giuristi medievali fosse la riorganizzazione delle fonti delle obbligazioni situate all'interno della compilazione ed, in merito, rileva come il problema fosse essenzialmente rappresentato dall'esigenza di armonizzare la quadripartizione presente nelle Istituzioni giustiniane con la tripartizione di cui ai *Libri rerum cottidianarum sive aureorum*, riportata nel Digesto.

L'esigenza principale<sup>85</sup>, che vide costantemente impegnata la scienza del diritto comune, fu dunque quella del *pactum*<sup>86</sup>, con particolare riguardo ai c.d. *vestimenta* ed alla rilevanza del nudo patto, mentre, relativamente alle obbligazioni quasi contrattuali, non si rinviene altro se non ricognizioni di tipo elencativo<sup>87</sup>.

A partire dalla Glossa Accursiana alle Istituzioni, emerge<sup>88</sup> che i quasi contratti rappresentavano un genere di fonte di obbligazione simile ai contratti, allo stesso modo col quale i quasi delitti lo erano ai delitti, e questo comportava, in base alla sovrapposizione fra i frammenti delle *Res cottidianae* e del testo delle Istituzioni giustiniane, la sussistenza di un

---

evidente come la configurazione del quasi contratto stia subendo l'influenza dell'analogia sostanziale col contratto.

<sup>84</sup> Cfr. C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dottrinario e pratico*, cit., pp. 292 ss.

<sup>85</sup> In tal senso depone P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato. III. Le obbligazioni*, Milano 1948, pp. 10 ss.

<sup>86</sup> Cfr. R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Milano 2001, pp. 25 ss.

<sup>87</sup> Vedasi B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., p. 16.

<sup>88</sup> *IBID.*, p.16.

quinto *genus*<sup>89</sup>, costituito dalle *variae causarum figuris*, cui ricondurre quelle fonti strutturalmente non affini ai contratti ed ai delitti<sup>90</sup>.

Dopodiché all'interno del proprio Commento al Digesto<sup>91</sup>, Bartolo da Sassoferrato<sup>92</sup> (1313-1357) riferisce<sup>93</sup> come sia i quasi contratti che i quasi delitti fossero, in realtà, le *variae causarum figurae*<sup>94</sup>, senza tuttavia precisare quelli che erano gli aspetti inerenti la loro conformazione<sup>95</sup>.

Il richiamo al quasi contratto risulta essere invece meglio delineato nell'ambito delle correnti dottrinali di matrice umanistica ed a seguire giusnaturalistica, con particolare riferimento alla giurisprudenza elegante olandese, ascrivibile al XVI-XVII secolo, ed al giusnaturalismo di Hugo Grotius<sup>96</sup> (1583-1645), nonché ai filoni del razionalismo e del concettualismo francese di matrice romanistica, di cui cogniti

---

<sup>89</sup> Cfr. T. WALLINGA, *La recepción de los cuasicontratos*, cit., p. 461.

<sup>90</sup> Gl. *sequens ad I. 3.13.2*: "...et subaudi, aut ex variis figuris causarum ut D. 44.7.1 pr."

<sup>91</sup> BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Digesti novi partem ad D. 44.7.1 pr.*, Venetii 1476: «*Ponitur de obligatione ex quasi contractu vel quasi maleficio: et sic videtur de mente iuriconsulti quod istae sint ex variis figuris causarum*».

<sup>92</sup> Per un ulteriore approfondimento sulla vita e sul pensiero del discepolo a Perugia di Cino da Pistoia, si rimanda a C. BERNABEI, *Bartolo da Sassoferrato e la scienza delle leggi*, Torino 1881.

<sup>93</sup> Si veda B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., p. 17.

<sup>94</sup> Cfr. T. WALLINGA, *La recepción de los cuasicontratos*, cit., p. 464.

<sup>95</sup> Circa la metodologia impiegata dai giuristi del *ius commune* relativamente alla classificazione delle fonti di obbligazione si rinvia, fra tutti, a C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico*, cit., pp. 292 ss. ed E. CONTE, *La classification des sources des obligations dans la doctrine antérieure à Domat*, cit., pp. 109 ss.

<sup>96</sup> Cfr. T. WALLINGA, *La recepción de los cuasicontratos*, cit., pp. 468-470. Peraltro, in ambito giusnaturalistico, era presente anche il concetto di *lex*, quale fonte di obbligazione avente il medesimo valore sia dell'accordo (*pactio*) che del dovere morale (*maleficium*). A tal riguardo, Grozio asseriva come, in determinati casi, fosse la legge a ricondurre all'attività del soggetto il sorgere di una qualsiasi obbligazione sia da quasi contratto che da quasi delitto. Sul punto vedasi H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres. In quibus jus Naturae, Gentium, item juris publici praecipue explicantur*, II, Amsterdami 1632, I§2, p. 70.

componenti<sup>97</sup> risultano essere Jean Domat (1625-1696) e Robert Joseph Pothier<sup>98</sup> (1699-1772).

Nello specifico, una concezione più matura la si rinviene presso la Scuola dei Culti<sup>99</sup>, con l'opera interpretativa di Jacques Cujas<sup>100</sup> (1522-1590) e Hugo Donellus<sup>101</sup> (1527-1591), che definisce<sup>102</sup> il quasi contratto come fatto lecito (*factum non turpe*) dal quale traggono origine obbligazioni senza che vi sia un consenso (*sine consensu obligatur*).

Il punto di vista impiegato del Donello venne poi adottato, nell'ambito dell'*Usus modernus Pandectarum*<sup>103</sup>, da Arnold Vinnien<sup>104</sup> (1588-1657), il quale all'interno delle proprie Istituzioni riporta come

---

<sup>97</sup> Cfr. C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, Torino 1989, pp. 200 ss.

<sup>98</sup> In merito, si rinvia a H.J. KÖNIG, *Pothier und das römische Recht*, Frankfurt am Main 1976, pp. 42 ss.

<sup>99</sup> Cfr. a tal riguardo B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., pp. 17-19.

<sup>100</sup> Vedasi J. CUJACIUS, *Notae in Librum III, Inst. Justiniani*, in *Opera omnia*, Neapoli 1722, I, col. 221.

<sup>101</sup> Cfr. A. SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla obligatio ex lege*, in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*, XXXV (2014), p. 24.

<sup>102</sup> Vedasi H. DONELLUS, *Opera Omnia. Commentariorum de iure civili Tomus Quartus*, Maceratae 1830, lib. XV, cap. XIV, p. 123: «*Quasi contractus est factum omne non turpe, quo aut is qui fecit alteri, aut alteri ei, aut uterque alteri sine consensu obligatur*».

<sup>103</sup> Si veda B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., p. 17.

<sup>104</sup> Per un ulteriore approfondimento sulla figura del celebre esponente della scuola giuridica olandese e docente di Pandette presso l'Universiteit Leiden dal 1633 al 1657 si rimanda, fra tutti, a R. FEENSTRA-C.J.D. WALL, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law: a study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam-Oxford 1975, pp. 27 ss.; M. AHSMANN, s.v. *Vinnius, Arnoldus (1588-1657)*, in *Deutsche und europäische Juristen*, G. Kleinheyer, J. Schröder (a cura di), Heidelberg 1996, pp. 516-517.



l'obbligazione sorge dal quasi contratto in quanto fatto non illecito, privo di accordo<sup>105</sup>.

A seguire, anche Johannes Voet<sup>106</sup> (1647-1713), introducendo il concetto di *praesumptae conventiones*, illustra come i quasi contratti fossero accordi presunti dai quali scaturisce *mediante facto* un'obbligazione valida<sup>107</sup>.

Infine, Johann Gottlieb Heinecke (1681-1741), negli *Elementa*<sup>108</sup> afferma che il fondamento del quasi contratto non risiede in un consenso “tacito”, ma presunto (*praesumptus*), per effetto dell'equità o dell'utilità comune (*vel ex aequitate vel ex utilitate communi*).

Il lavoro condotto dalla scienza del diritto comune si esaurisce in tali annotazioni e da ciò risulta evidente come le chiavi di lettura, adoperate per l'analisi delle fonti romane, vertano fundamentalmente sul rapporto analogico nonché distintivo, di carattere sostanziale, con la categoria del contratto. Questo rappresenta un ostacolo di tipo non solo interpretativo ma anche applicativo, in quanto limitandosi a sottolineare la liceità del fatto, seguita dall'assenza di un accordo, non viene individuata né la struttura di fonte di obbligazione, né il fondamento da cui deriva l'efficacia obbligatoria del quasi contratto<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> A. VINNIUS, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, II, Venetiis 1804, lib. III, tit. XXVIII, p. 180: «*quasi ex contractu obligationem nasci, cum citra conventionem nascitur ex facto non turpè*».

<sup>106</sup> J.W. WESSELS, *History of the Roman-Dutch Law*, Clark 2005, pp. 320-330.

<sup>107</sup> J. VOET, *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta, in quibus praeter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus etiam hodiernum, & praecipuae Fori Quaestiones excutiuntur*, VI, Bassani 1804, lib. XLIV, tit. VII, n. 5, p. 137: «*quasi contractus sunt praesumptae conventiones, ex quibus mediante facto valida nascitur obligatio*».

<sup>108</sup> J.G. HEINECCIUS, *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*, II, Neapoli 1771, p. 423.

<sup>109</sup> Cfr. B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., p. 19.

## 6. La dottrina del Settecento e Ottocento

Nel diritto civile francese, il giurista Robert Joseph Pothier<sup>110</sup> (1699-1772), fautore della concezione per cui il diritto romano costituisce un fervido contenitore di categorie giuridiche capaci di esprimere nel miglior modo possibile quelli che sono i principi del diritto secondo natura<sup>111</sup>, fu colui che, attraverso il *Traité des obligations* (1761), influenzò la disciplina normativa delle obbligazioni presente lungo le disposizioni del *Code civil des français* (1804), comportando il conseguente accoglimento della quadripartizione delle fonti dalla compilazione giustiniana.

Precedentemente al Pothier, Jean Domat<sup>112</sup> (1625-1696), il quale diede vita al movimento del razionalismo giuridico, fu sostenitore di un orientamento il cui fine era sostanzialmente rinvenibile nell'intento di una ricomposizione del diritto vigente secondo un ordine razionale che fosse capace di identificarsi con quei dettami propri del diritto naturale<sup>113</sup>.

In particolare, per quanto concerne la disciplina delle fonti delle obbligazioni, Domat<sup>114</sup> non accolse la categoria formale del quasi contratto poiché credette che non tutte le obbligazioni derivassero dal reciproco consenso di due o più soggetti, e ciò sulla base del fatto per cui talune sarebbero sorte per effetto della sola volontà di uno di essi, ossia di colui

---

<sup>110</sup> In riferimento alla vita, alle opere e al lavoro condotto dal noto giurista e cattedratico francese si rinvia, fra tutti, a A.F.M. FRÉMONT, *Recherches historiques et biographiques sur Pothier: publiées à l'occasion de l'érection de sa statue*, Orléans 1859, pp. 7 ss.

<sup>111</sup> Si veda in merito B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., p. 19.

<sup>112</sup> Per un ulteriore approfondimento si rimanda a H. LOUBERS, *Jean Domat: philosophe et magistrat*, Paris 1873.

<sup>113</sup> Cfr. T. WALLINGA, *La recepción de los cuasicontratos*, cit., pp. 470-472.

<sup>114</sup> Vedasi J. DOMAT, *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, II, trad. it. G.A. Zuliani (a cura di), Venezia 1793, p. 4.

il quale risulti essere vincolato dall'obbligo, mentre le altre deriverebbero da fatti accidentali o da un puro effetto dell'ordine sociale<sup>115</sup>.

Pothier, invece, accolse e fece propria la distinzione fra contratto e quasi contratto, individuando, inoltre, un collegamento tra la categoria del contratto e quella determinata serie di atti i quali, pur non integrando la fattispecie contrattuale, si dimostravano analogicamente avvicinati agli stessi<sup>116</sup>.

Nello specifico, Pothier<sup>117</sup> riteneva che, i quasi contratti, producessero obbligazioni allo stesso modo dei contratti, pur non essendo tali, e che gli stessi fossero atti leciti volontari capaci di generare obbligazioni, senza consenso alcuno, per effetto della legge o dell'equità naturale che, conseguentemente, attribuiva efficacia obbligatoria al relativo fatto/atto dal quale fossero sorti.

Altresì, dalla classificazione e dalla relativa opera di sistematizzazione impiegata dal giurista francese, nella quale, per effetto di un raffronto tra alcune fonti romane<sup>118</sup> la gestione d'affari era considerata un quasi mandato (*quasi mandat*<sup>119</sup>) ed il pagamento dell'indebito era

---

<sup>115</sup> Cfr. J.M. AUGUSTIN, *Les classifications des sources des obligations de Domat au Code civil*, in *L'enrichissement sans cause. La classification des sources des obligations*, Poitiers 2007, pp. 118 ss.

<sup>116</sup> Vedasi in merito B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., p. 20.

<sup>117</sup> R.J. POTHIER, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, I, Paris-Orléans 1764, n. 113 ss., pp. 135-137.

<sup>118</sup> Trattasi, in particolare, del confronto operato tra D. 3.5.5 pr. (Ulp. 10 *ad ed.*) ed I. 3.27.1, per quanto concerne la *negotiorum gestio*, e del raffronto fra D. 44.7.5.3 (Gai. 3 *aur.*) ed I. 3.27.6, per quanto riguarda la *solutio indebiti*.

<sup>119</sup> Vedasi R.J. POTHIER, *Du quasi-contrat negotiorum gestorum*, *Appendice au Traité du contrat de mandat*, in *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, par Dupin, IV, Paris 1824, n. 176, p. 300.

ritenuto un quasi mutuo (*quasi prêt*<sup>120</sup>), emerge, non solo che l'analogia fra contratto e quasi contratto risiedesse nella struttura di atto lecito volontario, come esortato dal Donello<sup>121</sup>, ma anche come fosse il diritto stesso a produrre l'obbligazione. Sicché, mentre nei contratti, in cui l'elemento fondamentale è rappresentato dall'accordo, il diritto rappresenta la causa mediata (*cause médiate*) di ogni obbligazione, allo stesso modo col quale lo è nei delitti e nei quasi delitti, in cui è l'obbligo morale nonché legale al risarcimento a costituire l'elemento principale, nei quasi contratti il diritto, sotto forma di legge o di equità naturale, è la causa immediata (*cause immédiate*) dell'obbligazione in quanto non sussiste né l'accordo fra le parti né l'obbligo morale, ma semplicemente un'attività volontaria del soggetto cui il diritto riconosce la produzione di determinati effetti giuridici<sup>122</sup>.

Tale impostazione, verrà successivamente ripresa non solo lungo le disposizioni del Codice civile francese del 1804, di cui all'art. 1370, ma anche in quelle del Codice civile italiano datato 1865, all'art. 1097, consentendo in tal modo, per il tramite dell'attività normativa e

---

<sup>120</sup> Si veda R.J. POTHIER, *Traité du prêt de consommation et des matières qui y ont rapport*, Troisième Partie, *Du quasi-contrat appelé promutuum et de l'action condictio indebiti*, in *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, par Dupin, IV, Paris 1824, n. 132, p. 126 dove l'analogia fra *solutio indebiti* e *mutuum* è incentrata sul concetto di *obligatio* sorta *ex re*, che risulta tutelata mediante *condictio*. Altresì, il termine col quale è indicato il pagamento d'indebito è *promutuum*, allo stesso modo con cui lo stesso veniva comunemente qualificato da parte della dottrina di origine culta, nello specifico Cujacio, per effetto della lettura delle fonti romane. Cfr. in tal senso A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano 2002, p. 316 nt. 66.

<sup>121</sup> Sul punto vedasi B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., p. 21.

<sup>122</sup> Vedasi R.J. POTHIER, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, I, cit., n. 123, pp. 142-144.

interpretativa della giurisprudenza, il riconoscimento di altri atti o fatti diversi da quelli costituenti fonti tipiche delle obbligazioni<sup>123</sup>.

### 7. *La disciplina codicistica del quasi contratto*

I compilatori del Codice civile francese del 1804 e del Codice civile italiano del 1865 procedettero ad un inquadramento normativo delle fonti delle obbligazioni, rispettivamente all'art. 1370 del c.c. fr. (1804) e all'art. 1097 del c.c. it. (1865), mediante dei canoni, i quali, seppur minuscolamente integrati da un nitido riferimento alla legge, presentavano una chiara ispirazione<sup>124</sup> individuabile nella *distinctio* delle *fontes obligationum* elaborata in sede di compilazione giustiniana (I. 3.13.2).

Nello specifico, ai sensi dell'art. 1370<sup>125</sup> del *Code civil des français* (1804), determinate obbligazioni sorgevano senza una precedente

---

<sup>123</sup> Si veda in merito B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., p. 22.

<sup>124</sup> Relativamente all'influenza esercitata dalla sistematica giustiniana sulla vicenda francese e su quella italiana vedasi in particolare E. BETTI, *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, cit., pp. 269 ss.; C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dottrinario e pratico*, cit., pp. 265 ss.; ID., *Sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni dal 1804 ai nostri giorni*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III Congresso internazionale della storia italiana del diritto (Firenze 25-29 aprile, 1973)*, III, Firenze 1977, pp. 1177 ss.

<sup>125</sup> Cfr. art. 1370 del *Code civil des français* (1804): "Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits; ils font la matière du présent titre".

convenzione, né da parte di chi si obbligava, né da parte di colui verso il quale l'obbligazione fosse stata assunta. Sicché, talune, sarebbero rinvenibili per effetto della sola autorità della legge mentre, altre, a seguito di un fatto personale di colui il quale risulti obbligato.

Le prime, inoltre, sono obbligazioni che si formano involontariamente, come quelle scaturenti fra proprietari vicini e quelle dei tutori e degli altri amministratori, i quali non possono rifiutarsi di adempiere alle rispettive funzioni. Viceversa, le obbligazioni che traggono origine da un fatto personale di colui il quale risulti essere obbligato, derivano o dai quasi contratti o dai delitti ovvero dai quasi delitti<sup>126</sup>.

Allo stesso modo, anche nel Codice civile del Regno d'Italia, noto come Codice Pisanelli, dal nome del Ministro di Grazia e Giustizia Giuseppe Pisanelli<sup>127</sup> (1812-1879), promulgato a Firenze in data 25 giugno 1865 ed entrato in vigore<sup>128</sup> a partire dal 1° gennaio 1866, all'art. 1097 viene riportato come "le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi contratto, da delitto o quasi delitto", ma, a differenza di quanto sancito dal

---

<sup>126</sup> Vedasi *supra* nt. 124 ed altresì A. DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, Catania 1929, p. 13.

<sup>127</sup> Sulla figura del noto giurista, accademico e politico italiano, fautore dell'unificazione legislativa nel contesto dello Stato unitario, si rimanda fra le numerose opere, a L. STAMPACCHIA, *Giuseppe Pisanelli. La biografia e il suo progetto del codice civile*, Lecce 1880.

<sup>128</sup> In merito al Codice civile del 1865 ed al relativo procedimento di formazione si rinvia a P. UNGARI, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967; F. SANTORO PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in AA. VV., *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano 1968, pp. 1031-1043; G. ASTUTI, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successivi*, in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, II, Napoli 1984, pp. 711-800; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari 2000, pp. 84 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007, pp. 478 ss.

legislatore francese, quello italiano non commise l'errore di annoverare le obbligazioni dei proprietari vicini fra quelle derivanti dalla legge<sup>129</sup>.

Dopodiché, circa la definizione dei quasi contratti, all'art. 1371<sup>130</sup> del c.c. fr. (1804) si legge come gli stessi siano fatti puramente volontari dell'uomo da cui scaturisce una qualunque obbligazione verso un terzo e, talvolta, un'obbligazione avente una corrispondenza biunivoca fra i soggetti coinvolti, mentre, secondo quanto disposto dall'art. 1140 del c.c. it. (1865), essi vengono semplicemente descritti come “fatti volontari e leciti, dai quali risulta un'obbligazione verso un terzo, o un'obbligazione reciproca fra le parti”<sup>131</sup>. Per effetto dell'accostamento di tali norme, emerge quindi chiaramente come, nei testi degli articoli in esame, venga fatto esclusivamente riferimento alla liceità, nonché alla volontarietà dell'atto, senza nulla addurre circa l'elemento cui far pervenire l'efficacia produttiva dell'obbligazione<sup>132</sup> ed altresì, lungo le relative disposizioni, non è dato riscontrare dei criteri tali da poter operare un raccordo dei quasi contratti con le singole fattispecie cui rinvia la specifica normativa<sup>133</sup>, ossia

---

<sup>129</sup> Sul punto vedasi A. DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, cit., p. 17.

<sup>130</sup> Cfr. art. 1371 del *Code civil des français* (1804): “Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque de deux parties”.

<sup>131</sup> In merito alla figura del quasi contratto all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, sotto la vigenza del Codice civile del Regno d'Italia (1865) si rinvia, fra tutti, a A. DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, cit., pp. 13 ss. e G. PACCHIONI, *Dei quasi-contratti*, Padova 1938, pp. 1 ss.

<sup>132</sup> Cfr. in tal senso C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, cit., p. 32.

<sup>133</sup> Vedasi, a tal riguardo, B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., pp. 22 ss.

la gestione d'affari ed il pagamento d'indebito<sup>134</sup>, lasciando oltretutto irrisolto il dubbio se esistano altri quasi contratti<sup>135</sup>.

Infine, occorre ricordare che, a livello generale, è stato rilevato come la nozione di quasi contratto<sup>136</sup>, cui venne fatto espresso riferimento nel Codice civile italiano (1865), fosse, sotto certi aspetti, inesatta e lacunosa in quanto l'obbligazione generata dal fatto lecito e volontario riguardava esclusivamente i soggetti del rapporto sorto dall'atto e non concerneva terzi, come risulta tanto dal modello del pagamento d'indebito quanto da quello della gestione d'affari<sup>137</sup>.

#### 8. Critiche e abbandono della categoria

La categoria del quasi contratto iniziò a manifestare la propria problematicità nel momento in cui la stessa veniva rapportata ad una fattispecie di riferimento e, poco dopo la codificazione italiana del 1865, emerse la discussione sull'opportunità di un nuovo inquadramento del quasi contratto, vista l'insostenibilità di un'impostazione incentrata essenzialmente sull'analogia sostanziale con il contratto.

---

<sup>134</sup> Per quanto concerne la gestione d'affari, si vedano gli artt. 1372-1375 c.c. fr. (1804) e gli artt. 1141-1144 c.c. it. (1865) mentre, in riferimento al pagamento d'indebito, si rinvia agli artt. 1376-1381 c.c. fr. (1804) nonché agli artt. 1145-1150 c.c. it. (1865).

<sup>135</sup> Cfr. A. DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, cit., p. 15.

<sup>136</sup> Sul punto, si rimanda a quanto espresso da A. BUTERA, s.v. *Quasi-contratto (dir. civ.)*, cit., pp. 1315-1317.

<sup>137</sup> Vedasi B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., p. 23.



In questo dibattito, ebbero una grande influenza gli spunti provenienti dall'ordinamento tedesco e dalla relativa dottrina<sup>138</sup> che, in sede di elaborazione del BGB<sup>139</sup>, scelsero di non proporre la categoria del quasi contratto, prendendo esclusivamente in considerazione quelle cause, diverse dal contratto e dall'illecito, da cui sorgevano obbligazioni<sup>140</sup>.

È possibile cogliere l'eco delle scelte adottate in sede di codificazione tedesca, nei dibattimenti<sup>141</sup> che caratterizzarono l'elaborazione del Progetto per l'unificazione del diritto delle obbligazioni tra Italia e Francia del 1927, in cui, nonostante le rigide opposizioni<sup>142</sup>, si arrivò alla decisione di non riproporre la categoria del quasi contratto e conseguentemente la formulazione di cui all'art. 1097 del c.c. it. (1865).

Allo stesso modo, anche nell'ambito delle disposizioni del Codice civile vigente<sup>143</sup>, emanato con il Regio decreto del 16 marzo 1942, n. 262

---

<sup>138</sup> Cfr. in merito S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig 1876, pp. 20 ss.; L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart 1877, § 242, pp. 414 ss.; H. DERNBURG, *Pandekten*, II, Berlin 1886, § 6, p. 16.

<sup>139</sup> Si vedano, in tal senso, i lavori preparatori al BGB come riportato nei *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin-Leipzig 1896, pp. 1 ss.

<sup>140</sup> Cfr. B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., p. 30.

<sup>141</sup> Sul punto si rinvia a U. PETRONIO, *Art. 1173. Fonti delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile diretto da Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni. Artt. 1173-1217*, V. Cuffaro (a cura di), Torino 2012, pp. 35 ss.

<sup>142</sup> Vedasi, a tal riguardo, le considerazioni formulate da S. RICCOBONO, *La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno*, in *Riv. dir. comm.*, I (1917), pp. 379 ss. e A. DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, cit., pp. 19 ss.

<sup>143</sup> Il Codice civile del 1942 rappresenta il frutto di un'esigenza di riforma del precedente Codice civile (1865), specialmente, ma non solo, nell'ambito della regolamentazione dei rapporti intercorrenti fra privati a seguito dell'evoluzione dei mutati assetti sociali. Esso risente di molteplici influenze fra cui, in particolare, quella esercitata dalla scienza giuridica tedesca, condensata nel *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* del 1° gennaio 1900. Per questo ed ulteriori aspetti si rinvia alle trattazioni operate da G. FERRI, *Del codice civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, in *Foro it.*, IV

ed entrato in vigore il medesimo anno in data 21 aprile, all'interno della trattazione delle obbligazioni, situata nel quarto dei sei libri di cui si compone lo stesso, non compare la dicitura quasi contratti. Nello specifico, ai sensi dell'art. 1173 del c.c. it. del 1942, in materia di fonti delle obbligazioni, è riportato come le obbligazioni<sup>144</sup> derivano “da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico”.

Le motivazioni per cui, nell'ambito dell'attuale trattazione codicistica, non sia presente alcun riferimento espresso al quasi contratto, sono rinvenibili nella Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi<sup>145</sup> (1895-1988) al Codice civile, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 4 aprile 1942, n. 79, ove si legge<sup>146</sup> per l'appunto come «nell'elencazione delle fonti delle obbligazioni di cui all'art. 1173, non viene considerata la figura del quasi contratto sulla base del fatto che

---

(1944), c. 34 ss. e da F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari 2009, pp. 91 ss.

<sup>144</sup> Sulla base di quanto espresso nel disposto dell'art. 1173 del Codice civile, il legislatore italiano renderebbe manifesto il proprio intento di accogliere l'antica tripartizione delle fonti delle obbligazioni elaborata all'interno dei *Libri rerum cottidianarum sive aureorum* e di cui si rinvencono le tracce in D. 44.7.1 pr. (Gai. 2 *aur.*). Cfr. in tal senso P. RESCIGNO, s.v. *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX (1979), pp. 150 ss., cui mi permetto anche di aggiungere per la trattazione operata, accompagnata oltretutto da precisi riferimenti bibliografici, A. SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla obligatio ex lege*, cit., pp. 15 ss.

<sup>145</sup> In merito alla vita e al ruolo politico assunto dal conte Dino Antonio Giuseppe Grandi si rinvia fra tutti a F.W. DEAKIN, *Storia della Repubblica di Salò*, Torino 1963 e P. NELLO, *Dino Grandi*, Bologna 2003.

<sup>146</sup> Vedasi, per le considerazioni ivi formulate sia in riferimento ai quasi contratti che ai quasi delitti, MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del «Codice civile»*, in *Codice civile. Testo e Relazione ministeriale*, Roma 1943, p. 116. Per quanto concerne le varie posizioni assunte dalla dottrina a tal riguardo si rinvia a quanto riportato da A. SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla obligatio ex lege*, cit., p. 33 nt. 103.

la stessa non trova giustificazione sia dal lato tradizionale che dal lato sostanziale», soggiungendo altresì che «questo istituto non è simile ai contratti in quanto composto di varia natura da cui la legge fa scaturire le obbligazioni e che, per via della propria diversità, non è suscettibile come tale di classificazioni».

CAPITOLO II  
*PROPRIUM QUODAM IURE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gai. 3,88 ss.: una *summa divisio obligationum* tra funzione e necessità. – 3. *Mutui autem datio*. – 4. *Si paret eum dare oportere*. – 5. Un proprio fondamento giuridico (*proprium quodam ius*). – 6. *Actione teneri*.

1. *Premessa*

La sintesi finora svolta pone in luce come, il recupero delle categorie elaborate dalla giurisprudenza romana, da parte delle codificazioni ottocentesche e delle scuole giuridiche europee, sotto il profilo delle fonti delle obbligazioni, fosse inteso nel senso di una loro riproposizione su un piano formale, piuttosto che sostanziale<sup>147</sup>, ed altresì come, gli interpreti, abbiano accolto tale classificazione senza interrogarsi sul rapporto intercorrente fra la categoria del quasi contratto e le singole fattispecie ricondottevi.

Inoltre, l'assenza di un approfondimento dell'indagine relativa all'origine di tale classificazione ha determinato<sup>148</sup> un'erronea comprensione della prospettiva impiegata dalla giurisprudenza romana riguardo determinate fonti di obbligazione, comportando problemi di carattere interpretativo ed applicativo.

Per prima cosa, occorre quindi osservare come la tematica concernente la classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano si presenti non sempre in maniera del tutto uniforme.

---

<sup>147</sup> Cfr. in tal senso E. BETTI, *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, cit., pp. 44 ss.

<sup>148</sup> Vedasi sul punto B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, cit., pp. 32 ss.

Tale problema, riscontrabile per via della nota avversione dei giuristi romani verso la creazione di divisioni scolastiche, viceversa tipicamente apprezzate dalla giurisprudenza bizantina, tuttavia non impedì che la questione attinente alla classificazione delle fonti delle obbligazioni costituisse oggetto d'interesse già nel periodo classico, dove risulta particolarmente eloquente la testimonianza di Gaio, il quale si occupò di elaborare prima una bipartizione delle fonti delle obbligazioni all'interno delle proprie *Institutiones* e, a seguire, una lucida tripartizione nelle *Res cottidianae*, di cui si rinvergono le tracce nel Digesto.

Si è rilevato<sup>149</sup> che le differenze intercorrenti fra le opere stesse siano plurime e rinvenibili non solo nell'intento classificatorio, per via di una divisione delle *fontes obligationum* in due parti nelle Istituzioni e in tre parti negli *Aurea*, ma anche a partire dall'utilizzo di differenti terminologie, come quella volta all'identificazione del fatto illecito (*delictum-maleficium*), le

---

<sup>149</sup> Vedasi a tal riguardo W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, in *RISG*, XIV (1970), pp. 123 ss.

quali hanno spinto, parte della dottrina<sup>150</sup>, perfino a dubitare della paternità gaiana dei *Libri rerum cottidianarum sive aureorum*<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Cfr. in merito E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, XXI (1923), pp. 493 ss.; ID., *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in *RIL*, LIX (1926), pp. 97 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle res cottidianae. Studio di giurisprudenza postclassica*, cit., pp. 493-521; F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation "ex delicto"*, in *Etudes de droit romain*, Paris 1931, pp. 267 ss.; U. BRASIELLO, *In tema di categorie contrattuali*, in *SDHI*, X (1944), pp. 106 ss.; S. DI MARZO, I "libri rerum cottidianarum sive aureorum", in *BIDR*, LI-LII (1948), pp. 1-98; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, pp. 468 ss.; A. D'ORS, *Re et verbis*, in *Atti del Convegno Internazionale di diritto romano e di storia del diritto. Verona 27-28-29 settembre 1948*, III, Milano 1951, pp. 270 ss.; P. STEIN, *The Nature of Quasi-delictual Obligations in Roman Law*, in *RIDA*, V (1958), pp. 568 ss.; W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte*, Köln 1960, pp. 98 ss.; F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, pp. 261 ss.; C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico (I parte)*, cit., pp. 66 ss.; ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *IURA*, XLIV (1993), pp. 51 ss.

<sup>151</sup> Le opinioni relative all'autenticità delle *Res cottidianae* non sono uniformi. Dell'esistenza di tale opera si hanno notizie per il tramite dei frammenti pervenuti non solo nel Digesto ma anche dal §6 della *Constitutio Imperatoriam maiestatem* ove Giustiniano riferisce come le Istituzioni fossero state riordinate *ex commentariis Gaii nostri tam institutionum, quam rerum cottidianarum aliisque multis commentariis*. Personalmente accedo alla corrente dottrina, oggi prevalente, secondo cui il manuale sarebbe riconducibile a Gaio, ritenendo che si debbano cercare soluzioni tese verso le reali necessità per le quali i giuristi romani miravano alla creazione delle loro opere. Reputo quindi concreta, piuttosto che parlare *a priori* di interpolazioni, di glosse ovvero di ipotetici giuristi postclassici, i quali si sarebbero celati dietro al nome di un giurista classico, la possibilità per cui Gaio, giurista classico, abbia un chiaro intento dialettico, in merito alla sistematica delle fonti delle obbligazioni, cui vorrebbe pervenire in materia per il tramite del proprio lavoro. Questo consentirebbe, lungi dal pregiudicare eventuali altri risultati, uno studio scevro da eventuali pregiudizi. Vedasi, in tal senso, anche F. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Jena 1910, pp. 104 ss.; E. BETTI, *Sul significato di «contrahere» in Gaio e sulla non classicità della denominazione quasi ex contractu obligatio*, cit., pp. 87-88; S. RICCOBONO, *La dottrina delle obligationes quasi ex contractu*, in *AUPA*, III-IV (1917), pp. 165 ss. [ora in *Scritti di diritto romano. II. Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10,3,14 (Paul. 3 ad Plautium)*, Palermo 1964, pp. 101 ss.]; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster -Köln 1952, p. 15 nt. 37; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, pp. 187 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., pp. 13 ss.; A.M. HONORÈ, *Gaius. A biography*, Oxford 1962, pp. 68 ss.; W.

Nonostante ciò, si reputa che il nodo problematico sia di tipo interpretativo ed incentrato su una diversità prospettica della trattazione sulle obbligazioni da cui intende muovere l'autore nelle *Institutiones*, il quale non risulta tanto essere spinto da intenti classificatori, come si ravvisa anche per effetto della peculiarità di un impianto contenutistico in cui lo stesso giurista si discosta dalla trattazione precedentemente enucleata, quanto piuttosto da una chiara finalità dialettica cui intende pervenire in materia e per cui si dimostra particolarmente utile un'interrogazione sul proprio fondamento giuridico da cui muovono le *obligationes ex variis causarum figuris*.

---

WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., pp. 118 ss.; F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., pp. 175 ss.; M. KASER, *Divisio obligationum*, in *Studies on Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, London 1983, pp. 82 ss.; S. TONDO, *Classificazioni delle fonti d'obbligazione*, in *Labeo*, XLI (1995), pp. 380 ss.; H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin 1999, pp. 63 ss.; G. FALCONE, "Obligatio est iuris vinculum", Torino 2003, p. 30; R. MARTINI, *Gaio e le «Res cottidianae»*, cit., pp. 171 ss.; A. SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla obligatio ex lege*, cit., pp. 18 ss.

2. *Gai. 3.88 ss.: una summa divisio obligationum tra funzione e necessità.*

La problematica, avente ad oggetto la classificazione delle fonti delle obbligazioni<sup>152</sup>, non venne affrontata prima<sup>153</sup> di Gaio<sup>154</sup>, il quale se

---

<sup>152</sup> Vedasi a tal riguardo S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., pp. 30 ss.; S. RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, cit., pp. 123 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni in diritto romano*, I, Milano 1947, pp. 15 ss.; M. TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, cit., pp. 41 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianeae*, cit., pp. 472 ss.; B. CORTESE, *‘Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici’*, Napoli 2013, pp. 108 ss.

<sup>153</sup> Parte della dottrina ha ritenuto di poter individuare le tracce relative ad una *divisio obligationum* in D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Q. Mucium): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.* Tale idea è espressa in diversi scritti da C.A. CANNATA, *La ‘distinctio’ re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, in *Sein und Werden im Recht, Festgabe von Lübtow*, Berlin 1970, pp. 451 ss. [ora in ID., *Scritti scelti di diritto romano*, I, L. Vacca (a cura di), Torino 2011, pp. 227 ss.]; ID., s.v. *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII (1995), pp. 405 ss. Tuttavia, il testo è stato oggetto di un numero cospicuo di critiche sia sul fronte della genuinità che della paternità, specialmente nel tratto finale, cfr. in tal senso U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d’insegnamento*, II, Milano 1930, pp. 563 ss.; G. SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni*, Milano 1961, pp. 260 ss.; A. D’ORS, *Répliques panormitanas VI. Sobre la suerte del contrato real en el Derecho Romano*, in *Revista de derecho notarial*, LXXXVIII (1975), pp. 7- 26; M. SARGENTI, *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell’idea di contratto*, in AA. VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, pp. 475 ss.; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in *Società romana e produzione schiavistica, III. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, A. Giardina-A. Schiavone (a cura di), Roma-Bari 1981, pp. 348 ss.; R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*, in AA. VV., *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, III, Napoli 2007, pp. 1955 ss.; R. SANTORO, *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Q. Mucium)*, in *AUPA*, LV (2012), pp. 553- 618; B. CORTESE, *‘Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici’*, cit., pp. 109-110.

<sup>154</sup> Per un ulteriore approfondimento sulla figura del giurista di età adrianea si rinvia fra tutti a A.M. HONORÈ, *Gaius. A biography*, cit., pp. 1 ss.; F.P. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, A. Guarino-L. Bove (a cura di),



ne occupò nell'ambito di un'opera, le *Institutiones*, ascrivibile al 161 a.C., dove emerge, con specifico riferimento a Gai. 3.88, una bipartizione nella quale si distinguono come fonti le due grandi categorie del *contractus* e del *delictum*.

Gai. 3.88: *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*

Il passo è estremamente noto, ma, nonostante la semplicità e linearità con la quale esso si presenta, richiede la dovuta attenzione.

Il primo problema è rappresentato anzitutto dal dato testuale<sup>155</sup>, dove le parole iniziali “*nunc transeamus ad*”, pur non essendo presenti all'interno del manoscritto Veronese<sup>156</sup>, vengono diffusamente riportate sulla base del testo corrispondente delle Istituzioni di Giustiniano (I. 3.13 pr.<sup>157</sup>).

---

Napoli 1966, pp. 2 ss.; M. KASER, *La classicità di Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, A. Guarino-L. Bove (a cura di), Napoli 1966, pp. 43 ss. e, più di recente, R. QUADRATO, *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010.

<sup>155</sup> Nonostante le rigide prese di posizione sul passo adottate dalla dottrina del secolo scorso, le quali oscillavano sulla genuinità o meno dello stesso, oggi prevale un atteggiamento tendenzialmente conservativo proiettato verso l'originalità di Gai. 3.88. Sul punto, si veda A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee*, cit., p. 476.

<sup>156</sup> Cfr., a tal riguardo, quanto riferito da W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 130 nt. 19 il quale, nel porre convincentemente in luce come Gaio abbia più volte utilizzato tale espressione quale mezzo di collegamento tra varie parti delle proprie *Institutiones*, riporta come lo stesso risulti essere un completamento effettuato dal giurista tedesco Johann Friedrich Göschen (1778-1837), il quale, insieme ad August Immanuel Bekker (1785-1871), si occupò di analizzare i manoscritti, rinvenuti a Verona nel 1816, dallo storico Barthold Georg Niebuhr (1776-1831).

<sup>157</sup> Vedasi in merito A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee*, cit., p. 473.

Il secondo, nonché quello che desta maggiore curiosità, dei problemi relativi al brano in oggetto, è quello inerente al significato dell'espressione *summa divisio*<sup>158</sup>, che, in stretta connessione con la locuzione *omnis*<sup>159</sup>, lascerebbe desumere una bipartizione tendenzialmente completa, ma che non può in realtà considerarsi tale specialmente a seguito di quanto riportato dal medesimo autore, in merito alla *solutio indebiti* (Gai. 3.91), ove si legge: *...sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

È lecito domandarsi, allora, come mai una partizione che *ab origine* (Gai. 3.88) viene presentata come ipoteticamente esaustiva, in realtà non lo sia<sup>160</sup>.

Un possibile punto di partenza può essere rappresentato dall'intento cui muove il giureconsulto, il quale, coerentemente con l'impostazione tipica della giurisprudenza romana dell'epoca, sembrerebbe

---

<sup>158</sup> Sul punto si rimanda, fra tutti, a W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., pp. 130 ss. il quale, nell'interrogarsi sul significato dell'espressione *summa divisio*, pone in luce le possibili diverse valenze della stessa come divisione legata ad un sistema di natura prettamente logica, ovvero quale divisione volta all'assimilazione didattica di categorie giuridiche essenziali. In particolare, il termine *summa divisio*, oltre al brano preso in considerazione, ricorre, per quanto concerne le Istituzioni di Gaio, in altre due circostanze, ossia prima della trattazione attinente alle persone (Gai. 1.9) ed in quella relativa alle cose (Gai. 2.2). Dal tenore dei passi emergerebbe quindi come l'espressione *summa divisio* fosse indirizzata verso la classificazione degli istituti coinvolti e voglia rappresentare, in tal senso, il fondamento per tutta la costruzione giuridica in questione.

<sup>159</sup> La parola *omnis* ricorre spesso nelle *Institutiones* di Gaio, come riportato dal Wolodkiewicz ben novantacinque volte per l'esattezza. La sua valenza è dettata specialmente dal fatto che si riconnette con l'intento classificatorio ed esemplificativo del giureconsulto, rinvenibile non solo all'interno di Gai. 3,88 ma anche in altri frangenti come quelli rappresentati da Gai. 1.8-9; 4.103; 4.118; 4.140. Cfr. in merito W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., pp. 130-135.

<sup>160</sup> Cfr. TH. MAYER-MALY, *Obligamur necessitate*, in *ZSS*, LXXXIII (1966), p. 67 secondo cui: «Das dualistische Schema von Gaius war so klar wie unvollständig».

essere spinto da una riflessione che non muove da intenti d'ordine dogmatico, ma da esigenze pratiche<sup>161</sup>.

Seguendo infatti l'impostazione generale delle *Institutiones*, ci si imbatte nelle obbligazioni che sorgono *ex contractu* (Gai. 3.89<sup>162</sup>), di cui vengono identificati *quattuor genera*, potendo le medesime contrarsi *re, verbis, litteris e consensu*<sup>163</sup>.

Un aspetto, sicuramente interessante, è quello che si evince dalla lettura combinata di Gai 3.88 e di Gai. 3.89, in cui viene invertito il rapporto tra *genus* e *species*, tipico delle *summae divisiones*<sup>164</sup> in Gaio, le quali tramite un chiaro procedimento diairetico ed un *modus agendi per distinctiones*, ne consentono un'esposizione precisa e lineare, ma, ancor più significativo risulta essere un altro dato, ossia quello riguardante la presunta incompletezza dell'elencazione gaiana circa le *obligationes re contractae*, in cui si rinvencono, quasi emblematicamente, solo mutuo e *solutio indebiti*, mentre non vengono ricomprese fattispecie, quali *fiducia*, deposito, comodato e pegno, che invece, proprio sulla base dell'asserita paternità gaiana delle *Res cottidianae*, erano ben note allo stesso Gaio, tanto

---

<sup>161</sup> A riprova di ciò vedasi anche W. WOŁODKIEWICZ, *Obligations ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 135, secondo il quale la ripartizione gaiana in obbligazioni da contratto e da delitto rappresenterebbe semplicemente la base di uno schema espositivo che non escluderebbe altre categorie giurisprudenziali.

<sup>162</sup> Gai. 3.89: *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*

<sup>163</sup> Nello specifico, all'interno delle *re obligationes contractae* (Gai. 3.90 e ss.) vengono ricompresi il *mutuum* e la *solutio indebiti*; nelle *verbis obligationes contractae* (Gai. 3.92 e ss.) la *sponsio/stipulatio*, la *dotis dictio* e il *ius iurandum liberti*; nelle *litteris obligationes contractae* (Gai. 3.120 e ss.) il *nomen transcripticium*; ed infine nelle *consensu obligationes contractae* (Gai. 3.135 e ss.) l'*emptio venditio*, la *locatio*, la *societas* ed il *mandatum*.

<sup>164</sup> Utile, in tal senso, parrebbe il nesso con le *summae divisiones* riportate da Gaio nei commentari primo e secondo, con specifico riferimento a Gai. 1.9-12 e Gai. 2.1-2.

che il giureconsulto ebbe cura di inserirle nel gruppo dei contratti reali in D. 44.7.1.3 ss. (Gai. 2 *aur.*<sup>165</sup>).

Si prospetta quindi necessario interrogarsi sulla questione attinente al significato di *obligatio ex contractu*, quale diretta conseguenza determinata dallo stesso Gaio, in merito all'approfondimento delle *obligationes re contractae* per il tramite di quanto disposto in Gai. 3.90 e, a seguire, in Gai.3.91.

### 3. Mutui autem datio

L'*obligatio re* viene solitamente delineata in dottrina<sup>166</sup> quale obbligazione che si contrae per il tramite della dazione di una *res* e, come fattispecie tipica, nelle *Institutiones* di Gaio è indicato il mutuo<sup>167</sup>:

Gai. 3.90: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis*

---

<sup>165</sup> Vedasi, in tal senso, quanto riferito da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, cit., pp. 483 ss.

<sup>166</sup> Le opinioni della dottrina sono, come al solito, varie ed articolate. Vedasi, fra tutti, quanto riportato in merito da U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, cit., pp. 541 ss.; C. SANFILIPPO, *Condictio indebiti. I. Il fondamento dell'obbligazione da indebito*, Milano 1943, pp. 14 ss.; TH. MAYER-MALY, *Divisio obligationum*, in *The Irish jurist*, II (1967), pp. 382 ss.; A. D'ORS, *Sobre la suerte de contracto real en el derecho romano*, cit., pp. 8 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum Petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, cit., pp. 490 ss.; C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, Torino 2008, pp. 50 ss.; B. CORTESE, *Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici*, cit., pp. 110 ss.

<sup>167</sup> Per una trattazione generale sul mutuo si rinvia, fra tutti, a quanto espresso da M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008 e A. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profilo di consensualità nel mutuo reale*, Torino 2020.

*est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*

Da una prima lettura del frammento emerge come la dazione a mutuo riguardi propriamente le cose che possono costituire oggetto di misurazione, pesatura e numerazione, quali denaro, vino, olio, frumento, bronzo, argento, oro. Nello specifico, tali cose, contandole, misurandole o pesandole, le diamo con l'intesa che diventino di proprietà di colui il quale le riceve e ci vengano un giorno restituite, non le stesse, ma l'equivalente in natura (ovvero il *tantundem eiusdem generis et qualitatis*<sup>168</sup>).

Per questo motivo è stato chiamato mutuo, poiché quel che così da me ti è stato dato da mio diventa tuo (*ex meo tuum fit*<sup>169</sup>).

Entrando nel dettaglio si ricava che oggetto del mutuo sono esclusivamente *res* fungibili che operano in funzione di quell'intesa, sottesa fra le parti, per cui il mutuatario avrà cura di restituire non le stesse cose che ha ricevuto ma altre della medesima natura. La consegna delle *res* viene quindi effettuata dalle parti con l'espressa volontà di trasferire al mutuatario la proprietà delle medesime affinché ne possa disporre.

Si configura, in tal modo, una *traditio*, avente un'efficacia traslativa del possesso, che viene effettuata con l'esplicita volontà da parte del *tradens* (il mutuante) di trasferire la proprietà e, conseguentemente, dell'*accipiens* (il mutuatario) di acquistarla. Essa risulta, altresì, dotata di una *iusta causa*

---

<sup>168</sup> Cfr. sul punto D. 12.1.2.1 (Paul. 28 *ad ed.*): *Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*

<sup>169</sup> Cfr. in merito D. 12.1.2.2 (Paul. 28 *ad ed.*): *Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non faciat tuum, non nascitur obligatio.*

*traditionis*, identificata dalla giurisprudenza romana<sup>170</sup> come *causa credendi*, che si concreta nell'accordo fra mutuante e mutuatario alla restituzione del *tantundem eiusdem generis et qualitatis*<sup>171</sup>.

Come evidenziato nella frase finale del passo, inoltre la denominazione stessa di *mutuum* deriverebbe dalla constatazione per cui, attraverso l'adempimento, l'oggetto da mio diventa tuo.

L'accordo causale di mutuo aveva quindi rilevanza sul piano dei diritti reali, dove attraverso la *traditio* ne venivano espliciti gli effetti, ma non solo poiché tale accordo causale oltre a permettere l'effetto traslativo della proprietà del denaro prevedeva anche la restituzione di un'eguale quantità di cose della stessa natura. Si configura, in tal senso, una situazione di *aes alienum*<sup>172</sup>, a seguito della presenza non giustificata della *res* nel patrimonio del mutuatario rispetto a quello del mutuante, e per effetto della quale si risulta obbligati a *dare* in conseguenza della cosa stessa (*re*). In particolare, l'espressione “*re contrahitur obligatio velut mutui datione*”, riportata all'inizio del frammento, esprime chiaramente l'idea, intrinsecamente connessa alla nozione di *aes alienum*, dell'essere obbligati

---

<sup>170</sup> Cfr., a tal proposito, D.12.1.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit.*

<sup>171</sup> Vedasi C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, cit., p. 51.

<sup>172</sup> Cfr., in tal senso, D. 50.16.213.1 (Ulp. 1 *reg.*): “*aes alienum*” est, quod nos aliis debemus: “*aes suum*” est, quod alii nobis debent. Sul punto vedasi anche l'interpretazione di C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, cit., pp. 45-46, che pone in luce come la locuzione *aes alienum*, rinvenibile non solo a partire dalle fonti giuridiche ma anche da quelle letterarie quale Cicerone (Cic., *De off.* 2.16.56; Cic., *De off.* 2.24.84), debba essere intesa nel senso di “debito di denaro” e quindi, genericamente, come “debito”.

mediante cosa, costituendo anche un nuovo<sup>173</sup> ambito di applicazione della nozione di *obligatio* per il tramite di un'operazione dommatica in cui poteva essere invocato il *dare oportere* tipico della *condictio*, il quale venne inaugurato a partire dall'antica interpretazione della *legis actio per conductionem*<sup>174</sup>.

#### 4. Si paret eum dare oportere

L'identificazione della formazione *re* dell'*obligatio* permise di individuare, accanto all'obbligazione da mutuo, un'altra situazione corrispondente a tale fattispecie, ossia quella dell'obbligazione da pagamento d'indebito:

Gai. 3.91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri conductione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

---

<sup>173</sup> Nel senso che venne interrotto quel rapporto biunivoco tipico intercorrente *ab origine* solo fra *sponsio* e *obligatio* (*dare oportere*). Vedasi in merito C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, cit., p. 53.

<sup>174</sup> Cfr. Gai. 4.17b: *Per conductionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORVM X MILIA DARE OPORTERE: ID POSTVLO, ALAS AVT NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, IN DIEM TRICENSIMVM TIBI IVDICIS CAPIENDI CAVSA CONDICO. deinde die tricensimo ad iudicem capiendum praesto esse debebant. condicere autem denuntiare est prisca lingua.*

Per effetto dell'accostamento fra mutuo e *solutio indebiti*, effettuato in Gai. 3.91, si perviene all'acquisizione di ulteriori dettagli inerenti l'*obligatio re contracta*, essendo tali fattispecie accomunate dalla *condictio*.

Nello specifico emerge come, per quanto concerne la ripetizione dell'indebito pagato, venga fatto ricorso alla formula del mutuo, considerando colui che abbia ricevuto l'*indebitum* come se fosse un debitore per causa di mutuo, in tal senso andrebbe inteso “*ac si mutuum accepisset*”.

Per tale ragione, alcuni (*quidam*) ritengono che non sussista la possibilità di applicare la *condictio* contro un pupillo o una donna nei cui riguardi venga effettuata una prestazione non dovuta.

Tuttavia, *haec species obligationis* (ossia l'*indebiti solutio*) non è data annoverarsi fra i contratti, in quanto colui che ha pagato intendeva estinguere e non contrarre un'obbligazione (*negotium*<sup>175</sup>).

Dal frammento emerge chiaramente come, per Gaio, in caso di contratto debba sussistere la volontà di produrre un determinato effetto giuridico. Pertanto, colui che, tramite una prestazione non dovuta, voglia liberarsi dall'*obligatio* di cui sia erroneamente convinto, non ha l'intenzione di determinare, con la propria prestazione, il sorgere della medesima.

---

<sup>175</sup> Il termine *negotium* viene solitamente tradotto, in tale contesto, con “obbligazione” uniformemente a quanto riportato da Gaio in D. 44.7.5.3 (Gai 3 *aur.*) in cui il giureconsulto, trattando sempre della *solutio indebiti*, adopera *obligatio*. Vedasi, fra tutti, E. BETTI, *Sul significato di «contrahere» in Gaio e sulla non classicità della denominazione quasi ex contractu obligatio*, cit., p. 68 nt. 3; C. SANFILIPPO, *Condictio indebiti. I. Il fondamento dell'obbligazione da indebito*, cit., pp. 25 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., pp. 35 ss.; W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 150.



Ecco perché, sempre con riferimento a Gai. 3,91, sia opportuno soffermarsi sul significato relativo al pronome indefinito “*quidam*”<sup>176</sup>, con cui si farebbe riferimento a Salvio Giuliano, ma non solo, e di cui si è ipotizzato che Gaio non ne condividerebbe ulteriormente l’orientamento<sup>177</sup>, relativamente al criterio di azionabilità della *condictio*, per effetto di una evoluzione, ravvisabile specialmente a partire dal frammento in esame, cui intende pervenire il giureconsulto e che si discosta da una concezione di *negotium contrahere/gerere* cui risultano ancorati i *veteres*.

Questo, lo si evince in particolare dal raffronto con i riferimenti espressi in D. 26.8.13 (Iul. 21 *dig.*<sup>178</sup>), all’interno del quale emerge come Giuliano considerasse l’*auctoritatis interpositio* del tutore quale condizione necessaria per l’esperibilità della *condictio*, in caso di mutuo e *solutio*

---

<sup>176</sup> Per quanto concerne l’interpretazione relativa al “*quidam*”, essa risulta essere piuttosto discussa in dottrina. Si sarebbe fatto riferimento ai giuristi di scuola sabiniana secondo A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit I*, Halle 1873 (rist. Aalen 1963), p. 246. Sarebbe riconducibile a *Massurius Sabinus* secondo S. SOLAZZI, «*Quidam*» (*Gli innominati delle Istituzioni di Gaio*), cit., p. 418. C. SANFILIPPO, *Condictio indebiti. I. Il fondamento dell’obbligazione da indebito*, cit., p. 23 ritiene farsi riferimento a Salvio Giuliano. Viceversa, si tratterebbe di un generale riferimento ai giuristi classici per A. GUARINO, *Rec. a Sanfilippo. Condictio indebiti*, in *SDHI*, XI (1945), p. 328 e F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, cit., p. 14 nt. 30.

<sup>177</sup> Vedasi fra tutti E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts I*, Berlin 1871 (rist. Aalen, 1970), p. 115 nt. 13; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, cit., p. 10; M. TALAMANCA, *Rec. a F. Schwarz e U. von Lübtow*, in *AG*, CXLIV-CXLV (1953), p. 176; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano II*, 1, Padova 1962, p. 84; H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationem. Text und Kommentar*, cit., p. 89; J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las «res cottidianae»*, cit., p. 145 nt. 341; A. SACCOCCIO, *Si certum Petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, cit., pp. 496 ss.

<sup>178</sup> D. 26.8.13 (Iul. 21 *dig.*): *Impuberes tutore auctore obligantur, etiamsi taceant: nam cum pecuniam mutuam acceperint, quamvis nihil dicant, auctoritate tutoris interposita tenentur. quare et si non debita pecunia his personis soluta fuerit, quamvis tacuerint, interposita tutoris auctoritas sufficit, ut conditione teneantur.*

*indebiti*<sup>179</sup>, e D. 26.8.5 pr. (Ulp. 40 *ad Sab.*<sup>180</sup>), in cui il giurista Paolo richiama un rescritto del divo Antonino Pio, avente ad oggetto il regolamento del caso di un tutore unico che abbia elargito ad un pupillo una somma di denaro a titolo di mutuo o si fosse fatto promettere, da quest'ultimo, il pagamento di data somma mediante *stipulatio*, e da cui risulterebbe che, sebbene il pupillo fosse obbligato naturalmente (*naturaliter*) verso il tutore, tuttavia l'imperatore concesse un'azione *in quantum pupillus locupletior factus est* sancendo che la medesima dovesse essere accordata non solo al tutore ma a chiunque.

Inoltre, sulla base di un ulteriore raffronto con D. 46.3.66 (Pomp. 6 *ex Plaut.*<sup>181</sup>), è presumibile un riferimento anche a Pomponio, il quale, estendendo la disciplina dettata per il mutuo in D. 26.8.5 pr. (Ulp. 40 *ad Sab.*), avrebbe negato espressamente la *condictio* per la ripetizione dell'indebitato prestato *sine tutoris auctoritate*<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> Sul punto vedasi A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, cit., p. 496.

<sup>180</sup> D. 26.8.5 pr. (Ulp. 40 *ad Sab.*): *Pupillus obligari tutori eo auctore non potest. plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuum pecuniam ei det sive stipuletur ab eo. sed et cum solus sit tutor mutuum pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuius actionem in quantum locupletior factus est dandam divus pius rescripsit.*

<sup>181</sup> D. 46.3.66 (Pomp. 6 *ex Plaut.*): *Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus: sed exceptione se tueri potest. si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit: sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur.* Per l'analisi del frammento, tratto dal titolo *De solutionibus et liberationibus*, e per l'ampia ed oltremodo dettagliata bibliografia, cui segue una lucida interpretazione dello stesso, si opera un rinvio al lavoro svolto da I. FARGNOLI, *'Alius solvit alius repetit'*. *Studi in tema di 'indebitum condicere'*, Milano 20011, pp. 28 ss.

<sup>182</sup> In tal senso si è espresso A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, cit., pp. 497-499.

Il punto focale è quindi rappresentato dalla differenza intercorrente fra il pensiero dei *quidam* e quello di Gaio, dove, mentre per i *quidam*, sulla base di un'ampia nozione di *negotium contrahere*, le conseguenze dell'equiparazione di mutuo e *solutio indebiti*, sul piano delle fonti delle obbligazioni, sarebbero state le medesime nel caso di una dazione di denaro effettuata verso un minore o una donna sprovvisti dell'*auctoritas tutoris*; secondo Gaio, invece, non poteva dirsi altrettanto poiché, per quanto concerne l'*indebiti solutio*, l'intento di pagare avrebbe denotato chiaramente una volontà di estinguere il vincolo e non quella di contrarlo, ragion per cui, in quanto tale, sussisteva un'obbligazione, e non un contratto.

Appare, in tal senso, persuasivo il tenore del verbo *videtur* di Gai 3.91, col quale il giureconsulto reagirebbe ad un orientamento nel quale erano considerati dal lato puramente oggettivo<sup>183</sup> alcuni di quei contenuti da lui ricondotti nel contratto<sup>184</sup>.

In questo quadro, finisce altresì per apparire chiaro che la *solutio indebiti*, pur rappresentando indubbiamente una fonte di obbligazione, non è coerentemente riconducibile né alla categoria del contratto, così come elaborata da Labeone e Sesto Pedio, né è collocabile nel genere delle *obligationes re contractae* di stampo Sabiniano, e di cui Salvio Giuliano era l'ultimo caposcuola<sup>185</sup>, ma costituisce un criterio costruttivo emblematico,

---

<sup>183</sup> Cfr. E. BETTI, *Sul significato di «contrahere» in Gaio e sulla non classicità della denominazione quasi ex contractu obligatio*, cit., p. 66 ss.; C. SANFILIPPO, *Condictio indebiti. I. Il fondamento dell'obbligazione da indebito*, cit., pp. 23 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, cit., pp. 501 ss.

<sup>184</sup> Vedasi, a tal riguardo, G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 34, il quale, con specifico riferimento a Gai. 3.91, parla di innesto sostanziale di una nuova elaborazione concettuale positiva del *contractus*.

<sup>185</sup> Vedasi sul punto A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, cit., p. 502.

cui ruota attorno l'elaborazione giurisprudenziale gaiana, e, se ci si domandasse come mai, all'inizio di Gai. 3.91, il giurista abbia effettuato l'abbinamento mutuo *solutio indebiti* esplicitando chiaramente che colui il quale abbia ricevuto l'indebitato per errore sia obbligato mediante cosa, la risposta, fornita subito dopo, è data dalla formula<sup>186</sup> impiegata per ottenere l'adempimento di un'obbligazione frutto di una prestazione indebita e costituisce il fulcro di tutta la costruzione logica in questione.

Tale formula, connotata dalle parole *dare oportere*, è la stessa identica formula impiegata nel *mutuum* e consentirebbe di giungere all'assunto per cui l'analogia processuale fra figure contrattuali (mutuo) e figure che tali non sono (*indebiti solutio*), rappresenterebbe la prospettiva dalla quale muove il giureconsulto a partire dalle proprie *Institutiones* e costituirebbe anche quel chiaro intento dialettico in materia cui intende pervenire nelle *Res cottidianae*, rinvenibile lungo il titolo VII del Digesto, e rivolto alle *variae causarum figurae*, dove si riscontrano atti dai quali sorge un'obbligazione tutelata mediante azioni civili (la *negotiorum gestio*, l'amministrazione tutelare, *l'indebiti solutio*, il *legatum per damnationem*, il *legato sinendi modo*) oltre ad una nuova serie di illeciti tutelati mediante *actiones praetoriae* (D. 44.7.1.4-6).

---

<sup>186</sup> Cfr. C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, cit., pp. 67 ss.

## 5. *Un proprio fondamento giuridico* (proprium quodam ius)

Le considerazioni finora formulate sembrano trovare un ulteriore riscontro in quella che viene solitamente presentata come una tappa intermedia all'interno del percorso storico ed evolutivo elaborato nell'ambito della classificazione delle fonti delle obbligazioni<sup>187</sup>.

Ci si riferisce, in particolare, a quanto attestato in D. 44.7.1 pr. (Gai 2 *aur.*), ove si legge per l'appunto: *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*.

In questo notissimo passo, tramandatoci nel Digesto e tratto dai *Libri rerum cottidianarum sive aureorum*, viene enunciato come le obbligazioni possano sorgere da contratto, da delitto e da una terza categoria avente carattere generale: “*aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*”.

Nell'ambito di tale *definitio per divisionem*, il *genus*, rappresentato dalle obbligazioni che vengono ripartite in base alle *causae* da cui promanano, viene suddiviso in *species* le quali, oltre a presentare dei tratti comuni con lo stesso, sono connotate da elementi propri che le differenziano dalle altre<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> Cfr. in merito G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., pp. 15 ss.; M. TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, cit., p. 43; ID., s.v. *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., pp. 67 ss.

<sup>188</sup> In tal senso depone F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., pp. 175 ss. Gaio utilizza ripetutamente i termini *genus* e *species*, fra l'altro anche mediante l'impiego di significati differenti, cfr. R. MARTINI, “*Genus*” e “*species*” nel linguaggio gaiano, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, pp. 462 ss. e G. MAININO, *L'ordine espositivo delle Istituzioni di Gaio e il sistema civilistico: un'ipotesi*, in *Rivista di Diritto Romano*, XI (2011), p. 2. Per l'elenco delle fonti si rinvia a M. FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Göttingen 1960, pp. 111 ss.

Nell'analisi interpretativa del frammento, sono stati generalmente<sup>189</sup> tralasciati alcuni aspetti relativi al medesimo fra cui specialmente quello inerente al *quodam*, che esprime un tratto essenziale per quanto concerne il pensiero di Gaio.

Secondo Gaio, infatti, mentre le obbligazioni che sorgono sia da contratto che da delitto presentano un *proprium ius*, in relazione alla loro fonte, quelle che nascono *ex variis causarum figuris*, si connotano, sempre in rapporto alla fonte, per un *proprium quodam ius*<sup>190</sup>.

In tal senso, si profila utile il raffronto con un altro brano dello stesso Gaio, conservato all'interno del proprio manuale istituzionale, in cui il giureconsulto svolge un ragionamento per certi versi affine<sup>191</sup>.

Gai. 2.7: *Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur; utique tamen, etiamsi non sit religiosum, pro religioso habetur. Item quod in provinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur.*

Il passo è tratto dal *commentarius secundus* delle *Institutiones*, che ha ad oggetto la divisione suprema delle cose, espressa per il tramite di una dicotomia secondo cui alcune di esse sono di diritto divino ed altre di

---

<sup>189</sup> Cfr. quanto riportato da S. RICCOBONO, *La dottrina delle obligationes quasi ex contractu*, cit., pp. 103 ss., il quale nell'ambito della ricostruzione dei passi gaiiani inerenti alle singole *obligationes ex variis causarum figuris*, ha ritenuto opportuno, nell'ambito delle modifiche ivi proposte, immettere l'espressione *proprio iure*.

<sup>190</sup> Sul punto vedasi F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., pp. 176 ss.

<sup>191</sup> In senso analogo depone anche F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 178, che reputa il passo in oggetto come verosimilmente genuino.

diritto umano. All'interno di Gai. 2.7 viene illustrato in maniera concisa la motivazione per cui secondo i più non fosse possibile rendere *religiosum* un luogo sito in suolo provinciale ed analogamente come *proprie sacrum non est* quel che in provincia non è consacrato d'autorità del popolo romano.

Dal contesto si evince che Gaio, partendo dall'opinione dei più, come risulterebbe espresso dal pronome indefinito *plerisque*, reputasse anche le cose oggetto della trattazione *quodam modo divini iuris*, al pari di quelle *sanctae*<sup>192</sup>, sulla base di un'argomentazione analoga (*item*), secondo cui nel primo dei casi presi in considerazione il suolo in oggetto non risulta *proprie* religioso, ma *pro religioso habetur*, mentre nel caso seguente la *res* non è *proprie* sacra, tuttavia *pro sacra habetur*<sup>193</sup>.

In entrambi i casi quindi si evince che, nonostante venisse meno uno degli elementi che rappresentavano sia il *proprium* della *res religiosa*<sup>194</sup> che di quella *sacra*<sup>195</sup>, la *res* veniva trattata come se lo fosse.

Una simile modalità argomentativa non era dunque estranea al giureconsulto ma rappresentava uno dei modi con cui egli intendesse operare. La *divisio* delle obbligazioni, in relazione alla fonte, potrebbe quindi, a rigore di logica, essere indirizzata a porre in luce come pur essendovi obbligazioni che partecipano alle regole generali proprie delle obbligazioni contrattuali, esse non scaturiscono da contratto, ed altresì come vi siano obbligazioni le quali, pur essendo sottoposte alle regole

---

<sup>192</sup> Significativo, a tal riguardo, il raffronto con il passo seguente delle *Institutiones* (Gai. 2.8) in cui il giurista si esprime asserendo che: “*Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodam modo divini iuris sunt*”.

<sup>193</sup> Sul punto vedasi F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 178.

<sup>194</sup> Gai. 2.6: *Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat*.

<sup>195</sup> Gai. 2.5: *Sed sacrum quidem hoc solum existimatur, quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatus consulto facto*.

generali proprie delle obbligazioni *ex maleficio*, le stesse non sorgono da delitto<sup>196</sup>.

## 6. Actione teneri

L'idea per cui la prospettiva dalla quale muove Gaio, nel suo polifunzionale manuale istituzionale, risulti fondata su una corrispondenza d'identità della tutela processuale, fra figure contrattuali e figure che tali non sono, parrebbe essere confermata su più fronti ma si prospetta necessario, a tal fine, un'analisi esegetica di D. 44.7.5 pr.-3 (Gai. 3 *aur.*):

D. 44.7.5 pr. (Gai. 3 *aur.*): *Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequae invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficium est sine mandatu suscipere negotiorum administrationem: longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest: sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari. ideo autem id ita receptum est, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt: quorum negotia desperire iniquum erat, quae sane desperirent, si vel is, qui obtulisset se negotiis gerendis, nullam habiturus*

---

<sup>196</sup> Cfr. in tal senso F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 176 ss.



*esset actionem de eo, quod utiliter de suo impendisset, vel is, cuius gesta essent, adversus eum, qui invasisset negotia eius, nullo iure agere posset. 1: Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore, sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditori eius obligaverit. 2: Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur: nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intellegitur: maleficium autem nullum in ea re esse plus quam manifestum est. 3: Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur.*

I frammenti, tratti dal terzo dei sette libri di cui si compongono gli *Aurea* e reperibili nel titolo VII del Digesto dedicato alle *variae causarum figurae*, riguardano una serie di atti leciti che per effetto della loro conformazione strutturale non sono propriamente (*proprie*) contratti.

Trattasi delle obbligazioni *ex negotiorum gestio*, *ex tutela*, *ex legatum debitum*, *ex indebiti solutio*. Esse sono notoriamente parte di una categoria che sorge *prorium quodam ius* e lo si evince chiaramente anche da quanto espresso in D. 44.7.1 pr. (Gai. 2 *aur.*).

Sulla base del dato testuale emerge altresì, per effetto della congiunzione *quoque*, che i frammenti risultano funzionalmente<sup>197</sup> collegati

---

<sup>197</sup> Cfr. F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., pp. 180 ss.

l'uno con l'altro ma si tratta di vedere tramite quale modalità il giureconsulto abbia inteso operare.

Il primo dei casi ad essere presi in considerazione nelle *Res cottidianae*, relativamente alle obbligazioni che sorgono *ex variis causarum figuris*, è quello della *negotiorum gestio* (D. 44.7.5 pr.), dove comunemente per *negotiorum gestio* si intende la conduzione degli affari altrui spontaneamente ed utilmente intrapresa (*utiliter coeptum*) senza averne previamente ricevuto l'incarico da parte del soggetto interessato (*dominus negotii*)<sup>198</sup>. Attenendoci all'elaborazione testuale riferita da Gaio, nel caso in cui taluno abbia gestito gli affari di un assente in base ad un mandato (*ex mandato*), è evidente come, in virtù di tale contratto, sorgano fra loro le relative azioni di mandato, attraverso cui gli stessi possono reciprocamente perseguire in giudizio ciò che secondo buona fede l'uno deve prestare all'altro. Qualora, invece, la gestione abbia avuto luogo senza mandato, si è ugualmente ritenuto che l'obbligazione sorga reciprocamente e che, a tale titolo, fossero introdotte delle azioni, denominate *negotiorum gestorum*, per il tramite delle quali essi possano reciprocamente perseguire in giudizio ciò che taluno, sempre secondo buona fede, deve prestare all'altro (*quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet*).

Ad una prima lettura, appare nitidamente come il giureconsulto intenda partire da un assunto, consistente nel fatto per cui, nel caso in cui venga intrapresa una gestione d'affari<sup>199</sup>, questa permette di giungere, per

---

<sup>198</sup> Il passo è estremamente noto in dottrina così come le relative problematiche che ruotano intorno ad esso. Vedasi fra tutti, per i puntuali riferimenti eseguiti all'interno dell'ambito nel quale si sta operando, W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., pp. 174 ss.

<sup>199</sup> A dimostrazione del fatto che Gaio fosse pienamente a conoscenza della *negotiorum gestio* e dei relativi risvolti si rinvia a quanto riferito dal giureconsulto nel commentario

via di un effetto ravvisabile a partire dall'assunzione della stessa con o senza mandato, ad una corrispondenza biunivoca data dalla relativa tutela rimediale. A tale scopo, viene tracciato un parallelismo per il tramite della rispettiva *actio*, con una finalità argomentativa non dissimile da quanto si è visto nelle *Institutiones* circa il rapporto fra mutuo e *solutio indebiti*, anche se stavolta l'intento del giurista appare con maggiore lucentezza grazie specialmente al nesso intercorrente con D. 44.7.1 pr. (Gai. 2 *aur.*), tra figure riconducibili alla sfera contrattuale e figure che tali non sono in quanto *proprio quodam iure ex variis causarum figuris*.

Emerge, quindi, uno stretto rapporto fra *actio* ed *obligatio* che accomuna ma al contempo distingue queste fattispecie ed è intimamente connesso alle *causae* da cui il rapporto stesso muove. Questo lo si evince, in particolare, da quanto viene espresso in merito dal giurista, il quale, proseguendo nella sua trattazione, dopo aver precisato che tali azioni non nascono né *ex contractu* né *ex maleficio*, per effetto della spiegazione secondo cui, *in primis* non si reputa che il gestore abbia antecedentemente concluso un contratto *cum absente*, poi, che non costituisce alcun *maleficium* l'assumere senza mandato l'amministrazione degli (altrui) affari, ed infine, che non è dato ritenersi che abbia, senza saperlo, contratto o commesso un misfatto colui i cui affari siano stati gestiti, afferma, successivamente, come fosse

---

all'editto provinciale in D. 3.5.2 (Gai. 3 *ad ed. prov.*): *Si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem: itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum. et sane sicut aequum est ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit vel ex his negotiis retinet: ita ex diverso iustum est, si utiliter gessit, praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est.* Nonché, per riprendere il filone delle funzionalità pratiche da cui Gaio muove all'interno delle proprie *Institutiones*, vedasi anche a titolo esemplificativo Gai. 4.33 e Gai. 4.62, ove si parla dell'*actio negotiorum gestorum*.

legato a ragioni di utilità (*utilitatis causa*) il motivo per cui si è ammesso che essi risultino reciprocamente obbligati.

Con ulteriore concretezza, nei *indicia tutelae* (D. 44.7.5.1) fa seguito la *ratio* del discorso in oggetto essendo specificato come, nel contesto unitario all'interno del quale opera il giurista e di cui è preminente rimarcare l'omogeneità funzionale, anche nella fattispecie in esame, rientrante nelle *variae causarum figurae*, non si configurino propriamente obbligazioni che sorgono da contratto (*non proprie ex contractu obligati intelleguntur*), in quanto tra pupillo e tutore non viene concluso alcun negozio ma siccome, non si è tenuti come per un delitto, sembrano obbligazioni per le quali si è tenuti come per un contratto (*quasi ex contractu teneri videntur*).

Gaio, quindi, pienamente consapevole del fatto che fosse essenziale ai contratti l'elemento della *conventio*, così come elaborato dalla dottrina di Sesto Pedio, ed inteso quale accordo diretto a produrre il vincolo obbligatorio<sup>200</sup>, sembra voler fornire una spiegazione concreta circa il possibile fondamento giuridico di tale fattispecie, da considerarsi nella propria individualità e non ascrivibile, quanto alla fonte, alle obbligazioni contrattuali ma che può tuttavia, per il tramite del rimedio apprestatovi, esservi ricondotta. Questo dato emerge pure dal riscontro testuale presente nel frammento, dove il giureconsulto asserisce chiaramente come anche in questo caso le azioni siano reciproche (*et hoc autem casu mutuae sunt actiones*).

---

<sup>200</sup> In tal senso F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 187.

Sulla stessa linea, in D. 44.7.5.2 (Gai. 3 *aur.*) emerge come anche (*quoque*) l'erede che deve un legato<sup>201</sup> non è ritenuto obbligato né da contratto né da misfatto (*neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur*), e in D. 44.7.5.3 (Gai. 3 *aur.*) viene ripresa la problematica relativa alla *solutio indebiti* dove, specialmente alla luce di quanto asserito in merito all'amministrazione tutelare in D. 44.7.5.1 (Gai 3 *aur.*), viene illustrato in che cosa risiede l'analogia col mutuo e, contrariamente, in che cosa indebito e mutuo divergono.

Sicché colui che per errore ha pagato un indebito è obbligato quasi come colui che ha effettuato una *datio mutui* ed è tenuto dalla stessa azione; azione che, seguendo l'*iter* evolutivo iniziato a partire dalla bipartizione delle *Institutiones* di Gaio, lascerebbe intendere che la prospettiva dalla quale intendesse muovere il giurista sia identificabile nel comune denominatore rappresentato dall'*actio teneri*, di cui si evincono i prodromi a partire da Gai. 3.91.

In particolare, il riferimento all'analogia per effetto dell'azione processuale risulterebbe confermato<sup>202</sup> anche dal tenore letterale delle espressioni “*quasi ex contractu teneri videntur*”, rinvenibile in D. 44.7.5.1 (Gai 3 *aur.*), e “*eadem actione tenetur*”, presente in D. 44.7.5.3 (Gai 3 *aur.*).

---

<sup>201</sup> Per quanto concerne le quattro forme di legato, note al diritto classico, ve ne sono due, quello *per damnationem* e quello *sinendi modo*, in virtù dei quali l'erede risulterebbe gravato dagli effetti obbligatori. Cfr., a tal riguardo, quanto riferito da A. PEZZANA, *Contributi allo studio del legato «sinendi modo»*, Milano 1958, pp. 47 ss.; M.J. GARCÍA-GARRIDO, *La concezione classica del legato sinendi modo e la sua probabile struttura originaria*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano 1962, pp. 241 ss.; W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., pp. 189-193.

<sup>202</sup> Cfr. B. CORTESE, *Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici*, Napoli 2013, pp. 119 ss.

Secondo il Grosso<sup>203</sup>, infatti il significato da attribuire al «*quasi*» sarebbe esplicitamente desumibile per effetto dell'uso del verbo «*teneri*» in quanto tramite l'uso dell'avverbio si riconduce un atto al contratto in funzione della relativa *actio*.

Per il Betti<sup>204</sup>, altresì, sarebbe possibile rinvenire nel frammento la formazione coerente e compiuta di due nuove categorie sistematiche, quella del “*quasi ex contractu*” e del “*quasi ex delicto*”, connotate non solo da uno specifico rapporto d'identità, ma anche reciprocamente funzionali nell'ottica di una conseguente equiparazione processuale (*actione teneri*)<sup>205</sup>.

In merito si è espresso pure il Cannata<sup>206</sup>, il quale, nell'asserire che l'espressione adoperata negli *Aurea* sarebbe tesa verso l'individuazione di rapporti obbligatori dai caratteri analoghi a quelli prodotti da un contratto, consente di cogliere, ancora una volta, come la prospettiva adottata debba rinvenirsi piuttosto che nella fonte, produttiva delle rispettive obbligazioni, nell'assimilazione del regime giuridico processuale delle stesse<sup>207</sup>.

Gaio, quindi, nell'asserire che in tali fattispecie i soggetti *non proprie ex contractu obligati intelleguntur*, mira a sottolineare l'assenza in essi di uno degli elementi (la *conventio*) reputati basilari per i contratti e che, conseguentemente, le obbligazioni che ne derivano non hanno il *proprium* sostanziale delle obbligazioni contrattuali.

---

<sup>203</sup> Vedasi in merito G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., pp. 19 ss.

<sup>204</sup> Cfr. E. BETTI, *Sul significato di «contrahere» in Gaio e sulla non classicità della denominazione quasi ex contractu obligatio*, cit., pp. 65 ss.

<sup>205</sup> Si veda B. CORTESE, *Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici*, cit., pp. 121-122.

<sup>206</sup> Vedasi sul punto C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, cit., p. 28.

<sup>207</sup> In tal senso B. CORTESE, *Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici*, cit., pp. 122 ss.

Nonostante ciò, vengono esplicitamente richiamati quegli elementi per il tramite dei quali *quodam modo* i soggetti in esame risultano tenuti *quasi ex contractu*<sup>208</sup>.

In particolare, per quanto concerne la *negotiorum gestio*, primo caso che viene in considerazione, Gaio rileva chiaramente che le azioni *negotiorum gestorum* presentano i medesimi caratteri di quelle *mandati*. Circa il caso seguente, quello relativo alla tutela, viene asserito come i soggetti *quasi ex contractu teneri videntur* ed altresì che parimenti *mutuae sunt actiones*<sup>209</sup>.

A proposito del legato<sup>210</sup>, viene nuovamente ribadito che anche in esso i soggetti sembrano tenuti *quasi ex contractu*. Infine, in merito all'ultimo caso considerato, ossia quello relativo al pagamento dell'indebito, Gaio riporta che colui il quale ha ricevuto l'indebito è tenuto dalla stessa azione nascente da mutuo.

Da tutto ciò, emerge dunque come tali figure non sono, per effetto della loro conformazione strutturale, propriamente contratti dal punto di vista sostanziale ma possono considerarsi alla stregua degli stessi poiché propriamente tali dal punto di vista processuale dei relativi rimedi tutelari.

Quella dell'equiparazione processuale è quindi la prospettiva da cui muove il giurista ed è tramite il *proprium ius* delle figure ricondotte nell'alveo delle *variae causarum figurae* che gli viene consentito di creare un collegamento tra fattispecie ascrivibili alla sfera contrattuale e fattispecie che, considerate nella loro individualità, tali non risultano essere.

---

<sup>208</sup> Cfr. F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., pp. 188 ss.

<sup>209</sup> Vedasi in particolare Gai 4.62 secondo cui: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.*

<sup>210</sup> D. 44.7.5.2 (Gai 3 *aur.*): *Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur: nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intellegitur: maleficium autem nullum in ea re esse plus quam manifestum est.*

### CAPITOLO III

#### *QUASI EX CONTRACTU ACTIONE TENERI*

SOMMARIO: 1. Lo *status quaestionis*. – 2. Il rapporto tra *obligatio* ed *actio in personam*. – 3. *Negotiorum gestio*. – 4. *Obligatio ex tutela*. – 5. *Legatum*. – 6. *Indebiti solutio*. – 7. Risultanze parziali.

#### 1. *Lo status quaestionis*

Le riflessioni avanzate in precedenza pongono in luce come Gaio, all'interno delle proprie *Institutiones*, avesse avvertito quale insufficiente la bipartizione elaborata nell'ambito delle fonti delle obbligazioni, mentre, la tripartizione di cui ai *Libri rerum cottidianarum sive aureorum*, sembra rappresentare non solo un perfezionamento, ma anche un chiaro sviluppo della classificazione originariamente adottata dal giureconsulto.

Tra le *obligationes ex variis causarum figuris*, l'unica ad essere stata trattata da Gaio nelle sue Istituzioni fu quella originata da *solutio indebiti*, che produsse in Gai. 3.91 quei dubbi relativi all'utilità pratica di una bipartizione delle fonti delle obbligazioni derivante unicamente da contratto e da delitto.

Per dimostrare dunque la veridicità e completezza di quanto trasmessoci nelle *Res cottidianae*, circa la tripartizione delle fonti delle obbligazioni e le figure ivi ricondotte, specialmente alla luce di quella che fu la successiva elaborazione espressa nelle Istituzioni di Giustiniano, assume particolare rilevanza stabilire se prima e durante il periodo in cui visse Gaio, fossero note le fattispecie riportate fra le *obligationes ex variis causarum figuris*, e parimenti constatare se, le medesime, venissero trattate



alla stregua di obbligazioni che non rientravano fra i contratti, ma potessero, comunque, accostarsi analogicamente agli stessi.

## 2. *Il rapporto tra obligatio ed actio in personam*

Nello studio del diritto romano è sempre stato controverso il problema se, nel diritto classico, il concetto di *obligatio* e delle sue fonti fosse unicamente connesso con il *ius civile* o fosse pure riconducibile nell'ambito del *ius honorarium*.

Alcuni autori<sup>211</sup>, sono infatti del parere che il concetto di *obligatio* e delle sue fonti, nel periodo classico, fosse riferibile esclusivamente al *ius civile*.

Altri<sup>212</sup> ancora, invece, ritengono che l'*obligatio* si ricollegasse anche con la sfera del diritto onorario.

In particolare, lo Schulz<sup>213</sup>, avanzò l'ipotesi per cui Gaio, all'interno delle proprie *Institutiones*, abbia ampliato il concetto di *obligatio*, fino a

---

<sup>211</sup> Cfr. in merito E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile*, cit., pp. 501 ss.; ID., *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, cit., pp. 97 ss; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., pp. 456 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa editrice Jovene (1854-1954)*, Napoli 1954, pp. 135 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, pp. 489 ss.

<sup>212</sup> Cfr. a tal riguardo S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., pp. 452 ss.; G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni e le azioni ex delicto*, I, Torino 1926, pp. 288 ss.; ID., *Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra diritto civile e diritto pretorio*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano 1946, pp. 731 ss.; F. PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano 1951, pp. 366 ss.; G. SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni*, cit., pp. 227 ss.

<sup>213</sup> Vedasi F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., pp. 457 ss.

ricomprensivi quei fatti giuridici la cui rilevanza era solo dal punto di vista del *ius honorarium*, divenendo così precursore dei successivi sviluppi<sup>214</sup>.

Prima di definire, però, quali criteri possano essere accolti, al fine di valutare se esistesse o meno una simile concezione dell'*obligatio* nel periodo in cui visse Gaio, occorre prima di tutto verificare se l'*actio in personam* tesa a far valere l'*obligatio* fosse sempre in *ius concepta* o se si potesse basare pure sul *ius honorarium*.

In Gai. 4.2<sup>215</sup>, è testimoniato che l'*actio in personam* veniva individuata quando nella relativa *intentio* fossero presenti le parole *dare, facere, praestare, oportere*.

L'*oportere*<sup>216</sup> è considerato, dalla maggior parte della dottrina<sup>217</sup>, quale termine tecnico indicante un'*obligatio* basata sul *ius civile*.

Secondo lo Sturm<sup>218</sup>, tuttavia, la parola *oportere*, talvolta, sarebbe apparsa priva di qualsiasi connessione con l'*obligatio*, anche nelle azioni

---

<sup>214</sup> Cfr. sul punto J.C. VAN OVEN, *Le sens des mots «obligatio» et «obligare» chez Gaius*, in *Festschrift H. Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, Basel 1953, pp. 130-131 secondo il quale, la tendenza ad estendere il concetto di *obligatio* alle obbligazioni che non rientravano nell'ambito della divisione contenuta in Gai. 3.88-89, fosse già presente nelle *Institutiones* di Gaio.

<sup>215</sup> Gai. 4.2: *In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE*.

<sup>216</sup> Cfr. A. BERGER, s.v. *Oportere*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, p. 609.

<sup>217</sup> Vedasi, fra tutti, M. WLASSAK, *Die Aquilianische Stipulation*, in *ZSS*, XLII (1921), pp. 406 ss.; O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig 1927, p. 269; F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation "ex delicto"*, cit., pp. 281-282; J. PAOLI, *Oportere dans les textes juridiques*, in *REL*, XV (1937), pp. 331 ss.; D. DAUBE, *Novation of Obligations giving a Bonae Fidei Iudicium*, in *ZSS*, LXVI (1948), pp. 128 ss.; M. KASER, *Zum Ediktsstil*, in *Festschrift F. Schulz*, II, Weimar 1951, p. 52; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 36 ss.

<sup>218</sup> Si veda F. STURM, *Oportere*, in *ZSS*, LXXXII (1965), pp. 211 ss. secondo cui *oportere* è: «ein juristisch völlig farbloser Ausdruck, eine Bezeichnung ohne spezifische Bedeutung».

basate sul *ius honorarium*, ma, contro tale linea di pensiero, si pose categoricamente il Kaser<sup>219</sup>, che ritenne inammissibile una tesi in cui il termine *oportere* non avesse un preciso significato giuridico.

Nel processo arcaico è infatti evidente che la parola *oportere* rinvitava ad una pretesa basata sulla legge, mentre nel processo formulare, oltre al termine *oportere*, si trovava anche l'espressione *oportere ex fide bona*, che, sempre secondo il Kaser<sup>220</sup>, avrebbe indicato una connessione con la responsabilità basata sul sistema del *ius civile*.

Mettendo in correlazione Gai. 4.2<sup>221</sup> e Gai. 4.45<sup>222</sup>, dove il giurista afferma che la locuzione *dare oportere* inserita nell'*intentio* è un elemento che differenzia le *actiones in ius conceptae*, non pare chiara l'esistenza di un'azione pretoria *in personam*, infatti, in un'azione di questo tipo non si sarebbero potuti trovare i termini *dare facere praestare oportere* e, nonostante determinati autori<sup>223</sup> pervengano a tale conclusione basandosi essenzialmente su I.

---

<sup>219</sup> M. KASER, *Oportere und ius civile*, cit., pp. 1 ss.

<sup>220</sup> Vedasi a tal riguardo M. KASER, *Oportere und ius civile*, cit., p. 46.

<sup>221</sup> Vedasi *supra* nt. 215.

<sup>222</sup> Gai. 4.45: *Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere aut pro fure damnum decidi oportere; sunt et aliae, in quibus iuris civilis intentio est.*

<sup>223</sup> Vedasi in merito E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920, pp. 80-81; E. ALBERTARIO, *Actiones in rem e actiones in personam*, in *Studi di diritto romano*, Milano 1946, pp. 229 ss.

4.2<sup>224</sup>, in dottrina<sup>225</sup> è prevalente l'opinione secondo cui l'*actio in personam* potesse aver luogo in caso di rapporti giuridici tutelati dal diritto onorario, specialmente nelle azioni con *intentio in factum*.

Dopodiché, a supporto della tesi secondo cui Gaio avrebbe ammesso l'esistenza di azioni pretorie *in personam*, depone anche Gai.

---

<sup>224</sup> I. 4.2: *Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse): sed tamen propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum et est intra annum quadrupli, post annum simpli. quae actio utilis est, etiamsi quis unam rem, licet minimam, rapuerit. Quadruplum autem non totum poena est et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus: sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto sive non. Ridiculum est enim levioris esse condicionis eum qui vi rapit quam qui clam amovet. Quia tamen ita competit haec actio, si dolo malo quisque rapuerit: qui aliquo errore inductus, suam rem esse, et imprudens iuris eo animo rapuit quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est nec furti teneri eum qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne, dum talia excogitentur, inveniatur via per quam raptores impune suam exerceant avaritiam: melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem vel se moventem, licet suam eandem rem existimet: sed si quis contra statuta fecerit, rei quidem suae dominio cadere, sin autem aliena sit, post rei restitutionem etiam aestimationem eiusdem rei praestare. Quod non solum in mobilibus rebus, quae rapi possunt, constitutiones optinere censuerunt, sed etiam in invasionibus quae circa res soli fiunt, ut ex hac omni rapina homines abstineant. In hac actione non utique spectatur, rem in bonis actoris esse: nam sive in bonis sit sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum haec actio habebit. Quare sive commodata sive locata sive etiam pignerata sive deposita sit apud Titium, sic ut intersit eius non auferri, veluti si in re deposita culpam quoque promisit, sive bona fide possideat, sive usumfructum in ea quis habeat, vel quod aliud ius ut intersit eius non rapi: dicendum est, competere ei hanc actionem, ut non dominium accipiat, sed illud solum quod ex bonis eius qui rapinam passus est, id est quod ex substantia eius, ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis omnes habere hanc actionem.*

<sup>225</sup> Si vedano fra tutti M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze: Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, I, Leipzig 1888, pp. 82-83; G. SEGRÈ, *Sulla distinzione delle actiones in rem e in personam*, in *BIDR*, XLI (1933), pp. 81 ss.; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., pp. 33 ss.; J.C. VAN OVEN, *Le sens des mots «obligatio» et «obligare» chez Gaius*, cit., pp. 122-123; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, pp. 253 ss.

4.106<sup>226</sup>, nel quale il giurista afferma espressamente come i *iudicia imperio continenti* potessero essere *sive in rem sive in personam*.

Tutto ciò risulterebbe pure in linea con quanto si rinviene in alcuni frammenti di Ulpiano<sup>227</sup>, riguardanti la distinzione delle azioni e nel chiederci il perché della differenza intercorrente fra Gai. 4.2 e Gai 4.106 non si può non tenere conto del fatto che Gai. 4.2 precede l'esposizione del processo per *legis actiones*, il quale ha luogo a partire da Gai. 4.10, ed inoltre, che, in tale tipologia di processo, sia l'*actio in personam* che quella *in rem* si basavano sempre sul *ius civile*.

Le formule riportate da Gaio, in relazione alle *legis actiones in personam*, dimostrano poi come l'espressione *dare oportere* fosse sempre presente e che l'introduzione, nella corrispondente procedura formulare, di azioni fondate sull'*imperium* del pretore decretò, all'interno delle *actiones in personam*, la differenziazione fra quelle fondate sul *ius civile* e quelle basate sul *ius honorarium*.

Altresì, come ebbe modo di rilevare anche il Wolodkiewicz<sup>228</sup>, sebbene Gaio, all'inizio del quarto libro delle *Institutiones*, abbia presentato,

---

<sup>226</sup> Gai. 4.106: *Et si quidem imperio continenti iudicio actum fuerit, sive in rem sive in personam, sive ea formula, quae in factum concepta est, sive ea, quae in ius habet intentionem, postea nihil minus ipso iure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae.*

<sup>227</sup> Cfr. D. 44.7.25 pr. (Ulp. lib. sing. reg.): *Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est qui rem possidet. In personam actio est, quae cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet*; D. 50.16.36 (Ulp. 23 ad ed.): *“Litis” nomen omnem actionem significat, sive in rem sive in personam sit*; D. 50.16.178.2 (Ulp. 49 ad Sab.): *“Actionis” verbum et speciale est et generale. Nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio: sed plerumque “actiones” personales solemus dicere. “Petitionis” autem verbo in rem actiones significari videntur. “Persecutionis” verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem.*

<sup>228</sup> Vedasi in proposito W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 173.

a prelude di ulteriori argomentazioni, il modello precedente, questo non rappresenta di certo un ostacolo al fatto che egli intendesse rivedere una tesi non più “attuale” e, conseguentemente, di riconoscere in Gai. 4.106 l’esistenza di azioni pretorie *in personam*.

Conferma l’idea che, secondo Gaio, fossero fonti di obbligazione non solo situazioni giuridiche fondate sul *ius civile*, la circostanza per cui, tra i quattro delitti indicati dal giureconsulto, e considerati quali fonte di *obligatio*, ve ne fossero pure alcuni che si basavano sul *ius honorarium*<sup>229</sup>.

Inoltre, si deve ricordare che dopo la codificazione dell’editto pretorio ai tempi di Adriano<sup>230</sup>, non ebbe più ragione di esistere la differenza tra il sistema del *ius civile* e quello del *ius honorarium*.

Nell’esame delle singole *obligationes ex variis causarum figuris*, sarà quindi opportuno verificare, al fine di provare l’esistenza dell’*obligatio*, non solo la presenza nella formula dell’*actio* delle parole *dare, facere, praestare, oportere*, ma anche di altre caratteristiche proprie delle azioni *in personam*. In altre parole, si potrà parlare di un’esistenza dell’*obligatio* in tutti quei casi nei quali potesse essere effettivamente applicata un’*actio in personam*.

---

<sup>229</sup> Si pensi all’*actio furti manifesti* (Gai. 3.189), all’*actio vi bonorum raptorum* (Gai. 3.209) e all’*actio iniuriarum aestimatoria* (Gai. 3.224). Cfr. in merito F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., pp. 457 ss.

<sup>230</sup> Cfr. A. GUARINO, *L’ordinamento giuridico romano*, Napoli 1956, pp. 172 ss. e vedasi pure M. KASER, *Oportere und ius civile*, cit., p. 46 secondo cui la differenza tra il sistema del *ius civile* e del *ius honorarium* scomparve nel periodo della procedura *per formulas*.

### 3. Negotiorum gestio

Il novero delle obbligazioni che sorgono *ex variis causarum figuris*, presentato da Gaio all'interno del terzo dei sette libri di cui si compongono le *Res cottidianae*, si è visto aprirsi con la *negotiorum gestio* (D. 44.7.5 pr.), che indica la gestione degli affari intrapresa in assenza di un incarico predisposto da parte della persona interessata.

Tra i testi dei giuristi antecedenti o contemporanei a Gaio, i quali, unitamente al brano precedente, si riferirono alla *negotiorum gestio* con tale accezione, vi sono quelli di Labeone<sup>231</sup>, Giavoleno<sup>232</sup>, Giuliano<sup>233</sup>, Celso<sup>234</sup>, Africano<sup>235</sup> e Sesto Pomponio<sup>236</sup>.

Bisogna riconoscere che l'espressione *negotiorum gestio* fu utilizzata anche per indicare qualsiasi tipologia di gestione degli affari altrui su incarico dell'individuo rappresentato<sup>237</sup>, e, per effetto di tale concezione, parte della dottrina<sup>238</sup> ritenne non solo che il diritto romano non fosse a conoscenza della *negotiorum gestio* quale gestione degli affari altrui assunta senza un precedente incarico, ma anche che la dizione *negotium gerere* si ricollegasse esclusivamente ad una gestione d'affari in cui vi fosse un procuratore.

---

<sup>231</sup> Cfr. D. 3.5.42 (Lab. 6 *post. epit. a Iav.*) e D. 3.5.9.1 (Ulp. 10 *ad ed.*), nel quale Ulpiano opera un esplicito riferimento a Labeone.

<sup>232</sup> Cfr. D. 3.5.27 (Iav. 8 *ex Cass.*).

<sup>233</sup> Cfr. D. 5.1.74.2 (Iul. 5 *dig.*) e D. 3.5.29 (Iul. 3 *dig.*) in cui si richiama Valerio Severo.

<sup>234</sup> Cfr. D. 17.1.50 (Cels. 38 *dig.*).

<sup>235</sup> Cfr. D. 3.5.45 pr. (Afr. 7 *quaest.*), D. 3.5.48 (Afr. 8 *quaest.*), D. 21.1.51.1 (Afr. 8 *quaest.*).

<sup>236</sup> Cfr. D. 44.7.12 (Pomp. 29 *ad Sab.*) e D. 3.5.10 (Pomp. 21 *ad Q. Muc.*), all'interno del quale viene operato un chiaro riferimento a Proculo.

<sup>237</sup> Cfr. a tal riguardo D. 3.5.3.9 (Ulp. 10 *ad ed.*) e D. 3.5.5.6 (Ulp. 10 *ad ed.*).

<sup>238</sup> Per un'efficace sintesi di tali autori, si rinvia fra tutti a M. KASER, *Das römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, cit., pp. 489 ss.

In tal senso depose il Frese<sup>239</sup>, il quale ritenne che, nel diritto classico, qualora un *procurator* si occupasse dell'amministrazione complessiva degli affari altrui, dovesse essere applicata l'*actio negotiorum gestorum* mentre, nel caso di un mandato per singoli affari, ci si sarebbe serviti unicamente dell'*actio mandati*.

Tuttavia, contro questa idea, che non vedrebbe nel diritto romano classico la possibilità di applicazione dell'*actio negotiorum gestorum* nel caso di una gestione d'affari intrapresa in assenza di un mandato, depongono diversi brani riconducibili al periodo in oggetto, di cui i più significativi sono i seguenti:

1) D. 3.5.42 (Lab. 6 *post. epit. a Iav.*): *Cum pecuniam eius nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit: nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi.*

Nel frammento emerge come, secondo Labeone, nel caso di colui il quale abbia pagato una somma di denaro, per conto di un individuo che non avesse previamente fornito alcun incarico, l'*actio negotiorum gestorum* si sarebbe riferita esclusivamente all'attività intrapresa nell'altrui interesse senza mandato, non avendo, il debitore, ordinato a soggetti terzi di pagare il proprio debito.

2) D. 5.1.74.2 (Iul. 5 *dig.*): *Cum absentem defendere vellem, iudicium mortuo iam eo accepi et condemnatus solvi: quaesitum est an heres liberaretur, item quae actio*

---

<sup>239</sup> Vedasi B. FRESE, *Prokuratur und negotiorum gestio im römischen Recht*, in *Mélanges de Droit Romain dédiés à Georges Cornil*, I, Paris 1926, pp. 348 ss.; ID., *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, Milano 1930, pp. 397 ss.; ID., *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur*, in AA. VV., *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, IV, Palermo 1936, pp. 419 ss.



*mibi adversus eum competeret. respondi iudicium, quod iam mortuo debitore per defensorem eius accipitur, nullum esse et ideo heredem non liberari: defensorem autem, si ex causa iudicati solverit, repetere quidem non posse, negotiorum tamen gestorum ei actionem competere adversus heredem: qui sane exceptione doli mali tueri se possit, si ab actore conveniatur.*

La situazione presa in esame da Giuliano è rappresentata da un'attività priva di mandato verso terzi, in cui non è rilevante<sup>240</sup>, se colui il quale abbia assunto nel processo la rappresentanza di un individuo assente avesse operato in presenza o in assenza del relativo incarico di mandato, poiché, al momento della morte del debitore assente, l'azione verso gli eredi del defunto sarebbe stata senza mandato.

Ne deriva pertanto che, l'*actio negotiorum gestorum* contro gli eredi del debitore, fosse quella legata alla conduzione degli affari altrui in assenza di un mandato, e che, sebbene sia stata recepita la soluzione per cui gli eredi non sarebbero esonerati dal debito generato dal pagamento effettuato dal rappresentante, l'attività di quest'ultimo sarebbe indubbiamente a favore degli stessi, visto e considerato che, qualora venisse intentata un'azione, costoro si sarebbero potuti opporre per il tramite di un'*exceptio doli*.

3) D. 3.5.45 pr. (Afr. 7 quaest.): *Mandasti filio meo, ut tibi fundum emeret: quod cum cognovissem, ipse eum tibi emi. Puto referre, qua mente emerim: nam si propter ea, quae tibi necessaria esse scirem, et te eius voluntatis esse, ut emptum habere velles, agemus inter nos negotiorum gestorum, sicut ageremus, si aut nullum omnino mandatum intercessisset, aut Titio mandasses et ego, quia per me commodius negotium*

---

<sup>240</sup> Cfr. in tal senso W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 176.

*possim conficere, emissem. Si vero propterea emerim, ne filius mandati iudicio teneatur, magis est, ut ex persona eius et ego tecum mandati agere possim et tu mecum actionem habeas de peculio, quia et si Titius id mandatum suscepisset et, ne eo nomine teneretur, ego emissem, agerem cum Titio negotiorum gestorum, et ille tecum et tu cum illo mandati. Idem est, et si filio meo mandaveris, ut pro te fideiuberet, et ego pro te fideiusserim.*

Nel passo Sesto Cecilio Africano, assumendo la *negotiorum gestio* quale conduzione di affari altrui senza mandato, prima chiarisce come, ai fini dell'esperibilità della relativa *actio*, fosse necessario che, nell'acquisto di un fondo verso terzi, questo venga utilmente intrapreso in favore degli stessi e, a seguire, pone in luce che, mentre tra il figlio e il terzo che lo abbia incaricato di comprare il terreno avrà luogo l'*actio mandati*, per quanto concerne l'*actio negotiorum gestorum*, questa avrà ad oggetto il rapporto intercorrente tra il padre e il mandante del figlio, nel cui interesse venne effettuato l'acquisto di tale fondo<sup>241</sup>.

Dopodiché, della *negotiorum gestio* come conduzione di affari altrui in assenza di un mandato si occupò anche Gaio, all'interno del terzo dei trenta libri di cui si compone il commento all'editto provinciale, e rinvenibile in D. 3.5.2 (Gai. 3 *ad ed. prov.*<sup>242</sup>), dove emerge che, qualora

---

<sup>241</sup> Per un ulteriore approfondimento sul testo, vedasi H.H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, pp. 32 ss.

<sup>242</sup> D. 3.5.2 (Gai. 3 *ad ed. prov.*): *Si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem: itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum. et sane sicut aequum est ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit vel ex his negotiis retinet: ita ex diverso iustum est, si utiliter gessit, praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est.* Le obiezioni mosse contro la veridicità del testo riguardano prevalentemente la frase "*itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum*" e si riallacciano essenzialmente alla natura dell'obbligazione sorta da *negotiorum gestio*. Sul punto vedasi, fra tutti, J. PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio*, I, Heidelberg 1913, pp. 6 ss. In senso contrario depone V.

taluno abbia gestito gli affari di un individuo assente e, sebbene costui non ne fosse a conoscenza, avesse intrapreso utilmente (*utiliter*) delle spese o assunto delle obbligazioni per il patrimonio dell'assente, avrà diritto ad un'azione denominata *negotiorum gestorum*.

Ma non solo, poiché Gaio ebbe modo di soffermarsi sulla *negotiorum gestio* pure nelle proprie *Intitutiones*<sup>243</sup>, in cui, il termine *negotium* unitamente al verbo *gerere*, assume il significato di qualsiasi gestione d'affari, sia propria che altrui, e ivi tratta anche dell'*actio negotiorum gestorum*, prima in Gai. 4.33<sup>244</sup>, relativamente all'impossibilità di applicare la *fictione* in caso di *condictiones*, e poi in Gai. 4.62<sup>245</sup>, dove, nell'elencazione dei *iudicia bonae fidei*, il fatto per cui l'*actio negotiorum gestorum* e l'*actio mandati* siano l'una di seguito all'altra, lascerebbe desumere che la *negotiorum gestio* non possa essere intesa quale conduzione di affari altrui su mandato della persona interessata<sup>246</sup>.

Inoltre, dell'esistenza di un obbligo che sorge da *negotiorum gestio*, in epoca repubblicana, vi è traccia sia in Cicerone (Cic., *Top.* 17.66 e Cic., *Brut.* 17-18<sup>247</sup>) che in un brano, contenente un parere di Servio, trasmessoci

---

ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle res cottidianae. Studio di giurisprudenza postclassica*, cit., pp. 507 ss., il quale, sebbene utilizzi il brano in oggetto per provare l'esistenza di una duplice versione delle *Res cottidianae*, di cui una trasmessoci in D. 44.7.5 pr. (Gai. 3 *aur.*) e l'altra contenuta all'interno delle Istituzioni giustiniane in I. 3.27.1, ritiene autentico il frammento in esame.

<sup>243</sup> Cfr. in merito Gai. 3.136, Gai. 4.70 e Gai. 4.72a.

<sup>244</sup> Gai. 4.33: *Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. Sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus nec ullam adiungimus conditionis fictionem; itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.*

<sup>245</sup> Gai. 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.*

<sup>246</sup> Vedasi, a tal riguardo, W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 178.

<sup>247</sup> Cic., *Top.* 17.66: *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agere oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius*

in D. 3.5.20 pr. (Paul. 9 *ad ed.*<sup>248</sup>), ma è soprattutto per il tramite di quanto viene riportato da Paolo nel trentaduesimo, dei settantotto libri di cui si compone il Commento *ad Edictum*, che risulta direttamente come, già nel diritto repubblicano, vi sia una differenziazione della gestione di affari altrui a seconda che si fosse in presenza o in assenza di un mandato<sup>249</sup>.

In D. 17.1.22.10 (Paul. 32 *ad ed.*), si legge per l'appunto che:

*Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius Ofilius Labeo responderunt his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem, his autem qui absentes fuerunt negotiorum gestorum actionem esse. Atquin si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori, tamquam si*

---

*aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt. Licebit igitur diligenter argumentorum cognitis locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare. Cic., Brut. 17-18: Tum ille: ego vero et exspectabo ea quae polliceris, nec exigam nisi tuo commodo et erunt mihi pergrata, si solveris. Mihi quoque, inquit Brutus, [et] exspectanda sunt ea quae Attico polliceris, etsi fortasse ego a te huius voluntarius procurator petam, quod ipse, cui debes, incommodo exacturum negat. At vero, inquam, tibi ego, Brute, non solvam, nisi prius a te cavero amplius eo nomine neminem, cuius petitio sit, petiturum. Non mebercule, inquit, tibi repromittere istuc quidem ausim. nam hunc, qui negat, video flagitorem non illum quidem tibi molestum, sed adsiduum tamen et acrem fore. Tum Pomponius: ego vero, inquit, Brutum nihil mentiri puto. videor enim iam te ausurus esse appellare, quoniam longo intervallo modo primum animadverti paulo te hilariorum.*

<sup>248</sup> D. 3.5.20 pr. (Paul. 9 *ad ed.*): *Nam et servius respondit, ut est relatum apud alfenum libro trigensimo nono digestorum: cum a lusitanis tres capti essent et unus ea condicione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti nolisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent: servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium.* Per un ulteriore approfondimento si rinvia a J. PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio*, I, cit., pp. 41 ss.; G. PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale*, Padova 1935, pp.15 ss.; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, p. 206; H.H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, cit., pp. 80 ss.

<sup>249</sup> Cfr. sul punto M.P. PÉREZ ÁLVAREZ, *Observaciones sobre D. 17.1.22.10 (Paul. l. 32 ad ed.)*, in *RIDA*, XLV (1998), pp. 355-386.

*negotia absentium gesserint: quod si, cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint.*

Il passo è estremamente noto, allo stesso modo col quale lo sono le problematiche che ruotano intorno al medesimo<sup>250</sup>. Al suo interno, l'allievo di Cervidio Scevola, richiama l'opinione di due giuristi repubblicani, Trebazio e Ofilio, e di un giurista del primo periodo imperiale, Labeone, che distinsero due situazioni nelle quali si sarebbero potuti venire a trovare dei creditori insoddisfatti nei confronti di un *curator bonorum* il quale avesse già provveduto alla vendita del patrimonio del debitore insolvente e, per quel che ci interessa, dal testo emerge nitidamente che, qualora i creditori fossero stati presenti (*praesentes*), presumibilmente alla vendita stessa del patrimonio<sup>251</sup>, avrebbero avuto il diritto di applicare l'*actio mandati* contro il curatore mentre, qualora fossero stati assenti (*absentes*), avrebbero potuto esercitare un'*actio negotiorum gestorum*.

---

<sup>250</sup> Il dibattito dottrinale risulta essenzialmente incentrato su due problemi. Il primo di essi, ha ad oggetto la determinazione dell'organo fallimentare cui il testo si riferisse originariamente, dove, secondo parte della dottrina, sarebbe da ritenersi interpolato il termine *curator* anziché *magister bonorum*, mentre, tra gli autori che sostengono la genuinità dello stesso, alcuni ritengono che il testo si riferisse unicamente al *curator bonorum* in relazione alla vendita urgente di cose che potessero deteriorarsi o andare perdute, e altri, invece, sostengono che venisse operato un semplice riferimento al *curator bonis distrabendis*. Dopodiché, per quanto concerne il secondo dei problemi su cui si è soffermata la dottrina, esso verte sulle decisioni assunte nel testo in relazione alla *negotiorum gestio*, ovvero se le stesse siano conformi al diritto classico o se, al contrario, fossero state fortemente interpolate dai compilatori giustiniane. Per un'efficace sintesi sul brano, che si assume quale genuino, vedasi, fra tutti, quanto efficacemente riportato da M.P. PÉREZ ÁLVAREZ, *Observaciones sobre D. 17.1.22.10 (Paul. l. 32 ad ed.)*, cit., pp. 356 ss.

<sup>251</sup> Cfr. in tal senso W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 181 secondo cui la probabile presenza alla vendita del patrimonio doveva essere considerata quale forma di conferimento del mandato per la vendita effettuata nell'interesse dei creditori.

Da quanto emerso, appare quindi chiaro che, la responsabilità per la gestione d'affari altrui senza mandato, fosse già ampiamente matura nel periodo repubblicano e, relativamente alla questione secondo cui sia possibile parlare di un'obbligazione sorta da *negotiorum gestio*, è utile, in tal senso, analizzare il carattere della formula processuale impiegata per la *negotiorum gestio*.

Per effetto di quella che è la ricostruzione delle formule operata da Otto Lenel<sup>252</sup>, si evince quanto segue:

1) *Quod N<sup>s</sup> (A<sup>s</sup>) negotia A<sup>i</sup> (N<sup>i</sup>) gessit q.d.r.a., quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> dare facere praestare (?) oportet ex fide bona, eius, iudex, N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> c.s.n.p.a.*

2) *Quod N<sup>s</sup> (A<sup>s</sup> A<sup>s</sup>) negotia quae Titii, cum is moreretur, fuerunt, gessit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> rel.*

Partendo dalla prima, questa potrebbe essere applicata sia nel caso di un'azione in presenza di un mandato che in assenza dello stesso e, sebbene il tenore della formula si riferisse soltanto ad azioni denominate *negotia gerere*, nella relativa *intentio* non si parla dei presupposti dell'azione del *negotiorum gestor*<sup>253</sup>.

La mancata indicazione dei presupposti, per effetto dei quali avrebbe potuto agire il *negotiorum gestor*, appare in maniera più esplicita nella seconda delle formule riportate dove, trattando della gestione degli affari

---

<sup>252</sup> Vedasi O. LENEL, *Essai de reconstitution de l'Édit Perpétuel*, I, trad. franc. F. Peltier (a cura di), Paris 1901, p. 121. Nella terza edizione tedesca di O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, cit., p. 105, va detto che l'autore omette il termine *praestare*, lasciando comunque aperta, nella nota 6, la possibilità di una siffatta ricostruzione.

<sup>253</sup> Si veda in merito W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 182.

di un defunto, è evidente come il fondamento in base a cui sarebbe sorta la responsabilità fosse quello di occuparsi degli affari relativi alla persona defunta<sup>254</sup>.

L'indicazione di tali presupposti avviene invece nella formula derivante dal mandato che, sempre sulla base del lavoro condotto dal Lenel<sup>255</sup>, appare nel modo seguente:

*Quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> (contraria: N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup>) mandavit, ut..., quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> (alterum alteri) dare facere praestare oportet ex fide bona, eius iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> (alterum alteri) c.s.n.p.a.*

La ricostruzione effettuata dal Lenel, occorre dire che si basava su D. 44.5.1.4 (Ulp. 76 *ad ed.*<sup>256</sup>) e D. 44.7.5 pr. (Gai. 3 *aur.*). Sulla base del raffronto tra tali formule, si evince in esse la presenza delle parole *dare facere praestare (?) oportere*, che dimostrerebbe come, l'*actio* dovuta a *negotiorum gestio*, venisse fatta rientrare nelle azioni civili *in personam*.

In tal senso, una prova ulteriore<sup>257</sup> del fatto per cui l'*actio* che sorge da *negotiorum gestio* fosse un'azione civile *in personam* è fornita anche da Gai. 4.33, in cui, come si è visto, trattando delle azioni nelle quali si riscontrano

---

<sup>254</sup> Cfr. a tal riguardo D. 11.7.1 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede*; e D. 15.3.7.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Illud plane verum est, quod Labeo scribit, si odores et unguenta servus emerit et ad funus erogaverit quod ad dominum suum pertinebat, videri in rem domini versum.*

<sup>255</sup> O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, cit., pp. 295-296.

<sup>256</sup> D. 44.5.1.4 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Si manumisero eum servum, qui negotia mea gesserat in servitute, deinde stipulatus ab eo fuero, quod negotia mea gesserit, quidquid ob eam rem, si tunc liber fuisset, eum mihi dare oporteret, id dari, deinde ex stipulatu agam, non summoveri me exceptione: neque enim oneratum se hoc nomine potest queri libertus, si lucrum abruptum ex re patroni non faciat.*

<sup>257</sup> Cfr. in merito W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 183.

le formule *pecunia aut rem aliquam nobis dare oportere intendimus*, viene elencata l'*actio negotiorum gestorum*.

Infine, della derivazione di azioni civili dalla *negotiorum gestio* si occupò pure Paolo in D. 13.6.17.3 (Paul. 29 *ad ed.*<sup>258</sup>) e, per quanto concerne il sorgere di un'*obligatio* dalla medesima, vi sono testimonianze non solo in D. 10.3.14.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*<sup>259</sup>), ma pure nei *Topica* di Cicerone (Cic., *Top.* 17.66<sup>260</sup>), che consentono dunque di affermare come,

---

<sup>258</sup> D. 13.6.17.3 (Paul. 29 *ad ed.*): *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntas fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvare quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.*

<sup>259</sup> D. 10.3.14.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*): *Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividendo iudicio mecum agatur, aequitate ipsius iudicii retinere possim, considerandum est. quod quidem magis puto, quia bonae fidei iudicium est communi dividendo: sed hoc ita, si mecum agatur. ceterum si alienavero partem meam, non erit unde retinere possim. sed is, qui a me emerit, an retinere possit, videndum est: nam et si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita ut ego poterat retentionem facere: et verius est, ut et in hac specie expensae retineantur. quae cum ita sint, rectissime dicitur etiam impendiorum nomine utile iudicium dari debere mihi in socium etiam manente rei communione. diversum est enim, cum quasi in rem meam impendo, quae sit aliena aut communis: hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui. at cum puto rem titii esse, quae sit maevii, aut esse mihi communem cum alio quam est, id ago, ut alium mihi obligem, et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum cuius negotia curavi, cum putarem alterius ea esse, ita et in proposito. igitur et si ab alienavero praedium, quia in ea causa fuit, ut mihi actio dari deberet, danda mihi erit, ut iulianus quoque scribit, negotiorum gestorum actio.*

<sup>260</sup> Vedasi *supra* nt. 247 e A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, cit., pp. 200-201, secondo cui il *voluntarius procurator* cui fa riferimento Cicerone significherebbe *negotiorum gestor*.



nel periodo classico, la *negotiorum gestio* venisse tutelata da un'azione civile *in personam* e fosse anche trattata quale fonte di *obligatio*<sup>261</sup>.

#### 4. Obligatio ex tutela

Nell'elencazione delle *obligationes ex variis causarum figuris* offerta da Gaio, di seguito a quella scaturente dalla *negotiorum gestio*, ritroviamo quella nascente dalla tutela.

Come è stato rilevato in dottrina<sup>262</sup>, si tratta di una scelta ponderata<sup>263</sup>, infatti in entrambe le ipotesi, l'*obligatio* sorge dalla sola *gestio*, nel primo caso di colui che tratta gli affari senza mandato, nel secondo caso del tutore, quando il pupillo non partecipi alla costituzione del rapporto obbligatorio<sup>264</sup>.

---

<sup>261</sup> Cfr. H. KRELLER, *Das Edikt de negotiis gestis in der Geschichte der Geschäftsbesorgung*, in *Festschrift Paul Koschaker*, II, Weimar 1939, pp. 201 ss.; ID., *Das Edikt de negotiis gestis in der klassischen Praxis*, in *ZSS*, LIX (1939), pp. 390 ss. e W. WOŁODKIEWICZ, *Obligatio ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., pp. 174 ss.

<sup>262</sup> Vedasi in merito J. PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio*, I, cit., p. 29 secondo cui: «Tutel, Mandat und negotiorum gestio stehen hier in einem unverkennbaren dogmatischen Zusammenhange, der ihre ältesten nachweisbaren Erscheinung formen im Edikte verbindet»; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., p. 179 il quale, con riferimento all'*actio tutelae*, afferma: «The action was conditioned by *gestio tutoris* and for that reason came near to the *actio negotiorum gestorum*»; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, cit., pp. 309-310.

<sup>263</sup> Cfr. D. 27.3.3 (Pomp. 5 *ad Sab.*): *Si tutelae aut negotiorum gestorum agatur incerto hoc, quantum ab adversariis debetur tutori procuratorive, arbitrato iudicis cavendum est, quod eo nomine eis absit.*

<sup>264</sup> Questo si riferirà principalmente alla *tutela impuberum*. La *tutela mulierum* era per l'appunto un'istituzione che stava scomparendo nel diritto classico. Cfr. Gai. 1.150 ss. e vedasi, specialmente, quanto riferito da F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., pp. 180-181 e M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, cit., pp. 313 ss.

Sotto questo profilo, risulta particolarmente interessante quanto riferito da Gaio in D. 27.3.14 (Gai 12 *ad ed. prov.*<sup>265</sup>), nel quale si afferma come sussista la possibilità di applicare, tanto l'*actio tutelae* quanto l'*actio negotiorum gestorum*, contro il tutore che abbia continuato ad amministrare il patrimonio nonostante la tutela fosse già conclusa.

L'*actio tutelae*, infatti, allo stesso modo dell'*actio negotiorum gestorum*, era un'azione civile *in personam* con clausola di buona fede, la sua nascita risale agli ultimi due secoli della repubblica<sup>266</sup> e, per quanto concerne la relativa formula, secondo la ricostruzione effettuata dal Lenel<sup>267</sup>, si evince quanto segue:

*Quod N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> (contraria: A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> N<sup>i</sup> N<sup>i</sup>) tutelam gessit, quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c.s.n.p.a.*

L'inserimento delle parole *dare facere oportet ex fide bona* si basa su Cicerone (Cic., *De off.* 3.17.70<sup>268</sup>) e Gai. 4.62<sup>269</sup>. Sul punto, ebbe modo di

---

<sup>265</sup> D. 27.3.14 (Gai 12 *ad ed. prov.*): *Si post pubertatem tempore aliquo licet brevissimo intermiserit administrationem tutor, deinde coeperit gerere, sine ulla dubitatione tam tutelae quam negotiorum gestorum iudicio cum eo agendum est.*

<sup>266</sup> Cfr. a tal riguardo F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., p. 178-179 e M. KASER, *Das römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, cit., p. 309.

<sup>267</sup> Vedasi O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, cit., p. 318 con richiamo a A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869, § 130, p. 132.

<sup>268</sup> Cic., *De off.* 3.17.70: *Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! Quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi", magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

<sup>269</sup> Vedasi *supra* nt. 245.

esprimersi pure il Kaser<sup>270</sup>, che mise chiaramente in luce come non sussistano elementi per revocare in dubbio la validità di una siffatta ricostruzione.

Infine, un'ulteriore riprova dell'esistenza dell'*obligatio* in caso di tutela è fornita anche da Ulpiano in D. 46.2.9 pr. (Ulp. 47 *ad Sab.*<sup>271</sup>), dove la possibilità di una novazione dell'obbligo, derivante dall'attività del tutore, testimonia come tale attività venisse considerata alla stregua di fonte dell'obbligazione.

## 5. Legatum

La terza, delle obbligazioni, riportata da Gaio in D. 44.7.5.2 (Gai 3 *aur.*), fra le *obligationes ex variis causarum figuris*, è quella dell'erede nei confronti del legatario.

Tra le quattro forme di legato note al diritto classico<sup>272</sup>, quelle che danno origine ad obbligazioni sono il *legatum per damnationem* ed il *legatum sinendi modo*<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> M. KASER, *Das römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, cit., p. 310.

<sup>271</sup> D. 46.2.9 pr. (Ulp. 47 *ad Sab.*): *Si pupillus sine tutoris auctoritate rem salvam fore stipulatus pubes factus ratam stipulationem habuerit novandi causa, tollitur tutelae actio. si non habuerit ratum, licet tutelae egisset, habet tamen adhuc ex stipulatu actionem: sed iudex tutelae non aliter condemnare debet, quam si ex stipulatione liberatio fieret.* Per un ulteriore approfondimento sul brano si rinvia a E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1, Berlin 1922, pp. 130 ss.

<sup>272</sup> Vedasi a tal riguardo M. KASER, *Das römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, cit., pp. 97 ss.

<sup>273</sup> Si veda in merito A. PEZZANA, *Contributi allo studio del legato «sinendi modo»*, cit., pp. 47 ss.; M.J. GARCÍA-GARRIDO, *La concezione classica del legato sinendi modo e la sua probabile struttura originaria*, cit., pp. 249 ss.

L'istituzione del legato risale alle XII tavole<sup>274</sup> e, come si evince dalla terminologia stessa che lo contraddistingue, *legatum per damnationem*, è possibile affermare<sup>275</sup> che la sua applicazione fosse conosciuta dai tempi del processo per *legis actiones*, in cui la difesa di tali diritti veniva fatta valere per il tramite della *legis actio per manus iniectioem*.

Per quanto concerne il *legatum sinendi modo*, invece, sussistono dei dubbi circa il periodo nel quale lo stesso ebbe origine<sup>276</sup>: alcuni studiosi<sup>277</sup> sono infatti del parere che questa forma di legato fosse la più antica; altri<sup>278</sup>, la considerano successiva al *legatum per vindicationem* e a quello *per damnationem*; altri ancora<sup>279</sup>, infine, ritengono che il legato *sinendi modo* fosse una tipologia sorta dopo il *legatum per vindicationem*, ma anteriore a quello *per damnationem*.

Il problema relativo a quale, tra le singole forme di legato, fosse sorto in precedenza non assume tuttavia importanza, poiché ciò che rileva è dato dal fatto per cui nel diritto classico l'istituzione del legato era

---

<sup>274</sup> Cfr. a tal proposito Cic., *De inv.* 2.50.148; Auct. *ad Herenn.* 1.13.23; Gai. 2.224; D. 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*); I. 2.22 pr.

<sup>275</sup> Vedasi sul punto W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 189.

<sup>276</sup> Per una trattazione dettagliata sulle varie teorie relative all'origine del legato *sinendi modo* si rinvia, fra tutti, a A. PEZZANA, *Contributi allo studio del legato «sinendi modo»*, cit., pp. 25 ss.

<sup>277</sup> È questa l'idea espressa da N.D. BAMBATE, *Origine et nature du legs sinendi modo*, Paris 1947, pp. 189 ss.; ID., *Le titre pro legato*, in RIDA, I (1948), pp. 33 ss.

<sup>278</sup> Vedasi in merito M. KASER, *Das legatum sinendi modo in der Geschichte des römischen Vermächtnisrechts*, in ZSS, LXVII (1950), pp. 320 ss.; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, Torino 1962, pp. 21 ss.; B. BIONDI, *Origine e natura del legato sinendi modo*, in Scritti Giuridici, III, Milano 1965, pp. 613 ss.

<sup>279</sup> Si veda, a tal riguardo, quanto riferito da C. FERRINI, *Manuale di pandette*, Milano 1953, pp. 640 ss. e A. PEZZANA, *Contributi allo studio del legato «sinendi modo»*, cit., pp. 48 ss.

talmente sviluppata da consentire di far risalire il periodo relativo alla sua formazione fino all'epoca repubblicana<sup>280</sup>.

La presenza di un'*obligatio* derivante da legato è infatti accertata sia da giuristi antecedenti che contemporanei a Gaio. Giuliano, in D. 30.82 pr. (Iul. 33 *dig.*<sup>281</sup>), definisce il dovere derivante dall'istituzione del legato quale *obligatio*. Allo stesso modo, anche Pomponio, in D. 30.55 (Pomp. 9 *ad Sab.*<sup>282</sup>), impiega il termine *obligatio* per indicare il dovere dell'erede nei confronti del legatario.

Dopodiché, a riprova del fatto per cui il *legatum per damnationem* fosse considerato quale fonte di *obligatio*, la cui prestazione sarebbe consistita in un *dare*, è offerta pure dal giurista repubblicano Alfeno Varo, che in D. 30.106 (Alf. 2 *dig. a Paul. epit.*) riferisce quanto segue:

*Si in testamento scriptum esset: "heres meus aureos centum Licinio damnas esto" neque adscripsisset "dare", deberi legatum constat.*

Svariati testi ci consentono poi di conoscere il contenuto essenziale della formula dell'*actio ex testamento*, la quale permetteva di soddisfare le

---

<sup>280</sup> Cfr. in merito Gai. 2.201-215, ma anche Cic., *De inv.* 2.40.116.

<sup>281</sup> D. 30.82 pr. (Iul. 33 *dig.*): *Non quocumque modo si legatarii res facta fuerit die cedente, obligatio legati exstinguitur, sed ita, si eo modo fuerit eius, quo avelli non possit. ponamus rem, quae mihi pure legata sit, accipere me per traditionem die legati cedente ab eo herede, a quo eadem sub condicione alii legata fuerit: nempe agam ex testamento, quia is status est eius, ut existente condicione discessurum sit a me dominium. nam et si ex stipulatione mihi stichus debeatur et is, cum sub condicione alii legatus esset, factus fuerit meus ex causa lucrativa, nihilo minus existente condicione ex stipulatu agere potero.*

<sup>282</sup> D. 30.55 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant, quia nec tempore aut loco aut condicione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.*

pretese del legatario sia in caso di *legatum per damnationem*, che in caso di *legatum sinendi modo*<sup>283</sup>.

A tal riguardo, dai frammenti<sup>284</sup> delle *Institutiones* di Gaio, si evince come il giurista trattasse l'azione per il perseguimento dei legati *per damnationem* e *sinendi modo*, quale azione civile *in personam*, le cui caratteristiche erano analoghe<sup>285</sup> a quelle derivanti da un'*obligatio*.

Inoltre, come è stato più volte posto in luce in dottrina<sup>286</sup>, l'obbligazione da legato è, nelle sue conseguenze, simile a quella sorta da stipulazione.

---

<sup>283</sup> Vedasi a tal riguardo O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, cit., pp. 367-368 e A. PEZZANA, *Contributi allo studio del legato «sinendi modo»*, cit., pp. 73 ss.

<sup>284</sup> Si veda, per quanto concerne il *legatum per damnationem*, Gai. 2.204: *Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nihilo minus heredis est: et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere, et tum heres rem, si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit, si tradiderit. nam si mancipi rem tantum tradiderit nec mancipaverit, usucapione demum pleno iure fit legatarii. completur autem usucapio, sicut alio quoque loco diximus, mobilium quidem rerum anno, earum vero, quae solo teneantur, biennio. Mentre, circa il *legatum sinendi modo*, quanto riferito in Gai. 2.213: *Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is tradendo vel mancipando vel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est; et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET.**

<sup>285</sup> Cfr. in tal senso D. 30.82.1 (Iul. 33 dig.): *Si ex bonis eius, qui rei publicae causa aberat, rem usu adquisierim et ea antequam evinceretur mihi legata sit, deinde postea evincatur, recte ex testamento petam eam mihi dari oportere*; D. 30.28 pr. (Ulp. 19 ad Sab.), in cui Ulpiano opera un richiamo ad Aristone: *Si creditori meo, tutus adversus eum exceptione, id quod ei debeo legem, utile legatum est, quia remissa exceptio videtur, sicut Aristo ait id quod honoraria actione mihi debetur si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria*; e D.30.73 pr. (Gai. 3 de legatis ad ed. praet.): *Si heres iussus sit facere, ut lucius centum habeat, cogendus est heres centum dare, quia nemo facere potest, ut ego habeam centum, nisi mihi dederit.*

<sup>286</sup> Cfr. in merito L. MITTEIS, *Stipulation und Legat*, in *ZSS*, XXXII (1911), pp. 1 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, cit., pp. 620 ss.; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, cit., pp. 391 ss.

Alla testimonianza trasmessaci da Gaio nelle *Res Cottidianae*, rinvenibile in D. 44.7.5.2 (Gai. 3 *aur.*), e nella quale l'obbligazione dell'erede verso il legatario non sarebbe derivata né da contratto né da delitto, i fautori della teoria dell'origine postclassica dei *Libri rerum cottidianarum sive aureorum* e della tripartizione in esso contenuta, sono soliti contrapporre un frammento di Ulpiano, conservato in D. 50.17.19 pr. (Ulp. 24 *ad Sab.*):

*Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus condicionis eius: heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit.*

In particolare, l'Albertario<sup>287</sup>, ha utilizzato il brano in esame per tentare di dimostrare che, nel diritto classico, il legato venisse trattato come *contractus*, non avendo quest'ultimo, in quel determinato periodo, l'accordo fra i contraenti per elemento essenziale. Ma, sebbene ad una prima lettura il testo di Ulpiano lascerebbe desumere ciò, in realtà questo non è così esplicito<sup>288</sup>.

Ulpiano, in D. 50.17.19 pr. (Ulp. 24 *ad Sab.*), presenta per l'appunto due situazioni. La prima, riguardante un'obbligazione da contratto, la seconda, invece, una derivante da legato.

Sicché, mentre un individuo che abbia contratto un'obbligazione con un altro soggetto dovrebbe essere a conoscenza, in base al contratto, del contenuto dello stesso (*qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus condicionis eius*), il debitore a titolo di legato, e quindi l'erede, non ha un tale

---

<sup>287</sup> Vedasi a tal riguardo E. ALBERTARIO, *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, cit., pp. 97 ss.

<sup>288</sup> Ebbero già modo di esprimere dei dubbi, a tal riguardo, anche G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, cit., p. 392 e S.E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz 1964, pp. 87 ss.

dovere poiché non ha contratto delle obbligazioni di sua volontà (*heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit*).

In questo frangente, infatti, il termine “*contrahere*”, figura qui<sup>289</sup> nel significato di contrarre un’obbligazione, e non nel senso tecnico di contratto<sup>290</sup>.

Risulta quindi evidente come D. 50.17.19 pr. (Ulp. 24 *ad Sab.*) non si ponga in antitesi con D. 44.7.5.2 (Gai. 3 *aur.*). Ulpiano impiega il termine “*contrahere*”, in riferimento al legato, nel senso di contrarre un’obbligazione, mentre Gaio utilizza la parola “*contractus*” nel suo significato tecnico, riallacciandosi in tal modo allo schema esposto nelle *Res cottidianae*, circa la *distinctio* delle *fontes obligationum*.

## 6. Indebiti solutio

Un altro genere di obbligazione che viene ricompresa da Gaio all’interno delle *obligationes ex variis causarum figuris*, in D. 44.7.5.3 (Gai. 3 *aur.*), è quella che sorge da *solutio indebiti*.

Per quanto riguarda la natura dell’*obligatio* nel caso dell’*indebiti solutio* non possono esservi dubbi, infatti, la circostanza che Gaio, all’interno delle proprie *Institutiones*, ne abbia trattato, rappresenta una prova significativa che ci consente di affermare come, nel periodo in cui visse tale giurista, il compimento di una prestazione indebita avesse effetti giuridici caratteristici di una *obligatio*.

---

<sup>289</sup> Vedasi in merito W. WOŁODKIEWICZ, *Obligations ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 193.

<sup>290</sup> Per un confronto sull’uso e sui significati di *contrahere* e *contractus*, si veda fra tutti G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., pp. 29 ss.



In Gai. 3.91 riferisce espressamente di *haec species obligationis*, altresì, la formula adottata per richiedere la restituzione di una prestazione indebita è identica a quella impiegata in caso di mutuo e la presenza in essa delle parole “*si paret eum dare oportere*” rivela come la prestazione indebita desse origine ad un’*obligatio* di *ius civile*<sup>291</sup>.

Nel titolo del Digesto *De condictione indebiti* (D. 12.6), infine, è anche possibile rinvenire frammenti di giuristi vissuti sia prima, che contemporanei allo stesso Gaio, i quali considerano il caso in cui si possa pretendere la restituzione di una prestazione indebita e, fra di essi, meritano di essere ricordati i seguenti: D. 12.6.6 pr.-1 (Paul. 3 *ad Sab.*<sup>292</sup>); D. 12.6.6.3 (Paul. 3 *ad Sab.*<sup>293</sup>); D. 12.6.7 (Pomp. 9 *ad Sab.*<sup>294</sup>); D. 12.6.16 pr. (Pomp. 15 *ad Sab.*<sup>295</sup>); D. 12.6.23 pr. (Ulp. 43 *ad Sab.*<sup>296</sup>); D. 12.6.32 pr.

---

<sup>291</sup> Cfr. in merito A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, cit., pp. 15 ss.

<sup>292</sup> D. 12.6.6 pr.-1 (Paul. 3 *ad Sab.*): *Si procurator tuus indebitum solverit et tu ratum non habeas, posse repeti Labeo libris posteriorum scripsit: quod si debitum fuisset, non posse repeti celsus: ideo, quoniam, cum quis procuratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut solvat creditori, neque postea expectandum sit, ut ratum habeat. Idem Labeo ait, si procuratori indebitum solutum sit et dominus ratum non habeat, posse repeti.*

<sup>293</sup> D. 12.6.6.3 (Paul. 3 *ad Sab.*): *Iulianus ait neque tutorem neque procuratorem solventes repetere posse neque interesse, suam pecuniam an pupilli vel domini solvant.*

<sup>294</sup> D. 12.6.7 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem repetitur.*

<sup>295</sup> D. 12.6.16 pr. (Pomp. 15 *ad Sab.*): *Sub condicione debitum per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem existente repeti non potest.*

<sup>296</sup> D. 12.6.23 pr. (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Eleganter Pomponius quaerit, si quis suspicetur transactionem factam vel ab eo cui heres est vel ab eo cui procurator est et quasi ex transactione dederit, quae facta non est, an locus sit repetitioni. Et ait repeti posse: ex falsa enim causa datum est. Idem puto dicendum et si transactio secuta non fuerit, propter quam datum est: sed et si resoluta sit transactio, idem erit dicendum.*

(Iul. 10 *dig.*<sup>297</sup>); D. 12.6.33 (Iul. 39 *dig.*<sup>298</sup>); D. 12.6.37 (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*<sup>299</sup>); D. 12.6.44 (Paul. 14 *ad Plaut.*<sup>300</sup>); D. 12.6.45 (Iav. 2 *ex Plaut.*<sup>301</sup>); D. 12.6.50 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*<sup>302</sup>); D. 12.6.51 (Pomp. 6 *ad Q. Muc.*<sup>303</sup>) e D. 12.6.53 (Proc. 7 *epist.*<sup>304</sup>).

Da quanto emerso finora, quindi, nel diritto classico in caso di *negotiorum gestio*, *tutela*, *indebiti solutio*, *legatum per damnationem* e *sinendi modo* sorgeva un'*obligatio* la cui esistenza era testimoniata dall'*intentio* delle formule delle relative azioni che, in tutti i casi esaminati, era quella di

---

<sup>297</sup> D.12.6.32 pr. (Iul. 10 *dig.*): *Cum is qui pamphilum aut stichum debet simul utrumque solverit, si, posteaquam utrumque solverit, aut uterque aut alter ex his desiit in rerum natura esse, nihil repetet: id enim remanebit in soluto quod superest.*

<sup>298</sup> D. 12.6.33 (Iul. 39 *dig.*): *Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conditionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.*

<sup>299</sup> D. 12.6.37 (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*): *Servum meum insciens a te emi pecuniamque tibi solvi: eam me a te repetiturum et eo nomine conditionem mihi esse omnimodo puto, sive scisses meum esse sive ignorasses.*

<sup>300</sup> D. 12.6.44 (Paul. 14 *ad Plaut.*): *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est.*

<sup>301</sup> D. 12.6.45 (Iav. 2 *ex Plaut.*): *Si is, qui hereditatem vendidit et emptori tradidit, id, quod sibi mortuus debuerat, non retinuit, repetere poterit, quia plus debito solutum per conditionem recte recipietur.*

<sup>302</sup> D. 12.6.50 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*): *Quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest.*

<sup>303</sup> D. 12.6.51 (Pomp. 6 *ad Q. Muc.*): *Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus.*

<sup>304</sup> D. 12.6.53 (Proc. 7 *epist.*): *Dominus testamento servo suo libertatem dedit, si decem det: servo ignorante id testamentum non valere data sunt mihi decem: quaeritur, quis repetere potest. Proculus respondit: si ipse servus peculiares nummos dedit, cum ei a domino id permissum non esset, manent nummi domini eosque non per conditionem, sed in rem actione petere debet. Si autem alius rogatu servi suos nummos dedit, facti sunt mei eosque dominus servi, cuius nomine dati sunt, per conditionem petere potest: sed tam benignius quam utilius est recta via ipsum qui nummos dedit suum recipere.*

un'azione civile *in personam*<sup>305</sup> e rappresentava anche quel filo conduttore capace di assimilare fra loro tutte le fattispecie in esame.

## 7. Risultanze parziali

Nella disamina gaiana delle *obligationes ex variis causarum figuris*, i casi precedentemente analizzati (D. 44.7.5 pr.-3<sup>306</sup>) non sono propriamente contratti, ma in essi i soggetti sono tenuti come se lo fossero.

---

<sup>305</sup> Per quanto concerne sia l'*actio negotiorum gestorum* che l'*actio tutelae*, nella relativa *intentio* erano presenti le parole *ex fide bona*. In particolare, i *iudicia bonae fidei* derivanti dall'editto del pretore vennero assimilati, nel periodo della procedura *per formulas*, dal *ius civile*. Secondo M. KASER, *Oportere und ius civile*, cit., pp. 46 ss., l'espressione "*oportere ex fide bona*" era connessa con il *ius civile*.

<sup>306</sup> D. 44.7.5 pr. (Gai. 3 aur.): *Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandato, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandato, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequae invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficio est sine mandato suscipere negotiorum administrationem: longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest: sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari. ideo autem id ita receptum est, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt: quorum negotia desperare iniquum erat, quae sane desperarent, si vel is, qui obtulisset se negotiis gerendis, nullam habiturus esset actionem de eo, quod utiliter de suo impendisset, vel is, cuius gesta essent, adversus eum, qui invasisset negotia eius, nullo iure agere posset. 1: Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore, sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditori eius obligaverit. 2: Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur: nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intellegitur: maleficio autem nullum in ea re esse plus quam manifestum est. 3: Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui*

Il concetto è espresso nitidamente dal giureconsulto in D. 44.7.5.1 (Gai. 3 *aur.*), il quale, trattando dell'*obligatio ex tutela*, prima asserisce che gli individui coinvolti nel rapporto *non proprie ex contractu obligati intelleguntur*, mancando in essi quell'elemento essenziale, costituito dalla *conventio*, che rappresenta il *proprium* delle obbligazioni contrattuali, e poi afferma *sed...quasi ex contractu teneri videntur*.

Tale motivazione va detto che non deve essere considerata isolatamente, ma assunta in un contesto unitario<sup>307</sup>.

Solo nel § 1, a proposito delle obbligazioni fra pupillo e tutore che vengono in considerazione nell'*actio tutelae*, il soggetto obbligato risulta tale *quasi ex contractu*, ma ne risulta, in realtà, una formulazione avente carattere generale. Infatti, dalla stretta analogia tra i due casi iniziali e dal conseguente modo di trattarli, risulta che la medesima fosse riferibile pure al primo caso, ossia quello trattato nel *principium* e relativo alla *negotiorum gestio*.

Inoltre, il fatto che l'intero ragionamento dal quale, nel § 1, venne desunta tale affermazione, sia ripreso anche nel § 2, lascia intendere, implicitamente, che fosse riferibile anche al terzo dei casi trattati, ovvero quello del legato obbligatorio.

Infine, nel frammento relativo alla *solutio indebiti*, l'affermazione che si trattasse di un'obbligazione *quasi ex contractu* è espressa chiaramente quando si dice che l'*accipiens* dell'indebitato è obbligato *quasi ex mutui datione*, e si precisa ulteriormente che fosse perseguibile con la stessa azione che spetterebbe contro un mutuatario.

---

*ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrabendae obligationis animo quam contrabendae dare videtur.*

<sup>307</sup> Cfr. F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., pp. 188-189.

In altre parole, è l'affinità processuale tra determinati tipi di contratti ed altre figure giuridiche di natura prettamente civile, che consente di riallacciare queste ultime alle tipologie rientranti nella sfera contrattuale e, per quanto concerne la locuzione *quasi ex contractu teneri*, sebbene alcuni autori<sup>308</sup> siano del parere che la parola *quasi* unitamente al termine *contractum*, non possa provenire dal diritto classico, altri<sup>309</sup>, invece, ritengono che la parola *quasi*<sup>310</sup> fosse una locuzione nota ai giuristi classici, un modo per elaborare costruzioni analogiche<sup>311</sup>, particolarmente care alla scuola dei Sabiniani, che spesso vennero definiti analogisti<sup>312</sup>.

L'analogia, infatti, ha un immenso valore nel campo del diritto, sia per quanto riguarda i fini interpretativi che le elaborazioni teoriche, e questo poiché, in un'infinita varietà di casi, rende non solo agevole, ma anche possibile, la determinazione concreta di principi generali, con la formazione di un sistema giuridico completo.

Questa locuzione, inoltre, che nelle *Res cottidianae* ha assunto un significato ben preciso, e rappresentato dal fatto per cui l'analogia fosse insita nell'*actio*, sarà presente anche nel sistema delle Istituzioni

---

<sup>308</sup> In tal senso depongono E. ALBERTARIO, *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, cit., pp. 133 ss.; S. DI MARZO, *I "libri rerum cottidianarum sive aureorum"*, cit., pp. 62 ss.

<sup>309</sup> Cfr. E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculieiani e sabiniani*, cit., pp. 3 ss.; S. RICCOBONO, *La dottrina delle obligationes quasi ex contractu*, cit., pp. 101 ss.; R. DE RUGGIERO, *Le obbligazioni (parte generale: continuazione)*, *Corso di lezioni di diritto romano*, Napoli 1925, pp. 17 ss.; V. SCIALOJA, *In difesa di termini giuridici fuori d'uso*, in *Studi giuridici*, IV, Roma 1933, pp. 7 ss.

<sup>310</sup> Cfr. A. BERGER, s.v. Quasi, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, p. 664 secondo cui: «The word is often used by classical jurists when applying recognized institutions or rules to similar relations and situations (analogy)».

<sup>311</sup> Cfr. G. WESENER, *Zur Denkform des «quasi» in der römischen Jurisprudenz*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, III, Milano 1973, pp. 1391-1392.

<sup>312</sup> Vedasi in merito W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 216-217.

giustinianee, maggiormente e in connessione con tutti quei casi che vennero annoverati fra i quasi contratti, ma si tratta comunque di vedere in che cosa risieda, stavolta, il senso stesso dell'espressione.

## CAPITOLO IV

### FONTI GIUSTINIANEE E *QUASI CONTRACTUS* IN TEOFILO

SOMMARIO: 1. L'*obligatio ex quasi contractu* nelle *Iustiniani Institutiones*. – 1.1. Della gestione di affari altrui. – 1.2. *Tutela*. – 1.3. *Communio* e rapporti fra *coheredes*. – 1.4. *Obligatio legati*. – 1.5. *Solutio indebiti*. – 2. Il *quasi contractus* nella Parafrasi alle Istituzioni imperiali di Teofilo.

#### 1. L'*obligatio ex quasi contractu* nelle *Iustiniani Institutiones*

Il *quasi ex contractu actione teneri* diviene “ufficialmente” categoria all'interno di quella che è l'opera di sistematizzazione di Giustiniano<sup>313</sup>, in cui la tripartizione delle fonti delle obbligazioni viene sostituita da una quadripartizione nella quale, accanto alle obbligazioni da contratto e da delitto, si rinvencono quelle *quasi ex contractu* e quelle *quasi ex delicto*.

---

<sup>313</sup> Il titolo *de obligationibus* delle *Institutiones* (I. 3.13), nel quale è racchiusa la *divisio obligationum* che ci interessa, occorre precisare che si apre con la definizione di *obligatio* (I. 3.13 pr.: *Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*). Ad essa fa seguito una *summa divisio in duo genera* fra *obligationes civiles* e *praetoriae* (I. 3.13.1: *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae. Civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt. Praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur*). Per un ulteriore approfondimento su tale *definitio* e per l'accurata bibliografia sul tema si rimanda ai lavori condotti da G. FALCONE, “*Obligatio est iuris vinculum*”, cit., pp. 5 ss.; ID., *Officium e vincolo giuridico: alle origini della definizione classica dell'obligatio*, in *Ius antiquum*, XVI (2005), pp. 67 ss. in cui l'autore, oltre a sostenere che la definizione di *obligatio* contenuta all'interno delle *Iustiniani Institutiones* provenga dalle *Res cottidianae*, depone chiaramente a favore della paternità gaiana dell'opera.

In I. 3.13.2 si legge per l'appunto: *Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.*

L'aspetto più rilevante, va detto che è costituito dall'istituzionalizzazione del *quasi ex contractu* e del *quasi ex maleficio*.

Gli autori delle *Institutiones* imperiali hanno infatti adottato la classificazione elaborata nelle *Res cottidianae*, ma reso al contempo esplicito quel dato di omogeneità funzionale che era stato precedentemente individuato da Gaio.

Avendo poi la precipua finalità di dover costituire, nel nuovo piano di studi, il futuro testo istituzionale, le *Institutiones* vennero redatte da due professori che, in precedenza, presero pure parte alla compilazione del Digesto, ovvero Teofilo<sup>314</sup>, dell'università di Costantinopoli, e Doroteo<sup>315</sup>, dell'università di Berito.

---

<sup>314</sup> Per un ulteriore approfondimento sull'antecessore di Costantinopoli, vedasi il lavoro condotto da C. RUSSO RUGGERI, *Studi su Teofilo*, Torino 2016.

<sup>315</sup> Sulla figura di Doroteo si rinvia a F. BRANDSMA, *Dorotheus and his Digest Translation*, Groningen 1996, pp. 1 ss.



Questa commissione, inoltre, risultava composta anche da Triboniano, il quale però si limitò semplicemente a presiederla<sup>316</sup> allo stesso modo con cui presiedette quella incaricata per la compilazione del Digesto. Infatti, così come il Digesto aveva lo scopo di sostituire i vari testi giurisprudenziali impiegati in precedenza per lo studio universitario, anche il nuovo manuale avrebbe dovuto sostituire i testi utilizzati fino ad allora, specialmente le *Institutiones* di Gaio e le *Res cottidianae*.

Appare quindi ovvio che le *Iustiniani Institutiones* furono redatte sulla base del modello offerto da queste opere, seppur con modifiche, tagli, adattamenti e nuove composizioni volte ad informare dei mutamenti che,

---

<sup>316</sup> Si è sempre dibattuto sulla suddivisione dei compiti fra i tre commissari incaricati della compilazione delle *Institutiones*. A partire da Huschke, fino al Ferrini, si è validamente affermato che Triboniano non avesse mai preso personalmente parte ai lavori e, pertanto, da ciò si concretizzava il dubbio relativo all'accertamento della paternità sia dei primi due libri delle *Institutiones*, che degli ultimi due. Nello specifico P.E. HUSCHKE, *Imp. Iustiniani institutionum libri quattuor*, Leipzig 1867, pp. III-XV attribuiva sia il primo che il secondo libro a Doroteo e, conseguentemente, i rimanenti due a Teofilo. Viceversa, C. FERRINI, *Delle origini della parafrasi greca delle Istituzioni*, in *AG*, XXXVII (1886), pp. 175 ss. riteneva che Teofilo avesse redatto i primi due libri mentre gli ultimi due sarebbero imputabili a Doroteo. Recentemente, in tempi di per sé non lontani, pur continuandosi a negare che l'attività compilatoria fosse stata svolta collegialmente, R. AMBROSINO, *Il metodo di compilazione delle Istituzioni giustinianee*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano e di Storia del diritto (Verona 1948)*, I, Milano 1951, pp. 135 ss. avanzò l'ipotesi che anche Triboniano avesse preso effettivamente parte ai lavori, supponendo in tal modo, una divisione delle mansioni espletata per materie, e non più tramite libri. In tal senso, una via di mezzo tra quelli che furono, da un lato, gli orientamenti espressi da Huschke e Ferrini, e, dall'altro, quello dell'Ambrosino, è costituita dal pensiero di S. SANGIORGI, *Il metodo di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano*, in *AUPA*, XXVII (1959), pp. 181 ss. il quale ipotizzò una suddivisione per materie, e non per libri, in cui Triboniano fosse escluso dall'attiva partecipazione ai lavori. Infine, secondo A.M. HONORÉ, *Tribonian*, cit., pp. 189 ss. Triboniano sarebbe l'autore delle *pars* storiche del manuale, ma *contra* tale opinione va detto che si esprime autorevolmente M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1989, pp. 654 ss. ponendo in luce come sussistano parecchi ostacoli ad un'ipotesi che veda presente un cospicuo numero di interventi triboniani. Per un ulteriore approfondimento si rimanda a G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano*, in *AUPA*, XLV (1998), pp. 230 ss.

il diritto, rispetto al passato, era venuto a conoscenza, specialmente attraverso le riforme attuate dall'imperatore Giustiniano. Ma non solo, poiché è anche possibile affermare come, nella composizione del manuale, i due professori non poterono fare a meno di far risentire, nella forma e nella sostanza, di quelle che erano, da un lato, le precedenti elaborazioni giurisprudenziali e, dall'altro, i modi della tradizione didattica tipica delle scuole giuridiche orientali.

In particolare, per quanto concerne il *quasi ex contractu* è stato osservato<sup>317</sup> che, stavolta, l'impiego della locuzione *quasi* risulta abbinata al contratto e non più all'*actio*, come invece avveniva negli *Aurea* specialmente per via di un effetto ravvisabile a partire dal *quasi ex contractu teneri videntur*. Questo, inoltre, secondo alcuni studiosi<sup>318</sup>, presupporrebbe un'assimilazione materiale tra contratti e quasi contratti, così come tra delitti e quasi delitti, il cui nucleo essenziale ruoterebbe intorno alla differenziazione strutturale delle fattispecie.

---

<sup>317</sup> Vedasi in merito B. CORTESE, *Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici*, cit., p. 130.

<sup>318</sup> Si vedano in proposito E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile*, cit., pp. 508 ss.; E. BETTI, *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, cit., pp. 24 ss. e, per ultimo, G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 23 che, in merito, si esprime in termini di un'assimilazione sistematica per fonte e non per azione.

### 1.1. Della gestione di affari altrui

La *negotiorum gestio*, si è visto costituire l'istituto non derivante da contratto che, nel suo genere, meglio si approssima al medesimo per via degli elementi di fatto che lo costituiscono.

Sia nei *Digesta* che nelle *Iustiniani Institutiones* essa si trova a preludio delle relative trattazioni:

D. 44.7.5 pr. (Gai. 3 *aur.*): *Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequae invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. Sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficium est sine mandatu suscipere negotiorum administrationem: longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest: sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari. Ideo autem id ita receptum est, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt: quorum negotia desperare iniquum erat, quae sane desperarent, si vel is, qui obtulisset se negotiis gerendis, nullam habiturus esset actionem de eo, quod utiliter de suo impendisset, vel is, cuius gesta essent, adversus eum, qui invasisset negotia eius, nullo iure agere posset.*

I. 3.27.1: *Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum: sed domino quidem rei gestae adversus eum qui gessit directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria. Quas*

*ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit: ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, deserentur negotia: quae sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.*

Nel primo dei frammenti riportati, è possibile constatare come Gaio ponga in rilievo sia gli elementi, che nel *mandatum* e nella *negotiorum gestio* coincidono, e parimenti quelli in cui divergono.

Nello specifico, la coincidenza è dettata dall'*intentio* della formula, che in entrambi i casi risulta uguale. Allo stesso modo, appare anche evidente come Gaio non riscontri discrepanze circa gli elementi di fatto relativi alla gestione intrapresa dal gestore, il quale deve avere essenzialmente l'*animus aliena negotia gerendi* e gestire un negozio del *dominus*<sup>319</sup>.

L'unica differenza, su cui insiste il giureconsulto, dall'inizio alla fine della sua analisi, è costituita dall'assenza di un mandato da parte del *dominus* e questo aspetto viene recepito dai compilatori delle *Institutiones*, i quali permeano su di esso tutta la costruzione in oggetto.

---

<sup>319</sup> Vedasi in merito S. RICCOBONO, *La dottrina delle obligationes quasi ex contractu*, cit., p. 103.

Dopodiché, mentre Gaio pone in luce che dalla *negotiorum gestio* derivano, sottolineandone fra l'altro l'equivalenza, azioni come nel mandato (*quibus aequae invicem experiri possunt*), e che il vincolo non presentava, per quanto attiene alla fonte, il *proprium* delle obbligazioni contrattuali, ma partecipava comunque dei caratteri medesimi<sup>320</sup>, nelle Istituzioni, il *proprie* risulta invece teso a delineare, nella oramai sfociata prospettiva della classificazione dei quasi contratti, quella che era la differenza tra la *negotiorum gestio* e i contratti stessi (*quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est*).

## 1.2. Tutela

Anche i rapporti scaturenti dalla tutela, che si deducono nei *iudicia tutelae*, sono strettamente congiunti<sup>321</sup> alla *negotiorum gestio*. In entrambi i casi non è possibile parlare di contratti, ma in essi i soggetti sono tenuti come se lo fossero, essendo le azioni reciproche (...*quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuae sunt actiones*):

D. 44.7.5.1 (Gai. 3 *aur.*): *Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore, sed et*

---

<sup>320</sup> Cfr. a tal riguardo F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., pp. 185-186.

<sup>321</sup> Circa il rapporto intercorrente fra tutela e *negotiorum gestio* si rinvia, fra tutti, a M. WLASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena 1879, pp. 103 ss. e J. PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio*, I, cit., pp. 46 ss.

*contra tutor cum pupillo habet actionem, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditori eius obligaverit.*

I. 3.27.2: *Tutores quoque, qui tutelae iudicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelae actionem, sed et ex contrario tutor cum pupillo habet contrariam tutelae, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditori eius obligaverit.*

Rispetto a D. 44.7.5.1 (Gai. 3 *aur.*), il testo di I. 3.27.2 non presenta che minime variazioni.

Come osservato anche dal Riccobono<sup>322</sup>, lo schema del ragionamento è perfettamente rispondente a quello svolto nella trattazione gaiana, ma mentre i classici utilizzarono il *quasi*, nel senso di *perinde ac si*, per effettuare un accostamento, a figure civilistiche di contratto, di fattispecie obbligatorie ad esse assimilabili sul piano processuale, i bizantini sfruttarono tale impiego terminologico per lo più a fini configuratori.

---

<sup>322</sup> S. RICCOBONO, *La dottrina delle obligationes quasi ex contractu*, cit., p. 106.

### 1.3. *Communio e rapporti fra coheredes*

La *communio*, quale figura obbligatoria, appare aggregata ai quasi contratti solo nelle *Institutiones* (I. 3.27.3), dove si afferma espressamente che:

*Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius in eam rem necessarias impensas fecerit: non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.*

Come rilevato in dottrina<sup>323</sup>, il contenuto e la struttura del passo sarebbero marcatamente gaiani.

Una conferma, in tal senso, parrebbe essere data dalla relazione della *communio* con la *societas*, che viene effettuata attraverso una modalità argomentativa non dissimile da quanto si è visto precedentemente in D. 44.7.5 pr. (Gai. 3 *aur.*), a proposito della *negotiorum gestio*.

Infatti, così come in D. 44.7.5 pr. (Gai. 3 *aur.*) veniva operato un raffronto, per effetto della formula dell'*actio*, tra fattispecie ascrivibili alla sfera contrattuale (*mandatum*) e non (*negotiorum gestio*), analogamente anche

---

<sup>323</sup> Cfr. in tal senso F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, I, Weimar 1936, pp. 323 ss. e G. DONATUTI, *La communio incidens come causa obbligatoria*, in AA. VV., *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano 1953, pp. 132 ss., i quali fonderebbero il paragrafo delle *Iustiniani Institutiones*, relativo alla *communio*, sulle *Res cottidianae*. Ma vedasi anche F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 179, secondo cui la *ratio* del discorso sulla *communio* sarebbe di derivazione gaiana.

in I. 3.27.3 viene efficacemente invocato un rapporto consimile, avente ad oggetto stavolta quella che è la relazione tra *societas* e *communio*.

La figura della *communio* ha, per l'appunto, una formula identica a quella della *societas* e, secondo parte della dottrina<sup>324</sup>, Giustiniano l'avrebbe annoverata per questo motivo tra le fonti di obbligazioni da atto lecito non contrattuale.

Allo stesso modo, anche le obbligazioni che sorgono fra *coheredes* (I. 3.27.4<sup>325</sup>), risultano strettamente connesse con quelle derivanti dalla *communio*, e la motivazione la si rinviene nella stretta analogia dell'*actio familiae erciscundae*, quale azione divisoria dell'eredità fra i coeredi, con l'*actio communi dividundo*, che, a sua volta, serviva per la divisione dei beni in comproprietà<sup>326</sup>.

#### 1.4. Obligatio legati

Subito dopo la *communio* (I. 3.27.3) e i rapporti fra *coheredes* (I. 3.27.4), viene trattata, fra le obbligazioni che non si reputano nascere propriamente da contratto, ma quasi da contratto, l'*obligatio legati* (I. 3.27.5).

---

<sup>324</sup> Vedasi in merito G. DONATUTI, *La communio incidens come causa obbligatoria*, cit., pp. 117 ss. e T. DROSDOWSKI, *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht*, Berlin 1998, pp. 1 ss. secondo cui tra *communio* e *societas* vi sarebbe un'unità sostanziale dettata dall'applicazione delle relative *actiones*.

<sup>325</sup> I. 3.27.4: *Idem iuris est de eo qui coheredi suo familiae erciscundae iudicio ex his causis obligatus est.*

<sup>326</sup> Cfr. a tal riguardo C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, cit., pp. 130-131 e si veda in particolare O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, cit., pp. 210 ss.



D. 44.7.5.2 (Gai. 3 *aur.*): *Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur: nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intellegitur: maleficium autem nullum in ea re esse plus quam manifestum est.*

I. 3.27.5: *Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intellegitur: neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest: et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intellegitur.*

Rispetto al corrispondente frammento dei *Digesta*, dall'analisi di I. 3.27.5, emerge come, l'aggiunta di *proprie*, apportata dai compilatori delle *Institutiones*, al discorso di Gaio, sia tesa a mostrare che il legatario non ha propriamente concluso un contratto, e questo al fine di giustificare l'asserzione per cui l'erede sia tenuto quasi da contratto.

I bizantini hanno dunque impiegato l'asserzione gaiana secondo cui i soggetti risultano obbligati *non proprie ex contractu*, unitamente all'argomento da lui addotto per dimostrarla, e alla precisazione per cui gli stessi non sono neppure obbligati da delitto, al fine di pervenire, modificando il rilievo conclusivo di Gaio, alla constatazione secondo cui i soggetti coinvolti si intendono tenuti *quasi ex contractu*.

In questa rappresentazione, si evince quindi chiaramente come, nelle *Institutiones*, la differenza ricordata da Gaio circa il trattamento giuridico delle obbligazioni, venga trasferita sul piano delle *causae* che le producono<sup>327</sup>.

---

<sup>327</sup> Vedasi, in tal senso, F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., pp. 203 ss.

## 1.5. Solutio indebiti

L'ultima, fra le *obligationes quasi ex contractu*, ad essere riportata in quanto tale nella trattazione delle *Iustiniani Institutiones*, è la *solutio indebiti*.

Per quanto concerne i testi, questi possono essere raggruppati, per effetto della loro similitudine, come segue.

Da un lato, è infatti possibile accostare:

Gai. 3.91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

I. 3.14.1: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: daturque agenti contra eum propter repetitionem condicticia actio. Nam proinde ei condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE ac si mutuum accepisset: unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenetur indebiti condictione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is qui solvendi animo dat magis distrahere voluit negotium quam contrahere.*

Dall'altro, invece:

D. 44.7.5.3 (Gai. 3 *aur.*): *Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu*

*obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur.*

I. 3.27.6: *Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intellegitur proprie ex contractu obligatus, ut, si certiore rationem sequamur, magis ut supra diximus ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse: nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium quam contrahat. Sed tamen proinde is qui accepit obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur.*

Anzitutto, dalla giustapposizione di Gai. 3.91 con I. 3.14.1, si evince come i compilatori delle *Institutiones* di Giustiniano abbiano accolto, seppur con lievi modifiche<sup>328</sup>, il passo gaiano.

Nello specifico, è possibile constatare che venne aggiunto il periodo “*daturque agenti contra eum propter repetitionem condicticia actio*” per indicare quale azione spettasse a colui che abbia pagato un indebito, e poi che vennero espunti il riferimento ai *quidam* e quello relativo alla tutela muliebre.

Ma non solo, poiché al di là di alcune significative alterazioni nelle coniugazioni verbali (*vult/voluit*), si rinviene pure l’aggiunta di *indebiti* nella qualificazione della *condictio* (*indebiti condictione*)<sup>329</sup>.

Dopodiché, dal raffronto con D. 44.7.5.3 (Gai. 3 *aur.*) e I. 3.27.6, si coglie anche un altro aspetto. Sempre in materia di pagamento d’indebito, è infatti possibile constatare come i compilatori giustinianeî abbiano

---

<sup>328</sup> Cfr. S. RICCOBONO, *La dottrina delle obligationes quasi ex contractu*, cit., pp. 108 ss.

<sup>329</sup> Vedasi in merito A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustiniane*, cit., pp. 510 ss. il quale rileva come anche Gaio fosse a conoscenza del sistema che ruotava intorno all’applicazione della *condictio* su determinate fattispecie. All’epoca, tuttavia, la *condictio* non era ancora articolata in distinte tipologie e, come posto in luce dallo studioso, costituiva un’azione considerata nella sua unitarietà.

sostituito, attraverso la locuzione *quasi ex contractu*, l'*intentio* della formula menzionata da Gaio con l'equiparazione al mutuo, riducendo in tal modo la prospettiva originaria dell'equiparazione processuale tra *indebitum* e *mutuum*, ad un'assimilazione prettamente materiale delle due figure giuridiche.

## 2. *Il quasi contractus nella Parafrasi alle Istituzioni imperiali di Teofilo*

Nella Parafrasi greca<sup>330</sup> alle Istituzioni imperiali di Teofilo<sup>331</sup>, viene portata avanti l'elaborazione teorica dei quasi contratti ricalcando, in parte, lo schema delle *Iustiniani Institutiones*.

---

<sup>330</sup> A partire dal IV secolo d.C., l'uso e la conoscenza, non solo scritta, ma anche parlata, del latino, andarono diminuendo. Nel 528 infatti, quando Giustiniano si appresta a riformare le leggi, gli abitanti della *pars Orientis* dell'Impero erano in gran parte grecofoni e il greco, da semplice mezzo attraverso cui comunicare nella prassi della quotidianità, divenne col tempo anche la lingua della cultura e degli specialisti del diritto. Per questo ed altri interessanti aspetti vedasi quanto riferito da C. RUSSO RUGGERI, *L'insegnamento di Teofilo tra Istituzioni e Parafrasi*, in *Studi su Teofilo*, cit., pp. 1 ss.

<sup>331</sup> In dottrina, si è dibattuto per lungo tempo su chi avesse effettivamente redatto e concepito l'opera. Fra le varie ipotesi avanzate, in particolare H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des Antécédents*, Leiden 1970, pp. 17 ss. sostenne che la Parafrasi fosse il frutto dell'unione di due distinti quaderni di appunti delle lezioni sulle *Institutiones* imperiali tenute da Teofilo, corrispondenti fra l'altro alle due fasi in cui era suddiviso il corso destinato agli *Iustiniani novi*, debitamente riordinati e pubblicati da parte di uno studente. Ma *contra* tale convinzione, va detto che si espresse autorevolmente G. FALCONE, *La formazione del testo della Parafrasi di Teofilo*, in *TR*, LXVIII (2000), pp. 417 ss. ponendo chiaramente in luce come gli elementi di cui si compone la trattazione della Parafrasi rappresentano un intreccio espositivo unitario e originale che venne pronunziato da Teofilo stesso in sede didattica. Più di recente, in linea col pensiero del Falcone, si è espressa anche C. RUSSO RUGGERI, *Theophilus and the student publisher: a resolved issue?*, in *Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law*, IX, Groningen 2014, pp. 99 ss. [ora in EAD., *Studi su Teofilo*, cit., pp. 81 ss.] cui si rimanda per un ulteriore approfondimento.

Rispetto al testo delle *Institutiones* imperiali, tuttavia va detto come il lavoro di traduzione e commento condotto da Teofilo nella Parafrasi si connota per un approccio sistematico che mira a impartire una visione diacronica degli istituti e si contraddistingue non solo per l'elaborazione di definizioni attraverso la tecnica della *diàiresis* e della *diaphorà* tra fattispecie consimili, ma anche per le *protheoriai*, ovvero le premesse con cui l'*antecessor* si sforza di ricollegare aspetti e principi giuridici, i quali sebbene non risultino espressamente all'interno delle *Iustiniani Institutiones*, sono comunque rinvenibili nei *Digesta*<sup>332</sup>, e per le numerose digressioni ed esemplificazioni volte a far intendere la portata e il significato di norme e aspetti che risultano equivoci nel manuale giustiniano<sup>333</sup>.

Un esempio significativo, in tal senso, è costituito dal fatto che, mentre in I. 3.13 pr.<sup>334</sup> si esordisce con la definizione di *obligatio*, cui fa immediatamente seguito in I. 3.13.1<sup>335</sup> una *summa divisio in duo genera* fra obbligazioni civili e pretorie, e poi in I. 3.13.2<sup>336</sup> la quadripartizione in obbligazioni *ex contractu*, *quasi ex contractu*, *ex maleficio* e *quasi ex maleficio*, nella

---

<sup>332</sup> Vedasi G. FALCONE, *Theophilus noster. Zur Benutzung der Theophilus Paraphrasis seitens der humanistischen Jurisprudenz*, in *Iuris antiqui historia*, II (2010), pp. 15 ss.

<sup>333</sup> Si veda in merito C. RUSSO RUGGERI, *L'insegnamento di Teofilo tra Istituzioni e Parafrasi*, cit., pp. 23 ss. che pone in evidenza come, rispetto alla sinteticità espositiva delle *Institutiones* imperiali, l'insegnamento impartito da Teofilo nella Parafrasi consente non solo di approfondire efficacemente i concetti e gli strumenti didattico-retorici dell'ambiente bizantino, ma anche di comprenderne il senso storico.

<sup>334</sup> I. 3.13 pr.: *Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura.*

<sup>335</sup> I. 3.13.1: *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae. Civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt. Praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur.*

<sup>336</sup> I. 3.13.2: *Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.*

Parafrasi<sup>337</sup>, viene fornita non solo una precisazione, ma anche un dettaglio fondamentale del passaggio della trattazione da quella delle *res* a quelle delle obbligazioni.

Teofilo, infatti, concepisce la tematica delle obbligazioni come ulteriore rispetto alle *res*, facendola confluire verso l'ambito applicativo delle *actiones*, e in *Par. Teoph.* 3.13 pr. asserisce chiaramente: “ὁ γὰρ περὶ ἐνοχῶν διαλεγόμενος ἡρέμα καὶ ἀνεπαισθήτως περὶ ἀγωγῶν διαλέγεται· μητέρες γὰρ τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί”.

Pertanto, quella che, a prima vista, potrebbe sembrare un'incongruenza, dettata dall'inosservanza del pedissequo ordine espositivo della materia istituzionale, il quale si sostanziava, sulla base di quanto riferito all'interno del primo libro delle *Institutiones* imperiali<sup>338</sup>, in *personae, res, actiones*, in realtà non risulta essere tale.

L'*antecessor* si sforza infatti di assumere l'obbligazione quale fatto generatore dell'azione, comportando un progressivo avvicinamento delle une alle altre. Ma occorre comunque precisare che, un simile inquadramento delle obbligazioni, possa essere stato concepito da Teofilo antecedentemente al lavoro condotto sulle *Institutiones* imperiali, probabilmente in occasione della sua pregressa attività didattica, poiché pure il manuale gaiano, su cui Teofilo condusse in precedenza

---

<sup>337</sup> Si veda *Par. Teoph.* 3.13 pr.: Εἰπόντες περὶ τῶν πραγμάτων νῦν μετέλθωμεν ἐπὶ τὰς ἐνοχάς. ἀλλ' ἔχει τις ἐπιλαβέσθαι τῆς τοιαύτης τάξεως καὶ εἰπεῖν, ὅτι παρὰ τὰ ἐπηγγελμένα περὶ ἐνοχῶν διαλεγόμεθα· εἴρηται γὰρ ἐν τῇ πρώτῃ *institutíōni*, ἔνθα διελεγόμεθα περὶ πόσα ἢ ἴπωμαϊκῆ καταγίνεται νομοθεσία, ὅτι ἐν τούτοις ἐστὶν ἐν προσώποις, ἐν πράγμασιν, ἐν ἀγωγαῖς. διαλεχθέντες οὖν περὶ τῶν προσώπων, διεξεληθόντες δὲ καὶ περὶ τῶν πραγμάτων, ἀκολούθως ὀφείλομεν εἰπεῖν καὶ περὶ ἀγωγῶν· πῶς οὖν τὰς ἀγωγὰς καταλείψαντες ἐπὶ ἐνοχὰς ἐτράπημεν; ἀλλ' οὐκ ἐκτὸς ἀπολογίας ἡ τάξις αὕτη. ὁ γὰρ περὶ ἐνοχῶν διαλεγόμενος ἡρέμα καὶ ἀνεπαισθήτως περὶ ἀγωγῶν διαλέγεται· μητέρες γὰρ τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί.

<sup>338</sup> I. 1.2.12: *Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.*

l'insegnamento agli studenti del primo anno<sup>339</sup>, si prestava, a simili riflessioni sul rapporto tra *obligationes*<sup>340</sup>.

Venendo poi nel dettaglio delle *obligationes quasi ex contractu*, va detto come Teofilo, non si limiti semplicemente ad asserire<sup>341</sup> che le medesime non derivano propriamente da contratti e che, per la loro corretta configurazione, servono<sup>342</sup> sia gli elementi che le rendono simili al contratto e, al contempo, quelli che le diversificano dagli stessi, ma

---

<sup>339</sup> Cfr. a tal riguardo quanto riportato da N. VAN DER WAL-J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris graeco-romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, pp. 125 ss. che rilevano non solo come l'*antecessor* avrebbe impostato il proprio insegnamento sulla base del modello gaiano, ma anche come la concezione stessa che il Parafraste possiede delle fonti classiche deriverebbe da quest'ultimo.

<sup>340</sup> Vedasi in merito G. FALCONE, *Sull'inquadramento sistematico delle obbligazioni nella Parafrasi di Teofilo (e nelle Istituzioni giustinianee)*, in *Scritti per A. Corbino*, II, I. Piro (a cura di), Tricase 2016, pp. 507 ss.

<sup>341</sup> Cfr. in tal senso *Par. Teoph.* 3.27 pr.: Εἰπόντες περὶ τῶν ἐνοχῶν τῶν ἀπὸ *contráctu* τὴν γένεσιν ἔχουσῶν, εἶπω- μεν λοιπὸν περὶ τῶν ἐνοχῶν αἴτινες οὐ κυρίως ἀπὸ συναλλαγμάτων κατάγονται, ἀλλ' ἐπειδὴ ἐξ ἀμαρτήματος οὐκ ἔχουσι τὴν ὑπόστασιν, ὡσανεὶ ἀπὸ συναλλάγματος τίκτεσθαι δοκοῦσιν.

<sup>342</sup> Cfr. sul punto *Par. Teoph.* 4.5 pr.: Εἰπόντες τὰς ἀπὸ *delictwn* ἀγωγὰς, εἶπωμεν καὶ τὰς ὡσανεὶ ἀπὸ *delictwn*. ἐμοὶ καὶ Τίτιω ἐδίκασε Μαένιος ἡδί- κησέ με, τυχὸν γὰρ μηδέν με ἐποφείλοντα κατεδίκασε, καὶ τὸ λεγόμενον παρὰ τοῖς νομικοῖς *litem suam* ἐποίησε, τουτέστι καθ' ἑαυτοῦ δίκην ἤγειρεν. σκοπῶμεν ἄρα τὸ τοιοῦτον *cóntracton* ἐστὶν ἢ *quasi cóntracton* ἢ *delicton*. καὶ τέως *cóntracton* οὐκ ἐστὶ τὸ γὰρ *cóntracton* τῶν δύο τὴν συναίνεσιν ἀπαιτεῖ, οὐ κατὰ συναίνεσιν δὲ ἐμὴν ἡδίκησέ με ὁ δικαστής. οὐδὲ *quasi cóntracton* τὸ γὰρ *quasi cóntracton* εἰ καὶ μὴ τῶν δύο τὴν συναίνεσιν ἀπαιτεῖ, ἀλλ' οὗν ὀφείλει παρρησίαν ἔχειν ἐκ νόμων εἰς τὸ γίνεσθαι, ὅπερ ἐστὶν ἐπὶ τῆς *negotiorum gestorum*. ἀργεῖ δὲ οὗτος ὁ λόγος ἐνταῦθα· οὐδεμία γὰρ δέδοται παρρησία τῷ δικαστῇ ἀδικεῖν ὃν βού- λεται τῶν δικαζομένων. ἀλλ' οὔτε *delicton* τοῦτο· ἔσθ' ὅτε γὰρ ἐξ ἀπειρίας τοῦ δικάζειν, οὐ κακῆ διανοία, τοῦτο ἐπραξεν. ὅθεν ἐπειδὴ ἤμαρτέ τι ὁ δικαστής ὡς ἀπὸ τοῦ *quasi delictu* κατέχεται καὶ εἰς τοσοῦτον καταδικάζεται εἰς ὅσον ἂν δοκιμάσῃ ὁ δικάζων αὐτῷ καὶ τῷ ἀδικηθέντι χρῆναι αὐτὸν ποινῆς λόγῳ καταβάλλειν· τῷ γὰρ βλαβέντι ἢ *in factum* ἀρμόζει.

soprattutto affianca, a tale locuzione, quella di *quasi contractus*<sup>343</sup>, tentando in questo modo di fornire un margine perimetrale della categoria, e ne sottolinea<sup>344</sup> anche la liceità, che consente tanto di avvicinarli ai contratti quanto, al contempo, di distinguerli sia dai delitti che dai quasi delitti<sup>345</sup>.

Nello specifico, a proposito della *negotiorum gestio* (*Par. Teoph.* 3.27.1<sup>346</sup>), viene affermato che, qualora un soggetto gestisca gli affari di un individuo assente, fra gli stessi sorgono delle azioni reciproche, ovvero in favore del *dominus* un'*actio negotiorum gestorum directa*, mentre a tutela del

---

<sup>343</sup> Si veda, in tal senso, quanto riferito in *Par. Teoph.* 3.13.2 (Δευτέρα δὲ διαίρεσις αὕτη, ἥτις εἰς τέσσαρα τέμνεται, ἢ γὰρ ἀπὸ συναλλάγματος εἰσιν ἢ ὡσανεὶ ἀπὸ συναλλάγματος ἢ ἀπὸ ἀμαρτήματος ἢ ὡσανεὶ ἀπὸ ἀμαρτήματος) e *Par. Teoph.* 4.5 pr. (...καὶ τὸ λεγόμενον παρὰ τοῖς νομικοῖς *litem suam* ἐποίησε, τουτέστι καθ' ἑαυτοῦ δίκην ἤγειρεν. Σκοπῶμεν ἄρα τὸ τοιοῦτον *contractor* ἐστὶν ἢ *quasi contractor* ἢ *déliction*).

<sup>344</sup> Vedasi a tal riguardo F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 210.

<sup>345</sup> Cfr. in merito R.J. POTHIER, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, I, cit., n. 113, p. 135: «On appelle quasi-contrat, le fait d'une personne permis par la loi, qui l'oblige envers un autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il intervienne aucune convention entr'elles».

<sup>346</sup> *Par. Teoph.* 3.27.1: Ἐάν τις τοίνυν ἀπόντος μου τὰ ἐμὰ διοικήσῃ πράγματα, ἑκατέρωθεν μεταξὺ ἡμῶν τίκτονται ἀγωγαί· καὶ ἐμοὶ μὲν τῷ δεσπότη τῶν πραγμάτων διδοται ἡ *directa negotiorum gestorum*, τῷ δὲ διοικήσαντι ἡ *contraria*. ταύτας δὲ οὐκ ἔκ τινος συναλλάγματος κυρίως τίκτεσθαι φανερόν ἐστι· τότε γὰρ τίκτονται δηλαδή, ἠνίκα τις δίχα *mandatu* τῇ τῶν ἀλλοτρίων πραγμάτων διοικήσει ἑαυτὸν προσήγαγεν, ἐξ ἧς αἰτίας οἱ τῶν διοικηθέντων πραγμάτων δεσπότη καὶ ἀγνοοῦντες κατέχονται· καίτοι ἀπὸ συναλλαγμάτων οὐδεὶς ἀγνοῶν κατέχεται. τοῦτο δὲ ἐπινοήθη διὰ τὸ χρησιμὸν τῶν ἀπολιμπανομένων, οἵτινες αἰφνιδίᾳ καὶ σπουδαίᾳ κατασχέθεντες ἀποδημία οὐ δυνηθέντες τινὲ τῶν οἰκείων πραγμάτων ἐντείλασθαι τὴν διοίκησιν ἀπεδήμησαν. τὸ δὲ χρησιμὸν ἐστὶν ἐντεῦθεν, ἵνα μὴ ἀπρόνοητα καταλειφθῇ τὰ πράγματα· οὐκ ἂν γὰρ τις τούτων ἐφρόντισεν, εἴ γέ μὴ τινα εἶχεν ἀγωγὴν ἐφ' οἷς ἐδαπάνησεν περὶ τὴν τῶν ἀλλοτρίων πραγμάτων διοίκησιν. ὡσπερ δὲ ὁ χρησίμως διοικήσας τὰ ἀλλότρια πράγματα ἔνοχον ἔχει τὸν τούτων δεσπότην ἐφ' οἷς ἐδαπάνησεν, οὕτω καὶ ἐκ τοῦ ἐναντίου αὐτὸς ὁ διοικητὴς κρατεῖται ὡστε τοὺς τῆς διοικήσεως λόγους ὑποσχεῖν, ἀπαιτούμενος τὴν ἀκριβεστάτην καὶ τὴν ὑπερβάλλουσαν ἐπιμέλειαν τοῖς πράγμασι παρασχέσθαι. οὐδὲ γὰρ ἐξαρκεῖ αὐτῷ πρὸς τὸ μὴ κατασχεθῆναι τῇ *negotiorum gestorum* τὸ τοιαύτην ἐπιδείξασθαι περὶ τὴν ἀλλοτρίαν οὐσίαν οἷαν εἰώθει ἐπὶ τοῖς οἰκείοις ποιεῖσθαι πράγμασι, μόνον μέντοι εἰ ἕτερος ἐπιμελέστερος ἐπωφελέστερον ἤμελλε διοικεῖν τὰ πράγματα· τότε γὰρ οὐ πρὸς τὴν αὐτοῦ τοῦ διοικητοῦ, ἀλλὰ πρὸς τὴν ἑτέρου ἐπιμέλειαν τὰ τῆς διοικήσεως κρίνεται.



gestore un'*actio negotiorum gestorum contraria*, e poi che, le medesime, non derivano propriamente da contratto.

Allo stesso modo, pure i tutori (*Par. Teoph. 3.27.2*<sup>347</sup>), che sono responsabili in forza dell'*actio tutelae*, non sono propriamente ritenuti obbligati da contratto. Ma poiché non lo sono per un delitto, gli stessi sono considerati responsabili come se si trattasse di un contratto (*quasi ex contractu*). E questo vale pure per coloro i quali, in forza di un *iudicium communi dividundo*, sono tenuti da una cosa comune (*Par. Teoph. 3.27.3*<sup>348</sup>), e perfino per quelli che, nei rapporti fra *coheredes*, agiscono per il tramite di un *iudicium familiae erciscundae* (*Par. Teoph. 3.27.4*<sup>349</sup>).

Ma non solo, in quanto può ritenersi tale pure chi, alla morte di un testatore, venga nominato suo erede e gli vengano legati dei beni che appartengono ad un altro soggetto (*Par. Teoph. 3.27.5*<sup>350</sup>). Costui sarà infatti obbligato verso il legatario in virtù dell'*actio ex testamento*, dove tale azione

---

<sup>347</sup> *Par. Teoph. 3.27.2*: Καὶ ἐπίτροποι δὲ τῇ *tutelae* κατεχόμενοι ἀγογῇ οὐκ ἀπὸ *contractu* κυρίως ἔνοχοι γίνεσθαι νοοῦνται. ποῖον γὰρ συναλλάγμα μεταξὺ ἐπιτρόπου καὶ *rupillu* συναλλάττεται, καὶ μάλιστα ἐν ᾧ *infans* ἐστὶν ὁ *rupillos*; ἀλλ' ἐπειδὴ οὐκ ἐξ ἀμαρτήματος ἐναυθῆ κατέχονται οἱ ἐπίτροποι (ποῖον γὰρ ἀμάρτημα ἐπιτροπή, ἥτις ἐπὶ προνοία τῶν *rupillu* ἐπιπενόηται;), ὡσανεὶ ἀπὸ συναλλάγματος κατέχεσθαι δοκοῦσιν. κἀναυθῆ δὲ ἐξ ἑκατέρου πλεοῦ τίκτονται ἀγωγαί· οὐ μόνον γὰρ ὁ *rupillos* τὸν ἐπίτροπον ἔνοχος τῇ *contraria tutelae*, εἴτε τι ἐδαπάνησεν εἰς τὴν τοῦ *rupillu* περιουσίαν ἢ ὑπὲρ αὐτοῦ γέγονεν ἔνοχος ἢ οἰκεῖον πρᾶγμα ὁ ἐπίτροπος δαξειστῇ *rupillariu* ἐνεχυρίασεν.

<sup>348</sup> *Par. Teoph. 3.27.3*: Ὑπὸ τὸ *quasi contractu* ὡσανύτως ἐὰν μεταξὺ τινων κοινὸν εἶη πρᾶγμα κοινωνίας ἐκτός, οἷον ἐπειδὴ ἅμα δύο τισὶ τὸ αὐτὸ *elegatu* πρᾶγμα ἢ ἐδωρήθη, καὶ ἐντεῦθεν ὁ ἕτερος τῷ ἑτέρῳ κατέχεται τῷ *communi dividundo* δικαστηριῷ, ἐπειδὴ μόνος καρποῦς ἐντεῦθεν ἔλαβεν ἢ κινεῖ τις οἷα *necessaria* δαπανήματα πεποιηκῶς περὶ τὸ κοινὸν πρᾶγμα. οὐδὲ γὰρ αὕτη ἢ ἀγογῇ κυρίως ἐκ συναλλαγμάτων κατάγεσθαι δοκεῖ (ποῖον γὰρ μεταξὺ ἀλλήλων ἔθεντο συναλλάγμα;), ἀλλ' ἐπειδὴ οὐκ ἀπὸ κακουργήματος κατέχεται ὁ ἕτερος, *quasi contractu* εἶναι τοῦτο δοκεῖ.

<sup>349</sup> *Par. Teoph. 3.27.4*: Τὸ αὐτὸ ἐστὶν εἰ καὶ τινες εἶεν συγκληρονόμοι, εἴτα ὁ ἕτερος κατὰ τοῦ ἑτέρου κινεῖ τὸ *familiae erciscundae* δικαστήριον ἐκ τῶν εἰρημένων ἐπὶ *communi dividundo* τῷ αἰτιῶν.

<sup>350</sup> *Par. Teoph. 3.27.5*: Εἰ δὲ καὶ τις τελευτῶν ἐνστήσεται με κληρονόμον, *legatariu* δὲ παρ' ἐμοῦ πρᾶγμα ἀλλότριον, κατέχομαι ἐγὼ τῷ *legatariu* ἕνεκα τοῦ καταλειφθέντος τῇ *ex testamento*. οὐκ ἀπὸ συναλλάγματος ἐγείρεται· πρὸς τίνα γὰρ δοκεῖ συναλλάγμα πεποιηθῆσαι ὁ *legatarius*; οὔτε πρὸς τὸν *testatoru*, ὅποτε ἀγνοοῦντος τοῦ ληγαταταρίου τοῦτο καταλιμπάνει αὐτὸς ὁ διαθέμενος, οὔτε πρὸς τὸν κληρονόμον, ὅποτε καὶ ἄκοντος αὐτοῦ τὸ *legatariu*, καταλιμπάνεται. ἀλλ' ἐπειδὴ οὐ κακούργημαπραχθέν, ἀπὸ τοῦ *quasi contractu* ἔνοχος δοκεῖ γίνεσθαι ὁ δεσπότης.

non sorge da contratto, proprio perché non ne è stato concluso alcuno sia con il testatore, che trasferisce i suoi beni all'insaputa del legatario, e tantomeno con l'erede stesso, poiché il lascito gli viene affidato contro la sua volontà. Sicché non essendo ovviamente tenuto per un delitto, lo si ritiene obbligato da quasi contratto (*quasi contractu*).

Infine, anche nel caso dell'*indebiti solutio*, si risulta obbligati come se si trattasse di un contratto, poiché colui che si crede erroneamente debitore e paga per il proprio debito lo fa con l'intento di estinguere un'obbligazione ritenuta esistente, e non con quello di costituirla (*Par. Teoph. 3.27.6*<sup>351</sup>).

---

<sup>351</sup> *Par. Teoph. 3.27.6*: Ὁμοίως ἐάν τις κατὰ πλάνην τὸ μὴ ἐποφειλόμενον μοι καταβάλῃ μοι, ὡς ἀπὸ *contractu* ἐνέχεσθαι δοκῶ. ἐπὶ τοσοῦτον γὰρ ἀπὸ συναλλάγματος κυρίως οὐ γίνομαι ἔνοχος, ὅτι εἴ τις ἀκριβεστέρῳ προσέχει λογισμῷ, μᾶλλον (ὡς εἰρήκαμεν ἐν τοῖς προλαβοῦσιν) ἀπὸ διαλύσεως ὑποπτεομένου ὀφλήματος, οὐ μὴν ἐκ συστάσεως ἔνοχος εἰμι· ὁ γὰρ ἐν διαθέσει καταβάλλοντος, τὸ χρέος διδοῦς ἐπὶ τούτῳ δίδωσιν ὥστε τὴν νομιζομένην μὲν ὑπεῖναι ἀγωγὴν τῇ καταβολῇ διαλύειν ἢ περ συνιστᾶν. ἀλλ' ὁμῶς ὁ λαβὼν ἔνοχος γίνεταί τῳ *condictio*, ὥσπερ ὁ δανεισάμενος.

## CONCLUSIONI

La portata effettiva del quasi contratto, nell'ambito della giurisprudenza romana classica, può essere compresa solo mediante l'analisi del percorso evolutivo compiuto dalla classificazione delle fonti di obbligazione, e, prima di tutti, a partire da quella gaiana, dove l'ottica processuale emerge e assume un ruolo centrale già nel manuale di *Institutiones*.

La bipartizione *contractus-delictum* presente in Gai. 3.88 risale probabilmente alla scuola Sabiniana e sarebbe riconducibile alla nozione di *contractus* comprendente qualsiasi atto lecito produttivo di obbligazioni, che si differenzia da quella più restrittiva di Labeone, attinente la mera attività negoziale e avente quali referenti principali le *obligationes consensu contractae*.

Per Gaio, l'esempio principale di atto lecito produttivo di obbligazioni era costituito dalla *datio rei* del mutuo (Gai. 3.90), ossia dal trasferimento in proprietà di un bene a titolo di prestito, in quanto, data la presenza della *res* nel patrimonio dell'*accipiens*, per effetto dell'accordo intercorso fra i due soggetti, sorgeva l'obbligazione di *restituere* in capo al mutuatario, detta *obligatio re contracta*.

L'identificazione della formazione *re* dell'*obligatio* permise di individuare, accanto all'obbligazione da mutuo, un'altra situazione corrispondente a tale fattispecie, ossia quella dell'obbligazione da pagamento d'indebito (Gai. 3.91), in quanto atto caratterizzato anch'esso da una *datio rei* che, analogamente al mutuo, produceva a carico dell'*accipiens* un'obbligazione restitutoria.

Per effetto dell'accostamento fra mutuo e *solutio indebiti*, effettuato in Gai. 3.91, si perviene poi all'acquisizione di ulteriori dettagli inerenti l'*obligatio re contracta*, essendo tali fattispecie accomunate dalla *condictio*.

Nello specifico emerge come, per quanto concerne la ripetizione dell'indebito pagato, venga fatto ricorso alla formula del mutuo, considerando colui che abbia ricevuto l'*indebitum* come se fosse un debitore per causa di mutuo, e poi come, per Gaio, in caso di contratto debba sussistere la volontà di produrre un determinato effetto giuridico. Colui, infatti, che tramite una prestazione non dovuta voglia liberarsi dall'*obligatio* di cui sia erroneamente convinto non ha l'intenzione di determinare, con la propria prestazione, il sorgere della medesima.

Sicché, mentre per i *quidam*, sulla base di un'ampia nozione di *negotium contrahere*, le conseguenze dell'equiparazione di mutuo e *solutio indebiti*, sul piano delle fonti delle obbligazioni, sarebbero state le medesime nel caso di una dazione di denaro effettuata verso un minore o una donna sprovvisti dell'*auctoritas tutoris*; secondo Gaio, invece, non poteva dirsi altrettanto poiché, per quanto concerne l'*indebiti solutio*, l'intento di pagare avrebbe denotato chiaramente una volontà di estinguere il vincolo e non quella di contrarlo, ragion per cui, in quanto tale, sussisteva un'obbligazione, e non un contratto.

In questo quadro finisce altresì per apparire chiaro che la *solutio indebiti*, pur rappresentando indubbiamente una fonte di obbligazione, non è coerentemente riconducibile né alla categoria del contratto, così come elaborata da Labeone e Sesto Pedio, né è collocabile nel genere delle *obligationes re contractae* di stampo Sabiniano, e di cui Salvio Giuliano era l'ultimo caposcuola, ma costituisce un criterio costruttivo emblematico, cui ruota attorno l'elaborazione giurisprudenziale gaiana, e, se ci si domandasse come mai, all'inizio di Gai. 3.91, il giurista abbia effettuato

l'abbinamento mutuo *solutio indebiti*, esplicitando chiaramente che colui il quale abbia ricevuto l'indebita per errore sia obbligato mediante cosa, la risposta, fornita subito dopo, è data dalla formula impiegata per ottenere l'adempimento di un'obbligazione frutto di una prestazione indebita e costituisce il fulcro di tutta la costruzione logica in questione.

Tale formula, connotata dalle parole *dare oportere*, è la stessa identica formula impiegata nel *mutuum* e consentirebbe di giungere all'assunto per cui l'analogia processuale fra figure contrattuali (mutuo) e figure che tali non sono (*indebiti solutio*), rappresenterebbe la prospettiva dalla quale muove il giureconsulto a partire dalle proprie *Institutiones* e costituirebbe anche quel chiaro intento dialettico in materia cui intende pervenire nelle *Res cottidianae*, rinvenibile lungo il titolo VII del Digesto, e rivolto alle *variae causarum figurae*, dove si riscontrano atti dai quali sorge un'obbligazione tutelata mediante azioni civili (la *negotiorum gestio*, l'amministrazione tutelare, *l'indebiti solutio*, il *legatum per damnationem*, il *legato sinendi modo*) oltre ad una nuova serie di illeciti tutelati mediante *actiones praetoriae* (D. 44.7.1.4-6).

La tripartizione elaborata da Gaio nei *Libri rerum cottidianarum sive aureorum* risulta, infatti, non solo meglio definita rispetto alla precedente bipartizione, ma anche in grado di assolvere compiutamente alle utilità pratiche di un sistema in continua evoluzione.

Accanto ai contratti e ai delitti, i quali, in relazione alla loro fonte, presentano un *proprium ius*, si riscontrano anche le *obligationes ex variis causarum figuris* che, rispetto alle prime, si connotano per un *proprium quodam ius*, ovvero per il fatto che, pur essendovi obbligazioni che partecipano alle regole generali proprie delle obbligazioni contrattuali, queste non scaturiscono da contratto, e parimenti che, sebbene vi siano obbligazioni

le quali non sorgono da delitto, queste sono comunque sottoposte alle regole generali proprie delle obbligazioni *ex delicto*.

In particolare, per quanto concerne la *negotiorum gestio*, primo caso che viene in considerazione, Gaio rileva chiaramente che le azioni *negotiorum gestorum* presentano i medesimi caratteri di quelle *mandati*.

Circa il caso seguente, quello relativo alla tutela, viene asserito come i soggetti *quasi ex contractu teneri videntur* ed altresì che *mutuae sunt actiones*.

A proposito del legato, viene nuovamente ribadito che anche in esso i soggetti sembrano tenuti *quasi ex contractu*.

Infine, in merito all'ultimo caso considerato, ossia quello relativo al pagamento dell'indebito, Gaio riporta come colui il quale ha ricevuto l'indebito è tenuto dalla stessa azione nascente da mutuo.

Da tutto ciò emerge dunque come tali figure non sono, per effetto della loro conformazione strutturale, propriamente contratti dal punto di vista sostanziale, ma possono considerarsi alla stregua degli stessi poiché propriamente tali dal punto di vista processuale dei relativi rimedi tutelari.

Quella dell'equiparazione processuale è quindi la prospettiva da cui muove il giurista ed è tramite il *proprium ius* delle figure ricondotte nell'alveo delle *variae causarum figurae* che gli viene consentito di creare un collegamento tra fattispecie ascrivibili alla sfera contrattuale e fattispecie che, considerate nella loro individualità, tali non risultano essere.

Nella percezione di questo dato, è dunque l'affinità processuale tra determinati tipi di contratti ed altre figure giuridiche di natura prettamente civile, che consente, non solo di riallacciare queste ultime alle tipologie rientranti nella sfera contrattuale, ma anche di fornire quella spinta decisiva verso l'ufficializzazione, all'interno delle *Iustiniani Institutiones*, del *quasi ex contractu actione teneri*.

Nonostante, sulla scorta delle testimonianze pervenuteci, rimanga dubbio se, attraverso il passaggio dalla concezione classica a quella giustiniana del *quasi ex contractu*, e, a seguire, come emerso dalla Parafrasi greca alle Istituzioni imperiali di Teofilo, bizantina del *quasi contractus*, si sia verificato un netto mutamento di prospettiva da una rimediale a una sostanziale, quel che emerge è come la nascita del *quasi ex contractu teneri* risulti riconducibile ad una valutazione analogica dello strumento processuale.

## BIBLIOGRAFIA

AHSMANN M., s.v. *Vinnius, Arnoldus (1588-1657)*, in *Deutsche und europäische Juristen*, G. Kleinheyer, J. Schröder (a cura di), Heidelberg 1996, pp. 516-517.

ALBANESE B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987.

ALBERTARIO E., *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, XXI (1923), pp. 493 ss.; ID., *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in *RIL*, LIX (1926), pp. 97 ss.; ID., *Actiones in rem e actiones in personam*, in *Studi di diritto romano*, Milano 1946, pp. 229 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte generale*, Milano 1947.

ALPA G., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari 2000, pp. 84 ss.

AMBROSINO R., *Il metodo di compilazione delle Istituzioni giustinianee*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano e di Storia del diritto (Verona 1948)*, I, Milano 1951, pp. 135 ss.

AMIRANTE L., *Il processo delle «legis actiones»*, in *LABEO*, XXXVI (1990), pp. 116-125.

ANGELICI C., s.v. *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV (2003), pp. 1 ss.



ARANGIO-RUIZ V., *Ancora sulle res cottidianae. Studio di giurisprudenza postclassica*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, I, Milano 1930, pp. 493-521; ID., *Le genti e la città*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa editrice Jovene (1854-1954)*, Napoli 1954, pp. 135 ss.; ID., *Appunti sul testo di Gaio*, in *RHD*, XXIX (1961), pp. 93-102.

ARCHI G.G., *Dal formalismo negoziale repubblicano al principio giustiniano "cum sit iustum voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere"*, in *SDHI*, XLVI (1980), pp. 1-30.

ARNDTS L., *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart 1877, § 242, pp. 414 ss.

ASTUTI G., *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successivi*, in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, II, Napoli 1984, pp. 711-800.

AUGUSTIN J.M., *Les classifications des sources des obligations de Domat au Code civil*, in *L'enrichissement sans cause. La classification des sources des obligations*, Poitiers 2007, pp. 118 ss.

BAMMATE N.D., *Origine et nature du legs sinendi modo*, Paris 1947, pp. 189 ss.; ID., *Le titre pro legato*, in *RIDA*, I (1948), pp. 33 ss.

BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Digesti novi partem ad D. 44.7.1 pr.*, Venetii 1476.

BEHRENDTS O., *La nuova traduzione tedesca dei «Digesta» e la critica interpolazionistica*, in *INDEX*, XXV (1997), pp. 13-69.

BEKKER E.I., *Die Aktionen des römischen Privatrechts I*, Berlin 1871 (rist. Aalen, 1970), pp. 115 ss.

BERGER A., s.v. Oportere, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, p. 609; ID., s.v. Quasi, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, p. 664.

BERNABEI C., *Bartolo da Sassoferrato e la scienza delle leggi*, Torino 1881.

BETTI E., *Sul significato di «contrahere» in Gaio e sulla non classicità della denominazione quasi ex contractu obligatio*, in *BIDR*, XXV, 1912, pp. 65 ss.; ID., *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere» in giuristi proculeriani e sabiniani*, in *BIDR*, XXVIII (1915), pp. 3 ss.; ID., *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, in *AG*, XCV (1925), pp. 42 ss.; ID., *Teoria generale delle obbligazioni in diritto romano*, I, F. Pastori (a cura di), Milano 1947, p. 187; ID., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, VIII (1957), p. 368; ID., *Istituzioni di diritto romano II*, 1, Padova 1962, p. 84.

BETTS I.M.-MARSHALL B.A., *The Lex Calpurnia of 149 B.C.*, in *Antichthon*, XLVII (2013), pp. 39-60.

BIONDI B., *Sponsio e stiupulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio e delle garanzie personali*, in *BIDR* 65 (1962), pp. 114 ss.; ID., *Origine e natura del legato sinendi modo*, in *Scritti Giuridici*, III, Milano 1965, pp. 613 ss.

BONA F., *Ius pontificium e ius civile nell'esperienza giuridica tardo-repubblicana: un problema aperto*, in *Contractus e factum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del Convegno Internazionale di Copanello, 1-4 giugno 1988*, F. Milazzo (a cura di), Napoli 1990, pp. 209-243.

BONFANTE P., *Sui contractus e sui pacta*, in *Riv. dir. comm.*, XVIII (1920), pp. 1 ss.

BRANDSMA F., *Dorotheus and his Digest Translation*, Groningen 1996, pp. 1 ss.

BRASIELLO U., *Obligatio re contracta*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, II, Milano 1930, pp. 563 ss.; ID., *In tema di categorie contrattuali*, in *SDHI*, X (1944), pp. 106 ss.

BRETONE M., *I motivi ideologici dell'Enchiridion di Pomponio*, in *LABEO*, XI (1965), pp. 7-35; ID., *Cicerone e i giuristi del suo tempo*, in *Ciceroniana. Atti del III Colloquium Tullianum, Roma, ottobre 1976*, Roma 1978, pp. 47-68.

BRUGI B., *Diritto romano classico, diritto giustiniano, diritto romano comune*, in *LABEO*, XLV (1999), pp. 447-452.

BURDESE A., *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone (A proposito del volume di Raimondo Santoro)*, in *SDHI*, LI (1985), pp. 458-477; ID., *Ancora in tema di contratti innominati*, in *SDHI*, LII (1986), pp. 442-450; ID., *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1987, p. 417; ID., *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati*, in *Estudios in homenaje al Profesor Juan Iglesias con motivo de*

*sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)*, Madrid 1988, pp. 127-155; ID., *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994, pp. 63-91; ID., *Su alcune testimonianze celsine*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich 1999, pp. 6 ss.

BUSSI E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova 1937.

BUTERA A., s.v. *Quasi-contratto (dir. civ.)*, in *Dig. it.*, XIX (1925), pp. 1315 ss.

CALASSO F., *L'insegnamento del diritto comune*, in *AG*, XXVI (1933), pp. 237-246.

CANCELLI F., *La unica giurisprudenza dei pontefici e Gneo Flavio. Tra fantasie e favole romane e romanistiche*, Roma 1996.

CANNATA C.A., *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, in *Sein und Werden im Recht, Festgabe von Lübtow*, Berlin 1970, pp. 451 ss.; ID., *Studi sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, in *IURA*, XXI (1970), pp. 52 ss.; ID., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dottrinario e pratico (I parte)*, in *AA. VV., Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, IV, G. Tarello (a cura di), Bologna 1974, pp. 37 ss.; ID., *Sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni dal 1804 ai nostri giorni*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III Congresso internazionale della storia italiana del diritto (Firenze 25-29 aprile, 1973)*, III, Firenze 1977, pp. 1177 ss.; ID., s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti*, in *Enc. dir.*, XXXVIII (1987), pp. 25-34; ID., *Lineamenti di storia della*

*giurisprudenza europea*, II, Torino 1989, pp. 200 ss.; ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *IURA*, XLIV (1993), pp. 51 ss.; ID., s.v. *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII (1995), pp. 405 ss.; ID., *Diritto giurisprudenziale e diritto codificato*, in *LABEO*, XLV (1999), pp. 240-243; ID., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, Torino 2008, pp. 50 ss.; ID., *L'«actio in factum civilis»*, in *IURA*, LVII (2008-2009), pp. 9-48; ID., *Scritti scelti di diritto romano*, I, L. Vacca (a cura di), Torino 2011, pp. 227 ss.

CARCATERRA A., *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 36 ss.

CARDILLI R., *Archetipi dell'oportere nell'oportere ex sponsione*, in *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, L. Capogrossi Colognesi, M.F. Corsi (a cura di), Napoli 2011, pp. 1-16.

CASAVOLA F.P., *Gaio nel suo tempo*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, A. Guarino-L. Bove (a cura di), Napoli 1966, pp. 2 ss.

CENDERELLI A., *Ricerche su Sesto Pedio*, in *SDHI*, XLIV (1978), pp. 371-428.

COMA FORT J.M., *El derecho de obligaciones en las «res cottidianae»*, Madrid 1996.

CONTE E., *La classification des sources des obligations dans la doctrine antérieure à Domat*, in *L'enrichissement sans cause. La classification des sources des obligations*, Poitiers 2007, pp. 109 ss.

CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana. Lezioni*, Torino 1994.

CORTESE B., *Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici*, Napoli 2013, pp. 108 ss.; EAD., *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Napoli 2013, pp. 9 ss.

CORTESE E., *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma 2000, pp. 251 ss.

CUJACIUS J., *Notae in Librum III, Inst. Justiniani*, in *Opera omnia*, Neapoli 1722, I, col. 221.

D'AMIA A., *L'eredità giacente. Note di diritto romano, comune e odierno*, Milano 1937.

D'ORS A., *Re et verbis*, in *Atti del Convegno Internazionale di diritto romano e di storia del diritto. Verona 27-28-29 settembre 1948*, III, Milano 1951, pp. 270 ss.; ID., *Répliques panormitanas VI. Sobre la suerte del contrato real en el Derecho Romano*, in *Revista de derecho notarial*, LXXXVIII (1975), pp. 7- 26; ID., *Una nuova sfida contro la credibilità d'una «actio commodati in ius»*, in *IURA*, XLIV (1993), pp. 165-166.

DAUBE D., *Novation of Obligations giving a Bonae Fidei Iudicium*, in *ZSS*, LXVI (1948), pp. 128 ss.

DE LUCA A., *Teorica del quasi contratto*, Catania 1929, pp. 13 ss.

DE RUGGIERO R., *Le obbligazioni (parte generale: continuazione)*, *Corso di lezioni di diritto romano*, Napoli 1925, pp. 17 ss.

DE VISSCHER F., *Les origines de l'obligation "ex delicto"*, in *Etudes de droit romain*, Paris 1931, pp. 267 ss.

DEAKIN F.W., *Storia della Repubblica di Salò*, Torino 1963.

DERNBURG H., *Pandekten*, II, Berlin 1886, § 6, p. 16.

DI LELLA L., *Formulae ficticiae. Contributo alla riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli 1984.

DI MARZO S., *I "libri rerum cottidianarum sive aureorum"*, in *BIDR*, LI-LII (1948), pp. 1-98.

DOMAT J., *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, II, trad. it. G.A. Zuliani (a cura di), Venezia 1793, p. 4.

DONATUTI G., *La communio incidens come causa obbligatoria*, in *AA. VV., Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano 1953, pp. 132 ss.; ID., *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano*, I. *L'actio mandati dell'adpromissor*; II. *La volontà del mandante*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano 1976, pp. 261-390.

DONELLUS H., *Opera Omnia. Commentariorum de iure civili Tomus Quartus*, Maceratae 1830, lib. XV, cap. XIV, p. 123.

DROSDOWSKI T., *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht*, Berlin 1998, pp. 1 ss.

DUMONT F., *Obligatio*, in *Mélanges Philippe Meylan*, I, Lausanne 1963, pp. 79-90.

FALCONE G., *Il metodo di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano*, in *AUPA*, XLV (1998), pp. 230 ss.; ID., *La formazione del testo della Parafrasi di Teofilo*, in *TR*, LXVIII (2000), pp. 417 ss.; ID., “*Obligatio est iuris vinculum*”, Torino 2003, pp. 5 ss.; ID., *Officium e vincolo giuridico: alle origini della definizione classica dell’obligatio*, in *Ius antiquum*, XVI (2005), pp. 67 ss.; ID., *Theophilus noster. Zur Benutzung der Theophilus Paraphrasis seitens der humanistischen Jurisprudenz*, in *Iuris antiqui historia*, II (2010), pp. 15 ss.; ID., *Sull’inquadramento sistematico delle obbligazioni nella Parafrasi di Teofilo (e nelle Istituzioni giustiniane)*, in *Scritti per A. Corbino*, II, I. Piro (a cura di), Tricase 2016, pp. 507 ss.

FARGNOLI I., *‘Alius solvit alius repetit’*. *Studi in tema di ‘indebitum condicere’*, Milano 2001, pp. 28 ss.

FEENSTRA R.-WALL C.J.D., *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law: a study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam-Oxford 1975, pp. 27 ss.

FERRI G., *Del codice civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, in *Foro it.*, IV (1944), c. 34 ss.

FERRINI C., *Manuale di pandette*, Milano 1953, pp. 640 ss.; ID., *Delle origini della parafrasi greca delle Istituzioni*, in *AG*, XXXVII (1886), pp. 175 ss.

FIORI R., *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*, in *AA. VV.*, *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, III, Napoli 2007, pp. 1955 ss.



FRANCESCHELLI V., *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano 1984, pp. 290 ss.

FRANCHINI L., *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Napoli 2008.

FRÉMONT A.F.M., *Recherches historiques et biographiques sur Pothier: publiées à l'occasion de l'érection de sa statue*, Orléans 1859, pp. 7 ss.

B. FRESE, *Prokuratur und negotiorum gestio im römischen Recht*, in *Mélanges de Droit Romain dédiés à Georges Cornil*, I, Paris 1926, pp. 348 ss.; ID., *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, Milano 1930, pp. 397 ss.; ID., *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur*, in AA. VV., *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, IV, Palermo 1936, pp. 419 ss.

FUHRMANN M., *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Göttingen 1960, pp. 111 ss.

GALLO F., *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in *BIDR*, XXVI, 1973, pp. 171 ss.; ID., *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, Milano 1988, pp. 40 ss.

GALLO P., s.v. *Quasi-contratto*, in *Dig. disc. Priv., Sez. civ.*, XXV (1997), pp. 539 ss.; ID., s.v. *Quasi-contratti*, in *Dig. disc. Priv., Sez. civ.*, VI (2011), pp. 154-159.

GARCÍA-GARRIDO M.J., *La concezione classica del legato sinendi modo e la sua probabile struttura originaria*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano 1962, pp. 241 ss.

GAROFALO L., *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Milano 2007, pp. 15-61.

GIUFFRÈ V., *Ancora sulla lex Silia*, in AA. VV., *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, IV, Napoli 2001, pp. 227-253.

GRADENWITZ O., *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin 1887.

GROSSO G., *I legati nel diritto romano. Parte generale*, Torino 1962, pp. 21 ss.; ID., *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963, pp. 13 ss.; ID., *Da Pedio ai Bizantini in D. 2.14.1.3-4*, in AA. VV., *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, Milano 1971, pp. 55-61.

GROTIUS H., *De iure belli ac pacis libri tres. In quibus jus Naturae, Gentium, item juris publici praecipue explicantur*, II, Amsterdami 1632, I§2, p. 70.

GUARINO A., *Rec. a Sanfilippo. Condictio indebiti*, in *SDHI*, XI (1945), p. 328; ID., *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli 1956, pp. 172 ss.; ID., *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli 1968; ID., *Diritto privato romano*, Napoli 2001, pp. 968-969.

GUERRERA E., *Le fonti delle obbligazioni*, in *Riv. it. scienze giur.*, VI (1931), pp. 281-294.

HANISCH ESPINDOLA H., *Los actos del mandatario ejecutados despues de exintguido el mandato*, in AA. VV., *Estudios de derecho romano en Honor de Alvaro D'Ors*, II, Pamplona 1987, pp. 637-652.

HAUPT G., *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber*, II, Leipzig 1943, pp. 1-37.

HEINECCIUS J.G., *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*, II, Neapoli 1771, p. 423.

HONORÈ A.M., *Gaius. A biography*, Oxford 1962, pp. 68 ss.; ID., *Tribonian*, London 1978, pp. 181 ss.

HUSCHKE P.E., *Imp. Iustiniani institutionum libri quattuor*, Leipzig 1867, pp. III-XV.

KASER M., *Das legatum sinendi modo in der Geschichte des römischen Vermächtnisrechts*, in *ZSS*, LXVII (1950), pp. 320 ss.; ID., *Zum Ediktsstil*, in *Festschrift F. Schulz*, II, Weimar 1951, p. 52; ID., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, pp. 253 ss.; ID., *La classicità di Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, A. Guarino-L. Bove (a cura di), Napoli 1966, pp. 43 ss.; ID., *Oportere und ius civile*, in *ZRG*, LXXXIII (1966), pp. 1-46; ID., *Das römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, pp. 489 ss.; ID., *Divisio obligationum*, in *Studies on Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, London 1983, pp. 82 ss.

KNIEP F., *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Jena 1910, pp. 104 ss.

KÖNIG H.J., *Pothier und das römische Recht*, Frankfurt am Main 1976, pp. 42 ss.

KRELLER H., *Zum iudicium mandati*, in *Festgabe für Philipp Heck*, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt, H. Stoll (a cura di), Tübingen 1931, pp. 118-156; ID., *Das Edikt de negotiis gestis in der Geschichte der Geschäftsbesorgung*, in *Festschrift Paul Koschaker*, II, Weimar 1939, pp. 201 ss.; ID., *Das Edikt de negotiis gestis in der klassischen Praxis*, in *ZSS*, LIX (1939), pp. 390 ss.

KUNKEL W., *Römische Rechtsgeschichte*, Köln 1960, pp. 98 ss.

LA PIRA G., *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in *BIDR*, XLV (1938), pp. 292-334.

LAMBRECHT P., *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Entstehung, Rezeption und Niedergang*, Tübingen 1994, pp. 46 ss.

LEHMANN K., *Faktische Vertragsverhältnisse*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, I (1958), pp. 1 ss.

LEICHT P.S., *Storia del diritto italiano. Il diritto privato. III. Le obbligazioni*, Milano 1948, pp. 10 ss.

LENEL O., *Essai de reconstitution de l'Édit Perpétuel*, I, trad. franc. F. Peltier (a cura di), Paris 1901, p. 121; ID., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig 1927, pp. 105 ss.

LEVY E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1, Berlin 1922, pp. 130 ss.

LOSCHIAVO L., *Summa codicis Beriolinensis. Studio ed edizione di una composizione "a mosaico"*, Frankfurt am Main 1996, pp. 63 ss.

LOUBERS H., *Jean Domat: philosophe et magistrat*, Paris 1873.

LURASCHI G., *Sulle leges de civitate (Iulia, Calpurnia, Plautia Papiria)*, in *SDHI*, XLIV (1978), pp. 321-370.

LUZZATO G.I., *La storia delle «legis actiones»*, in *LABEO*, VII (1961), pp. 75-89.

MAININO G., *L'ordine espositivo delle Istituzioni di Gaio e il sistema civilistico: un'ipotesi*, in *Rivista di Diritto Romano*, XI (2011), p. 2.

MAYER-MALY TH., *Obligamur necessitate*, in *ZSS*, LXXXIII (1966), pp. 67 ss.; ID., *Divisio obligationum*, in *The Irish jurist*, II (1967), pp. 382 ss.

MARINELLI F., *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari 2009, pp. 91 ss.

MARTINI R., *"Genus" e "species" nel linguaggio gaiano*, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, pp. 462 ss.; ID., *Le summae divisiones in Gaio*, in *Atti del I Seminario Romanistico Gardesano (19-21 maggio 1976)*, Milano 1976, pp. 89-95; ID., *Gaio e le «Res cottidianae»*, in *ASGP*, LV (2012), pp. 171-188.

MERCOGLIANO F., *Actiones ficticiae. Tipologie e datazione*, Napoli 2001.

METRO A., *Actiones ficticiae*, in *INDEX*, XXIX (2001), pp. 371-376.

MIGLIETTA M., *Nozione, formazione e interpretazione del diritto*, in *SHDI*, LXV (1999), pp. 363-415.

MITTEIS L., *Stipulation und Legat*, in *ZSS*, XXXII (1911), pp. 1 ss.

NELLO P., *Dino Grandi*, Bologna 2003.

NELSON H.L.W.-MANTHE U., *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin 1999, pp. 63 ss.

NICOSIA G., *Il processo privato romano. I. Le origini*, Torino 1986; ID., *Institutiones. Profili di diritto privato romano delineati con l'ausilio delle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano*, Catania 1992, pp. 100 ss.; ID., *La «legis actio per conditionem» e la novità dell'intervallo dei trenta giorni*, in *ASGP*, LIII (2009), pp. 27-70; ID., *Il processo privato romano. III. Nascita ed evoluzione della iurisdictio*, Catania 2012.

ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Torino 1963.

ORTU R., «*Propter dignitatem hominum*». *Riflessioni su D. 21.1.44 pr. (Paul. 2 ad ed. aed. cur.)*, in *Forum Romanum, Atti del III convegno internazionale sul tema "Diritto romano privato e pubblico: l'esperienza plurisecolare dello sviluppo del diritto europeo" (Jaroslavl-Mosca, 25-30 giugno 2003)*, Mosca 2003, pp. 79 ss.; EAD., «*Propter dignitatem hominum*». *Nuove riflessioni su D. 21.1.44 pr. (Paul. 2 ad ed. aed. cur.)*, in *AA. VV., Tra storia e diritto, Studi in onore di Luigi Berlinguer*

*promossi dalle Università di Siena e di Sassari*, II, Soveria Mannelli 2008, pp. 439 ss.

PACCHIONI G., *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale*, Padova 1935, pp.15 ss.; ID., *Dei quasi-contratti*, Padova 1938, pp. 1 ss.

PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007, pp. 478 ss.

PAOLI J., *Oportere dans les textes juridiques*, in *REL*, XV (1937), pp. 331 ss.

PARICIO J., *La pretendida fórmula in ius del comodato en el Edicto pretorio*, in *RIDA*, XXIX (1982), pp. 235-251; ID., *Formulae commodati*, in AA. VV., *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VI, Napoli 2001, pp. 163-185.

PARTSCH J., *Studien zur negotiorum gestio*, I, Heidelberg 1913, pp. 6 ss.

PASTORI F., *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano 1951, pp. 366 ss.; ID., *Sulla duplicità formulare dell'actio commodati*, in *LABEO*, II (1956), pp. 89-94; ID., *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961; ID., *Concetto e struttura delle obbligazioni nel diritto romano*, Milano 1982.

PÉREZ ÁLVAREZ M.P., *Observaciones sobre D. 17.1.22.10 (Paul. l. 32 ad ed.)*, in *RIDA*, XLV (1998), pp. 355-386.

PERI MINUTO F., *A proposito di uno studio recente sull'esegesi medievale*, in *AEVUM*, XXXIII (1959), pp. 529-538.

PERNICE A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit I*, Halle 1873 (rist. Aalen 1963), pp. 246 ss.

PEROZZI S., *Le obbligazioni romane*, Bologna 1903, pp. 30 ss.

PETRONIO U., *Art. 1173. Fonti delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile diretto da Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni. Artt. 1173-1217*, V. Cuffaro (a cura di), Torino 2012, pp. 35 ss.

PEZZANA A., *Contributi allo studio del legato «sinendi modo»*, Milano 1958, pp. 47 ss.

PHILONENKO M., *Intentio dans les formules in factum conceptae*, in *Mélanges Fernand De Visscher*, II, Bruxelles 1949, pp. 231-247.

POTHIER R.J., *Traité des obligations, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, I, Paris-Orléans 1764, n. 113 ss., pp. 135-137; ID., *Du quasi-contrat negotiorum gestorum*, *Appendice au Traité du contrat de mandat*, in *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, par Dupin, IV, Paris 1824, n. 176, p. 300; ID., *Traité du prêt de consommation et des matières qui y ont rapport*, Troisième Partie, *Du quasi-contrat appelé promutuum et de l'action condictio indebiti*, in *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, par Dupin, IV, Paris 1824, n. 132, p. 126.



PRICHARD A.M., *The origin of the Legis actio per conditionem*, in Synteleia V. Arangio-Ruiz, Napoli 1964, pp. 260-268.

PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991, pp. 271 ss.

QUADRATO R., *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010.

RAMM A., *Der Quasikontrakt nach der Quellen und sein Werth für Wissenschaft und Gesetzgebung*, Leipzig 1882, pp. 18 ss.

REDUZZI MEROLA F., *Liber homo bona fide serviens: alcune questioni*, in *INDEX*, XXXIX (2011), pp. 222-226.

REGGI R., *Liber homo bona fide serviens*, Milano 1958.

RESCIGNO P., s.v. *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX (1979), pp. 150 ss.

RICCA L., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano 1965, pp. 6 ss.

RICCOBONO S., *La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno*, in *Riv. dir. comm.*, I (1917), pp. 379 ss.; ID., *La dottrina delle obligationes quasi ex contractu*, in *AUPA*, III-IV (1917), pp. 165 ss.; ID., *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, I, Milano 1930, pp. 123 ss.; ID., s.v. *Quasi contratti (dir. rom. e dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, X (1936), pp. 1025 ss.; ID., s.v. *Quasi-contratto (dir. rom., dir. civ.)*, in *Nuovo Dig. it.*, X (1937-1940), pp. 1025-1027; ID., s.v. *Quasi contratto-*

*quasi delitto (dir. rom., dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV (1957), pp. 633-636; ID., *I negozi dell'homo liber bona fide serviens col possessore medesimo*, in *Scritti di diritto romano. II. Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10,3,14 (Paul. 3 ad Plautium)*, Palermo 1964, pp. 448-449.

RICHARDSON J.S., *The purpose of the Lex Calpurnia de repetundis*, in *JRS*, LXXVII (1987), pp. 1-12.

RUDORFF A.F., *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869, § 130, p. 132.

RUSSO RUGGERI C., *Theophilus and the student publisher: a resolved issue?*, in *Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law*, IX, Groningen 2014, pp. 99 ss.; EAD., *L'insegnamento di Teofilo tra Istituzioni e Parafrasi*, in *Studi su Teofilo*, Torino 2016, pp. 1-79.

SACCOCCIO A., *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano 2002, pp. 316 ss.; ID., *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla obligatio ex lege*, in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*, XXXV (2014), pp. 24 ss.; ID., *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profilo di consensualità nel mutuo reale*, Torino 2020.

SANFILIPPO C., *Condictio indebiti. I. Il fondamento dell'obbligazione da indebito*, Milano 1943, pp. 14 ss.

SANGIORGI S., *Il metodo di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano*, in *AUPA*, XXVII (1959), pp. 181 ss.

SANTORO R., *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone*, in AA. VV., *Studi in onore di Andrea Arena*, V, Padova 1981, pp. 2399-2420; ID., *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983; ID., *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano 1983; pp. 681-717; ID., *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Q. Mucium)*, in *AUPA*, LV (2012), pp. 553- 618.

SANTORO PASSARELLI F., *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in AA. VV., *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano 1968, pp. 1031-1043.

SARGENTI M., *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, in AA. VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, pp. 475 ss.; ID., *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis. Ancora una riflessione*, in AA. VV., *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VII, Napoli 2001, pp. 235-278; ID., *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in *SDHI*, LXXII (2006), pp. 229-307.

SCARANO USSANI V., *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979; ID., *Tra «scientia» e «ars»: il sapere giuridico romano dalla sapienza alla scienza, nei giudizi di Cicerone e di Pomponio*, in *Ostraka*, II (1993), pp. 211-230.

SHELTEMA H.J., *L'enseignement de droit des Antécédents*, Leiden 1970, pp. 17 ss.

SCHERILLO G., *Lezioni sulle obbligazioni*, Milano 1961, pp. 260 ss.

SCHIPANI S., *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1996.

SCHLOSSMANN S., *Der Vertrag*, Leipzig 1876, pp. 20 ss.

SCHULZ F., *Classical Roman Law*, Oxford 1951, pp. 33 ss.; ID., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, pp. 261 ss.; ID., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968.

SCHWARZ F., *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster -Köln 1952, pp. 14 ss.

SCIALOJA V., *In difesa di termini giuridici fuori d'uso*, in *Studi giuridici*, IV, Roma 1933, pp. 7 ss.

SEGRÉ G., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni e le azioni ex delicto*, I, Torino 1926, pp. 288 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Concetto e genesi della obbligazione. Obbligazioni solidali e indivisibili*, Torino 1929; ID., *Sulla distinzione delle actiones in rem e in personam*, in *BIDR*, XLI (1933), pp. 81 ss.; ID., *Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra diritto civile e diritto pretorio*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano 1946, pp. 731 ss.

SEILER H.H., *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, pp. 32 ss.

SINI F., *A quibus iura civibus praescribebantur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, Torino 1995.

SOLAZZI S., «*Quidam*» (*Gli innominati delle Istituzioni di Gaio*), in *Scritti di diritto romano V (1947-1956)*, Napoli 1972, p. 418.

SOTTY R., *Condictio incerti, actio ex stipulatu et actio praescriptis verbis*, in AA. VV., *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli 1984, pp. 2477-2490; ID., *L'età delle formulae ficticiae*, in *LABEO*, XXXI (1985), pp. 342-347.

STAMPACCHIA L., *Giuseppe Pisanelli. La biografia e il suo progetto del codice civile*, Lecce 1880.

STANGHELLINI L., *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano 1997, pp. 18 ss.

STEIN P., *The Nature of Quasi-delictual Obligations in Roman Law*, in *RIDA*, V (1958), pp. 568 ss.

STELLA RICHTER G., *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, XXXI (1977), pp. 151 ss.

STOLFI E., *Studi sui libri ad edictum di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, Napoli 2002; ID., *Studi sui libri ad edictum di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, Milano 2002.

STURM F., *Oportere*, in *ZSS*, LXXXII (1965), pp. 211 ss.

SYZ C., *Faktischen Vertragsverhältnis*, Zürich 1991, pp. 20 ss.

TALAMANCA M., *Rec. a F. Schwarz e U. von Lübtow*, in *AG*, CXLIV-CXLV (1953), p. 176; ID., *L'origine della sponsio e della stipulatio*, in *LABEO*, IX (1963), pp. 98 ss.; ID., *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*, LXXX (1977), pp. 195-344; ID., s.v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXIX (1979), pp. 41 ss.; ID., *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in *Società romana e produzione schiavistica*, III. *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, A. Giardina-A. Schiavone (a cura di), Roma-Bari 1981, pp. 348 ss.; ID., s.v. *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV (1989), pp. 67 ss.; ID., *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1989, pp. 654 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp. 609 ss.

TONDO S., *Classificazioni delle fonti d'obbligazione*, in *Labeo*, XLI (1995), pp. 380 ss.

UNGARI P., *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967.

VAN DER WAL N.-LOKIN J.H.A., *Historiae iuris graeco-romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, pp. 125 ss.

VAN OVEN J.C., *Le sens des mots «obligatio» et «obligare» chez Gaius*, in *Festschrift H. Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, Basel 1953, pp. 122 ss.

VARVARO M., *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008.

VINNIUS A., *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, II, Venetiis 1804, lib. III, tit. XXVIII, p. 180.

VOCI P., *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946; ID., *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *SDHI*, XIX (1953), pp. 38 ss.

VOET J., *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta, in quibus praeter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus etiam hodiernum, & praecipuae Fori Quaestiones excutiuntur*, VI, Bassani 1804, lib. XLIV, tit. VII, n. 5, p. 137.

VOLANTE R., *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Milano 2001, pp. 25 ss.

WALLINGA T., *La recepción de los cuasicontratos*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, XXXI-XXXII (2018-2019), pp. 456 ss.

WATSON A., *Actio de dolo and actiones in factum*, in *ZSS*, LXXVII (1961), pp. 392-402; ID., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, pp. 200 ss.; ID., *Mandate and the Boundaries of Roman Contract*, in *BIDR*, XXXIII/XXXIV (1991/1992), pp. 41-48.

WESENER G., *Zur Denkform des «quasi» in der römischen Jurisprudenz*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, III, Milano 1973, pp. 1391-1392.

WESSELS J.W., *History of the Roman-Dutch Law*, Clark 2005, pp. 320-330.

WIEACKER F., *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, I, Weimar 1936, pp. 323 ss.; ID., *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, pp. 187 ss.

WLASSAK M., *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena 1879, pp. 103 ss.;  
ID., *Römische Prozessgesetze: Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, I,  
Leipzig 1888, pp. 82-83; ID., *Die Aquilianische Stipulation*, in *ZSS*, XLII  
(1921), pp. 406 ss.

WOLODKIEWICZ W., *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla  
classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, in *RISG*, XIV  
(1970), pp. 123 ss.

WUNNER S.E., *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen  
römischen Recht*, Köln-Graz 1964, pp. 87 ss.

ZARRO G.L., *Formalismo e consensualismo: una lettura agli antipodi dell'esperienza  
romana*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, XXVII (2014), pp. 351-  
395.





12.6.6.1	97	98, nt. 301
	97, nt. 292	
12.6.6.3	97	98, nt. 302
	97, nt. 293	
12.6.7	97	98, nt. 303
	97, nt. 294	
12.6.16 pr.	97	98, nt. 304
	97, nt. 295	
12.6.23 pr.	97	
	97, nt. 296	
12.6.32 pr.	98	
	98, nt. 297	
12.6.33	98	
	98, nt. 298	
12.6.37	98	
	98, nt. 299	
12.6.44	98	
	98, nt. 300	
12.6.45	98	
		98
		98, nt. 302
		98
		98, nt. 303
		98
		98, nt. 304
		13
		88
		88, nt. 258
		87, nt. 254
		84
		79, nt. 234
		79, nt. 235
		58
		58, nt. 180
		57

	57, nt. 178		67
27.3.3	89, nt. 263	44.7.1.3	52
27.3.14	90	44.7.1.4	60
	90, nt. 265		
		44.7.1.5	60
30.28 pr.	94, nt. 285		
		44.7.1.6	60
30.55	93		
	93, nt. 282	44.7.5 pr.	24
			24, nt. 65
30.73 pr.	94, nt. 285		25
			26
30.82 pr.	93		64
	93, nt. 281		66
			79
30.82.1	94, nt. 285		83, nt. 242
			87
30.106	93		99
			99, nt. 306
44.5.1.4	87		107
	87, nt. 256		111
44.7.1 pr.	22	44.7.5.1	23
	42, nt. 144		24
	61		25
	65		25, nt. 65

	26		26
	65		35, nt. 118
	68		56, nt.175
	69		65
	99		69
	99, nt. 306		96
	100		99
	109		99, nt. 306
	110		114
			115
44.7.5.2	24		
	25	44.7.12	79, nt. 236
	25, nt. 65		
	26	44.7.25 pr.	77, nt. 227
	65		
	69	46.2.9 pr.	91
	71, nt. 210		91, nt. 271
	91		
	95	46.3.66	58
	96		58, nt. 181
	99		
	99, nt. 306	46.3.80	48, nt. 153
	113		
		50.16.19	18, nt. 44
44.7.5.3	23		
	24	50.16.36	77, nt. 227
	25		
	25, nt. 65	50.16.120	92, nt. 274

50.16.178.2	77, nt. 227	3.14.1	114
			115
50.16.213.1	54, nt. 172		
		3.27.1	35, nt. 118
50.17.19 pr.	95		83, nt. 242
	96		107
<i>Institutiones</i>		3.27.2	110
1.2.12	118, nt. 338	3.27.3	111
			112
2.22 pr.	92, nt. 274		
		3.27.4	112
3.13 pr.	49		112, nt. 325
	103, nt. 313		
	117	3.27.5	112
	117, nt. 334		113
3.13.1	103, nt. 313	3.27.6	35, nt. 118
	117		115
	117, nt. 335		
		3.37.3	26
3.13.2	25		
	26	3.37.4	26
	37		
	104	4.2	76
	117		76, nt. 224
	117, nt. 336		

	GAIUS	2.213	94, nt. 284
	<i>Institutiones</i>	2.215	93, nt. 280
1.8	50, nt. 159	2.224	92, nt. 274
1.9	50, nt. 158	3.88	18
	51, nt. 164		49
			49, nt. 155
1.150	89, nt. 264		50
			50, nt. 159
2.1	51, nt. 164		51
			74, nt. 214
2.2	50, nt. 158		
	51, nt. 164	3.89	8
			8, nt. 7
2.5	63, nt. 195		19, nt. 46
			51
2.6	63, nt. 194		51, nt. 162
			74, nt. 214
2.7	62		
	63	3.90	18, nt. 45
			51, nt. 163
2.8	63, nt. 192		52
2.201	93, nt. 280	3.91	19, nt. 47
			21
2.204	94, nt. 284		23

	50		74, nt. 215
	52		75
	55		77
	56		
	57	4.10	77
	59, nt. 184		
	60	4.17b	55, nt. 174
	69		
	72	4.33	67, nt. 199
	97		83
	114		83, nt. 244
	115		87
3.92	51, nt. 163	4.45	75
			75, nt. 222
3.120	51, nt. 163		
		4.62	67, nt. 199
3.135	51, nt. 163		83
			83, nt. 245
3.136	83, nt. 243		90
3.189	78, nt. 229	4.70	83, nt. 243
3.209	78, nt. 229	4.72a	83, nt. 243
3.224	78, nt. 229	4.103	50, nt. 159
4.2	74	4.106	77

	77, nt. 226	3.27.5	121
	78		121, nt. 350
4.118	50, nt. 159	3.27.6	122
			122, nt. 351
4.140	50, nt. 159		
		4.5 pr.	119, nt. 342
			120, nt. 343
THEOPHILI PARAPHRASIS			
3.13 pr.	118	<u>FONTLLETTERARIE</u>	
	118, nt. 337	AUCTOR AD HERENNIUM	
3.13.2	120, nt. 343	1.13.23	92, nt. 274
3.27 pr.	119, nt. 341	M. TULLIUS CICERO	
3.27.1	120	<i>Philosophica</i>	
	120, nt. 346	<i>De officiis</i>	
3.27.2	121	2.16.56	54, nt. 172
	121, nt. 347	2.24.84	54, nt. 172
3.27.3	121	3.17.70	90
	121, nt. 348		90, nt. 268
3.27.4	121		
	121, nt. 349		



*Rhetorica*

*Brutus*

17 83  
84, nt. 247

18 83  
84, nt. 247

*De inventione*

2.40.116 93, nt. 280

2.50.148 92, nt. 274

*Topica*

17.66 83  
83, nt. 247  
88