

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

35

IOLE FARGNOLI

“ALIVS SOLVIT ALIVS REPETIT”

STUDI IN TEMA DI *INDEBITUM CONDICERE*



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2001

ISBN 88-14-08959-0

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2001
VIA BUSTO ARSIZIO, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: www.giuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

INDICE-SOMMARIO

<i>Premessa</i>	<i>pag.</i> IX
-----------------------	-------------------

IL PROBLEMA

1. Cenni introduttivi	1
2. <i>Indebitum solutum</i> , legittimato alla <i>condictio</i> diverso dal <i>solvens</i> e dall' <i>accipiens</i> e interpretazione giurisprudenziale	10

CAPITOLO I

IL RAPPORTO DELEGATORIO

3. <i>L'indebitum solutum</i> nel rapporto delegatorio	23
A. <i>La delegatio dandi. Vizio del rapporto di provvista</i>	
4. La delega del pupillo <i>sine tutoris auctoritate</i>	28
B. <i>La delegatio dandi. Vizio del rapporto di valuta</i>	
5. La delega del servo manomesso in un testamento invalido	35
C. <i>La delegatio promittendi. Vizio del rapporto di provvista</i>	
6. La delega a chi non è debitore	42
7. La delega della <i>mulier</i> al <i>non debitor</i>	45
D. <i>La delegatio promittendi. Vizio del rapporto di valuta</i>	
8. La delega a promettere un indebito <i>ope exceptionis</i>	51
9. Un altro caso di delega a promettere un indebito <i>ope exceptionis</i>	56
E. <i>La delegatio dandi. Vizio di entrambi i rapporti</i>	
F. <i>La delegatio promittendi. Vizio di entrambi i rapporti</i>	
10. Il caso di « <i>Doppelningtigkeit</i> »	58
11. Le risultanze delle fonti considerate	65

CAPITOLO II
IL *PROCURATOR*

A. *Il procurator indebitum solvens*

12.	La fattispecie	71
13.	Il pagamento indebito non ratificato del <i>procurator</i> secondo Labeone	77
14.	Il principio generale enunciato da Giuliano	86
15.	Pagamento indebito del <i>procurator</i> al <i>fur</i>	92
16.	Il caso del <i>procurator in rem suam factus</i>	98

B. *Il procurator indebitum accipiens*

17.	La fattispecie	101
18.	Pagamento indebito non ratificato al <i>procurator</i> secondo Labeone	103
19.	Pagamento al <i>procurator</i> secondo Celso	107
20.	Pagamento al <i>falsus procurator</i> secondo Giuliano	109
21.	Pagamento al <i>procurator</i> che presta la <i>cautio de rato</i>	114
22.	Un caso di « <i>zwei doppelte Klagenkonkurrenzen</i> »	118
23.	Indebito parziale pagato al <i>procurator</i>	125
24.	Spunti problematici sulla rubrica « <i>De legatis indebite solutis</i> »	130
25.	Le risultanze delle fonti considerate	140

CAPITOLO III
IL TUTORE

A. *Il tutore indebitum solvens*

26.	La fattispecie	147
27.	Giuliano e l'assimilazione del caso del <i>procurator</i> a quello del <i>tutor</i>	150
28.	La <i>regula papiniana</i>	154
29.	Il caso del tutore che paga più del dovuto	157
30.	Il pagamento indebito dei tutori ai creditori del patrimonio ereditario	159
31.	D.12,6,61 (Scaev. 5 <i>resp.</i>) e l'ipotesi della <i>restitutio in integrum</i>	163
32.	L'interpretazione di D.12,6,61 (Scaev. 5 <i>resp.</i>)	177

B. *Il tutore indebitum accipiens*

33.	La fattispecie	183
34.	<i>L'indebitum solutum</i> al pupillo <i>sine tutoris auctoritate</i>	184
35.	Le risultanze delle fonti considerate	189

CAPITOLO IV
IL FIDEIUSSORE

36.	Il fideiussore <i>indebitum solvens</i>	195
37.	Il pagamento indebito del fideiussore in qualità di terzo (<i>alieno nomine</i>) ..	197

38. Il pagamento indebito per obbligo fideiussorio (<i>suo nomine</i>)	201
39. D.12,6,47 (Cels. 6 <i>dig.</i>) e il riferimento al <i>ius gentium</i>	205
40. Il pagamento del fideiussore dopo la stipulazione di un <i>pactum de non petendo</i>	213
41. Il pagamento del fideiussore <i>iure liberatus</i>	216
42. Il pagamento del garante intervenuto in una <i>cautio legatorum servandorum causa</i>	221
43. Il pagamento del fideiussore dopo l'estinzione parziale del debito	225
44. Il pagamento del debitore all'insaputa della <i>solutio</i> del fideiussore	228
45. Le risultanze delle fonti considerate	231

CAPITOLO V

I PRINCIPI APPLICATIVI DELLA *CONDICTIO INDEBITI*
NELL'EVOLUZIONE INTERPRETATIVA DELLA GIURISPRUDENZA

46. La « <i>Kondiktionswürdigkeit</i> » dell' <i>indebitum solutum</i> nel caso di intervento di terzi	237
47. I presupposti di applicabilità della <i>condictio indebiti</i> . La <i>datio</i>	242
48. (<i>Segue</i>): la <i>causa condicendi</i>	250
49. (<i>Segue</i>): l'errore del <i>solvens</i>	256
50. La <i>condictio indebiti</i> quale sanzione dell'obbligazione di restituzione dell' <i>id quod pervenit</i>	259
51. Ulpiano e Modestino: due logiche a confronto	264
<i>Indice delle fonti</i>	271
<i>Indice degli autori</i>	275

Giuffrè, Editore

PREMESSA

Obiettivo di questa ricerca è quello di indagare su quale fosse, nel pensiero della giurisprudenza romana classica, la « Kondiktionwürdigkeit » dell'indebitum solutum in una serie di fattispecie negoziali forse un po' neglette dagli studiosi dell'argomento e sicuramente mai analizzate trasversalmente in questa prospettiva e cioè nell'ambito di quei rapporti in cui, oltre all'indebitum solvens e all'indebitum accipiens, comparisse un alius nel momento solutorio.

Costituisce punto di partenza del lavoro l'affermazione ulpiana di D.12,6,5 (Ulp. 16 ad Sab.) — Nec novum, ut quod alius solverit alius repetat — che induce a interrogarsi non solo sul suo intrinseco significato, ma anche su quali fossero i precedenti giurisprudenziali ai quali Ulpiano si riferiva.

Si spiega così la scelta metodologica di rinviare alla fine dell'indagine l'analisi dei singoli presupposti applicativi della conditio indebiti, che vengono presi in considerazione al solo scopo di essere rimessi in discussione sulla scorta delle esegesi dei testi in tema di pagamento indebito effettuato ad un alius o da parte di un alius.

Molte e a vario titolo sono le persone che dovrei ringraziare per i molteplici aiuti e consigli ricevuti nel corso della stesura del presente lavoro, ma, poiché questo elenco risulterebbe non breve, preferisco non farlo nominatim, sapendo che ciascuna di tali persone sarà in grado comunque di ritrovare se stessa in queste parole.

Mi sia consentito di fare una sola eccezione per rivolgere un « particular agradecimiento » al prof. Xavier d'Ors, con il quale, durante alcuni periodi di studio presso l'« Universidad de Santiago de Compostela » nel 1999 e nel 2000, ho potuto lungamente discutere alcuni aspetti di questa ricerca, traendo preziosi spunti e suggerimenti.

Resta ovviamente inteso, però, che di ogni affermazione contenuta in questo libro sono io sola ad assumermi tutta la responsabilità scientifica.

Giuffrè, Editore

IL PROBLEMA

1. *Cenni introduttivi.*

« Noch die klassische Jurisprudenz betrachtet und behandelt das Privatrecht gern vom Standpunkt der Rechtsbehelfe, die der Durchsetzung des Privatrechts dienen » ⁽¹⁾. Come è noto, nell'esperienza giuridica romana il profilo del processo assume un'importanza che va oltre la rilevanza del fenomeno in sé considerato, per la particolare prospettiva da cui in esso si guarda al rapporto tra diritto soggettivo e azione ⁽²⁾.

Invero, se attualmente risulta più naturale pensare in termini di diritto soggettivo piuttosto che di azione, ciò può forse dipendere dal fatto che la formazione del giurista moderno « è, lo si voglia o no, ancora pandettistica » ⁽³⁾. È ben noto che i maggiori studiosi del secolo XIX, nello sforzo di interpretare e risistemare ad uso moderno i testi giustiniani, si siano allontanati dal modo di vedere dei Romani. E, come è stato scritto, « grazie agli studi degli ultimi decenni i contrasti che separano la rappresentazione storica dell'antico diritto romano dal moderno diritto pandettistico sono diventati sempre più chiari, ma per dominarli del tutto rimane da fare ancora molto » ⁽⁴⁾.

Ora, nell'intraprendere un'indagine in tema di *condic-*

⁽¹⁾ SCHULZ, *Prinzipien des römischen Recht*, München-Leipzig, 1934, 28 che, però, prescrive (p. 29) di adoperare nel contempo anche una certa cautela contro una generalizzazione eccessiva del concetto di « aktionenrechtliches Denken », perché vi sono parti dell'ordinamento giuridico che i giuristi classici non espongono dal punto di vista delle azioni, come, per fare solo un esempio, la dottrina dell'acquisto e della perdita della proprietà.

⁽²⁾ TALAMANCA, *Processo civile (Diritto romano)*, in ED, 36, 1987, 1.

⁽³⁾ MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova, 1999, 7.

⁽⁴⁾ KASER, *Sul metodo romano di individuazione del diritto attraverso i tecnici*, in cur. Corbino-Milazzo, *Diritto e storia (L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei. Antologia)*, Padova, 1995, 181.

tio ⁽⁵⁾ sembra oggi più coerente sul piano metodologico, nonché più fecondo di risultati, tentare di avvicinarsi quanto più pos-

⁽⁵⁾ Tra gli studi più rilevanti che nel secolo decimonono interpretarono dogmaticamente e risistemarono ad uso moderno i testi giustinianeî in tema di *condictio*, si vedano ERRLEBEN, *Die Conditiones sine causa*, I, Leipzig, 1850, Göttingen, 1853; VOIGT, *Ueber die conditiones ob causam und ueber causa und titulus im allgemeinen*, Leipzig, 1862; ZIMMERMANN, *Beiträge zur Theorie der condictio indebiti*, Gießen, 1868; BARON, *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprocess. I. Die Conditionen*, Berlin, 1881; PFERSCHÉ, *Die Bereicherungsklagen*, Wien, 1883; TRAMPEDACH, *Die condictio incerti*, in ZSS, 17, 1896, 97 ss.; PFLÜGER, *Ueber die condictio incerti*, in ZSS, 18, 1897, 75 ss.; MAYR, *Die condictio des römischen Privatrechts*, Leipzig, 1900. Per il secolo scorso una rassegna dei maggiori contributi in tema di *condictio indebiti* e di *condictio tout court* non è agevole e in termini quantitativi si presenta davvero imponente. Per il primo novecento cfr., tra gli altri, soprattutto KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, I, Weimar, 1903, II, Weimar, 1907; PFLÜGER, *Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo*, Leipzig, 1904; WOLFFENSTEIN, *Das Wesen der condictio im römischen und heutigen bürgerlichen Recht*, Berlin, 1906; PFLÜGER, *Condictio und kein Ende. Eine Antikritik und auch eine Selbstkritik*, Berlin, 1911; SOLAZZI, *Condictio e azioni adiettizie*, in RISG, 49, 1911, 51 ss., ora in Scritti di diritto romano, I (1899-1913), Napoli, 1955, 269 ss.; DE VISSCHER, *La condictio et le système de la procédure formulaire*, Gand-Paris, 1923; BOSSOWSKI, *De conditione ex causa furtiva*, in AUPA, 13, 1927, 343 ss.; GIFFARD, *La condictio avec taxatio et la certi condictio (D., 12, 1, 19)*, in RH, 1936, 769 ss.; MEUMANN, *La théorie de l'enrichissement illicite en droit Justinien*, in Studi Riccobono, 4, Palermo, 1936, 453 ss.; BESELER, *Lucubrationes Balticae. Condictio ob causam turpem aut rem turpem dati*, in SDHI, 3, 1937, 376 ss.; GIFFARD, *L'action qua incertum petimus*, in SDHI, 4, 1938, 152 ss.; SOLAZZI, *L'errore nella condictio indebiti*, in Atti Accademia di Scienze Morali e Politiche, 59, Napoli, 1939, 291 ss., ora in Scritti di diritto romano (1938-1947), 4, Napoli, 1963, 99 ss.; ROBBE, *La legis actio per conditionem*, in Studi Urbinati, 13, Milano, 1939, 1 ss.; IDEM, *La condictio nel diritto romano classico*, in Studi Urbinati, 14, Milano, 1940, 85 ss. Successivamente, negli anni quaranta e cinquanta del secolo ventesimo, si è rinnovato un vero e proprio fervore di studi che ha rivelato un entusiastico interessamento all'argomento (così TALAMANCA, *Rec. a v. Lübtow e a Schwarz*, in AG, 145, 1953, 164); ed in effetti nel 1953 A. D'ORS, *Observaciones sobre el edictum de rebus creditis*, in SDHI, 19, 134 scriveva che « recientemente el tema parece haber suscitado un nuevo interés: en efecto, parece estar en la preocupación de todos nosotros la idea de que una aclaración cabal de la *condictio* puede servir para una reconstrucción más exacta del sistema romano clásico de las obligaciones ». Fra gli altri cfr. ROBBE, *L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae e la sua distinzione dalla condictio*, in SDHI, 7, 1941, 35 ss.; SANFILIPPO, *Condictio indebiti. I. Il fondamento dell'obbligazione da indebitum*, Milano, 1943, su cui GUARINO, in SDHI, 11, 1945, 319 ss., ora in Pagine di diritto romano, 6, Napoli, 1995, 244 ss.; VOCI, *In tema di errore*, in SDHI, 8, 1942, 82; SOLAZZI, *Ancora sull'errore nella condictio indebiti*, in SDHI, 9, 1943, 55 ss., ora in Scritti di diritto romano (1938-1947), 4, Napoli, 1963, 405 ss.; ARCHI, *Condictio liberationis e restitutio in integrum nella donazione*, in Studi Solazzi, Napoli, 1948, 740 ss.; SOLAZZI, *Le conditiones e l'er-*

sibile alla mentalità dei Romani e al modo di procedere dei *prudentes*. Pertanto il presente studio si propone di esaminare,

rore, in Atti Accademia di Scienze Morali e Politiche, 62, Napoli, 1949, 69 ss., ora in Scritti di diritto romano (1947-1956), 5, Napoli, 1972, 1 ss.; GIFFARD, *La conditio certi et le id quod interest* (D.12,1,9), in Conférences de Droit Romain faites à l'institut de Droit Romain en 1947, 6, Paris, 1950, 55 ss.; VAN OVEN, *Remarques sur Gai. 3.91.*, in Iura, 1, 1950, 21 ss.; DONATUTI, *Le causae delle condictiones*, in Studi Parmensi, 1, Milano, 1951, 36 ss., su cui cfr. SCHWARZ, in Iura, 3, 1952, 297 ss.; ARCHI, *Variazioni in tema di indebiti solutio*, in Studi Arancio-Ruiz, 3, Napoli, 1952, 335 ss.; SCHULZ, *Conditio indebiti und die Accessorietät der sponsio und fideiussio (12.6.47.)*, in Iura, 3, 1952, 15 ss.; VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der conditio nach römischen und geltenden Recht*, Berlin, 1952; SCHWARZ, *Die Grundlage der conditio im römischen klassischen Recht*, Münster-Köln, 1952 (su questi due ultimi cfr. la già citata recensione di TALAMANCA, 164 ss., unitamente a VOCI, in SDHI, 19, 1953, 412 ss. e altresì GAUDEMET, in Iura, 4, 1953, 314 ss.; infine su Schwarz anche la recensione di A. D'ORS, in RIDA, 1, 1954, 533 ss.); A. D'ORS, *Observaciones sobre el Edictum de rebus creditis*, in SDHI, 19, 1953, 134 ss.; FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, in Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag, Göttingen, 1953, 103 ss.; NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1953; SIMONIUS, *Zur Frage einer einheitlichen causa condictionis*, in Festschrift Lewald, Basel, 1953, 161 ss.; KADEN, *Das Schriftum 1950-53 zur römischen Bereicherungslehre*, in ZSS, 71, 1954, 555 ss.; VAN OVEN, *La forêt sauvage de la conditio classique*, in TR, 22, 1954, 267 ss.; TALAMANCA, *In tema di azioni di arricchimento*, in AG, 146, 1954, 33 ss.; GAY, *A propos d'études récentes: conditio et actions prétoriennes d'enrichissement*, in RH, 34, 1956, 327 ss.; A. D'ORS, *Creditum y contractus*, in AHDE, 26, 1956, 6 ss. (= in ZSS, 74, 1957, 73 ss.); VAN OVEN, *L'origine de la glose dans Gaius 3,91*, in TR, 25, 1957, 196 ss.; ASTUTI, *Arricchimento (azione di). Premessa storica*, in ED, 3, 1958, 52 ss.; HONORÉ, *Conditio and Payment*, in Acta Juridica, 1, 1958, 135 ss.; KIPP, *Conditio*, in RE, IV, I, Stuttgart, 1958, 847; DI IORIO, *Conditiones*, in NNDI, 3, 1959, 1092 ss.; VAN OVEN, *Les actions iussues de la stipulation*, in TR, 27, 1959, 391 ss.; A. D'ORS, *Conditio ex stipulatione*, in SDHI, 26, 1960, 323 ss.; IDEM, *Los precedentes clásicos de la llamada conditio possessionis*, in AHDE, 31, 1961, 629 ss.; IDEM, *Creditum*, in AHDE, 33, 1963, 345 ss. = in RE, Suppl. X, 1965, 1151 ss.; SÖLLNER, *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, in ZSS, 77, 1960, 182 ss.; IDEM, *Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintrittes des mit einer Leistung bezweckten Erfolges (§ 812 Abs.1S.2,2.Halbsatz BGB)*, in Archiv für die civilistische Praxis, 163, Tübingen, 1963, 20 ss.; WACKE, *Actio rerum amotarum*, Köln-Graz, 1963, 105 ss.; A. D'ORS, *The odium furum of Gaius 4,4*, in RIDA, 12, 1965, 453 ss.; BENEDEK, *Pénztulajdon és kondikció a római jogban [= La proprietà del denaro e la conditio in diritto romano]*, in Jögtörténeti tanulmányok [= Studi di storia del diritto], 1, 1966, 251 ss. (che conosco solo attraverso la rassegna di Iura, 18, 1967, 386 s.); MURGA, *La actio conditicia ex lege*, in RIDA, 15, 1968, 353 ss. Più di recente, fra gli studi più rilevanti, si vedano KASER, *Zur Frage einer conditio aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht*, in Festschrift Felgentraeger, Göttingen, 1969, 277 ss.; STANOJEVIĆ, *La mutui datio du droit ro-*

sulla base delle fonti a disposizione, il regime di applicazione della *condictio* ⁽⁶⁾ *indebiti*, con un taglio eminentemente pro-

main, in Labeo, 15, 1969, 311 ss.; SEILER, § 817 S.2 BGB und das römische Recht, in Festschrift Felgentraeger, Göttingen, 1969, 379 ss.; OLDE KALTER, *Condictio ex causa furtiva und dominium*, in TR, 38, 1970, 107 ss.; WOLFF, *Condictio ob Causam Datorum, Furtum, Aquilische Haftung. Ein exegetischer Versuch*, in Sein und Werden im Recht. Festgabe von Lübtow, Berlin, 1970, 537 ss.; SANTORO, *Per la storia della condictio*, in Studi Scaduto, 3, Padova, 1970, 545 ss.; IDEM, *Studi sulla condictio*, in AUPA, 32, Palermo, 1971, 181 ss.; A. D'ORS, *Dare servum in quaestionem y datio ex eventu*, in Iura, 22, 1971, 138 ss.; IDEM, *Donatio mortis causa, inter virum et uxorem, persona sui iuris interposita*, in Studi Scherillo, 2, Milano, 1972, 471 ss.; CHAUDET, *Condictio causa data causa non secuta. Critique historique de l'action en enrichissement illégitime del l'art. 62 al. 2 CO*, Lausanne, 1973; A. D'ORS, *De nuevo sobre creditum (Réplicas Panormitanas I: Réplica a la crítica de Albanese)*, in SDHI, 41, 1975, 205 ss.; IDEM, *Replicas Panormitanas II. El contractus según Labeón (A propósito de una crítica de Albanese)*, in Revista de Estudios Historico-Juridicos, 1, Valparaiso, 1976, 17 ss.; IDEM, *Replicas Panormitanas III. Conventiones y contractus*, in AHDE, 46, 1976, 125 ss.; IDEM, *Replicas Panormitanas IV. Sobre la supuesta condictio sin datio*, in Iura, 25, 1974, 1 ss.; IDEM, *Réplicas Panormitanas V. Sobre D.12,1,9,1*, in Labeo 23, 1977, 54 ss.; IDEM, *Sobre la suerte del contrato real en el derecho romano*, in Revista de Derecho Notarial, [estr.], 88, Pamplona, 1975, 7 ss.; KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, in Labeo, 22, 1976, 7 ss.; WOLF, *Aus dem pompejanischen Urkundenfund: die Konditionen des C. Sulpicius Cinnamus*, in SDHI, 45, 1979, 141 ss.; GASPART-JONES, *La condictio indebiti et l'erreur dans le droit de Justinien*, in Hommage R. Dekkers, Bruxelles, 1982, 93 ss.; A. D'ORS, *La llamada condictio liberationis*, in Boletim de Faculdade de Direito de Coimbra (= Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz), [estr.], Coimbra, 1983, 2 ss.; STURM, *La condictio ob transactionem*, in Studi Sanfilippo, 3, Milano, 1983, 629 ss.; SOTTY, *Condictio incerti, actio ex stipulatu et actio praescriptis verbis*, in Sodalitas. Scritti Guarino, 5, Napoli, 1984, 2477 ss.; WALDSTEIN, *Zur Frage der condictio bei irrümlicher Leistung nichtgeschuldetter operae*, in Iuris Professio, Wien-Köln-Graz, 1986, 319 ss.; LIEBS, *The History of the Roman Condictio up to Justinian*, in The Legal Mind. Essays for T. Honoré, Oxford, 1986, 163 ss.; KÜPISCH, *Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno*, in Digesto. Discipline privatistiche. Sezione civile, 1, 1987, 430 ss. [poi pubblicato in lingua tedesca come *Ungerechtfertigte Bereicherung. Geschichtliche Entwicklungen*, Heidelberg, 1987, 9 ss.]; GOMEZ ROYO, *La natura conditionis en los Basílicos*, in Estudios Iglesias, 3, Madrid, 1988, 1363 ss.; PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1988; MAGDELAIN, *Gaius IV 10 et 33: naissance de la procédure formulaire*, in TR, 59, 1991, 239 ss.; GIUFFRÈ, *Studi sul debito tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli, 1997, 10 ss.; SCHIEMANN, *Condictio*, in Neue Pauly, 3, Stuttgart-Weimar, 1997, 120 ss. Da ultimo si vedano APATHY, *Condictio indebiti und bedingte Novation*, in A bonis bona discere. Festgabe Zlynsky, Miskolc, 1998, 91 ss.; PELLECCHI, *L'azione di ripetizione e le qualificazioni del dare in Paul. 17 ad Plaut. D.12,6,65. Contributo allo studio della condictio*, in SDHI, 64, 1998, 69 ss.; ALONSO, *Algunas consideraciones en torno a la condictio scripturae*, in RIDA, 46, 1999, 99 ss.;

cessuale (7), cercando, cioè, di condurre, sui passi in materia, uno studio di tipo essenzialmente esegetico per stabilire, nelle singole fattispecie, chi potesse chiedere la ripetizione dell'indebito e chi fosse, invece, tenuto a restituire quanto indebitamente conseguito. Si tratta, in sostanza, di considerare la problematica soprattutto dal punto di vista dell'attore e del convenuto, cercando di approssimarsi il più possibile al modo di pensare dei giureconsulti e prendendo, quindi, in esame la dinamica di quest'azione nella prospettiva più probabile in cui essi guardavano all'argomento.

SCHRAGE, *Condictio indebiti. Vom römischen Recht bis zu der neuen niederländischen Kodifikation*, in *Index*, 27, 1999, 511 ss.

(6) Si avverte fin da ora che, in questa sede, si impiegherà indifferentemente sia il verbo *condicere* che il sostantivo *condictio*, in quanto, nonostante la ben nota propensione della lingua latina per l'uso del predicato verbale al posto del corrispondente sostantivo (sul punto, v. METRO, *La denegatio actionis*, Milano, 1972, 2 nt. 1), è attestata nelle fonti qui considerate l'occorrenza di entrambe le forme: KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *Studi Biondi*, 1, Milano, 1965, in particolare, 129, al riguardo, parla di « Deverbativa », nel senso di « Substantiven, mit denen die Juristen die von den Verben des erlaubten rechtlichen Handelns abgeleiteten Akte und Institute bezeichnen » (p. 100).

(7) Come è noto, la struttura formulare della *condictio certae pecuniae* è stata così ricostruita: *C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere, qua de re agitur. C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemnato; si non paret absolvito*; quella della *condictio certae rei*: *C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium A. Agerio tritici Africi optimi modios centum dare oportere, qua de re agitur; quanti ea res est tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito*. Cfr. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig, 1927, 237, 240, § 95 [si veda MANTOVANI, *Le formule*, 48 e 49]. È opinione consolidata che le due specie di *condictiones* contemplate nell'editto pretorio, aventi per oggetto l'una la pretesa di danaro, l'altra la pretesa di una cosa determinata (una distinzione che, in termini moderni, potrebbe dirsi formulata sotto il profilo del *petitum*), derivassero verosimilmente dalle corrispondenti *legis actiones*, l'una introdotta dalla *lex Silia*, l'altra dalla *lex Calpurnia*, nonostante il significato dei lemmi *condictio* e *condicere* riferiti all'azione del processo formulare non avesse nulla a che vedere con il significato degli stessi termini nelle leggi suddette; cfr. Gai.4.17 b- 18: 17b. *Per conditionem ita agebatur: aio te mihi sestertiorum X milia dare oportere: id postulo aias an neges. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico. Deinde die tricensimo ad iudicem capiendum praesto esse debebant. Condicere autem denuntiare est prisca lingua. 18. Itaque haec quidem actio proprie condictio vocabatur; nam actor adversario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX adesset. Nunc vero non proprie conditionem dicimus actionem in personam, qua intendimus dari nobis oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.*

In linea di principio, si riconosce che fosse il *solvens* colui che poteva agire per la ripetizione di quanto indebitamente pagato, sperando l'azione nei confronti di colui che aveva ricevuto il pagamento e, quindi, nei confronti dell'*accipiens*. Ma che la questione, diversamente da come potrebbe apparire *prima facie*, non sia sempre di immediata soluzione, si deduce agevolmente già dalla lettura di alcuni passi del titolo 12,6 del Digesto. Infatti diversi sono i casi, descritti nelle fonti, in cui, oltre a chi paga e a chi percepisce il pagamento, entra in gioco anche un terzo soggetto e la soluzione del caso si articola in modo più eterogeneo. In particolare, tale problema si pone in un rapporto strutturalmente trilaterale, come quello delegatorio, ed altresì in rapporti che non sono trilaterali di per se stessi, ma lo diventano in seguito all'intervento di terzi nel momento solutorio, come nel caso di un pagamento effettuato o ricevuto per mezzo di un *procurator* oppure di un tutore o ancora di un fideiussore; nel corso dell'indagine, per comodità espositiva, questi secondi rapporti verranno definiti come « eventualmente trilaterali » o « trilaterali deboli ».

Prima di procedere all'esegesi dei testi, occorre fare ancora un'ultima premessa. È noto che per *condictio indebiti* si intende l'istituto che è rivolto a correggere gli spostamenti patrimoniali posti in essere *pro soluto* ⁽⁸⁾ nell'erronea convinzione di compiere un atto dovuto, intervenendo a protezione del diritto di ripetere a beneficio di chi avesse pagato. Peraltro, per lungo tempo, è stata dominante in letteratura l'opinione ⁽⁹⁾ secondo cui nel diritto classico la *condictio* rappresentasse un istituto unitario e indifferenziato, in quanto le diverse qualificazioni della *condictio* sarebbero state da attribuire ai postclassici o ai giustinianei. Infatti, dato che nell'*intentio* della *condictio* si affermava l'esistenza di un debito di *certa pecunia* o di *certa res* e non si trovava alcuna menzione della causa, la *condictio*

⁽⁸⁾ Si condivide qui quell'orientamento per cui l'attribuzione patrimoniale *pro soluto* trovava la sua causa nell'accordo sul pagamento e non, invece, nell'obbligazione di dare; sulla « querelle » dottrinale si veda *infra* § 47.

⁽⁹⁾ Tra i sostenitori di questo orientamento della dottrina romanistica cfr., in particolare, BARON, *Pandekten*⁹, Leipzig, 1896, 513 ss., § 281 e SOLAZZI, *Le conditiones*, 1 ss., mentre per un superamento dello stesso si vedano, per tutti, VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 100 nt. 2; KUPISCH, *Arricchimento*, 427.

avrebbe avuto la stessa struttura per qualsiasi causa si agisse.

Uno dei « cavalli di battaglia » di questa vecchia tesi era rappresentato dal confronto tra Gai.3,91⁽¹⁰⁾ e I.3,14,1⁽¹¹⁾. Trovandosi solo nel testo giustiniano il genitivo di specificazione *indebiti*, si era sostenuto che l'assenza della specificazione nel corrispondente testo gaiano fosse da intendere univocamente: il nome tecnico di *condictio indebiti* sarebbe stato, dunque, introdotto solo in età giustiniana⁽¹²⁾. In precedenza, invece, nel diritto classico, la *condictio*, non menzionando mai la causa, non si sarebbe mai distinta per fattispecie tipiche. Per giustificare tali affermazioni i sostenitori di quella opinione avevano, perciò, investito di critiche tutti i passi del Digesto in cui si trovasse menzione di *condictio indebiti*, considerando la specificazione senz'altro un'aggiunta di mano compilatoria⁽¹³⁾.

Non è qui necessario spendere ulteriori parole su questa tesi, del resto ormai superata anche dal forte ridimensionamento della critica interpolazionistica. Né si vuole porre in discussione il fatto che dal punto di vista processuale la *condictio* si presentasse sempre uguale, pur nelle sue diverse applicazioni. Eppure non può certamente escludersi che siano stati i postclassici a distinguere le *condictiones* extracontrattuali in tante azioni a carattere causale a seconda delle fattispecie applicative, né che siano stati i giustiniani a classificarle ordinatamente in *condictio causa data causa non secuta* (D.12,4), *condictio ob turpem vel iniustam causam* (D.12,5), *condictio indebiti* (D.12,6) e *condictio sine causa* (D.12,7). Ma ciò non sta a significare che i classici non abbiano conosciuto distinte ipotesi applicative tipiche della *condictio*.

Sarebbe stata proprio la formula astratta della *condictio* ad essere particolarmente adattabile all'atteggiamento dei Romani⁽¹⁴⁾, solitamente estranei a qualsiasi elaborazione di ca-

⁽¹⁰⁾ (...) *Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione.* (...)

⁽¹¹⁾ (...) *Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenetur indebiti condictione, non magis quam mutui datione.* (...)

⁽¹²⁾ SOLAZZI, *Le condictiones*, 1.

⁽¹³⁾ SOLAZZI, *Le condictiones*, *ibidem*.

⁽¹⁴⁾ In questo senso KUPISCH, *Arricchimento*, 433.

rattere generale. Fu, forse, con il passare del tempo che venne diffondendosi nella prassi l'uso di distinguere terminologicamente i vari casi di applicazione della *condictio*, senza che ciò desse luogo ad una loro specificazione sul piano causale. Le fattispecie tipiche di *condictio* si sarebbero così formate dalla struttura stessa della materia. L'astrattezza dell'*intentio*, con la sua conseguente possibilità di estensione, avrebbe trovato, quindi, i suoi limiti nell'elaborazione dei giuristi, volti a stabilirne i contorni; per ogni ipotesi tipica in cui si ammettesse la ripetizione, i *prudentes* avrebbero, cioè, individuato i presupposti di diritto sostanziale ⁽¹⁵⁾.

Ne deriva, pertanto, che oggetto di questo lavoro sarà sì la *condictio indebiti*, ma non come azione tipica, conosciuta con questo nome dai *prudentes*, bensì come fattispecie applicativa tipica sanzionata genericamente con l'impiego della *condictio*. In sostanza si tratta solamente di una variante di carattere processuale ⁽¹⁶⁾, fondamentale, però, per capire come i classici non avessero presente un rimedio concepito come *condictio indebiti*, ma studiassero il caso dell'*indebitum solutum* ⁽¹⁷⁾ e del relativo strumento di tutela ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ È questa, in sostanza, la posizione di VOCI, *La dottrina*, 100 e, più in generale, di PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, in ZSS, 52, 1932, 78, il quale ultimo ritiene indiscutibile la tendenza, in diritto classico, « zur Benutzung der condictio als eines Mittels zur Rechtsfortbildung ».

⁽¹⁶⁾ Sul punto cfr. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in Studi Impallomeni, Milano, 1999, 57 (il saggio corrisponde sostanzialmente a *L'unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico*, in Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano, cur. Vacca, Torino, 1997, 3 ss.) che, a proposito dell'arricchimento ingiustificato, accenna nitidamente alla differenza tra la concezione di *condictio* dei classici e quella dei giustinianeî, quest'ultima resa palese dalle rubriche del Digesto.

⁽¹⁷⁾ È ben noto che, a prescindere dalla sua complessa storia semantica e concettuale, la *solutio* in generale conservò con il passare del tempo solo il significato di pagamento e, specialmente, di pagamento in denaro, seppure abbia mantenuto anche quello amplissimo di *liberatio* che, però, non rileva ai fini di questo lavoro; sul punto cfr. SARGENTI, *Pagamento (Diritto romano)*, in ED, 31, 1981, 534 e anche G. LONGO, *Pagamento (Diritto romano)*, in NNDI, 12, 1965, 318.

⁽¹⁸⁾ Sul punto cfr. SCHWARZ, *Die Grundlage*, 64, che — molto opportunamente — precisa come i Romani non avrebbero conosciuto la *condictio indebiti*, ma semplicemente l'*indebitum solutum* sanzionabile con una *condictio*: « ein kondiktionwürdigen

Che cosa i giuristi romani avessero in mente quando parlavano di *indebitum*, sembra potersi ricavare da un passo di Paolo:

D.12,6,65,9 (Paul. 17 *ad Plaut.*): *Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur; sed et quod alii debetur; si alii solvatur; aut si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat* ⁽¹⁹⁾.

Dal testo sembrerebbe emergere che, primariamente, a tale concetto si facesse riferimento con l'espressione *quod omnino non debetur*, ovvero in ogni caso in cui il pagamento effettuato all'accipiente non fosse affatto dovuto. Esso andava distinto dal *quod alii debetur; si alii solvatur* e, cioè, dal pagamento a persona diversa dal vero creditore e anche dal caso in cui *si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat* e cioè dal pagamento per mano di una persona diversa dal vero debitore ⁽²⁰⁾. Facendo ricorso a termini propri di categorie moderne ⁽²¹⁾, le fattispecie *de quibus* potrebbero qualificarsi rispettivamente come indebito oggettivo, indebito soggettivo *ex latere creditoris* o *accipientis* e indebito soggettivo *ex latere debitoris*

Tatbestand "*indebitum solutum*", dessen Wesen sie in der Verfehlung des Liberationszweckes sehen ».

⁽¹⁹⁾ Si veda, sul testo, SCHWARZ, *Die Grundlage*, 29, 256, che pone in evidenza la classicità della testimonianza paolina; APATHY, *Procurator und solutio*, in ZSS, 96, 1979, 82 nt. 60, che sottolinea come Paolo facesse rientrare nell'*indebitum* anche il caso in cui si pagava alla persona sbagliata.

⁽²⁰⁾ TALAMANCA, *Rec. a Schwarz*, 179 ha già — opportunamente — respinto l'opinione di SCHWARZ, *Die Grundlage*, 46, secondo il quale, nel diritto classico, i casi di c.d. indebito soggettivo non rientrerebbero nel concetto di *indebitum*.

⁽²¹⁾ Sulla tendenza della critica romanistica ad applicare al diritto romano le categorie « dogmatiche » moderne e sul rischio che deriva dall'elaborare simili schemi cfr. i principali studi di BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, 1955, 574 ss.; GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*², Napoli, 1956, 10 ss.; GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*⁴, Torino, 1960, 35 ss.; ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*², Bologna, 1987, 513 ss. Sembra, del resto, da condividere, in alcuni casi, la legittimità, accanto all'indagine storica, di un'elaborazione di alcuni fenomeni del diritto romano, facendo uso — dove necessario — di categorie giuridiche che non facevano parte della concezione romana, ma costituiscono patrimonio della mentalità del giurista odierno: cfr. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in AG, 105, 1928, 42 s.

o *solventis* ⁽²²⁾. Seppure si tratti di locuzioni di recente elaborazione, per mera comodità di espressione se ne farà uso nel corso del lavoro per chiarire volta per volta se le fattispecie analizzate prevedano un'ipotesi di obbligazione inesistente oppure una di obbligazione esistente nei confronti o in capo ad un soggetto. Peraltro, in quanto nelle fonti da considerare sembrano più frequenti i casi di indebito oggettivo ⁽²³⁾, nel corso delle esegesi dei testi ci si limiterà a specificare di quale delle tre ipotesi paoline si tratti solo per le fattispecie di indebito soggettivo, lasciando così implicito che altrimenti ci si troverà di fronte ad un inequivocabile caso di *quod omnino non debetur*.

2. *Indebitum solutum, legittimato alla condictio diverso dal solvens e dall'accipiens e interpretazione giurisprudenziale.*

2.1. Ad un'indagine impostata sullo studio del pagamento indebito nei rapporti strutturalmente od eventualmente trilaterali potrebbe, fin dall'inizio, obiettarsi che notoriamente i giuristi classici operavano liberi da eccessive preoccupazioni teoriche rivolte a descrivere in termini dogmatici la molteplicità della realtà giuridica, per cui essi sarebbero stati ben lungi dal formulare rigidi criteri definitori in tema di legittimazione alla *condictio indebiti*. Alla stregua di ciò potrebbero sorgere consistenti dubbi sull'effettiva utilità di una ricerca condotta, per di più, su campi tra loro piuttosto eterogenei, come paiono essere, da un lato il pagamento indebito nel rapporto delegatorio, dall'altro le ipotesi di intervento, nel momento solutorio, delle figure del *procurator*, del *tutor* e del *fideiussor*.

Tuttavia vi sono almeno due passi, in cui si trattava di decidere, in una generica fattispecie triangolare, a chi competesse l'azione di ripetizione dell'indebito, da cui sembrerebbe

⁽²²⁾ Cfr. gli artt. 2033 e 2036 cod. civ. e, sul pagamento dell'indebito nel diritto italiano vigente, con interessanti riferimenti anche alla disciplina legislativa durante il vigore del codice civile abrogato, si veda RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in NNDI, 15, 1968, 1224 ss.

⁽²³⁾ Su questo punto si avrà modo di tornare: cfr., in particolare, *infra* § 48.

potersi desumere che la giurisprudenza avrebbe avvertito il problema anche in chiave generale e non solo in relazione a singoli casi, che coinvolgevano istituti differenti. Il primo dei due frammenti, collocato nel titolo *De condictione indebiti*, è di Ulpiano:

D.12,6,5 (Ulp. 16 *ad Sab.*): *Nec novum, ut quod alius solverit alius repetat. nam et cum minor viginti quinque annis inconsulte adita hereditate solutis legatis in integrum restituitur; non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est.*

Il giurista esordisce precisando che il caso in cui a chiedere la ripetizione di una somma fosse un soggetto diverso da quello che aveva pagato la somma stessa, non era affatto insolito. L'affermazione potrebbe addirittura essere considerata emblematica dell'indagine che qui si vuole condurre, nel senso che non sempre a *condicere* era colui che aveva pagato, ma si poteva verificare anche il caso che la legittimazione ad agire venisse riconosciuta a un soggetto terzo rispetto al *solvens* e all'*accipiens*.

Oltre all'esordio del passo, importa considerare anche la particolare applicazione casistica, descritta subito dopo da Ulpiano ⁽²⁴⁾. È l'ipotesi di un minore di venticinque anni, il

⁽²⁴⁾ Il passo viene citato da SANFILIPPO, *Condictio indebiti*, 49 per dimostrare l'infondatezza della tesi di PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Firenze, 1908, 260 s. (opinione opposta rispetto a quella sostenuta dallo stesso autore in *Il contratto consensuale*, in Studi Schupfer, I, Torino, 1898, 194 = in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, 593), secondo il quale l'obbligazione *ex indebiti solutione*, come ogni altra obbligazione, deriverebbe da un atto di parte e non da un fatto, ritenendo implicito che chi pagasse un debito, intendeva che ciò che pagava, gli fosse reso, qualora il debito risultasse inesistente; secondo Sanfilippo, in D.12,6,5, colui cui spettava la ripetizione era estraneo all'atto del pagamento, per cui il ragionamento di Perozzi viene a cadere; su questa discussione squisitamente dottrinarina, forse estranea al pensiero dei giuristi romani, non importa qui soffermarsi. Considera il frammento anche SOLAZZI, *Le condictiones*, 22-23 a proposito dell'errore che mancherebbe nella fattispecie descritta; a prescindere dall'ormai condiviso superamento della tesi sull'irrelevanza dell'errore ai fini della esperibilità della *condictio indebiti* (su cui cfr., per tutti, KASER, *Das Römische Privatrecht*², I, München, 1971, 596 nt. 36), si rileva che D.12,6,5 non farebbe comunque testo nell'ambito del discorso, perché prevede una particolare soluzione delle cancellerie imperiali che si discostava dai casi normali di applicabilità della *condictio*. Citano rapida-

quale, adita avventatamente l'eredità, pagò i legati previsti dal testamento (*adita hereditate solutis legatis*). Sembra probabile — anche se non esplicitato — che si trattasse di un'eredità che il minore aveva accettato senza rendersi conto delle passività e di quali sarebbero state le conseguenze dell'*aditio* ⁽²⁵⁾.

Nella fattispecie descritta il minore, prendendo possesso del patrimonio ereditario ⁽²⁶⁾, poneva in essere un acquisto di eredità invalidabile dal pretore, che, nell'esercizio della propria competenza, avrebbe potuto concedere al minore la *restitutio in integrum* per porre nel nulla gli effetti dell'accettazione della delazione ereditaria.

Si profilava, a questo punto, la questione dei legati già pagati. È evidente che l'azione esperibile non potesse essere una *condictio*.

In primo luogo, infatti, l'espressione utilizzata da Ulpiano è *non ipsi repetitionem competere*, dove la forma verbale *competere* ⁽²⁷⁾ fa chiaramente riferimento ad un rimedio del *ius civile*, di cui è negata, però, l'applicabilità. Che si trattasse di un rimedio nuovo e non della *condictio*, sembra, del resto, confermato dal fatto che esso fu, poi, concesso direttamente dall'im-

mente il passo anche BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia de legatis*, Napoli, 1948, 66 nt. 7; VOCI, *Diritto ereditario romano. Parte speciale*², II, Milano, 1963, 689; STOLMAR, *Die formula der actio utilis*, Sindelfingen, 1992, 27 nt. 155; MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Köln-Weimar-Wien, 1998, 192 nt. 80 e, a proposito della *restitutio in integrum* data ai minori di XXV anni, MARCHI, *Concurso de Creditores e pactum ut minus solvatur*², Lecce, 1999, 16 nt. 6. Su D.12,6,5 e, più in generale, sui casi della c.d. « Katene der Fragmente », in cui l'attività rescrivente delle cancellerie arrivò ad ammettere la ripetibilità dei legati e cioè in D.5,2,8,16 (Ulp. 14 *ad ed.*), in D.29,1,36,2 (Pap. 6 *resp.*) e, oltre a D.12,6,5, in D.12,6,2,1 (Ulp.16 *ad Sab.*), in D.12,6,3 (Pap. 28 *quaest.*) e in D.12,6,4 (Paul. 3 *ad Sab.*), rinvio al mio contributo in corso di pubblicazione: *Rescript actionem dandam: sulla ripetibilità del legato per damnationem*.

⁽²⁵⁾ Infatti — come è noto — il pretore accordava la *restitutio in integrum* al minore, se il negozio concluso gli avesse recato pregiudizio.

⁽²⁶⁾ Nel silenzio è probabile che l'*aditio* fosse avvenuta nella forma della *pro herede gestio*, ma anche in caso di adizione espressa il discorso non cambierebbe.

⁽²⁷⁾ Sulla terminologia utilizzata con riferimento alle *actiones civiles* e a quelle *non civiles* si veda, per tutti, MAGDELAIN, *Le actions civiles*, Paris, 1954, 5 ss.

peratore, intervenuto con un rescritto indirizzato ad un certo Arrio Tiziano ⁽²⁸⁾.

In secondo luogo, Ulpiano non avrebbe potuto ritenere nel caso applicabile una *condictio* a causa dell'esistenza del noto principio di irripetibilità di quanto indebitamente pagato a titolo di legato *per damnationem*, enunciato nel famoso passo di Gaio (2,283), che costituisce una delle principali testimonianze ⁽²⁹⁾ di tale antica *regula* del *ius civile*: ... *at id, quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. idem scilicet iuris est de eo legato, quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit* ⁽³⁰⁾.

Se, almeno fino all'*exaequatio* giustiniana dei legati ai fedecommissi ⁽³¹⁾, il principio di irripetibilità del legato *per damnationem* ⁽³²⁾ rimase sempre impregiudicato nel *ius civile*, in

⁽²⁸⁾ Sul nome del destinatario della costituzione cfr. RE, II, 1, 1895, 1251 ss. e RE, VIa, 2, 1937, 1532 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. anche I.3,27,7 e la costituzione diocleziana di C.4,5,4 (*Imp. Diocl. et Max. AA. et CC. Heraclio*). L'esclusione della ripetibilità, in generale, dei legati indebitamente pagati è ribadita in Ulp. 24,33: *Legatorum perperam solutorum repetitio non est*, anche se il passo è ritenuto di fattura postclassica. Per alcune fattispecie concrete in cui si escludeva esplicitamente la *condictio indebiti* per ripetere i legati, si vedano: D. 5,2,21,1 (*Paul. 3 resp.*), D.5,3,17 (*Gai. 6 ad ed. prov.*), D.12,6,51 (*Pomp. 6 ad Q. Muc.*), D.31,76,9 (*Pap. 7 resp.*) e D.35,3,1,9 (*Ulp. 79 ad ed.*).

⁽³⁰⁾ Limitandosi a citare soltanto alcuni dei numerosi autori che si sono occupati del passo, non possono dimenticarsi le pagine di SOLAZZI (*L'errore*, 107 ss.), che, convinto del carattere non autentico dell'ultima frase del frammento, riteneva la regola dell'irripetibilità dei legati indebiti *per damnationem* valida solo per i legati parzialmente indebiti; la tesi che prevale, oggi, è quella opposta, a favore della classicità della testimonianza gaiana (solo il termine *legato* è ormai unanimemente considerato un glossema) e, quindi, della validità del principio anche per i legati totalmente indebiti: cfr. VOCI, *In tema di errore*, 97 ss.; SCHWARZ, *Die Funktion des Irrtums bei Erfüllung gänzlich oder teilweise nicht geschuldeter Fideikommisses*, in ZSS, 68, 1951, 268 ss.; da ultimo, anche per altra letteratura, si veda il completo lavoro di MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, 185 s.

⁽³¹⁾ VOCI, *Diritto ereditario*, II, 785.

⁽³²⁾ Se, secondo alcuni, l'esclusione della ripetizione dipendeva dalla litisconsenzienza (così, per esempio, HUSCHKE, *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius*, in ZGRW, 13, 1846, 274 e, solo accennando alla questione, TALAMANCA, *Istituzioni*, 613: la *condictio indebiti* sarebbe stata inespugnabile, in quanto l'erede che corrispondeva i legati, avrebbe pagato il *simplum*, al fine di evitare di dovere eventualmente pagare il *duplum*, compiendo così una sorta di transazione, che impediva l'azione per la ripetizione dell'indebitato), si è — persuasivamente — dimo-

conformità a quell'atteggiamento fondamentalmente conservativo costante nella storia del diritto romano, per cui « il corso tranquillo dell'evoluzione giuridica » non veniva mai interrotto « con interventi radicali »⁽³³⁾, ad un certo punto proprio tale principio fu intaccato sul piano del diritto pretorio, che accordò un'azione utile volta ad aggirare il divieto⁽³⁴⁾.

Lo strumento processuale accordato fu, dunque, un'*actio utilis*, modellata sulla *condictio*; a questo punto — occorre chiedersi — chi avrebbe potuto agire per la ripetizione?

Ulpiano afferma che l'azione sarebbe spettata *ei, ad quem bona pertinent*. Diversi, però, sono gli orientamenti in dottrina sul significato della perifrasi ulpiana.

Da taluno la frase è stata intesa nel senso di ritenere attore l'erede legittimo, cioè colui che dopo il minore aveva adito l'eredità⁽³⁵⁾: in tale caso — sempre ammesso che il minore fosse l'erede testamentario⁽³⁶⁾ — legittimato ad agire sarebbe risultato il nuovo erede *ab intestato*.

Tuttavia il minore, pur beneficiando della *restitutio in in-*

strato (cfr. PAOLI, *Lis infitiando crescit in duplum*, Paris, 1933, 136 ss. e 246 ss., con cui concordano BECK, *Rec. a Paoli*, in ZSS, 57, 1937, 505 ss.; DULCKEIT, *Voluntas und fides im Vermächtnisrecht*, in Festschrift Koschaker, 2, Weimar, 1939, 317; WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970, 179 s.; KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, 123 ss. e IDEM, « *Unmittelbare Vollstreckbarkeit* » und *Bürgenregreß*, in ZSS, 100, 1983, 133 e, da ultimo, KASER-HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, 378) che la giustificazione dell'irripetibilità di quanto dato sarebbe piuttosto da ricercare nel regime della *nuncupatio* degli antichi atti solenni del *ius civile* e, più in particolare, nell'applicazione al legato *per damnationem* della *solutio per aes et libram*; sul punto rinvio a FARGNOLI, *Rescripts*, in particolare, nt. 9 e nt. 10.

⁽³³⁾ Così SCHULZ, *I principi del diritto romano*, [tr. it. Arangio-Ruiz], Firenze, 1995, 74 ss., edizione da cui d'ora in poi si cita.

⁽³⁴⁾ Si veda VOGLI, *In tema di errore*, 94 ss.

⁽³⁵⁾ Così PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, 3.1, Halle, 1892, 240 nt. 7.

⁽³⁶⁾ Pare da escludere che *is, ad quem bona pertinent* fosse il sostituto testamentario, seppure la *substitutio vulgaris* sembri essere stata una prassi assai diffusa, anche in pluralità di gradi (cfr., per tutti, NEGRI, *Sostituzione. Diritto romano*, in ED, 43, 1990, 12): infatti se il soggetto menzionato da Ulpiano fosse stato il secondo chiamato, per il caso che il primo non volesse o non potesse accettare la vocazione, non si sarebbe potuto parlare di ripetizione di legati che, alla luce del medesimo testamento, anche per il nuovo chiamato sarebbero rimasti i medesimi a favore dei medesimi legatari.

tegrum, rimaneva comunque l'erede *ex iure civili*, per cui, a mio parere, sarebbe da escludere che la stessa *restitutio in integrum* determinasse una nuova delazione dell'*hereditas*. Ne consegue che l'ipotesi plausibile rimarrebbe solo quella per cui il pretore avrebbe concesso all'interessato richiedente la *bonorum possessio* ⁽³⁷⁾.

Da altri si è sostenuto che il giurista avesse appositamente fatto uso della locuzione dal più esteso significato, volendo con essa ricomprendere più ipotesi prospettabili ⁽³⁸⁾. La perifrasi *ei, ad quem bona pertinent* non potendosi riferire ad un *heres* civile alla luce di quanto detto, avrebbe però potuto prevedere elasticamente che legittimato attivo fosse il *bonorum possessor* o il *bonorum emptor*, a seconda che vi fosse stata l'*agnitio bonorum possessionis* o l'eredità fosse stata venduta ai fini del soddisfacimento dei creditori.

Però, che la perifrasi ulpiana non si possa intendere in senso lato, sembra potersi desumere da una semplice osservazione. La questione proposta nel passo risulta da un rescritto e, in quanto tale, nasce da una fattispecie ben precisa. Ne deriva che credere che l'espressione sia da interpretare come comprensiva di diverse ipotesi distinte, implicherebbe supporre che il giurista avesse compiuto qui una generalizzazione. Ma ciò non sembra verosimile, visto che l'unica generalizzazione compiuta da Ulpiano pare, al limite, quella di prevedere la possibile separazione tra il soggetto *solvens* e il soggetto ammesso alla ripetizione.

Un altro argomento, inoltre, sembra fare propendere per una lettura più restrittiva della locuzione e riferita al solo *bonorum emptor* ⁽³⁹⁾. Se, infatti, si congettura che il soggetto in questione fosse un *bonorum possessor*, rimarrebbe da chiarire per quale ragione tale soggetto avesse avuto interesse a richiedere al pretore di essere immesso in un patrimonio ereditario, in cui prevalevano le passività.

⁽³⁷⁾ In tale senso SOLAZZI, *Le condictiones*, 23, che, però, — opportunamente — poi esclude anche l'ipotesi che il legittimato attivo potesse essere un *bonorum possessor*.

⁽³⁸⁾ GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 12 [trad. it. Bertolini-Di Marzo], Milano, 1905, 589, § 827 parla genericamente di colui a cui l'eredità apparteneva.

⁽³⁹⁾ Così anche SOLAZZI, *Le condictiones, ibidem*; DONATUTI, *Le causae*, 117.

Sembra, quindi, l'interpretazione più verosimile quella secondo la quale Ulpiano intese fare riferimento solo alla figura del *bonorum emptor*. Ora, prima di considerare l'esclusione della legittimazione del minore all'azione di ripetizione, sorge un interrogativo: perché non si parla di legittimazione a ripetere del curatore? Quello che sarebbe determinante sapere è se, vista l'invalidità, disposta dall'editto pretorio, degli atti compiuti dai *minores* ⁽⁴⁰⁾, il pagamento dei legati fosse avvenuto con o senza l'assistenza del curatore.

Allo scopo è utile porre in evidenza che il minore adì (forse gerì *pro herede*) *inconsulte*. L'uso di quest'avverbio fa pensare ad un caso in cui il curatore non compare affatto e ciò è corroborato dal fatto che è molto vicina al senso letterale del termine *inconsulte* l'accezione di « senza nessuna consultazione ». Ne deriva che la fattispecie *de qua* non può avvicinarsi ai casi di pagamento effettuato dal tutore di cui si dirà ⁽⁴¹⁾ e neppure si può qui parlare di legittimazione a *condicere* del curatore.

Stabilito, allora, che il curatore, in questa fattispecie, non compariva sulla scena, si tratta di capire la ragione dell'esclusione della legittimazione a ripetere del minore (*non ipsi repetitionem competere*); tale soluzione si sarebbe rivelata forse la più naturale, dato che il minore era il *solvens*. Tuttavia, se il minore avesse ripetuto i legati, avrebbe riottenuto ciò che *ex re hereditaria* aveva dato ai legatari, ma, in seguito, egli avrebbe dovuto a sua volta corrispondere gli importi recuperati al *bonorum emptor*, che dei *bona* ereditari era divenuto titolare.

Il fatto che il minore rimanesse fuori dalla scena risulterebbe confermato in un altro passo dello stesso Ulpiano —

⁽⁴⁰⁾ Sulla *restitutio in integrum* a favore del minore di XXV anni cfr., tra altri, SANFILIPPO, *Pauli decretorum libri duo*, Milano, 1950, 22 ss.; BURDESE, *Di un particolare caso di applicazione della restitutio in integrum*, in *Festschrift Schulz*, 1, Weimar, 1951, 81 ss.; LIEBS, *Der Sieg der schönen Rutiliana. Lex commissoria displicebat*, in *Festschrift Kaser*, München, 1976, 373 ss.; KUPISCH, *Rutiliana pupilla-schön oder energisch? (Paul.D.4.4.38 pr)*, in *ZSS*, 49, 1977, 247 ss.; WACKE, *Zum Rechtsschutz Minderjähriger gegen geschäftliche Übervorteilungen, besonders durch die exceptio legis Plaetoriae*, in *TR*, 48, 1980, 203 ss.; ANKUM, *Le minor captus et le minor circumscriptus en droit romain classique*, in *Mélanges Jaubert*, Bordeaux, 1992, 35 ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. *infra* cap. III.

tratto questa volta dal commentario *ad edictum* — che sembra prevedere una fattispecie molto simile a quella della testimonianza in esame:

D.4,4,22 (Ulp. 11 *ad ed.*): *In integrum vero restitutione postulata adversus aditionem a minore factam, si quid legatis expensum est, vel pretia eorum qui ad libertatem aditione eius pervenerunt, a minore refundenda non sunt. quemadmodum per contrarium cum minor restituitur ad adeundam hereditatem, quae antea gesta erant per curatorem bonorum decreto praetoris ad distrahenda bona secundum iuris formam constitutum, rata esse habenda Calpurnio Flacco Severus et Antoninus rescripserunt* ⁽⁴²⁾.

Indipendentemente dalla seconda fattispecie descritta, che concerne un'ipotesi che, ai fini di questa ricerca, non presenta rilievo, nella prima parte del testo il giurista severiano prevedeva, come in D.12,6,5, il caso del minore che, dopo avere adito l'eredità, otteneva la *restitutio in integrum* dal pretore. Anche qui si poneva il problema dei legati già pagati (*quid legatis expensum est*), ma, oltre a ciò, anche quello degli schiavi manomessi sulla base della volontà testamentaria (*pretia eorum qui ad libertatem aditione eius pervenerunt*). Tuttavia qui Ulpiano non faceva parola di alcuna azione esperibile dall'erede effettivo contro i legatari, ma concentrava l'attenzione esclusivamente sulla situazione del minore, di cui escludeva ogni responsabilità in relazione a quanto effettuato per adempiere alla volontà del *de cuius* (*a minore refundenda non sunt*).

Quanto si vuole qui porre in evidenza è che dal confronto

⁽⁴²⁾ Cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889 [rist. Roma, 2000], II, 477, § 410, che colloca il passo sotto la rubrica « *De minoribus XXV annis* » (per D.12,6,5 si veda, invece, 1056, § 2545). Considerano rapidamente la testimonianza SOLAZZI, *La rinuncia all'eredità e P. Col. 123 XII*, in AG, 150, 1956 5; VOCI, *Diritto ereditario*, II, 668 nt. 2; KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin-New York, 1974, 88 e 99 nt. 171; CORIAT, *Le Prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial a la fin du Principat*, Roma, 1997, 538, ponendo il passo tra quelli, in cui l'imperatore elaborava « la soluzione juste *secundum iuris formam* »; MARCHI, *Concurso*, 16 nt. 6.

tra i due testi sembrerebbe che la fattispecie analizzata fosse la medesima, ma in una prospettiva differente. Il giurista, in sostanza, potrebbe avere preso in considerazione il menzionato rescritto da due diversi punti di vista: nel commentario *ad edictum* escludendo, in generale, qualsiasi responsabilità del minore, mentre nel commentario *ad Sabinum* considerando il fatto che ad agire contro i legatari fosse il *bonorum emptor* e non il minore-*solvens*.

Non si può, però, escludere, in assenza di altri elementi concreti, che poteva anche non trattarsi del medesimo rescritto. Del resto è ignoto da quale imperatore fu disposta la *constitutio* di D.12,6,5, così come è ignoto chi emanò quella di D.4,4,22. Infatti in quest'ultimo passo è verosimile che Ulpiano attribuisse a Severo e a Caracalla la seconda fattispecie presa in esame, giacché la prima delle due, seppure costituisse il contenuto di un rescritto, non sembra ricollegarsi all'ultima frase e cioè a *Calpurnio Flacco Severus et Antoninus rescripserunt*. Pertanto, se quanto venne rescritto per Arrio Tiziano nel commentario *ad Sabinum* non corrispondesse a quanto Ulpiano riferiva nel commentario *ad edictum*, si potrebbe comunque credere che si trattasse di due casi concreti diversi, ma — come risulta evidente — risolti dallo stesso giurista e per di più in modo analogo.

Invero, a prescindere da quale delle due interpretazioni di D.4,4,22 risulti la più verosimile, quanto qui soprattutto importa mettere in rilievo è che, in D.12,6,5, con la legittimazione attiva del *bonorum emptor* la cancelleria imperiale tutelò direttamente colui che, in seguito alla *solutio indebiti*, subiva in concreto il depauperamento patrimoniale⁽⁴³⁾. In effetti colui che aveva subito una diminuzione economica in seguito al pagamento, non era certamente il *solvens*, cioè il minore che aveva avuto la *restitutio in integrum*. Pertanto la soluzione imperiale non solo comportava la tutela diretta di colui che era stato patrimonialmente impoverito, ma evitava altresì la nuova *solutio*, che avrebbe dovuto seguire immediatamente la *repetitio*; tutto ciò ispirandosi verosimilmente a ragioni di equità del caso concreto.

⁽⁴³⁾ In questo senso si veda DONATUTI, *Le causae*, 162.

In relazione a D.12,6,5 è, poi, da aggiungere che, pur parlando di un erede apparente, non si trattava di un caso di indebito *ex persona*, in cui il pagamento era non dovuto, in quanto effettuato da parte di un soggetto diverso dal vero debitore ⁽⁴⁴⁾. Infatti la situazione di indebito non dipendeva dalla circostanza che l'obbligazione esisteva in capo ad un debitore diverso, bensì dal fatto che l'obbligazione non esisteva affatto. In sostanza, la *solutio* era non dovuta non perché il *solvens* non fosse il vero erede, ma perché i legati risultavano indebiti per particolari circostanze che intervenivano nel rapporto ereditario, quali, in particolare, l'accertamento dell'inefficacia del testamento, conseguente alle ragioni più diverse ⁽⁴⁵⁾. Si trattava, pertanto, di fattispecie di indebito *ex re*.

Sebbene, come visto, il caso descritto da Ulpiano sia una fattispecie piuttosto particolare, ciò non toglie che la frase iniziale del passo ulpiano sembri deporre per una prassi già consolidata in questo senso. Infatti, che il giurista severiano volesse ribadire un principio già diffuso, si può cogliere dall'espressione stessa « *Nec novum ...* », che altrimenti sembra difficilmente giustificabile ⁽⁴⁶⁾. Se l'affermazione sia da riferire non solo ai casi peculiari di applicabilità di una forma utile di *condictio indebiti*, ma, più in generale, a casi di esperimento della forma diretta di quest'azione in fattispecie diverse dal pagamento indebito di legati, è proprio ciò che si cercherà di verificare nelle pagine che seguono.

2.2. Che il problema della ripetibilità dell'indebito in un rapporto trilaterale si ponesse in termini generali, sembra po-

⁽⁴⁴⁾ Cfr. *supra* § 1.

⁽⁴⁵⁾ In effetti, se il testamento fosse stato valido, il fatto che l'erede fosse solo apparente non implicava di per sé che i legati non fossero dovuti, in quanto essi dovevano comunque essere adempiuti sulla base delle disposizioni testamentarie, a prescindere da chi fosse il soggetto in esse effettivamente designato quale erede.

⁽⁴⁶⁾ Sembra interessante rilevare che l'espressione « *nec novum* », oltre che in D.12,6,5, sia attestata in Ulpiano anche altrove, sempre nel senso di sottolineare che la soluzione del caso in questione risultava coerente ad un orientamento giurisprudenziale già da tempo conosciuto: si vedano, in tema di usufrutto, D.7,2,3,2 (Ulp. 17 *ad Sab.*), in tema di peculio, D.49,17,9 (Ulp. 4 *disp.*) e, in tema di donazione, D.24,1,3,12 (Ulp. 32 *ad Sab.*).

tersi confermare sulla base di un passo di Modestino dello stesso titolo 12,6:

D.12,6,49 (Mod. 3 *reg.*): *His solis pecunia condicitur; quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit.*

Si tratta di una vera e propria enunciazione di carattere generale in relazione a una questione esattamente speculare a quella ulpiana, ma questa volta pertinente alla determinazione del soggetto contro il quale la *condictio* dovesse essere data.

Il passo, che ha di rado attirato l'attenzione della letteratura romanistica, sembra enunciare un principio — astrattamente applicabile — riguardante genericamente un pagamento del quale si chiede la ripetizione, ma senza precisare alcun riferimento concreto. Infatti non è dato sapere a che riguardo l'affermazione venne effettuata ⁽⁴⁷⁾: solo risulta chiaro che Modestino volesse distinguere tra chi riscuoteva il pagamento e chi da tale pagamento traeva vantaggio.

È da osservare che la presenza di due categorie di soggetti distinti sembra provare il carattere trilaterale del rapporto. Infatti se esisteva non solo chi materialmente riscuoteva la *pecunia*, ma anche chi della *solutio* si avvantaggiava, il rapporto in questione doveva inerire necessariamente a tre soggetti, risultando ovvia l'esistenza del datore del denaro. Peraltro il giurista non chiariva, né lasciava implicitamente intendere chi fossero coloro che traevano vantaggio dalla *solutio*, ma solo che la *condictio indebiti* sarebbe spettata di regola contro chi aveva ricevuto la *solutio*.

Si è ritenuto ⁽⁴⁸⁾ — e l'opinione sembra da condividere — che l'affermazione di Modestino costituisca un residuo storico dell'ultima età classica, in quanto la *condictio* in diritto giustiniano non sarebbe più stata volta a perseguire l'*id quod pervenit*, ma il *quantum locupletior factum est* ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ La collocazione palinogenetica del passo (LENEL, *Palinogenesia*, 734, § 196) non sembra, allo scopo, di grande ausilio, in quanto la rubrica sotto la quale è posto il passo è quella generica « *De obligationibus, quae re contrahuntur* ».

⁽⁴⁸⁾ In questo senso DONATUTI, *Le causae*, 167.

⁽⁴⁹⁾ Sul punto cfr. *infra* § 50.

Ancora più significativa sembra l'osservazione di chi ha creduto ⁽⁵⁰⁾ di individuare nei terzi avvantaggiati i terzi possessori, ovvero coloro che al momento dell'esperimento dell'azione si trovavano in possesso della *res* o della *pecunia* indebita. In effetti, nonostante il carattere lapidario dell'affermazione, la fattispecie a cui Modestino avrebbe forse potuto fare riferimento sarebbe stata quella in cui era verosimilmente implicato un terzo possessore. Si sarebbe trattato del caso in cui un soggetto dava indebitamente qualcosa ad un altro, che successivamente la trasferiva ad un *alius*. Ebbene, il *solvens*, accortosi del carattere non dovuto del suo pagamento, contro chi avrebbe dovuto agire per la ripetizione? Secondo Modestino l'azione non sarebbe stata esperibile contro l'*alius*, al momento possessore della cosa o del danaro indebito (nei confronti del quale il *solvens* non aveva nessun rapporto) ⁽⁵¹⁾, bensì contro colui che aveva materialmente percepito l'indebito. Peraltro congetturare che fosse questa la fattispecie concreta, a cui il giurista dell'ultima età classica si riferiva, nulla toglie al carattere generale dell'affermazione di D.12,6,49, che sembra attribuire rigidamente la legittimazione passiva della *condictio indebiti* ai materiali accipienti del pagamento.

All'interpretazione testé proposta, potrebbe obiettarsi che Modestino non avrebbe affatto precisato che la *datio* costituiva un pagamento indebito, per cui teoricamente avrebbe potuto trattarsi di una qualsiasi ipotesi applicativa della *condictio* e non necessariamente di un caso di applicabilità della *condictio indebiti*. Peraltro l'argomento che gioca contro l'ipotesi di un'errata collocazione compilatoria del passo nel titolo 12,6, è offerto dal confronto con il luogo corrispondente dei Basilici, dove la locuzione περί χρέους esplicita inquivocabilmente che l'azione esperibile era quella di ripetizione dell'indebito:

B.24,6,49: Ὁ λαβών, οὐ μὴν ὁ ὠφελήθεις ἐνάγεται τῇ περὶ χρέους ἀγωγῇ.

⁽⁵⁰⁾ Così GLÜCK, *Commentario*, 617, § 833.

⁽⁵¹⁾ Il punto è in questo senso esplicitato da DONELLO, *Opera omnia. Commentariorum de Iure Civili*, tom. III, lib. XIV, cap. XVIII, Lucae, 1763, 1167: « non ideo mihi cum Titio ulla actio sit, cum quo nullum negotium gessi, quantumvis illi soli haec pecunia proficiat; sed solum adversus te, cum quo contraxi ».

2.3. In definitiva, sia il testo di Ulpiano che quello del suo allievo Modestino appaiono assai significativi ai fini dell'indagine che si sta conducendo: entrambi, infatti, attestano che del problema della determinazione della legittimazione alla *condictio* vi fosse tra i giuristi piena consapevolezza. È, peraltro, evidente che tra le due testimonianze giurisprudenziali non vi sia consonanza. Infatti se Ulpiano riteneva non insolito che ripettesse una persona diversa da quella che aveva riscosso, Modestino sosteneva che potesse essere chiamato in giudizio solo chi aveva effettivamente ricevuto il pagamento.

A questo punto si rivela opportuno procedere ad una lettura di quei testi che consentano di verificare come fosse in concreto risolto dai giuristi il problema nei singoli casi concreti e, quindi, accertare se il *solvens* e l'*accipiens* fossero sempre rispettivamente l'attore e il convenuto della *condictio*, oppure se l'intervento di un terzo nel rapporto solutorio imponesse di adottare una differente soluzione.

CAPITOLO I

IL RAPPORTO DELEGATORIO

3. *Lindebitum solutum nel rapporto delegatorio.*

Al fine di indagare su quali fossero i soggetti che potevano esperire la *condictio indebiti* e quali, invece, quelli tenuti a restituire quanto indebitamente percepito, conviene prendere le mosse da un rapporto che è trilaterale per sua struttura, ovvero la delegazione ⁽¹⁾. Invero tale rapporto interessa qui con riferimento a quei soli casi, analizzati dalla giurisprudenza classica, in cui si verificasse un pagamento indebito e si discutesse, pertanto, a chi e contro chi competesse la *condictio indebiti*.

Che venisse pagato un indebito poteva fondamentalmente dipendere da due fattori: che fosse viziato il rapporto di provvista oppure quello di valuta. Invero strutturalmente ogni fattispecie di delegazione presentava, oltre alla prestazione diretta dal delegato al delegatario, due *dationes*, quella dele-

⁽¹⁾ Della copiosa letteratura in materia di delegazione ci si limita qui ad indicare i lavori più recenti: HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehung bei der delegatio*, in ZSS, 74, 1957, 100 ss.; ENDEMANN, *Der Begriff der delegatio im klassischen römischen Recht*, Marburg, 1959; BONIFACIO, *Delegazione. Diritto romano*, in NNDI, 5, 1960, 325 ss.; TALAMANCA, *Delegazione. Diritto romano*, in ED, 11, 1962, 918 ss.; WATSON, *D.12,1,32 and delegatio*, in SDHI, 29, 1963, 285 ss.; VON LÜBTOW, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht mit Beiträgen zur Delegation und Novation*, Berlin, 1965; SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano, 1971; JAKOBS, *Delegation und Durchgangserwerb*, in ZSS, 91, 1974, 205 ss.; KUPISCH, *Der angebliche Durchgangserwerb des Celsus (Ulp. D.24,1,3,12)*, in ZSS, 93, 1976, 60; IDEM, *Celsus bei Ulpian D.24,1,3,12*, in Studi Sanfilippo, 2, Milano, 1982, 285 ss.; KASER, *Zu Novation und Delegation*, in Satura R. Feenstra, Fribourg, 1985, 141 ss.; WEYLAND, *Der Durchgangserwerb in der juristischen Sekunde*, Göttingen, 1989, 79 ss.; ALONSO, *Delegare, iubere, mandare. Contrato de mandato y delegación en Derecho romano* [tesi di dottorato], Santiago de Compostela, 1996, 1 ss.; WIMMER, *Zum Leistungserfolg bei der Anweisung zum Zahlen an eine Nichtberechtigten*, in OIR, 6, 1998, 116 ss.

gato → delegante, attuativa del rapporto di provvista e quella delegante → delegatario, attuativa del rapporto di valuta.

Nella prima delle due il delegante non riceveva, in realtà, nulla materialmente; ciononostante l'attribuzione patrimoniale risultava evidente nel caso in cui, per esempio, il delegato aveva liberato il delegante dal suo debito nei confronti del delegatario ⁽²⁾. Il significato di questa dazione è efficacemente descritto in D.50,17,180 (Paul. 17 *ad Plaut.*) ⁽³⁾: *Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset*, per cui se una somma di danaro veniva pagata dal delegato per ordine del delegante, era come se venisse pagata al delegante da quello stesso. Più in generale, lo spostamento patrimoniale a favore del delegante si poteva concretamente individuare nel fatto che questi, per esempio, non avrebbe dovuto più sborsare nulla per pagare al terzo-delegatario; si potrebbe forse addirittura parlare, con un'espressione attualizzante, di *datio* « virtuale » ⁽⁴⁾.

Se si parla, invece, di *datio* delegante → delegatario, una delle testimonianze giurisprudenziali più emblematiche è costituita dalla frase *solvit enim et qui reum delegat*, contenuta in D.16,1,8,3 (Ulp. 29 *ad ed.*) ⁽⁵⁾; la dazione che il delegato faceva materialmente al delegatario si considerava giuridicamente compiuta dal delegante. Peraltro il principio per cui il delegatario acquisiva dal delegante e non dal delegato ha un significato differente nel caso di *delegatio dandi* e di *delegatio promittendi*, giacché, se si trattava di una delegazione a promettere, il negozio esecutivo non era traslativo, ma promissorio ⁽⁶⁾. In effetti le due forme di *delegatio* presentano differenze strutturali e funzionali, anche se si ritiene di potere riconoscere l'unitarietà dell'istituto, soprattutto in ragione della identità della funzione, che è quella di attuare i due rapporti, tra delegante e delegato e tra delegato e delegatario, mediante una

⁽²⁾ ALONSO, *Delegare*, 45.

⁽³⁾ Sul passo cfr. *infra* § 7 nt. 112.

⁽⁴⁾ Questa è la condivisibile definizione data alla fattispecie da ALONSO, *Delegare*, 45 ss.

⁽⁵⁾ Sul passo cfr. *infra* § 8.

⁽⁶⁾ Come è noto, mentre nella prima il delegante incarica il delegato di eseguire una prestazione nei confronti del delegatario, nella seconda il delegato promette la prestazione mediante una stipulazione.

prestazione. Invero emerge chiaramente dalle fonti che tale prestazione era considerata avvenuta anche nel caso in cui tra delegato e delegatario fosse intercorsa solo una *promissio* (7); è, insomma, opinione consolidata in letteratura quella per cui la stipulazione esecutiva del *iussum* attuava in modo soddisfattivo il rapporto di valuta e per cui, se la natura del rapporto causale era solutoria, la *promissio* a *solvere* determinava l'estinzione dell'obbligazione.

Ora, verificandosi uno spostamento patrimoniale sia nella *datio* « virtuale » effettuata dal delegato al delegante, sia nella *datio* o nella *promissio* del delegante al delegatario, si tratta di individuare quelle fattispecie in cui tale pagamento fosse ingiustificato; si intende, quindi, procedere a verificare in che modo i giuristi risolvessero le questioni causate da questo difettoso funzionamento della fattispecie delegatoria e, in particolare, chi essi ritenessero attore e convenuto della *condictio indebiti* sia nel caso di vizio del rapporto di valuta che nel caso di vizio di quello di provvista, sia in tema di *delegatio dandi* che in tema di *delegatio promittendi*.

Non è, però, da confondere l'ipotesi del vizio con quella della nullità o dell'inesistenza di uno di questi due rapporti. La differenza di disciplina era evidente nel caso di *delegatio dandi*, in cui se la *datio* era inesistente, si poneva il problema di giustificare addirittura l'effetto traslativo nella *traditio* tra delegato e delegatario, o identificando la causa nell'accordo esecutivo del *iussum* o ritenendo rilevanti entrambi i rapporti causali (8). Diversamente nell'ipotesi in cui il rapporto causale consistesse in un negozio viziato nei suoi presupposti esisteva sì la *iusta causa traditionis*, ma la funzione economico-sociale della *datio* rimaneva inattuata, ponendosi per tale motivo la questione della ripetizione di quanto fosse stato indebitamente prestato.

Invero, in materia di delegazione, l'indagine sulle conseguenze del pagamento dell'indebito si presenta complessa fon-

(7) Cfr., per tutti, SCHWARZ, *Die Grundlage*, 42; TALAMANCA, *Delegatio*, 919 e 923 s.

(8) Sulle contrastanti opinioni giurisprudenziali a proposito di nullità del rapporto di valuta (il caso della nullità del rapporto di provvista non è attestato dalle fonti) cfr., per tutti, TALAMANCA, *Delegatio*, 921.

damentalmente per due motivi. In primo luogo non sono molti i passi del titolo 12,6, *De condictione indebiti*, che prevedono un caso di rapporto delegatorio; anzi di ciò sembrano soprattutto occuparsi i frammenti posti al di fuori di questa *sedes materiae*. Il secondo motivo è strettamente connesso al primo: le testimonianze giurisprudenziali al di fuori del titolo 12,6 che parlano di rapporto delegatorio viziato e di esperibilità della *condictio* sono numerosissime; però risulta spesso arduo determinare se in esse si parlasse di fattispecie applicativa della *condictio indebiti* o di un'altra *condictio*. In particolare, spesso è dubbio se si trattasse veramente di un pagamento indebito o se, invece, fosse dovuta la ripetizione in ragione della mancata esecuzione della controprestazione. In questo secondo caso si sarebbe verificato un generico spostamento patrimoniale senza *iusta causa*, che consentiva probabilmente di agire con una *condictio ob rem*, denominata dai compilatori *causa data causa non secuta* (D.12,4) ⁽⁹⁾.

Si tratta, quindi, di selezionare, in tema di delegazione, quei passi giurisprudenziali che vertono su un caso di applicazione della *condictio indebiti*. Ma l'indagine non è affatto agevole al di fuori del titolo corrispondente, in quanto la nuova collocazione dei compilatori non può ovviamente essere probante. In particolare la difficoltà è aumentata dalla circostanza che, non raramente, manca nel passo in questione qualsiasi qualificazione della *condictio*, ovvero si parla genericamente di *repetere*. Si procederà, quindi, anche quando manchi una specificazione o determinazione, a selezionare quelle testimonianze dove si parlasse — in modo esplicito o implicito — di *solutio indebiti*, dove cioè il rapporto di provvista o quello di valuta fossero viziati, consistendo in una *solutio indebiti*. È, del resto, evidente che l'espressione *solutio indebiti* non è altro che la situazione sostanziale corrispondente all'istituto processuale della *condictio indebiti* e proprio perché i giuristi romani « pensavano per azioni », in questo caso, anche partendo dal piano sostanziale per arrivare a meglio comprendere quello processuale, si cambia quella che è la prospettiva, ma non il nocciolo

⁽⁹⁾ Sulle fattispecie tipiche sanzionate genericamente con l'impiego della *condictio*, cfr. *supra* § precedente.

del problema. Infatti la *solutio indebiti* era riconosciuta dai classici come *causa condicendi* e, in quanto tale, individuare, in una fattispecie, la *solutio indebiti* equivale, in sostanza, a domandarsi se quella fattispecie fosse un caso di applicazione della *condictio indebiti*.

Pertanto, tra i numerosissimi frammenti del Digesto che prevedono il vizio di uno dei rapporti della *delegatio*, si tratta di effettuare una cernita, concentrando l'attenzione su quelle testimonianze in cui, in uno dei due rapporti della *delegatio*, quello di provvista o quello di valuta, si fosse verificato uno spostamento patrimoniale, la cui mancanza di causa dipendeva dall'inesistenza dell'obbligazione da adempiere oppure dall'esistenza della stessa in capo ad un debitore o ad un creditore diverso, per cui sia che si trattasse, rispettivamente, di indebito *ex re* oppure di indebito *ex persona* la conseguenza era che l'accipiente non aveva titolo di ritenere la somma percepita.

Un'ultima precisazione. Rispetto alle fattispecie che si prenderanno in considerazione nel prosieguo del lavoro, cioè quei rapporti che diventano trilaterali a causa dell'intervento di terzi nel momento solutorio, il rapporto delegatorio presenta la particolarità di essere *in re ipsa* strutturalmente trilaterale. Inoltre nei casi di delegazione colui che effettua il pagamento indebito non è sempre il medesimo soggetto, ma si possono presentare due ipotesi distinte: se è il rapporto di provvista ad essere una *solutio indebiti*, il *solvens* è il delegato, viceversa, se è il rapporto di valuta ad essere un pagamento indebito, il *solvens* è il delegante. Ciò dipende ovviamente dalla struttura del rapporto di *delegatio*, costituito dalle due *dationes* che concretano i due rapporti causali. Infatti, nel caso di *delegatio dandi*, nella *datio* delegato → delegante, *solvens* è il delegato, mentre, in quella delegante → delegatario, *solvens* è il delegante. Parimenti nel caso di *delegatio promittendi* la situazione, da questo punto di vista, si presenta nei medesimi termini della *delegatio dandi*; del resto la *promissio* delegante → delegatario, che, come accennato⁽¹⁰⁾, per l'effetto caratteristico della *stipulatio* esecutiva del *iussum*, equivale ad una *datio*, è, in questa prospettiva, da equiparare alla *datio* delegato → delegante.

⁽¹⁰⁾ Cfr. *supra* questo §.

La ragione per cui qui preme porre in evidenza questo aspetto è che non sembra utile ed opportuno, in tema di delegazione, condurre due discorsi separati, uno in cui è protagonista il *solvens* e uno in cui è protagonista l'*accipiens*, come si farà in linea di massima per gli argomenti che si tratteranno nei capitoli successivi. Infatti è ovvio che si debbano prendere in considerazione le vicende del rapporto delegatorio, così come le fonti le prospettano e proprio perché, per sua struttura, il rapporto delegatorio si presenta sempre in forma trilaterale, pare più logico parlare di chi, nella *condictio indebiti*, sia l'attore e di chi sia il convenuto nella stessa sede per ogni singolo passo. L'alternativa paradossale in cui si incorrerebbe sarebbe quella non solo di considerare due volte i medesimi passi, prima dal punto di vista dell'attore e, poi, da quello del convenuto, ma anche di isolare aprioristicamente uno dei tre soggetti, delegato, delegante e delegatario, per tornare a considerare, nelle medesime fattispecie, uno degli altri due.

A questo punto si intende, quindi, procedere nell'esegesi dei frammenti, distinguendo i due casi in cui il rapporto di provvista o quello di valuta costituivano un pagamento indebitato, prima con testi in materia di *delegatio dandi* (sez. A e B) e, poi, con quelli in materia di *delegatio promittendi* (sez. C e D); ci si domanderà, infine, se si potesse verificare anche l'ipotesi di vizio di entrambi i rapporti nella medesima fattispecie di *delegatio dandi* o *promittendi* (sez. E e F).

A. *La delegatio dandi. Vizio del rapporto di provvista*

4. *La delega a pagare del pupillo sine tutoris auctoritate.*

Il passo, da cui si prendono le mosse dell'indagine, è di Pomponio:

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 ⁽¹¹⁾.

Il frammento, tratto dal titolo *De solutionibus et liberationibus*, descrive due fattispecie. Nella prima parte di esso — che si considera qui solo al fine di meglio illuminare la seconda parte — Pomponio, commentando Plauzio, considerava un caso in cui il pupillo delegò il suo debitore a pagare al creditore, ma lo fece senza l'*auctoritas* del tutore ⁽¹²⁾. Secondo il giurista, peraltro, il pupillo risultava egualmente liberato dal suo debito nei confronti del creditore (*pupillum quidem a creditore liberat*).

Il terzo componente del rapporto, il debitore del pupillo,

⁽¹¹⁾ Il passo (cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, 82, § 354) è stato oggetto di numerosi studi, tra cui quello di PERNICE, *Parerga. III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in ZSS, 9, 1888, 197 nt. 2 che considera l'intera seconda frase un'aggiunta compilatoria, così come anche GUARINO, *Rec. a Sanfilippo*, 252 che attribuisce le due protasi del passo *Si pupilli debitor ... numeravit e si autem debitor pupilli non fuerat*, dal punto di vista formale, a due mani distinte; che questi sospetti sulla genuinità non siano condivisibili è stato già messo in evidenza da LABRUNA, *Rescriptum divi Pii. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*, Napoli, 1962, 110 nt. 14, che si limita a considerare spurio il termine *delegatus*; in effetti, non sembra che esistano argomenti per dubitare della genuinità del frammento, a cui favore (*contra* si vedano anche BESELER, *Romanistische Studien. Naturalis obligatio*, in TR, 8, 1928, 325 e, rimanendo su di una posizione incerta, SOLAZZI, *Le conditiones*, 27 s.) si sono già pronunciati PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, 40 nt. 1; SIBER, *Das angebliche rescriptum divi Pii über Bereicherungsklagen gegen Mündel*, in ZSS, 53, 1933, 472 (solo l'inciso *in quantum locupletior factus est* sarebbe, secondo lo studioso, insitico); DONATUTI, *Le causae*, 56 e 128; SCHWARZ, *Die Grundlage*, 10 e 246 nt. 58, che considera, però, possibile che il passo sia stato abbreviato dai compilatori, in quanto soggetto del *fuerat* sarebbe dovuto essere *is qui iubente eo numeraverat* e anche NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung*, 96, che, però, rimane perplesso sulle parole *in quantum ... liberatus*; KASER, *Zur iusta causa traditionis*, in BIDR, 64, 1961, 72 nt. 41; ENDEMANN, *Der Begriff*, 52; SACCONI, *Ricerche*, 13, 15; THOMAS, *Naturalis obligatio pupilli*, in Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow, Berlin, 1970, 460 s.; STURM, *Zum Schutz des delegans furiosus*, in Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag, München, 1976, 153; si sono rapidamente occupati del passo anche SANFILIPPO, *Condictio indebiti*, 32, 37 nt. 1; HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen*, 121; TALAMANCA, *Delegazione*, 920 nt. 25; SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni*, cur. Gnoli, Milano, 1994, 217; da ultimo, ALONSO, *Delegare*, 20 nt. 76, 48 s., 324 nt. 509 e CANNATA, *Il diritto romano*, 59.

⁽¹²⁾ A proposito di pagamento indebito al pupillo e del pupillo *sine tutoris auctoritate*, cfr. *infra* § 34.

rimaneva, invece, obbligato (*manet obligatus*). Alla luce del principio per cui l'assistenza del tutore agli atti del pupillo era richiesta unicamente nell'interesse di quest'ultimo, perché non gliene derivassero conseguenze svantaggiose, in assenza dell'intervento del tutore il *solvens* trasferiva al pupillo la proprietà della somma, ma non ne risultava liberato⁽¹³⁾. Tuttavia Pomponio tutelava la posizione del delegato, ritenendo che questi avrebbe potuto opporre un'eccezione al pupillo che, speculando sulla sua situazione, agisse per il pagamento (*sed exceptione se tueri potest*): il delegato avrebbe così evitato di dovere pagare una seconda volta l'ammontare del debito. Quindi, in questo caso, come di regola nel diritto classico, l'efficacia traslativa, ma non solutoria del pagamento⁽¹⁴⁾ al pupillo comportava che il debitore convenuto potesse difendersi solo con l'*exceptio doli mali*, qualora il pupillo avesse chiesto una seconda volta l'adempimento.

Un debitore era protagonista anche della seconda fattispecie *si autem ... tenebitur*, che è quella che rileva nell'ambito dell'indagine che si sta svolgendo: qui, invero, lo stesso delegato non era l'effettivo debitore del pupillo, bensì credeva erroneamente di essere tale. Il rapporto di provvista risultava evidentemente viziato; infatti il delegato, nel momento in cui pagò al delegatario, realizzò una *solutio* che non era dovuta. Che si trattasse di *solutio indebiti* e non di un'altra forma di adempimento, che sarebbe estranea all'ambito di applicazione della *condictio indebiti*, risulta chiaro dalla circostanza che si trattasse di un caso di inesistenza dell'obbligazione da adempiere, giacché il delegato non era debitore del delegante (*si autem debitor pupilli non fuerat*).

In sostanza, rispetto alla fattispecie descritta nella prima parte del passo di Pomponio, qui la *delegatio* fu effettuata dal pupillo che non ne era legittimato in assenza dell'intervento del tutore, ma in più si trattava di una *solutio* delegato → delegante non dovuta a causa dell'inesistenza del debito in capo al *solvens*. Il debitore si trovava, dunque, ad avere material-

⁽¹³⁾ Cfr., per tutti, BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, 286.

⁽¹⁴⁾ Cfr. BETTI, *Appunti di teoria*, 293.

mente effettuato un pagamento che liberava il pupillo, nei cui confronti, però, non risultava essere obbligato. Inevitabilmente si poneva la questione di che cosa tale debitore avrebbe potuto fare per riacquisire la somma da lui versata.

La risposta di Pomponio era nel senso di negargli la *condictio* (*nec pupillo condicere potest*). Infatti, nonostante l'inesistenza del debito del *solvens*-delegato nei confronti del delegante, il primo non avrebbe potuto agire nei confronti del secondo per ripetere l'indebito. La decisione dipendeva dalla circostanza che il delegante risultava non essere obbligato, avendo delegato *sine tutoris auctoritate* (*qui sine tutoris auctoritate non obligatur*). Infatti il pupillo, che non era legittimato a *iubere* un pagamento, non era, conseguentemente, neppure legittimato passivo dell'azione di ripetizione dell'indebito. Dunque l'esclusione della *condictio* sarebbe qui dipesa proprio dall'impossibilità di agire nei confronti del pupillo-delegante, da cui si arguisce — ma lo si vedrà meglio in seguito ⁽¹⁵⁾ — che il delegato poteva di regola esperire la *condictio indebiti* nei confronti del delegante.

Si poneva, a questo punto, la questione se il *solvens* potesse ripetere dall'accipiente. Secondo il giurista il delegato non avrebbe potuto chiedere la ripetizione neanche al delegatario; ciò era conseguenza del fatto che, pagando a quest'ultimo, aveva compiuto un atto per volontà altrui (*cum quo alterius iussu contraxit*). La frase sembra, invero, mettere in luce quello che era un principio di applicazione generale in questo ambito: nel caso di rapporto delegatorio non risulta mai attestata dalle fonti l'azione di ripetizione del delegato nei confronti del delegatario. Ma questo aspetto verrà meglio considerato alla luce dei passi successivi in tema di delegazione.

Era la frase finale del frammento *sed pupillus ... tenebitur* che proponeva una via alternativa per correggere lo spostamento patrimoniale ingiustificato. Il pupillo risultava essere legittimato passivo di un'azione utile (*utili actione tenebitur*) nella misura in cui si fosse arricchito (*in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus*). Invero si è dubitato ⁽¹⁶⁾ di

⁽¹⁵⁾ Cfr. *infra* §§ successivi.

⁽¹⁶⁾ In tale senso ALBERTARIO, *La responsabilità del pupillo derivante dal suo ar-*

quest'ultima proposizione, sostenendosi che fosse innegabile la contraddizione, se prima Pomponio negava la *condictio* nei confronti del pupillo e poi, invece, concedeva un'azione utile nei confronti dello stesso.

Tuttavia l'obiezione non convince affatto. Vero è che Pomponio, affermando *nec pupillo condicere potest*, riteneva che il debitore non potesse esperire la *condictio*. La *ratio* di questa decisione sta ovviamente nel fatto che « zwischen Delegat und pupillus bestand kein Schuldverhältnis »⁽¹⁷⁾, data l'incapacità del pupillo di obbligarsi senza l'*auctoritas* del tutore. Ciò non toglie, peraltro, che la posizione soggettiva del delegato fosse meritevole di tutela. Come nella prima fattispecie del frammento, anche qui il *solvens*, pagando, non sarebbe risultato liberato dal suo debito nei confronti del pupillo; tuttavia, in questa ipotesi, tale debito era solo erroneamente ritenuto esistente. Ne derivava che, data la negazione della *condictio* a sua tutela, la difesa dell'eccezione sarebbe servita solo di fronte alla richiesta di un nuovo pagamento da parte del pupillo. Pertanto, negata la *condictio* e non ammessa l'azione nei confronti del delegatario, sul piano dello *ius civile* non v'era via d'uscita per riequilibrare la situazione patrimoniale del *solvens*. Sarebbe stato questo il motivo per cui Pomponio riconobbe la tutela pretoria al delegato, che poteva agire nei confronti del pupillo-delegante con un'azione utile: la condanna sarebbe comunque stata limitata alla misura dell'arricchimento del pupillo (*in quantum locupletior factus est*).

È da domandarsi, a questo punto, di che azione utile si trattasse. Si è sostenuto⁽¹⁸⁾ che, secondo Pomponio, al delegato spettasse quell'azione utile che, in base ad un rescritto di Antonino Pio⁽¹⁹⁾, ammetteva la responsabilità del pupillo nei li-

ricchimento per gli atti compiuti senza l'*auctoritas tutoris*, in RIL, 46, 1915, ora in Studi di diritto romano, 4, Milano, 1946, 364.

(17) Così correttamente STURM, *Zum Schutz*, 153.

(18) In tale senso SIBER, *Das angebliche rescriptum*, 472 e LABRUNA, *Rescriptum*, 44.

(19) Il riferimento di un rescritto di Antonino Pio ad un principio di responsabilità nei limiti dell'arricchimento del pupillo per gli atti compiuti *sine tutoris auctoritate*, o con la *inutilis interpositio* di questa, è attestato nelle fonti da quattro passi di Ulpiano: D.26,8,1 *pr.* (1 *ad Sab.*), D.26,8,5 *pr.* (40 *ad Sab.*), D.3,5,3,4 (10 *ad ed.*),

miti del suo arricchimento per i negozi compiuti senza l'*auctoritas tutoris*. In effetti il passo di Pomponio è tratto dai *libri ex Plautio*, che sono da collocare temporalmente sotto l'impero di Antonino Pio ⁽²⁰⁾, per cui risulta plausibile credere che il riferimento del giurista fosse al contenuto del provvedimento dell'imperatore.

Peraltro non sfugge che il passo di D.46,3,66 non menzioni il *rescriptum divi Pii*. Si è ritenuto ⁽²¹⁾ che tale silenzio non costituisca un argomento probante contro il riferimento di questo frammento alla responsabilità *in quantum locupletior*, prevista dalla costituzione imperiale di Antonino Pio, in quanto Pomponio avrebbe di regola rivelato una certa riluttanza ad avvallare con la citazione di fonti imperiali quanto scriveva.

Se però, si decide di rimanere ancorati al dato testuale, si può anche plausibilmente sostenere, come di recente si è fatto ⁽²²⁾, che, in D.46,3,66, Pomponio prevedesse contro il pupillo una generica azione utile che funzionava al posto di un'azione di arricchimento. Il giurista non avrebbe fatto riferimento a quel particolare rimedio concesso dal rescritto di Antonino Pio, ma, più in generale, ad una forma di tutela che, pur non costituendo un'azione specifica e autonoma di arricchimento, avrebbe consentito di sanzionare l'ingiusto depauperamento di un patrimonio a favore di un altro ⁽²³⁾.

A mio parere, a favore di questa interpretazione sembra

D.13,6,3 *pr.* (28 *ad ed.*); cfr., sul punto, LABRUNA, *Rescriptum*, 1 ss. Sull'*indebitum solutum* al pupillo *sine tutoris auctoritate*, cfr. *infra* cap. III *sub B*.

⁽²⁰⁾ Cfr. H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischen Juristen von Hadrian bis Alexander²*, Osnabrück, 1965, 40, il quale ritiene — condivisibilmente — che rispetto al « *Regierungszeit* » di Antonino Pio « *so können die libri ex Plautio nicht früher entstanden sein* » e considera, allo stesso tempo, improbabile che tali libri siano stati scritti dopo la morte dell'imperatore.

⁽²¹⁾ LABRUNA, *Rescriptum*, 44 s., precisando che, durante la sua vita, Pomponio non si trovò mai a ricoprire uffici pubblici, il che potrebbe spiegare il suo particolare atteggiamento poco uso a richiamare costituzioni imperiali.

⁽²²⁾ Così CANNATA, *Il diritto romano*, 59 s., che, pur considerando il passo solo incidentalmente, non ritiene che, in esso, vi fosse il riferimento al provvedimento di Antonino Pio.

⁽²³⁾ Sulla possibilità di concedere azioni utili per ripetere un pagamento indebito, che secondo il *ius civile* era irripetibile, si veda *infra* § 31.3; più in generale, sulla presenza di alcune soluzioni casistiche volte a sanzionare l'arricchimento esistente si veda *infra* § 50. È noto, peraltro, che il criterio dell'arricchimento venne eletto a regola

giocare la circostanza che Pomponio, se si fosse riferito, in D.46,3,66, al provvedimento di Antonino Pio, sarebbe stato uno dei primi a citare una costituzione di recentissima emanazione. Ma, allora, proprio l'evidente novità del provvedimento avrebbe dovuto indurre Pomponio, se pur solitamente restio alla citazione di costituzioni imperiali, a menzionare la fonte della soluzione casistica utilizzata.

Forse — ma si tratta solo di una congettura — sarebbe possibile sostenere che il giurista abbia elaborato la decisione della fattispecie o ignorando il rescritto o — forse più verosimilmente — poco prima che lo stesso fosse emanato. Se con ciò si cogliesse nel vero, ne deriverebbe che Pomponio avrebbe riconosciuto, oltre all'*exceptio doli* opponibile al pupillo che agisse per l'esecuzione del negozio concluso *sine tutoris auctoritate*, l'esperimento di un'azione per sanzionare la responsabilità del pupillo e, quindi, oltre alla forma di tutela « in fase dinamica », anche quella « in fase statica ». Se così fosse, la cancelleria imperiale di Antonino Pio, emanando il rescritto, non avrebbe fatto altro che « fissare » un criterio interpretativo già emerso nella casistica concreta, « ufficializzandolo », in modo che potesse essere utilizzato quale rimedio generale per la soluzione dei successivi casi simili.

Ad ogni modo, tornando al tema della delegazione, quanto interessa porre in evidenza della fattispecie considerata sono

generalmente applicabile solo in età giustiniana e che una dottrina unitaria delle *condictiones* come « Bereicherungsklagen », come azioni di arricchimento riguardanti fattispecie sì diverse, ma dotate di un elemento comune e cioè l'aumento di un patrimonio mediante la diminuzione di un altro patrimonio, è un'elaborazione della Pandettistica. Che attribuire una funzione comune alle *condictiones*, quali mezzi di tutela contro l'ingiustificato arricchimento, organizzando le regole sull'arricchimento ingiustificato sotto concetti generali allo scopo di elaborare un ordine sistematico, non corrispondeva al modo di pensare dei giuristi classici, improntato allo studio dei casi concreti, è opinione ormai consolidata della dottrina romanistica più recente: si vedano, tra altri, GIFFARD, *Observations sur l'enrichissement injuste incertain*, in RIDA, 4, 1950, 499 ss.; FLUME, *Der Wegfall*, 103 ss.; NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung, passim*; TALAMANCA, *In tema di azioni*, 33 ss.; ASTUTI, *Arricchimento*, 52 ss.; DI IORIO, *Condictiones*, 1092 ss.; SEILER, *Bereicherung und negotiorum gestio*, in *Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz, 1986, 246 ss.; KUPISCH, *Arricchimento*, 423 ss.; VON LÜBTOW, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht*, in *Gesammelte Schriften*, 3, Rheinfelden-Freiburg-Berlin, 1989, 63 ss.

fondamentalmente due aspetti: da un lato, l'esclusione per il delegato della possibilità di chiedere la ripetizione al delegatario, dall'altro — *a contrario* — la legittimazione del delegato a *condicere* nei confronti del delegante, nel caso in cui il delegante fosse capace di agire.

B. *La delegatio dandi. Vizio del rapporto di valuta*

5. *La delega a pagare del servo manomesso in un testamento invalido.*

Anche in un frammento del titolo 12,6 del Digesto oggetto della fattispecie descritta era un rapporto delegatorio:

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 permisum 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* ⁽²⁴⁾.

Il passo presenta la struttura dicotomica tipica delle *Epistulae* proculeiane: primariamente viene delineata la *quaestio* giuridica e, poi, viene riportato il *responsum*. Il contesto dell'articolata fattispecie è quello di una manomissione testamentaria sottoposta a condizione sospensiva: l'elemento che diede origine alla *quaestio* è l'invalidità del testamento. Infatti lo schiavo era stato manomesso alla condizione che prestasse dieci (*si decem det*); e, pertanto, l'erede incassò dieci (*servo ignorante id testamentum non valere data sunt mihi decem*).

Proculo non specificava la causa di invalidità del testa-

⁽²⁴⁾ Cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, 164, § 24.

mento, ma il punto sembra non essere rilevante ai fini della soluzione del caso. Egli si domandava a chi dovesse spettare la ripetizione della somma pagata dal *servus* (*quaeritur, quis repetere potest*).

La soluzione non era univoca e variava a seconda di chi avesse materialmente pagato quel danaro. Nel primo caso lo schiavo pagò col suo peculio senza il permesso dell'erede, ora suo *dominus* ⁽²⁵⁾ (*si ipse servus peculiares nummos dedit, cum ei a domino id permissum non esset*): la proprietà del danaro non passava all'*accipiens* ⁽²⁶⁾, motivo per cui il *dominus* poteva rivendicare i *nummi* stessi (*manent nummi domini eosque non per conditionem, sed in rem actione petere debet*).

È nella seconda ipotesi che il *solvens* non era più lo schiavo, ma un terzo, delegato dallo schiavo a pagare (*si autem alius rogatu servi suos nummos dedit*). Non sembra, infatti, potersi negare che la fattispecie descritta costituisse una fattispecie di *delegatio* ⁽²⁷⁾, sebbene Proculo parlasse di *rogare* ⁽²⁸⁾.

Qui l'*accipiens* divenne proprietario della somma corrisposta (*facti sunt mei*), ma, a causa dell'invalidità del testamento, la *solutio* si rivelò non dovuta: era il rapporto di valuta, tra il delegato e l'accipiente, ad essere viziato. Infatti mentre l'incarico dato dallo schiavo, pur alla luce della sua incapacità patrimoniale, era un atto con efficacia giuridica, lo stesso non poteva conseguire la libertà sulla base di disposizioni testamentarie nulle e, di conseguenza, il delegatario non aveva pretesa

⁽²⁵⁾ È principio ben noto quello riportato in Ulp. 2,2: *Statu liber, quamdiu pendet condicio, servus heredis est*.

⁽²⁶⁾ Dalle parole di Proculo si arguisce che per gli atti di disposizione del peculio era necessario uno specifico assenso del *dominus*; sulla disponibilità che lo statulibero o, più in generale, lo schiavo aveva del suo peculio cfr., specificamente, DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano, 1940, 165; BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Camerino, 1976, 39 e MANTELLO, *Beneficium servile, debitum naturale: Sen., de ben. 3.18.1 ss. - D.35.1.40.3 (Iav., 2 ex post. Lab.)*, Milano, 1979, 301.

⁽²⁷⁾ Cfr., in tale senso, DONATUTI, *Le causae*, 107; TALAMANCA, *Delegatio*, 920 nt. 25.

⁽²⁸⁾ È risaputo che gli effetti della delegazione si avevano anche attraverso un'autorizzazione non formale: *mandatum*, o più comunemente *iussum* (cfr. TALAMANCA, *Delegatio*, 918 e, soprattutto, il recente studio specifico sul problema terminologico della *delegatio* di ALONSO, *Delegare*, 8 ss.).

a trattenere la *pecunia* ricevuta ⁽²⁹⁾. Proculo risolveva, allora, il caso nel senso di accordare la *condictio* al padrone del servo, l'erede (*eosque dominus servi ... per conductionem petere potest*).

Ora, il profilo per cui l'azione di ripetizione spettava all'erede e non al delegato si chiarisce alla luce dei principi che regolavano la struttura assolutistica della famiglia romana. Quindi, data la ben nota incapacità patrimoniale dello schiavo almeno sul piano dello *ius civile*, della *delegatio* dello stesso rispondeva il proprietario — si è parlato di « Durchgangserwerb des Herrn » ⁽³⁰⁾ —, da cui derivava logicamente il suo potere di agire per ripetere quanto indebitamente pagato. *A contrario* si desume che, se il servo avesse goduto dello *status libertatis*, la *condictio* sarebbe spettata a lui e, quindi, al delegante nei confronti del delegatario. L'azione non spettava, invece, al delegato nei confronti del delegatario ⁽³¹⁾.

Invero si è sostenuto che il passo di Proculo sia stato distratamente collocato nel titolo 12,6 del Digesto dai compilatori, che avrebbero commesso l'errore di introdurre un caso di applicazione della *condictio ob rem* nel titolo *De conductione indebiti* ⁽³²⁾. In effetti la *solutio* del servo potrebbe essere vista come un'attribuzione patrimoniale disposta in vista del raggiungimento di un determinato scopo, ovvero in vista della manomissione o, più precisamente, la stessa *solutio* avrebbe potuto costituire una *datio adimplendae condicionis*, che rientrava comunque nella fattispecie dell'*ob rem dare*, di cui costituiva verosimilmente una sottospecie ⁽³³⁾. Ciò non toglie, tuttavia, che la presunta svista dei giustiniane resti da provare, soprattutto di fronte ad un pensiero giurisprudenziale classico che rifuggiva notoriamente dai costrutti teorici e dalle classifi-

⁽²⁹⁾ Cfr. SCHWARZ, *Die Grundlage*, 252 s.

⁽³⁰⁾ SHANBACHER, *Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung bei der Über-eignung durch traditio und beim Leistungsversprechen durch stipulatio*, in TR, 60, 1992, 19.

⁽³¹⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽³²⁾ In tal senso SCHWARZ, *Die Grundlage*, 253 e KRAMPE, *Proculi epistulae. Eine frühklassische Juristenschrift*, Karlsruhe, 1970, 69, che non sembrano però avere approfondito la questione, specificando soltanto che si sarebbe trattato di un caso di applicazione della *condictio ob rem*.

⁽³³⁾ Su alcuni esempi di *datio ob rem* si veda, per tutti, A. D'ORS, *Derecho privado romano*⁹, Pamplona, 1997, 459, § 393.

cazioni sistematiche, per cui la qualificazione di una fattispecie in un modo o in un altro non era sempre così netta e rigidamente vincolante come spesso si verifica nelle categorizzazioni del diritto attuale. In particolare, sembra difficile che già Proculo, nella prima metà del I sec. d.C., distinguesse tra una *datio* delegante → delegatario viziata per l'inesistenza dell'obbligazione da adempiere e la medesima *datio* viziata per il mancato raggiungimento dello scopo per cui era stata posta in essere. Ne deriva che, piuttosto che congetturare l'errore dei compilatori nella collocazione del testo in questione nel titolo 12,6, è più verosimile credere che la testimonianza proculeiana costituisca genericamente un caso di esperibilità della *condictio*: il pensiero del giurista avrebbe fatto riferimento ad un periodo in cui non vi era ancora precisa consapevolezza — come si sarebbe verificato un po' più avanti nel tempo ⁽³⁴⁾ — delle varie fattispecie applicative della *condictio*. Dunque il passo in questione risulta, a mio avviso, pertinente a questa ricerca avente ad oggetto l'azione di ripetizione dell'indebito.

Si voglia ora tornare alla situazione dell'erede. La *condictio* accordatagli non sembra esattamente ristabilire l'equilibrio patrimoniale. Infatti il padrone avrebbe conseguito con l'azione di ripetizione una somma che non aveva mai pagato, mentre il *solvens*-terzo risultava essere depauperato del danaro che aveva corrisposto ad *Ego*.

Nel silenzio del giurista si è sostenuto che il terzo non avesse nulla a pretendere in quanto « aveva donato al servo e versando la somma a Tizio aveva agito semplicemente come rappresentante » ⁽³⁵⁾. Ma quest'interpretazione non è condivisibile, giacché pare arbitrario leggere nel passo un intento di liberalità del terzo nei confronti dello schiavo. Sembra possibile, invece, che il *solvens*, il soggetto effettivamente depauperato dalla dazione, potesse godere di una qualche tutela nei confronti del *dominus*: si può ipotizzare — ma rimane purtroppo solo nel campo delle congetture — che a lui sarebbe spettata

⁽³⁴⁾ Sul punto cfr. *supra* § 1.

⁽³⁵⁾ Così DONATUTI, *Lo statulibero*, 166; in realtà è lo stesso autore a tornare, poi, (*Le causae*, 107) sui propri passi e a modificare la propria precedente presa di posizione, non parlando più di rappresentanza, ma di delegazione; considera improponibile tale interpretazione del passo anche APATHY, *Procurator*, 87 nt. 79.

un'*actio de peculio* per fare rispondere, sul piano del diritto pretorio, l'erede dell'obbligazione assunta dallo schiavo nei suoi confronti ⁽³⁶⁾.

È in questo quadro che si inserisce il finale del passo: *sed tam benignius quam utilius est recta via ipsum qui nummos dedit suum recipere*. Questa frase avrebbe introdotto una soluzione più equa alla seconda fattispecie descritta, evidenziando che *recta via* sarebbe stata quella che consentiva al delegato di recuperare direttamente il danaro da lui stesso pagato all'*accipiens*.

Peraltro si è ampiamente sospettato della genuinità di questa frase ⁽³⁷⁾ che, dal punto di vista della logica espositiva,

⁽³⁶⁾ In tal senso SCHWARZ, *Die Grundlage*, 253, che propone in termini dubitativi questa soluzione, nella convinzione, tuttavia, — questa non condivisibile, come ora si cercherà di dimostrare — che siano stati i compilatori ad operare l'aggiunta della parte finale del passo: « Im übrigen wollen sie dem Geldspender "*recta via*" eine Rückforderungsklage geben, wiewohl nicht einmal ganz deutlich ist, wie er auf dem Umweg über den *dominus* eine Rückforderung sollte haben können (mit der *actio de peculio* auf Grund des Mandates des Sklaven)? ».

⁽³⁷⁾ Numerosi autori si sono dichiarati convinti del carattere insitico della proposizione finale del testo proculiano già a partire da FABER, *Coniecturarum iuris civilis libri XX*, Coloniae A., 1630, 13.8, 211 ss.; nello stesso senso si pronunciano anche RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito del fr. 14 D.X,3 Paulus III ad Plautium*, in AUPA, 3/4, 1917, 261 nt. 2; ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, in BIDR, 33, 1923, 74 e DONATUTI, *Lo statulibero*, 166, rinnovando la sua convinzione in *Le causae*, 162; anche VON LÜBTOW, *Beiträge*, 31 nt. 44 che, pur accenna solo rapidamente al passo, è esplicito sul punto; dell'opinione di SCHWARZ, *Die Grundlage*, 253, al riguardo, si è già detto (cfr. *supra* nt. precedente); anche SOLAZZI, se, in *Ancora sull'errore*, 100, cita il passo tra quelli che menzionano l'errore, in *Le condictiones*, 25, esprime con decisione la sua opinione circa la non attribuibilità a Proculo della frase finale: in questa sede l'autore, sempre interessato esclusivamente alla questione dell'errore del *solvens* e a negare la necessarietà di questo requisito ai fini dell'esperibilità della *condictio indebiti*, ammette la presenza, nel passo, dello *status di ignorantia*, da attribuire, però, non al *solvens*, ma al servo che conferì l'incarico al datore della somma (invero ogni tentativo di dimostrare l'irrelevanza dell'errore del *solvens*, ai fini dell'esperibilità della *condictio indebiti*, è oggi considerato obsoleto dalla letteratura dominante: sul punto si veda *infra* § 49); se dell'idea che *sed ... recipere* non sia proculiano sono anche HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, II [rist.], Roma, 1968, 342 nt. 1 e KRAMPE, *Proculi Epistulae*, 69, sul punto, rimangono incerti BUTI, *Studi*, 39 e MANTELLO, *Beneficium servile*, 300 nt. 174, che ritiene la questione secondaria ai fini dell'indagine da lui condotta. Dubita — senza approfondire — della genuinità di un passo che legittima alla *condictio* il *dominus* e non il *solvens*, SEIDL, *Proculus als Schueler Labeos*, in *Studi Donatuti*, 3, Milano, 1973, 1232 ss.

sembra essere in sostanziale contraddittorietà con la parte precedente del frammento e che, soprattutto, si appella ai motivi della *benignitas* e dell'*utilitas*, tipici della mano giustiniana.

In effetti, se la proposizione fosse classica, risulterebbe da spiegare in che senso Proculo avrebbe espresso questo concetto, che sembra non sviluppato, tant'è che dalle parole del testo non è chiaro che cosa avrebbe potuto realmente fare il delegato per la tutela delle sue ragioni. Peraltro l'espressione *recta via* pare fare riferimento ad una tutela diretta del *solvens* stesso nei confronti di chi ha ricevuto il danaro, evitando che fosse il *dominus* a ripetere per, poi, in un altro processo, diventare egli stesso legittimato passivo nei confronti del *solvens*.

Allo scopo di comprendere a chi debba attribuirsi l'ultima frase del frammento, pare utile la lettura del corrispondente passo dei Basilici:

B.24,6,53: ... Εἰ μὲν ἐκ τοῦ πεκουλίου παρὰ γνώμην τοῦ κληρονόμου διὰ τῆς τὰ ἴδια ἐκδικούσης ἀγωγῆς αὐτὰ ἐκδικεῖ: εἰ δὲ ἄλλος ὑπὲρ τοῦ δούλου δέδωκεν, ὁ δεδωκὼς ἀπαιτεῖ αὐτά.

Tralasciando la parte iniziale, che non crea dubbi di interpretazione, interessante è prendere in considerazione la conclusione del passo. Qui il testo dei Basilici sembra divergere da quello del Digesto. Independentemente dal fatto che il testo bizantino è molto più scarno di particolari nella descrizione della seconda fattispecie di pagamento indebito, si nota primariamente che manca il corrispondente della frase *sed ... recipere*, di cui si discute. Ma, oltre a ciò, sorprende leggere ὁ δεδωκὼς ἀπαιτεῖ αὐτά: non vi sono dubbi che i Basilici interpretarono il testo nel senso che l'azione di ripetizione veniva accordata non al *dominus servi*, bensì al delegato-*solvens*.

Si tratta a questo punto di tirare le fila del discorso e di azzardare un'interpretazione del frammento proculiano. Da un lato, sembra difficilmente contestabile l'orientamento della maggior parte della dottrina per cui l'ultima frase del passo costituirebbe un'aggiunta compilatoria. In effetti i termini *beni-*

gnius e *utilius* rientrano spesso nella terminologia utilizzata dai compilatori ⁽³⁸⁾.

D'altro lato eliminare completamente la frase finale comporterebbe che la descrizione proculeiana delle fattispecie risulti in un certo senso monca, giacché non farebbe parola della tutela del datore della somma ⁽³⁹⁾. Ma, se una presunta incompletezza del pensiero di Proculo potrebbe costituire solo un vago indizio contro la tesi interpolazionistica, un argomento forse un po' più decisivo deriva dal testo dei Basilici. È arduo potere dire quanto ci sia di Proculo e quanto dei bizantini nella previsione a favore del *solvens* di un'azione di ripetizione nei confronti dell'*accipiens* (ὁ δεδωκὼς ἀπαιτεῖ αὐτά); peraltro che il giurista avvertisse il problema dell'opportunità di una tutela diretta del delegato, è difficile da negare. Si potrebbe congetturare, allora, che l'osservazione finale del giurista — che non si sa quale precisamente fosse — sia stata riassunta, nella traduzione greca, con le parole che riconoscevano l'effettivo datore dei *nummi* quale legittimato attivo a *condicere* nei confronti dell'accipiente. Proculo, però, non avrebbe probabilmente parlato né di arricchimento, né di depauperamento, né soprattutto di *benignitas* e di *utilitas*, termini di cui manca ogni corrispondente nei Basilici e che sarebbero probabilmente da attribuire ai compilatori del Digesto.

Se con queste osservazioni si cogliesse nel vero, il pensiero di Proculo si rileverebbe particolarmente interessante, proprio perché testimonierebbe un certo disagio nei confronti della soluzione da lui stesso data al caso: quella per cui ripetesse il delegante e cioè colui per cui conto il pagamento era stato effettuato ⁽⁴⁰⁾. Si potrebbe forse addirittura ipotizzare che il giurista avesse espresso una sua idea, quale quasi un suo personale orientamento dettato dall'equità del caso concreto. Se così fosse, si tratterebbe senza dubbio di un significativo spunto in-

⁽³⁸⁾ Peraltro, nel senso che il lemma *benignus* sia spesso classico, anzi sarebbe particolarmente frequente tra i giuristi più risalenti, si veda WUBBE, *Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium*, in FS Hederlitzka, München-Salzburg, 1972, 304.

⁽³⁹⁾ Si potrebbe, però, anche congetturare che il pezzo sia stato sostituito dai compilatori.

⁽⁴⁰⁾ È questo quello che sembra emergere dalle fonti, su cui specificamente si veda *infra* § 11.

novativo nella prospettiva della sanzione dell'ingiusto arricchimento, che portava ad un equilibrio più giusto degli interessi in gioco e, quindi, a tutelare chi fosse stato patrimonialmente impoverito dalla *solutio*, come era, in questo caso, il materiale datore della somma ⁽⁴¹⁾.

Dunque, per quanto mi consta, se è sicuramente da escludere che Proculo pensasse alla *condictio* come ad un rimedio per potere perseguire l'arricchimento in quanto tale, sembra possibile ammettere che il giurista stesso avvertisse come, nel caso di specie, fosse il delegato e non il delegante colui che in concreto sopportava una diminuzione patrimoniale. Forse, allora, è possibile congetturare che una testimonianza già del I d.C. attestasse una certa consapevolezza di quell'imperfezione, per cui la *condictio* sanzionava sì i pagamenti non dovuti, ma era concepito solo come sanzione di un obbligo di restituzione e non come sanzione dell'arricchimento ingiustificato ⁽⁴²⁾. Pertanto, proprio la parte finale di D.12,6,53, di cui si crede di dovere ammettere la sostanziale genuinità, consentirebbe di constatare che Proculo si rendeva conto dei limiti di una tutela concedibile solo a colui che aveva delegato il pagamento non dovuto e che fosse alla ricerca, perciò, di una via alternativa di risoluzione della controversia.

C. La delegatio promittendi. Vizio del rapporto di provvista

6. La delega a chi non è debitore.

Un caso di vizio del rapporto di provvista è descritto da:

D.46,2,13 (Ulp. 38 *ad ed.*): *Si non debitorem quasi debi-*

⁽⁴¹⁾ Che la generalizzazione della sanzione dell'indebito arricchimento sia solo del diritto giustiniano, non sembra avere impedito, a mio parere, che esistesse già, in diritto classico, qualche atteggiamento di apertura in questa prospettiva come, per esempio, D.46,3,66 (cfr. *supra* § precedente): nel caso del pagamento del pupillo *sine tutoris auctoritate* sarebbe stata ammessa un'azione utile diretta ad ottenere la condanna *in quantum locupletior factus est*. Sulla questione si veda, in particolare, *infra* § 50.

⁽⁴²⁾ Sul punto si veda più ampiamente *infra* § 50.

torem delegavero creditori meo, exceptio locum non habebit, sed condictio adversus eum qui delegavit competit ⁽⁴³⁾.

Ulpiano delineava qui una fattispecie in cui il soggetto *Ego* delegò un soggetto, credendo che gli fosse debitore, mentre in realtà non era tale (*non debitorem quasi debitorem delegavero*). Il giurista concludeva che la *condictio* spettava contro il delegante (*condictio adversus eum qui delegavit competit*) ⁽⁴⁴⁾; è immediato desumere dal contesto che attore fosse il delegato.

Sembra qui che il rapporto di provvista costituisse una *solutio indebiti* ⁽⁴⁵⁾, poiché *Ego* delegò chi non era suo debitore (*non debitorem quasi debitorem delegavero*), per cui in capo a quest'ultimo non sussisteva alcun vincolo obbligatorio e contemporaneamente il delegante si trovava ad avere a suo favore uno spostamento patrimoniale non dovutogli. Dalla laconicità del passo è difficile arguire quale fosse lo stato psicologico del *solvens*: può darsi che il delegato si considerasse a torto debitore del delegante, ma è anche ipotizzabile che, per esempio, il primo dei due pagò per fare provvisoriamente piacere ad un amico, salvo, poi, ripetere quanto sborsò al delegatario ⁽⁴⁶⁾.

Ulpiano negava, inoltre, l'applicazione di un'*exceptio* (*exceptio locum non habebit*). È proprio dalla menzione dell'eccezione che si può arguire come si trattasse di una *delegatio promittendi* e non *solvendi*, dato non specificato espressamente dal testo ⁽⁴⁷⁾. Peraltro la questione dell'opponibilità o meno del-

⁽⁴³⁾ Sembra da condividere il sospetto di LENEL, *Palingenesia*, II, 685, § 1082, secondo il quale questo frammento si inserirebbe a fatica nel trentottesimo libro del commentario ulpiano *ad edictum* (in tema di furto e di *ius patronatus*) e sarebbe piuttosto da collocare nel ventottesimo libro, dedicato alle *res creditae*.

⁽⁴⁴⁾ È noto che le fonti romane non facessero uso, se non assai di rado, dell'espressione assoluta *delegans*, ma utilizzavano la circonlocuzione (*is*) *qui delegavit*; così come per delegato si ritrova (*is*) *qui delegatus est* e per delegatario (*is*) *cui aliquis delegatus est*.

⁽⁴⁵⁾ Cfr., in tale senso, KASER, *Zu Novation*, 152.

⁽⁴⁶⁾ Così BETTI, *Appunti di teoria*, 163.

⁽⁴⁷⁾ Si trattava verosimilmente di una stipulazione astratta, come rileva ENDEMANN, *Der Begriff*, 42; cita rapidamente il frammento anche HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen*, 104 nt. 18; il passo è, infatti, stato visto da molti autori come un caso di delegazione astratta, contrapposta alla delegazione titolata: peraltro tale contrapposi-

l'eccezione non riguardava il rapporto di provvista. Infatti l'eccezione non sarebbe stata comunque opponibile al delegante: come sarebbe potuta spettare al delegato un'eccezione contro il delegante, se quest'ultimo non lo avesse citato in giudizio? E perché mai il delegato avrebbe dovuto agire contro di lui, se aveva già ottenuto una *promissio* di pagamento? È evidente che l'*exceptio* venisse esclusa non nei confronti del delegante, ma nei confronti del delegatario, qualora quest'ultimo avesse agito contro il delegato che aveva promesso il pagamento, ma non ancora dato esecuzione a tale *promissio*. L'affermazione di Ulpiano cioè era volta a porre in rilievo che non esisteva alcuna tutela per il *solvens* nei confronti dell'*accipiens*, né con un'eccezione, né tantomeno con una *condictio* ⁽⁴⁸⁾. Si trova così, in definitiva, ribadito il principio che già si è individuato in D.46,3,66, nella frase *nec creditorum, cum quo alterius iussu contraxit* ⁽⁴⁹⁾: all'astrattezza del rapporto delegatorio conseguiva che il delegato non poteva agire nei confronti del delegatario.

Si è sospettato della genuinità del frammento ⁽⁵⁰⁾. In effetti, dal punto di vista stilistico, è certamente anomalo leggere il verbo *delegavero* in prima persona, per poi trovare *eum qui delegavit*, riferito al medesimo soggetto ⁽⁵¹⁾. L'opinione più verosimile è, peraltro, che la sostanza del passo sia classica e che il passo sia stato, però, riassunto ⁽⁵²⁾, ipotesi che consentirebbe anche di spiegare la brevità del testo; in particolare potrebbe, a mio parere, congetturarsi che Ulpiano, nella prima parte del

zione è oggi giudicata una distinzione moderna, essendo improbabile che i Romani si fossero posti un simile problema ed essendo, del resto, la disciplina delle due fattispecie la medesima (cfr., per tutti, TALAMANCA, *Delegazione*, 922).

⁽⁴⁸⁾ In tale senso SCHWARZ, *Die Grundlage*, 207 nt. 59 e 235 s., che correttamente precisa: « Denn zwischen B und C besteht keine kausale Verbindung ».

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *supra* § 4.

⁽⁵⁰⁾ Muovendosi in una prospettiva interpolazionistica, considerano aggiunta compilatoria l'intera seconda parte del frammento *exceptione ... competit*, VASSALLI, *Iuris et facti ignorantia*, in Studi Senesi, 30, Torino, 1914, 52 e GUARNERI-CITATI, *Gli effetti del pactum de non praestanda evictione e la regola creditorem evictionem non debere*, in AUPA, 8, 1921, 336 nt. 2.

⁽⁵¹⁾ Cfr. SCHWARZ, *Die Grundlage*, 237 nt. 12; ENDEMANN, *Der Begriff*, 42 nt. 21.

⁽⁵²⁾ Così SCHWARZ, *Die Grundlage*, *ibidem*; analogamente secondo ALONSO, *Delegare*, 67 il passo nella sostanza sarebbe classico, ma sarebbe stato manipolato nella forma.

passo, si riferisse ad un caso concreto e che, invece, nella parte finale, volesse enunciare un principio avente carattere di efficacia generale e lo facesse, appunto, con l'uso della terza persona singolare.

7. *La delega della mulier al non debitor.*

Anche Paolo riferiva una fattispecie di *delegatio promittendi*, in cui il rapporto di provvista si presentava viziato:

D.12,4,9,1 (Paul. 17 *ad Plaut.*): *Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promississet et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest: maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendus est: quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere. itaque adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea quod marito dedit aut ut liberetur, si nondum solverit. sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo dumtaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset.*

Il passo, tratto dal commentario paolino a Plauzio, descriveva il caso di una costituzione di dote tramite delega della donna. Infatti un soggetto, che credeva di esserle debitore⁽⁵³⁾, promise di corrispondere la dote al futuro marito di lei (*Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promississet*). Invero il delegato-promittente non avrebbe potuto opporre l'*exceptio doli* al marito-delegatario (*exceptione doli mali uti non potest*), qualora quest'ultimo avesse agito, in se-

⁽⁵³⁾ A proposito dell'errore del *solvens*, qui specificamente menzionato, SOLAZZI, *L'errore*, 142 ritiene che si tratti di una menzione inutile a descrivere il caso concreto, in quanto (nt. 166) sia se la *promissio dotis* fosse fatta scientemente sia che fosse fatta erroneamente, l'*exceptio doli* sarebbe stata comunque esclusa; l'autore, peraltro, riconosce che manchino argomenti diretti e specifici per sostenere il carattere posticcio dell'inciso *per errorem*; *contra* SCHWARZ, *Die Grundlage*, 44 che critica — giustamente — l'osservazione, perché l'errore, nel caso di specie, acquista pieno significato (si deve proprio a quest'ultimo autore la riaffermazione, con argomenti estremamente persuasivi, dell'incidenza dell'errore del *solvens* sull'esperibilità della *condictio indebiti*; sul punto si veda *infra* § 49).

guito al matrimonio (*nuptiae secutae fuissent*), per l'esecuzione della *promissio dotis*.

La negazione dell'eccezione al delegato si fonda sulla stessa *ratio* dei passi che si sono già visti ⁽⁵⁴⁾. Costui non si obbligava nei confronti del delegatario, ma nei confronti della delegante, giacché il rapporto di provvista intercorreva tra delegante e delegato. Per tale motivo di fronte al marito che agiva per l'esecuzione della *promissio* ⁽⁵⁵⁾, il promittente non poteva opporre l'eccezione per paralizzarne la pretesa. Per di più il marito, non essendo a conoscenza del vizio del rapporto di provvista, non aveva commesso nessuna forma di dolo e neppure fu lui stesso ingannato. E ciò era chiaramente specificato da Paolo con le parole: *maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendus est*. Egli sarebbe, invece, risultato ingannato se non avesse ricevuto nulla in dote (*quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere*) ⁽⁵⁶⁾. Ad ogni modo, in seguito alla *promissio dotis*, il marito poteva pretendere la dote dal promittente e, di fronte all'inadempienza dello stesso, avrebbe potuto chiamarlo in giudizio con l'*actio ex stipulatu*.

Peraltro il promittente non era totalmente privo di tutela;

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *supra* §§ precedenti.

⁽⁵⁵⁾ Si trattava verosimilmente di un'*actio certi ex stipulatu*, giacché — come è risaputo — la *promissio dotis* era un'applicazione della *stipulatio*.

⁽⁵⁶⁾ A favore del carattere insitico della frase *nec decipiendus ... habere* si sono pronunciati, senza, però, argomenti convincenti, BENIGNI, *La condictio incerti*, in AG, 75 [v. 4 terza serie], 1905, 323 s. e GUARNERI-CITATI, *Gli effetti*, 349 nt. 1. Parlano genericamente di interpolazione del passo, senza specificare quale parte sarebbe stata manipolata e quale no, DONATUTI, *Le causae*, 92 nt. 268 e SOLAZZI, *L'errore*, 142 nt. 166. Citano rapidamente il frammento anche DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte mit besonderer Rücksicht auf die preußische und französische Gesetzgebung*, Heidelberg 1898, 219; KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die Theorie der Exceptionen nach klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1893, 154; DE VILLA, *La liberatio legata nel diritto classico e giustiniano*, Milano, 1939, 54 nt. 1; ARCHI, *Variazioni*, 359 nt. 65; ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, Padova, 1964, 250 s.; GRADENWITZ, *Ueber den Begriff der Voraussetzung*, [rist.], in Labeo, 11, 1965, 60; WOLF, *Causa*, 166 nt. 14; WACKE, *Zur causa der Stipulation*, in TR, 40, 1972, 243 nt. 38, 249, 253 nt. 75; IDEM, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli*, in ZSS, 91, 1974, 276 nt. 293; KASER, *Zu Novation*, 152 nt. 4; VIGNERON, *Traduttori traditori?*, in Labeo, 37, 1991, 97. Pone — correttamente — in evidenza la classicità del passo BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in Iura, 36, 1985, 54.

egli avrebbe potuto fare valere le sue ragioni con l'esperimento di una *condictio* nei confronti della donna, che lo aveva delegato a pagare (*itaque adversus mulierem condictio ei competit*)⁽⁵⁷⁾. Paolo chiariva, a questo punto, di quale fattispecie applicativa della *condictio* si trattasse.

Si prospettavano due casi. Nel primo il promittente avrebbe potuto dare immediatamente esecuzione alla sua promessa, corrispondendo la dote: ne conseguiva che avrebbe potuto agire con la *condictio indebiti* per ripetere quanto aveva versato (*aut repetat ab ea quod marito dedit*), proprio per il fatto che il rapporto di provvista era, fin dal principio, viziato.

Nel secondo caso, invece, il medesimo promittente non pagò subito e, se non lo aveva ancora fatto nel momento in cui si rivolse al magistrato, poteva agire con la *condictio* nei confronti della sua delegante non per ripetere quanto, in realtà, non aveva mai pagato, ma per essere liberato dal vincolo assunto (*ut liberetur, si nondum solverit*).

Peraltro si è già avuto modo di accennare che, nell'ambito del rapporto delegatorio, l'effettuazione della *stipulatio* equivaleva alla dazione della somma⁽⁵⁸⁾. Ne consegue che avrebbe dovuto essere assolutamente irrilevante se il delegante avesse promesso soltanto la prestazione al delegatario o se fosse arrivato a pagarlo. Tuttavia i Romani ammettevano un'eccezione al carattere satisfattivo della *promissio*: nel caso di *solutio indebiti* il delegato poteva agire, prima del pagamento, solo per la liberazione e, soltanto dopo il pagamento, per la restituzione della somma⁽⁵⁹⁾. Benché il punto riguardi solo marginalmente l'oggetto della ricerca, è proprio la questione dell'esperibilità della *condictio liberationis* quella che ha portato molti autori

⁽⁵⁷⁾ Per la precisione, sulla base del testo, non sembra potersi escludere che al promittente spettasse la *condictio* indipendentemente dall'esperimento dell'*actio ex stipulatu* da parte del marito, giacché in ogni caso — a prescindere dal fatto di essere o meno convenuto per l'esecuzione della *promissio* — il primo, non essendo debitore, poteva ripetere l'indebitum oppure essere liberato dal vincolo assunto.

⁽⁵⁸⁾ Al riguardo cfr. *supra* § 3, dove si specifica che la funzione della *delegatio*, sia che il delegato prestasse sia che egli promettesse, era comunque quella di attuare in modo satisfattivo i rapporti di provvista e di valuta.

⁽⁵⁹⁾ Cfr., per tutti, TALAMANCA, *Delegatio*, 924 nt. 51, che — opportunamente — cita, al riguardo, un'interessante osservazione di KASER, *Rec. a Endemann*, in ZSS, 1960, 464, per cui tale soluzione più che costituire un'eccezione, rappresentava il risul-

ad occuparsi di D.12,4,9,1, alimentando il vivace dibattito della critica romanistica sulla classicità di tale tipo di *condictio* ⁽⁶⁰⁾. In effetti Paolo lasciava intendere che, se la delegata aveva già adempiuto la promessa effettuata, la *condictio* sarebbe stata rivolta alla restituzione del pagato e, quindi, la stessa avrebbe agito con una *condictio indebiti*. Se, invece, la delegata aveva promesso, ma non aveva ancora pagato al delegatario, la *condictio* sarebbe stata rivolta alla *liberatio*, e non già alla ripetizione di quanto non fosse ancora stato pagato.

Ora, nonostante sia stato a lungo dominante l'orientamento per cui quest'ultima fattispecie applicativa della *condictio* non sia mai appartenuta al diritto classico ⁽⁶¹⁾, è opinione oggi generalmente condivisa dagli autori più recenti quella incline a riconoscere l'esistenza di una *condictio incerti* edittale, in cui l'*intentio* era *quidquid paret N.Negidium A.Agerio dare facere oportere* ⁽⁶²⁾. Nella seconda ipotesi descritta da Paolo, al-

tato del metodo più che altro casistico dei giuristi che adattavano il principio di diritto con elasticità alle diverse fattispecie concrete.

⁽⁶⁰⁾ Appunto a causa della convinzione, consolidatasi in dottrina, che fossero stati i giustiniani a inserire nei testi classici la menzione della *condictio liberationis*, si è ritenuto spesso che D.12,4,9,1 fosse non completamente genuino: considera interpolato il termine *condictio* che avrebbe preso il posto di *actio*, MAYR, *Condictio incerti*, in ZSS, 25, 1904, 226 nt. 1; KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI (*Die condictio*, II, 119) crede che la *condictio liberationis* fosse, secondo Paolo, la stessa *condictio certi*; ritiene aggiunta la frase *ut liberetur ... solverit* SCHWARZ, *Die Grundlage*, 44, la cui opinione è, però, convincentemente confutata da SACCONI, *Ricerche*, 84, che — opportunamente — pone in evidenza la classicità dell'inciso *ut aut repetat ... solverit*.

⁽⁶¹⁾ Le prese di posizione nel senso della natura postclassica-giustiniana della *condictio incerti* — tra cui TRAMPEDACH, *Die condictio*, 97 ss.; PFLÜGER, *Über die condictio*, 75 ss.; KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio*, II, 78 ss.; LENEL, *Das Edictum*, 156 ss.; DE VISSCHER, *La condictio*, 97 ss.; SCHWARZ, *Die Grundlage*, 84 — sono numerosissime: per una completa sintesi delle posizioni dottrinali si veda WOLF, *Causa*, 156 ss., che (p. 166 nt. 14) menziona anche D.46,2,13.

⁽⁶²⁾ Il primo ad ammettere che l'espressione *condictio incerti* potesse essere classica fu GIFFARD, *La condictio avec la taxatio*, 796 ss.; IDEM, *L'action*, 152 ss.; IDEM, *Observations*, 499 ss. e, poi, WOLF, *Causa*, 153 ss. Sul punto cfr. MANTOVANI, *Le formule*, 44 nt. 107 e, da ultimo, PELLECCHI, *Contributo*, 74 nt. 17. Originale l'idea — anche se non è qui possibile approfondirla e discuterla — di A. D'ORS, *La llamada condictio, passim*, il quale sostiene che la *condictio ut liberetur*, come ogni *condictio*, era anch'essa rivolta a conseguire un *certum dare oportere* e non un *facere*, non essendo altro che la solita *condictio*, fondata su di una *datio*, « pero que pretende una *acceptilatio* del demandado ».

lora, è da ritenersi che avrebbe trovato effettivamente applicazione la *condictio incerti*, in quanto chi credeva erroneamente di essere obbligato aveva concluso con il delegatario una *stipulatio*, che qui era considerata priva di carattere satisfattivo.

La parte finale del passo, *sed ... esset*, prospetta l'ipotesi che il matrimonio si sciogliesse anticipatamente, prima che il promittente pagasse la dote. Interrotto il matrimonio per divorzio, in seguito al quale — come è noto — la donna aveva il diritto di chiedere la restituzione della dote, il marito agiva contro il delegato per l'esecuzione della *promissio* (*si soluto matrimonio maritus peteret*). Sebbene il giurista non lo espliciti, pare che il marito qui si comportasse dolosamente e, infatti, qui il delegato avrebbe potuto opporgli l'eccezione (*in eo dumtaxat exceptionem ob stare debere*) nei limiti di quello che la donna poteva recuperare della sua dote (*quod mulier receptura esset*). Invero il problema dell'interpretazione, in D.12,4,9,1, di quest'ultima parte del frammento, non verrà in questo ambito approfondito, non sembrando avere alcuna funzione di completamento del passo, né riguardando il raggio di applicazione della *condictio indebiti* e, quindi, non potendo essere utile al prosieguo dell'indagine ⁽⁶³⁾.

⁽⁶³⁾ Ci si limita qui a citare chi, in letteratura, ha sospettato dell'intera proposizione finale *sed si ... esset*: oltre a MOMMSEN-KRÜGER, PFLÜGER, *Condictio und kein Ende*, 82 e PERNICE, *Labeo*, 2.1, Halle, 1895, 301, per il quale ultimo essa contraddirebbe la decisione precedente, in quanto, nella prima parte del passo, sarebbe stata negata l'eccezione, per, poi, essere accordata al delegato, ma non per l'intero ammontare del debito, bensì solo nella misura di quello che la moglie avrebbe potuto pretendere dal marito; se l'osservazione è perfettamente condivisibile, è da rilevare, però, che l'autore non considera che tra le due fattispecie una differenza c'era, ovvero il fatto che nella prima il comportamento del marito era in buona fede, mentre nella seconda sarebbe stato doloso; dubita della frase *sed ... esset* anche HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen*, 120 nt. 91; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 6, in ZSS, 66, 1948, 284 concentra la sua attenzione sul carattere insitico del termine *dumtaxat*; ALONSO, *Delegare*, 72 s. considera insitico non solo la parte finale *sed ... esset*, ma anche la frase precedente da *ut aut repetat*, nella convinzione della non classicità della *condictio incerti*. È interessante rilevare che la frase finale di D.12,4,9,1 sia, nella *Palingenesia leneliana* (LENEL, *Palingenesia*, I, 1176, 1237), distaccata dal resto del frammento e posta addirittura dopo un altro testo, D.50,17,180 (Paul. 17 *ad Plaut.*): *Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset* (su cui *supra* § 3), il che lascerebbe arguire che, secondo Lenel, Paolo in D.12,4,9,1 si riferisse a fattispecie tra loro differenti.

Tornando al punto che interessa maggiormente ai fini del presente studio, la fattispecie descritta da Paolo costituisce, insieme agli ultimi due passi considerati in tema di *delegatio promittendi*, un caso di vizio del rapporto di provvista. Infatti il delegato effettuò un'attribuzione patrimoniale indebita nei confronti della donna, giacché non era debitore di lei e il vincolo obbligatorio nei suoi confronti era, pertanto, inesistente. Del resto anche l'espressione iniziale *pecuniam indebitam ... promississet* pare inequivocabilmente deporre nel senso che Paolo si riferisse ad un pagamento indebito. Che il delegato fosse caduto in errore nell'effettuare una *promissio iussu mulieris*, è, in questo caso, esplicitato dall'espressione *per errorem*.

Ora, è vero che i compilatori collocarono il frammento nel titolo *De conditione causa data causa non secuta*; tuttavia, oltre a ciò, non sembra potersi disporre di altri argomenti che possano convincere del fatto che Paolo non prevedesse un caso di applicazione della *condictio indebiti*. Invero la posizione del passo *de quo* nel Digesto potrebbe dipendere dal fatto che, nel commentario di Paolo a Plauzio, esso era immediatamente preceduto da una fattispecie di applicazione della *condictio ob rem dati re non secuta*⁽⁶⁴⁾: i giustinianeî non avrebbero ritenuto opportuno separare i due frammenti tra loro collegati, sebbene essi prevedessero due fattispecie applicative della *condictio* tra loro diverse.

In definitiva, secondo il giurista, il delegato era riconosciuto quale colui che esperiva l'azione di ripetizione dell'indebito; peraltro avrebbe agito non nei confronti di colui al quale aveva pagato, bensì nei confronti di colei che l'aveva delegato a pagare.

⁽⁶⁴⁾ Si parla, appunto, di D.12,4,9 *pr.*: *Si donaturus mulieri iussu eius sponso numeravi nec nuptiae secutae sunt, mulier condicet. sed si ego contraxit cum sponso et pecuniam in hoc dedi, ut, si nuptiae secutae essent, mulieri dos acquireretur, si non essent secutae, mihi redderetur, quasi ob rem datur et re non secuta ego a sponso condicam*; su questo passo si veda, da ultimo, FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano, 2000, 34 ss., prendendo correttamente posizione nel senso che, anche nella prima parte del frammento così come nella seconda, si trattava non di donazione tra nubendi, ma di un caso di dote.

D. La delegatio promittendi. Vizio del rapporto di valuta

8. La delega a promettere un indebito ope exceptionis.

Ancora in tema di delegazione a promettere, è significativo leggere un testo di Ulpiano, in cui era il rapporto di valuta a costituire una *solutio indebiti*:

D.16,1,8,3 (Ulp. 29 ad ed.): *Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, ut puta si contra senatus consultum obligata debitorem suum delegaverit: nam hic ipsi competit condictio, quemadmodum, si pecuniam solvisset, condiceret: solvit enim et qui reum delegat* ⁽⁶⁵⁾.

Il frammento, collocato nel titolo *Ad senatus consultum*

⁽⁶⁵⁾ Cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, 610, 880. Si è già citato il passo *supra* § 3. A parte l'opinione isolata di BESELER, *Et ideo - Declarare - Hic*, in ZSS, 51, 1931, 69, che giudica il passo una « Randsomme », il frammento è stato risparmiato dal resto della critica interpolazionistica ed è stato ritenuto classico; così DONATUTI, *Le causae*, 86, che (nell'ambito del suo lavoro volto — in modo convincente — a dimostrare che a fondamento dell'obbligazione sancita dalla *condictio* era la *datio pecuniae* o *certaine rei*, mentre per i postclassici e i bizantini il presupposto non era più il *negotium* della *datio*, ma l'ingiustificato arricchimento), crede di individuare una garanzia della genuinità del passo — con un argomento, invero, poco persuasivo — nella circostanza che, a fondamento della decisione, era la *datio pecuniae solutionis causa* e SCHWARZ, *Die Grundlage*, 41 nt. 56, ritenendo che « Das Fragment ist in vollen Umfange echt »; parimenti non esprimono dubbi sulla genuinità del testo KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio*, I, 118, 122; ARCHI, *Variazioni*, 359 nt. 65; BETTI, *Appunti intorno agli effetti estintivi della delegazione nel diritto romano*, in Studi Paoli, Firenze, 1956, 100, ora in Scritti Betti, Milano, 1965, 294; HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen*, 146 s.; BETTI, *Appunti di teoria*, 483 s.; ENDEMANN, *Der Begriff*, 57; COSENTINO, *Osservazioni in tema di mandatum e di delegatio*, in BIDR, 69, 1966, 306 nt. 30, 314 nt. 55; SACCONI, *Ricerche*, 71; CERAMI, *D.39,5,21,1 (Cels. 28 dig.)*, in SDHI, 44, 1978, 163; THIELMANN, *Unwirksame Vollzugsverhältnisse bei der Delegation*, in ZSS, 100, 1983, 232 nt. 8a, 238 s.; BURDESE, *Sul riconoscimento*, 61; HALLEBEEK, *Some Remarks Concerning the so-Called Condictio Iuventiana*, in RIDA, 32, 1985, 250 nt. 10; è convinto che, per lo meno, l'esperibilità della *condictio* sia, nel passo, classica anche MEDICUS, *Zur Geschichte des senatus consultum Velleianum*, Köln-Graz, 1957, 31 nt. 66. Citano il passo tra le fonti che attestano esplicitamente l'effetto caratteristico della *stipulatio* esecutiva del *iussum*, TALAMANCA, *Delegazione*, 924 nt. 47 e ALONSO, *Delegare*, 43, 58 s. Si sono occupati rapidamente del testo anche altri autori, come VOGT, *Studien zum senatus consultum Velleianum*, Bonn, 1952, 12; ARCHI, *Condictio liberationis*, 751 nt. 42 e KUPISZEWSKI, *Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico*, in Iura, 29, 1978, 131.

Velleianum, prevedeva il caso particolare in cui la donna avesse interceduto per un soggetto tenuto nei confronti di un altro; per soddisfare il debito assunto con l'*intercessio* aveva delegato un suo debitore a prestarla (*si contra senatus consultum obligata debitorem suum delegaverit*). Il giurista ammetteva che la donna, anche in questa ipotesi, come negli altri casi in cui, ignorando la tutela del senatoconsulto, si fosse obbligata per altri, avrebbe potuto esperire la *condictio* (*nam hic ipsi competit condictio*) nei confronti di colui verso il quale il delegato si fosse obbligato ⁽⁶⁶⁾.

In questa fattispecie non era il rapporto di provvista ad essere viziato, bensì quello di valuta. Infatti non era il debitore ad essersi erroneamente ritenuto obbligato nei confronti della donna; egli aveva promesso ciò che doveva a lei. Viceversa era quest'ultima ad avere delegato a promettere contro un divieto, per cui l'azione di ripetizione dell'indebito spettava a lei nei confronti del delegatario, che aveva percepito quanto non gli era dovuto.

Invero ci si domanda se, nella fattispecie *de qua*, si possa individuare la *solutio indebiti* e, quindi, un caso di applicabilità della *condictio indebiti*. Per quanto riguarda l'errore del *solvens* non è difficile individuarlo, in quanto era verosimile che la donna non avesse saputo di disporre di un'eccezione paralizzante la pretesa di colui per cui aveva interceduto. Non può, invece, parlarsi di inesistenza dell'obbligazione nei confronti dell'accipiente; infatti quest'ultimo avrebbe potuto agire per conseguire la *pecunia* promessa. Tuttavia, a quel punto, la donna, per evitare di soccombere, avrebbe potuto opporre l'eccezione. Peraltro nella fattispecie *de qua* l'eccezione non fu fatta valere (avrebbe anche potuto verificarsi che il delegato avesse promesso, prima o senza che l'accipiente agisse nei confronti della *mulier*, per cui non vi sarebbe stata neanche l'occasione di fare uso dell'*exceptio*). Ne deriva che qui la *solutio* era *indebiti*, non in quanto fu effettuata essendo inesistente il vin-

⁽⁶⁶⁾ Come è noto, in base al senatoconsulto Velleiano, che proibiva alle donne di assumere obbligazioni nell'altrui interesse, a chi si fosse obbligata per altri, veniva concessa, prima del pagamento, un'eccezione nei confronti del creditore; qualora, invece, la donna, ignorando la tutela concessale dal senatoconsulto, avesse effettuato la *solutio*, le veniva accordata una *condictio* per ripetere quanto avesse pagato.

colo obbligatorio del delegante nei confronti del delegatario, ma in quanto fu effettuata per adempiere un'obbligazione esistente, ma paralizzabile da un'eccezione. Si trattava, infatti, della *solutio* di un'obbligazione cui era opponibile un'*exceptio peremptoria* ⁽⁶⁷⁾, nel senso che la delegante avrebbe potuto opporre la tutela offertale dal senatoconsulto, in modo che il giudice non avrebbe potuto condannarla in base all'esistenza del diritto vantato dall'attore e fondato sul *ius civile*. Se, quindi, ella non reagì in tal modo alla pretesa dell'attore ovvero se il delegato promise per lei prima o senza che l'attore agisse, ciò comportava che il rapporto tra delegante e delegatario costituisse un indebito per il diritto pretorio ⁽⁶⁸⁾.

Che la fattispecie di *solutio indebiti* e quella di *solutio* di un indebito *ope exceptionis* fossero equiparabili ai fini dell'esperimento della *condictio indebiti*, è, del resto, attestato nello stesso commentario ulpiano all'Editto da un passo che, nel Digesto, si trova nel titolo *De condictioe indebiti*: D.12,6,26,3 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Indebitum autem solutum accipimus non solum si omnino non debebatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat: quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit* ⁽⁶⁹⁾. Il testo assume qui rilevanza per attestare che alla *solutio indebiti* in senso stretto veniva assimilata anche la più recente ipotesi di *solutio* vietata dal senatoconsulto: la fattispecie della *condictio indebiti* a favore della donna in D. 16,1,8,3 era proprio un caso in cui *quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit*.

Ora, alla delegante spettava la *condictio* a prescindere dall'avvenuta riscossione da parte del delegatario. Infatti proprio con la frase finale del passo — *solvit enim et qui reum delegat* — Ulpiano specificava espressamente l'equivalenza tra *delegatio* e *solutio*: si tratta di una significativa affermazione che riassume un concetto costantemente ricorrente nelle fonti,

⁽⁶⁷⁾ Così SACCONI, *Ricerche*, 69.

⁽⁶⁸⁾ Sulla distinzione fra indebito per il diritto civile e indebito per il diritto pretorio cfr., per esempio, A. d'ORS, *Derecho*, 462, § 397. Sul primo caso in cui le fonti attestano un pagamento in adempimento di un'obbligazione paralizzata da un'eccezione, si veda D.12,6,47 (Cels. 6 *dig.*), su cui *infra* § 39. Sulla questione cfr. anche *infra* § 48.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. anche *Fragm.Vat.* 266 (Ulp. 26 *ad ed.*)

ovvero la circostanza che la *delegatio* realizzasse una *datio* tra delegante e delegatario e, quindi, il fatto che chi delegava un debitore, pagava⁽⁷⁰⁾. Che l'esperimento della *condictio* fosse accordato alla *mulier*, indipendentemente dall'effettivo pagamento del delegato al delegatario, è, del resto, confermato da un passo (D.16,1,24,2) del *Liber singularis de intercessionibus feminarum* di Paolo che sembrava prevedere una fattispecie molto simile: *Si senatus consulti beneficium intervenit, utrum statim cum mulier intercesserit actio in priorem debitorem competit, an si mulier solutum condicat? puto statim, et non expectandam solutionem*. Paolo precisava che, in caso di *intercessio* della donna, l'azione sarebbe spettata alla stessa prima della *solutio* del delegato (*non expectandam solutionem*), attestando così che oggetto della *condictio* era, anche nel passo ulpiano, l'ammontare della stipulazione tra delegante e delegato.

Rimane, quindi, da chiarire la frase *nam hic ipsi competit condictio, quemadmodum, si pecuniam solvisset, condiceret*. Ulpiano ribadiva qui la legittimazione ad agire della donna, paragonandola — facendo uso del *quemadmodum*⁽⁷¹⁾ — alla legittimazione della stessa nel caso di pagamento avvenuto. Il giurista cioè poneva sullo stesso piano il caso in cui il delegato avesse già pagato e il caso in cui tale adempimento non avesse ancora avuto luogo. In entrambe le ipotesi la donna poteva *condicere* la *pecunia* promessa. Si tratta, in realtà, di un'altra regola che si desume anche altrove nelle fonti⁽⁷²⁾: in caso di vizio del rapporto di valuta, la delegante ripeteva dal delegata-

⁽⁷⁰⁾ Proprio la frase *solvit enim et qui reum delegat* è stata citata *supra* § 3, quale paradigma della regola giurisprudenziale per cui anche il negozio promissorio, in cui consisteva il rapporto di valuta, aveva carattere satisfattivo allo stesso modo dell'effettiva prestazione; come ora si arriverà a precisare, il fatto che i Romani ammissero un'eccezione a tale principio per il caso di *solutio indebiti* nel rapporto di provvista (cfr. *supra* § 7), non riguarda il caso qui in esame, di *solutio indebiti* nel rapporto di valuta.

⁽⁷¹⁾ Sul significato del termine *quemadmodum*, utilizzato da Ulpiano per assimilare la disciplina di due distinte fattispecie, si veda anche FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto quod vi aut clam*, Milano, 1998, 132 nt. 401.

⁽⁷²⁾ Per un utile elenco delle fonti da cui emerge tale effetto della *delegatio promittendi*, si veda TALAMANCA, *Delegatio*, 922 nt. 47.

rio, prima del pagamento, come se la *pecunia* fosse stata pagata e ripeteva, perciò, solo il valore dell'obbligazione assunta con la *promissio*.

Più in generale, in tema di *delegatio promittendi*, si profila, allora, una distinzione, tra l'ipotesi di difettoso funzionamento del rapporto di provvista e quella di difettoso funzionamento del rapporto di valuta. Infatti, *primo visu*, in ambedue le fattispecie il rimedio della *condictio*, dato per ovviare all'irrelevanza del vizio di uno dei rapporti causali sulla *stipulatio* esecutiva del *iussum*, sembra il medesimo, salvo che, rispettivamente, la *condictio* spettava al delegato contro il delegante e al delegante contro il delegatario ⁽⁷³⁾. Tuttavia se era il rapporto di provvista a costituire una *solutio indebiti*, i giuristi risolvevano diversamente l'ipotesi in cui il delegato avesse già adempiuto e quello in cui non lo avesse ancora fatto: nel primo caso il delegato esperiva contro il delegante la *condictio indebiti*, nel secondo la *condictio liberationis* ⁽⁷⁴⁾ (cfr. D.12,4,9,1: *aut repetat ... aut ut liberetur*) ⁽⁷⁵⁾.

Per concludere, la fattispecie descritta da Ulpiano in D.16,1,8,3, per quanto risulta dall'esegesi qui svolta, conferma che, in ipotesi di vizio del rapporto di valuta, la disciplina applicata era la medesima nella *delegatio promittendi*, come nella *delegatio dandi*: ad agire per la ripetizione dell'indebitito era il delegante nei confronti del delegatario, sebbene la *promissio* fosse stata effettuata dal delegato. Inoltre la *condictio indebiti* spettava non solo se fosse già stata adempiuta l'obbligazione assunta, come si verificava di regola nell'ipotesi di *delegatio promittendi* con vizio del rapporto di provvista, ma anche se tale adempimento non avesse ancora avuto luogo.

⁽⁷³⁾ Cfr. *supra* §§ 6-7.

⁽⁷⁴⁾ È, del resto, evidente che proprio nel caso in cui il rapporto di provvista fosse viziato, il delegato non poteva esperire nei confronti del delegante la *condictio indebiti*, se non aveva ancora pagato, per cui esperiva la *condictio liberationis*; viceversa, se era il rapporto di valuta ad essere viziato, al delegante non importava se il delegato avesse o meno effettuato il pagamento: in ogni caso poteva esercitare contro il delegatario la *condictio indebiti*.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. *supra* § precedente.

9. *Un altro caso di delega a promettere un indebito ope exceptionis.*

Un altro passo attesta un'ipotesi di *delegatio promittendi* in cui il rapporto di valuta era viziato:

D.44,5,1,11 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Item si libertus debitorem suum patrono delegaverit, nulla exceptione summovendus est patronus, sed libertus a patrono per condictio-nem hoc repetet* ⁽⁷⁶⁾.

Ancora Ulpiano, sempre nel suo commentario all'editto, descriveva il caso di un liberto che credette erroneamente di essere debitore del patrono e, per tale motivo, incaricò il suo debitore di effettuare una *promissio* di pagamento al patrono stesso. Come si può facilmente desumere dal § 9 e dal § 10 del medesimo frammento ulpiano ⁽⁷⁷⁾, l'obbligazione a carico del delegante era un'*obligatio libertatis onerandae causa*: come è noto, il pretore, in tale caso, concedeva tutela con un'*exceptio* ⁽⁷⁸⁾ al liberto che avesse promesso opere al proprio patrono « par crainte ou par un respecte esagére vis-à-vis de celui-

⁽⁷⁶⁾ Cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, 866, § 1684. Non risulta che siano stati sollevati dubbi sulla genuinità di questo passo: si vedano KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio*, I, 217 nt. 1; DUQUESNE, *Donatio, delegatio, condictio*, in *Mélanges Girard*, 1, Paris, 1912, 405 s.; HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen*, 152 s.; BETTI, *Appunti di teoria*, 166; ENDEMANN, *Der Begriff*, 53; WOLF, *Causa*, 166 nt. 14; SACCONI, *Ricerche*, 59 nt. 7, 72, 115. Il passo è velocemente menzionato anche in un lavoro in tema di liberti da WALDSTEIN, *Operae libertorum*, Stuttgart, 1986, 159 nt. 43, 362 nt. 13.

⁽⁷⁷⁾ Nel § 9 del frammento D.44,5,1 Ulpiano concedeva l'eccezione al liberto che si obbligava direttamente nei confronti del patrono o nei confronti di un terzo *voluntate patroni*: *Sive autem ipsi patrono sit promissum sive alii voluntate patroni, onerandae libertatis causa videtur factum et ideo haec exceptio locum habebit*, mentre, nel § 10, in un caso che, pur in tema di delegazione, non presenta interesse ai fini di questa ricerca, il giurista negava l'eccezione stessa al liberto delegato dal patrono *solvendi causa* ad un altro creditore: *Quod si patronus libertum suum delegaverit creditori, an adversus creditorem, cui delegatus promisit libertatis causa onerandae, exceptione ista uti possit, videamus. et Cassius existimasse Urseium refert creditorem quidem minime esse submovendum exceptione, quia suum recepit: verumtamen libertum patrono posse condicere, si non transigendae controversiae gratia id fecit*.

⁽⁷⁸⁾ LENEL, *Das Edictum*, 512, § 278. Sull'*exceptio si non onerandae libertatis causa promissum est* cfr., per tutti, i lavori di FABRE, *Patrons et affranchis à Rome*, Roma, 1981, 274 e WALDSTEIN, *Operae*, 153 ss.; da ultimo si vedano MASI DORIA, *La so-*

ci »⁽⁷⁹⁾, nel caso in cui, quindi, l'affrancazione avesse comportato uno stato di dipendenza contrario alla libertà⁽⁸⁰⁾. La collocazione del passo ulpiano nel titolo *Quarum rerum actio non datur* conferma che si trattasse dell'eccezione *de onerandae libertatis causa*, sul cui modello il pretore non concesse mai la corrispondente azione⁽⁸¹⁾: la tutela spettava al liberto solo per paralizzare la pretesa dell'attore che agiva con l'*actio operarum*.

Peraltro, nella fattispecie ulpiana, il liberto obbligato non pagò lui stesso, ma delegò il suo debitore a promettere il pagamento. Ne conseguiva che, data l'astrattezza della *delegatio*, l'*exceptio si non onerandae libertatis causa promissum est* non spettava al delegato, che non aveva alcun rapporto con il patrono (*nulla exceptione summovendus est patronus*)⁽⁸²⁾.

Essendo viziato il rapporto di valuta, si poneva il problema del riequilibrio della situazione, in quanto il patrono si trovava ad essersi arricchito indebitamente, mentre il patrimonio del liberto era risultato depauperato. Ulpiano risolveva il caso, riconoscendo la legittimazione a *condicere* in capo al delegante-liberto (*libertus a patrono per conditionem hoc repetat*). L'azione spettava al delegante nei confronti del delegatario, allo stesso modo in cui spettava alla donna che promise contro il divieto del senatoconsulto Velleiano⁽⁸³⁾. Come in quella fattispecie, anche qui si trattava di un indebito pretorio. Infatti, si trattava di un'obbligazione paralizzabile mediante l'eccezione, per cui il patrono non poteva *retinere* quanto ricevuto, in quanto il pagamento era stato effettuato contro il divieto posto dall'editto pretorio.

Per concludere, dall'esegesi emerge, per quanto mi consta, che il delegato effettuò una *promissio* dovuta, in quanto era debitore del liberto; l'effettivo *indebitum solvens* era il liberto che incaricò altri del pagamento e dunque a lui spettava *condi-*

cietas Rutiliana e le origini della successione pretoria del liberto, in *Civitas operae obsequium*, Napoli, 1993, 99 ss.; EADEM, *Bona libertorum*, Napoli, 1996, 450 ss.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. DUQUESNE, *Donatio*, 405.

⁽⁸⁰⁾ DUQUESNE, *Donatio*, *ibidem*.

⁽⁸¹⁾ Cfr. LENEL, *Das Edictum*, 338, § 140.

⁽⁸²⁾ Sul punto cfr. SACCONI, *Ricerche*, 115 s. e WALDSTEIN, *Operae*, 159 nt. 43.

⁽⁸³⁾ Cfr. *supra* § precedente.

cere nei confronti dell'accipiente. Anche se Ulpiano, a differenza di quanto faceva in D.16,1,8,3⁽⁸⁴⁾, qui non lo specificava, la *condictio indebiti* si sarebbe potuta esperire sia prima che dopo l'adempimento.

E. La delegatio dandi. Vizio di entrambi i rapporti

Dopo avere individuato alcuni casi in cui o il rapporto di provvista o quello di valuta costituivano un pagamento indebito, si potrebbe tentare di verificare se la giurisprudenza abbia considerato il caso in cui entrambi i rapporti fossero, nella medesima fattispecie, contemporaneamente viziati. Tuttavia le fonti, in caso di delegazione a pagare, non sembrano attestare ipotesi in cui ambedue i rapporti causali concretassero una *solutio indebiti*⁽⁸⁵⁾.

F. La delegatio promittendi. Vizio di entrambi i rapporti

10. Il caso di « *Doppelnichtigkeit* ».

Mentre finora, data la vastità del tema, si sono considerati casi *ad exemplum*, che attestano, nelle ipotesi di vizi di uno dei due rapporti, l'esistenza di un orientamento costante nell'ambito del pensiero giurisprudenziale, in caso di *delegatio promittendi* è possibile rinvenire, nel Digesto, solo due passi in cui sia il rapporto di provvista che quello di valuta costituiscono un pagamento dell'indebito⁽⁸⁶⁾. Anzi, la fattispecie è unica, descritta da Giuliano in D.39,5,2,4 e ripresa, poi, in D.44,4,7,1 da Ulpiano, che citava il suo antesignano. Il passo giuliano, da cui si prendono ora le mosse, si trova nel titolo *De donationibus*⁽⁸⁷⁾:

⁽⁸⁴⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽⁸⁵⁾ In tale senso si pronuncia TALAMANCA, *Delegazione*, 920 nt. 24, a proposito del caso in cui, più in generale, entrambi i rapporti causali presentassero un generico vizio.

⁽⁸⁶⁾ Così TALAMANCA, *Delegazione*, 922.

⁽⁸⁷⁾ Il passo, pur inserito in una parte dei *Digesta* giuliane, in cui si parla di

D.39,5,2,4 (Iul. 60 *dig.*): *Item si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summovebo et amplius incerti agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptum faciat stipulationem.*

Tu credeva di avere un debito nei confronti di un terzo (*ei, quem creditorem tuum putabas*): pertanto delegò *Ego* a promettere la *pecunia* a questo terzo (*iussu tuo pecuniam ... promisero*). Tuttavia anche *Ego* riteneva di essere debitore di *Tu*, ma, in realtà, non lo era (*quam me tibi debere existimabam*). Ne derivava che, essendo inesistenti entrambe le obbligazioni, ambedue i pagamenti risultavano essere indebiti. Il caso era, inoltre, caratterizzato dalla duplicità dell'errore che verteva sia sull'esistenza del rapporto di debito tra delegante e delegatario, sia sull'esistenza del rapporto obbligatorio tra delegante e delegato⁽⁸⁸⁾.

Giuliano riconosceva ad *Ego* il potere di opporre un'*exceptio doli* al delegatario (*petentem doli mali exceptione summovebo*), nel caso in cui questi avesse agito per l'adempimento della *stipulatio*. Ed è proprio questo l'aspetto più innovativo del caso. È l'unico caso, infatti, in cui si trova una forma di tutela concessa dal pretore direttamente al delegato che, in tutti gli altri casi, avrebbe potuto agire solo contro colui che l'aveva delegato. Infatti l'astrattezza della delegazione non consentiva di fare valere le proprie pretese, se non nell'ambito dei rapporti diretti delegato → delegante e delegante → delegatario.

Inoltre lo stesso delegato avrebbe potuto assumere l'iniziativa del processo, agendo nei confronti del delegatario, in modo da liberarlo dall'obbligazione assunta (*amplius incerti agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptum faciat stipulationem*).

donazione (cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, 466, § 747, che colloca l'intero frammento D.39,5,2 sotto la rubrica *Ad legem Cinciam: de donationibus*), descrive una fattispecie generica di pagamento indebitato; è da ritenere che la collocazione in quella parte dei *Digesta* giulianeii sia dovuta ai caratteri comuni che indubbiamente presentano la delegazione fondata su di una *solutio* e la delegazione in cui uno dei rapporti causali era costituito da una donazione eccedente i limiti della *lex Cincia*: in tale senso si pronuncia — correttamente — PALMA, *Humanior interpretatio*, Torino, 1988, 143.

⁽⁸⁸⁾ Si veda BETTI, *Appunti di teoria*, 168.

Ora, si tratta di verificare in che senso in questo passo si parlasse di legittimazione a *indebitum condicere* e, quindi, in che senso lo studio di esso sia pertinente all'indagine che si sta conducendo. Invero Giuliano non faceva alcuna menzione espressa di *condictio*, né tantomeno specificava a chi essa dovesse spettare. Le novità e, quindi, i punti da porre in evidenza sarebbero stati costituiti, da un lato, dalla possibilità di opporre un'eccezione nei confronti del delegatario da parte del delegato, per invalidare *iure praetorio* la stipulazione esecutiva della delegazione, dall'altro, dal potere di agire per essere liberati dall'obbligazione assunta, pur essendosi obbligati non nei confronti dell'accipiente, ma nei confronti di colui che formulò il *iussum*. Tuttavia si può facilmente arguire dal testo che l'esperibilità dell'azione di ripetizione era dal giurista sottointesa, in quanto costituiva il regime abituale per ripetere quanto fosse stato indebitamente prestato: se prima del pagamento competeva la *condictio liberationis*, dopo di esso sarebbe spettata la *condictio indebiti* ⁽⁸⁹⁾.

Ci si domanda, peraltro, come sarebbe stato risolto il problema della tutela di *Tu* e di *Ego* in assenza della soluzione escogitata dal pretore. Non sembra potersi dubitare che *Tu* avrebbe potuto agire nei confronti dell'accipiente, una volta reossi conto di non essere in alcun modo tenuto verso di lui; avrebbe potuto esperire la *condictio indebiti*, giacché la sua delega a *Ego* equivaleva ad un pagamento ⁽⁹⁰⁾. Da parte sua il delegato avrebbe potuto esperire la *condictio liberationis* nei confronti del delegante, nel caso in cui non avesse ancora pagato; una volta effettuato il pagamento, invece, avrebbe potuto agire con la *condictio indebiti* ⁽⁹¹⁾.

È indubbio, quindi, che la soluzione pretoria semplificasse notevolmente le cose. È, infatti, verosimile congetturare che il magistrato si sarebbe ispirato ad un principio di economia degli atti a cui del resto è informato lo stesso negozio delegato-

⁽⁸⁹⁾ Sulla disciplina dei casi di *delegatio promittendi* con vizio del rapporto di provvista, cfr. *supra* §§ 6-7.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. *supra* § 3.

⁽⁹¹⁾ A proposito dell'eccezione all'efficacia soddisfattiva della *promissio* in caso di *indebitum solutum*, cfr. *supra* § 7.

rio ⁽⁹²⁾: ai due rimedi distinti dello *ius civile*, ovvero alle due *condictiones*, si sarebbe sostituito un solo rimedio per il delegato nei confronti del delegatario. Dunque, quello che venne sempre escluso della giurisprudenza, ovvero la tutela diretta del *solvens* nei confronti dell'*accipiens* in ragione dell'astrattezza della delegazione, venne ammesso per il solo caso del vizio di entrambi i rapporti sottostanti alla *delegatio*, con lo strumento dell'eccezione e della *condictio liberationis*, mentre si può arguire che, se il delegato aveva già pagato, era esperibile la *condictio indebiti*.

In un passo, collocato nel titolo *De doli mali et metus exceptione*, Ulpiano aderiva all'opinione giuliana di D.39,5,2,4:

D.44,4,7,1 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Idem Iulianus ait, si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summoveri debere, et amplius agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem. et habet haec sententia Iuliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar exceptione et condictione, cui sum obligatus* ⁽⁹³⁾.

Tu riteneva di essere debitore di un terzo e, pertanto, ordinò a *Ego* di promettergli il pagamento. Anche qui la risoluzione del caso era identica. Il delegato avrebbe potuto paralizzare la pretesa del delegatario-attore con un'*exceptio doli* oppure agire per essere liberato dal vincolo obbligatorio assunto oppure — si arguisce — agire per ripetere dal delegatario quanto avesse eventualmente prestato.

Sono due i punti in cui il testo ulpiano differisce da quello giuliano. Primariamente si nota l'assenza della denominazione *incerti* tra *amplius* ed *agendo*: si è a lungo sostenuto che proprio l'eliminazione, nel passo ulpiano, della qualifica *in-*

⁽⁹²⁾ In modo convincente SACCONI, *Ricerche*, 94 chiarisce che l'opposizione dell'eccezione avrebbe risparmiato il circolo vizioso di due successive *condictiones*.

⁽⁹³⁾ Si veda LENEL, *Palingenesia*, II, 867, § 1690.

certi costituirebbe la prova del carattere spurio della stessa in Giuliano e quindi nel diritto classico ⁽⁹⁴⁾.

Da altri si è, invece, cercato di dimostrare che l'eliminazione dell'*incerti* in D.44,4,7,1 fosse da attribuire allo stesso Ulpiano, il quale non avrebbe condiviso il riconoscimento giuliano della spettanza di una *condictio* per ottenere la liberazione di un debito assunto *sine causa* ⁽⁹⁵⁾; se, più in generale, il giurista adrianeo fu forse colui che inserì la denominazione di *condictio incerti* nella redazione dell'editto perpetuo, tale orien-

⁽⁹⁴⁾ Il testo di D.39,5,2,4 e quello di D.44,4,7,1 sono stati studiati sempre congiuntamente in letteratura; diversi autori hanno dubitato dell'attributo *incerti* in entrambi i frammenti, ma anche della classicità della frase finale di D.44,4,7,1; della frase finale di questo passo e, in particolare, della menzione della *condictio liberatio-nis*, hanno dubitato BENIGNI, *La condictio*, 331 ss. e BESELER, *Miscellanea*, in ZSS, 44, 1924, 234, congetturando che i classici avrebbero inteso quale oggetto dell'*acceptum facere* non la *stipulatio*, ma la *pecunia*, per cui la *condictio incerti* non avrebbe alcuna ragione d'essere; sembra condividere quest'opinione — superata dalla tesi, oggi dominante, per cui la *condictio incerti* sarebbe classica — SCHWARZ, *Die Grundlage*, 88 nt. 80, precisando, poco persuasivamente, che, a suo parere, invece di tale *condictio* ci sarebbe stata, in realtà, un'*actio in factum*; sospetta l'interpolazione nei due testi anche HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen*, 121 s., che però si limita a citare la precedente letteratura, e, in particolare, dubitano della qualifica *incerti* della *condictio* TRAMPEDACH, *Die condictio*, 136; PFLÜGER, *Condictio und kein Ende*, 91; BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria contrahere in giuristi proculiani e sabiniani*, in BIDR, 28, 1915, 84; pare propendere per la non classicità dei passi ENDEMANN, *Der Begriff*, 59, riportando le diverse opinioni della precedente letteratura; BETTI, *Appunti di teoria*, 167 s. giudica la frase finale di D.44,4,7,1 un glossema inserito nel testo già in avanzata epoca classica; attribuiscono ai compilatori tale frase anche PERNICE, *Labeo*, 2.1, 252 nt. 2; RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in BIDR, 8, 1895, 210 nt. 3; KRÜGER, *Die humanitas und die pietas*, in ZSS, 19, 1898, 30; secondo BOSSOWSKI, *De conductione*, 264 s. la mano dei compilatori sul passo ulpiano sarebbe evidente, anche se non può dubitarsi del fatto che Ulpiano riportasse l'opinione giuliana; anche SACCONI, *Ricerche*, 95 parla di dubbia classicità del finale; da ultimo ALONSO, *Delegare*, 75 nt. 258 considera « sospetiosa » la stessa frase: quello dei perspicui rilievi dell'autore che sembra più interessante è che la frase appare grammaticalmente scorretta per la presenza di *acceptum* in luogo di *acceptam*; rimane da chiarire, però, perché nel testo ulpiano di D.44,4,7,1 si ritroverebbe la medesima frase con la forma *acceptam* e, quindi, perché la modifica dei due testi non sarebbe stata attuata in modo uniforme dai compilatori. Citano velocemente il passo anche KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio*, I, 101 s., 118; ARCHI, *Variazioni*, 360 nt. 65; TALAMANCA, *Delegazione*, 922; WACKE, *Zur causa*, 260; THOMAS, *Sale Actions and Other Actions*, in RIDA, 26, 1979, 428 nt. 45; THIELMANN, *Unwirk-same Vollzugsverhältnisse*, 254; KASER, *Zu Novation*, 152 nt. 65 e 153.

⁽⁹⁵⁾ È questa la ben argomentata ipotesi di BURDESE, *Sul riconoscimento*, 36.

tamento non sarebbe, poi, stato accolto sistematicamente dai giureconsulti a lui successivi.

Non essendo qui ovviamente possibile prendere posizione su questo presunto allontanamento di Ulpiano dal pensiero giuliano, questione che richiederebbe un'ampia e adeguata ricerca certo disgiunta da quella affrontata in queste pagine, non può negarsi che sia sorprendente la presenza, nel testo giuliano, della qualifica *incerti* assente, invece, nel pressoché perfettamente corrispondente passo ulpiano. In effetti, l'inserimento del lemma in D.39,5,2,4 per mano dei postclassici o dei compilatori, certamente molto attenti alle sistemazioni concettuali e alle classificazioni, sembra comunque sostenibile, senza nulla togliere a quello che è ormai il consolidato orientamento della critica romanistica nel senso della classicità della *condictio incerti* ⁽⁹⁶⁾.

In secondo luogo, in D.44,4,7,1, si constata la presenza della frase finale *et habet haec sententia Iuliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar exceptione et condictione, cui sum obligatus*. Sia in quanto essa manca nel testo giuliano — ma non potrebbe non mancare — sia in quanto il termine *humanitas* ⁽⁹⁷⁾ è tipico della mano compilatoria, la frase è stata spesso attribuita ai giustinianeî ⁽⁹⁸⁾. Tuttavia non sembra potersi escludere che sia stato Ulpiano ⁽⁹⁹⁾ a commentare così la decisione giuliana in relazione ad una soluzione che previene il circolo vizioso di due azioni di ripetizione. Con queste parole,

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *supra* § 7.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. *supra* § 5, dove si profila un dubbio analogo in relazione ai termini *benignus* e *utilius*.

⁽⁹⁸⁾ Si veda *supra* nt. 94 (cap. I).

⁽⁹⁹⁾ Così, persuasivamente, KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio*, I, 102; anche GRADENWITZ, *Ueber der Begriff*, 59 nt. 23 attribuisce il finale di D.44,4,7,1 ad Ulpiano, che avrebbe così messo in rilievo la novità della soluzione giuliana; ma soprattutto, da ultimo, si veda PALMA, *Humanior interpretatio*, 26, che ben approfondisce il richiamo all'*humanitas*, rilevando opportunamente che « l'umanità del giudizio risiede nella sensibilità alle utilità complessive del sistema che tende ad assicurare l'esistenza di *iustae causae* per l'attribuzione di vantaggi, e in ogni caso il minor detrimento per gli altri consociati » e precisando che l'*humanitas* sarebbe richiamata da Ulpiano, ma sarebbe da attribuire alla soluzione giuliana, per cui si deve parlare di *humanitas Iuliani*. Da ultimo, per un'accurata rassegna bibliografica sulla nozione di *humanitas*, si veda G. ROMANO, *Ulpiano, Antistia e la fides humana*, in AUPA, 46, 2000, 265 nt. 18.

infatti, il giurista avrebbe sottolineato l'opportunità di una soluzione — più che umana giuridicamente giusta ⁽¹⁰⁰⁾ — che contemperasse le esigenze di tutte le parti al fine di ripristinare l'equilibrio patrimoniale compromesso dalla *stipulatio delegatoria*. Infatti, con la previsione dell'*exceptio* oppure della *condictio* al delegato-*Ego (utar)*, si sostituiva un unico mezzo di tutela tra delegato e delegatario alla concessione dei due rimedi distinti nell'ambito dei singoli rapporti contrattuali. Si tratterebbe proprio di una scelta ispirata a ragioni di economia giuridica per evitare un dispendio e un sacrificio eccessivo della parte in generale meno forte del rapporto, ovvero il delegato ⁽¹⁰¹⁾. Del resto la possibilità di opporre l'*exceptio*, nonché il potere di *condicere* non sembrano escludere l'esperibilità della *condictio* nell'ambito dei singoli rapporti causali ⁽¹⁰²⁾; in particolare sarebbe proprio l'*etiam* di Ulpiano a lasciare intendere che i mezzi concessi in via diretta al delegato si aggiungevano a quelli di regola esperibili dallo stesso nell'ambito del rapporto di provvista.

Risulta evidente, a questo punto, sulla base dell'esegesi condotta, che, nel caso della «*Doppelnichtigkeit*», in cui entrambi i rapporti concretassero una *solutio indebiti*, la tutela fosse finalmente concessa in via diretta al delegato nei confronti del delegatario e, quindi, a colui che materialmente aveva pagato nei confronti dell'*accipiens*. Dunque, avendo verificato come costituisse la regola generale il fatto che, in caso di difetto di rapporto del provvista, spettasse la *condictio indebiti* al delegato nei confronti del delegante, mentre, in caso di difetto del rapporto di valuta, spettasse lo stesso rimedio al delegante nei confronti del delegatario, la decisione di D.39,5,2,4 e di D.44,4,7,1 si profila come un'eccezione ⁽¹⁰³⁾. Ne deriva, pertanto, che, in un caso in cui risultavano viziati ambedue i ne-

⁽¹⁰⁰⁾ Sembra condivisibile la puntualizzazione di RICCOBONO, *Studi*, 210 nt. 3.

⁽¹⁰¹⁾ Così correttamente PALMA, *Humanior interpretatio*, 142.

⁽¹⁰²⁾ SACCONI, *Ricerche*, 120.

⁽¹⁰³⁾ Si condivide, quindi, quanto già chiaramente precisato da TALAMANCA, *Delegazione*, 922, che identifica nelle fonti anche una seconda eccezione alla regola generale, in D.39,5,2,3 e D.44,4,7 *pr.* (rapporto di provvista = *solutio indebiti*, ma rapporto di valuta = donazione), non riguardante, però, la presente indagine che si limita a studiare i casi di applicazione della *condictio indebiti*.

gozi in cui consistevano i due rapporti causali, la tutela accordata a colui che materialmente pagava nei confronti di colui che riceveva la *pecunia* sembra trovare piena giustificazione proprio nella necessità di un più equo criterio di composizione del conflitto.

11. *Le risultanze delle fonti considerate.*

Il numero consistente di testimonianze pervenuteci sull'esteso e complesso tema della *delegatio*, nonché i limiti entro cui questa ricerca si propone di muoversi, ovvero il pensiero della giurisprudenza classica sulla questione della ripetizione di quanto fosse stato indebitamente pagato, hanno imposto qui di condurre un'esegesi dei soli passi più significativi in cui la prestazione o la *promissio*, attuative del rapporto di provvista o di valuta, fossero effettuate indebitamente, realizzando una *solutio indebiti*. Invero già da tempo la critica romanistica ha enucleato quelli che verosimilmente erano due principi di valenza generale nel pensiero dei *prudentes* nell'ipotesi di vizio di uno dei due rapporti della fattispecie delegatoria, vizio inteso nella sua accezione più ampia e, quindi, anche al di fuori del caso in cui il rapporto causale concretasse una *solutio indebiti*. Sia che si trattasse di *delegatio dandi*, sia che si trattasse di *delegatio promittendi*, nell'ipotesi di difettoso funzionamento del rapporto di provvista, la *condictio* spettava al delegato nei confronti del delegante; viceversa, se il vizio era del rapporto di valuta, l'azione competeva al delegante nei confronti del delegatario. Prendendo in considerazione uno o due passi per ognuna di queste ipotesi, si è cercato di verificare se le fattispecie di *solutio indebiti* e, quindi, l'ambito di applicabilità di una particolare fattispecie applicativa della *condictio*, la *condictio indebiti*, confermassero questa regola, elaborata per un ambito più generale. Oltre a ciò ci si è domandati — sul presupposto di una risposta positiva al primo interrogativo — in che modo possa collocarsi questo orientamento della giurisprudenza romana in tema di delegazione nel più ampio problema di chi sia l'attore e di chi sia il convenuto della *condictio indebiti*, se interviene nel rapporto un soggetto diverso dal *solvens* e dall'*accipiens*.

Peraltro, come si è accennato ⁽¹⁰⁴⁾, studiando i singoli rapporti delegatori delineati nei frammenti esaminati, non è sembrato opportuno scindere l'indagine sul medesimo rapporto delegatorio, verificando in capitoli separati a chi spettasse l'azione di ripetizione dell'indebito e contro chi fosse diretta. Infatti, vista la struttura necessariamente trilaterale del rapporto di delegazione, domandarsi chi fosse attore della *condictio indebiti* implica inevitabilmente chiedersi chi fosse convenuto e, laddove entrambi i ruoli erano di regola rivestiti da uno dei tre soggetti parti del rapporto, l'isolamento di ognuna delle due questioni non avrebbe apportato alcun contributo ulteriore all'indagine, complicandone soltanto l'esposizione.

Ma si vedano i punti più salienti dei singoli passi:

a) In D.46,3,66 Pomponio chiariva che, in un caso in cui il rapporto di provvista risultasse viziato, la circostanza che il pupillo avesse delegato a pagare *sine tutoris auctoritate* comportava che al *solvens*-delegato non spettasse la *condictio indebiti* contro il delegatario *cum quo alterius iussu contraxit*, ma nemmeno contro lo stesso pupillo *qui sine tutoris auctoritate non obligatur*; quest'ultimo, però, era chiamato a rispondere in forza di un rimedio concesso in via utile, volto a ristabilire l'equilibrio patrimoniale.

b) In un'altra ipotesi di *delegatio dandi* in cui il vizio era del rapporto di valuta (D.12,6,53), Proculo riconosceva legittimato a *condicere* il padrone del servo-delegante; la soluzione del caso dipendeva dalla struttura assolutistica della *familia* romana che obbligava ad accordare la *condictio* ad un soggetto strutturalmente estraneo al rapporto delegatorio. Convenuto era, invece, il delegatario.

c) Per il caso del vizio del rapporto di provvista, nella *delegatio promittendi*, si sono considerati due passi. Il primo di Ulpiano (D.46,2,13), una volta ammesso che si trattasse di un caso di applicazione della *condictio indebiti*, esplicitava con lineare chiarezza quello che era il principio generale in tema di vizio del rapporto di provvista: ad agire per la ripetizione era il delegato nei confronti del delegante. Parimenti Paolo, in D.12,4,9,1, specificava che la *condictio* competeva al delegato-

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. *supra* § 3.

promittente nei confronti della donna che lo aveva delegato a promettere la dote al suo futuro sposo.

d) A proposito di difettoso funzionamento del rapporto di valuta, nella *delegatio promittendi*, sono sembrati significativi due frammenti ulpiani. In D.16,1,8,3, Ulpiano accordava la *condictio indebiti* nei confronti dell'accipiente alla donna che aveva delegato altri contro il divieto del senatoconsulto Velleiano, mentre, in D.44,5,1,11, lo stesso Ulpiano riteneva attore il liberto-delegante nei confronti del patrono-accipiente.

e) Le fonti attestano l'ipotesi di vizio di entrambi i rapporti della *delegatio*, ma solo in tema di *delegatio promittendi*. La testimonianza giuliana di D.39,5,2,4, ripresa da Ulpiano in 44,4,7,1, prevedeva una soluzione che si ispirava ad un principio di economia degli atti: in caso di pagamento effettuato dopo la *promissio*, si arguisce dal testo l'esperibilità della *condictio indebiti* contro l'accipiente da parte del delegato-promittente. Si tratta di un passo importante che contemplava una deroga al principio generale: costituiva, infatti, l'unico caso in cui la *condictio indebiti* veniva concessa al delegato contro il delegatario. La *ratio* della differente disciplina di questo caso risulta evidente: il vizio di entrambi i rapporti avrebbe altrimenti obbligato, per il riequilibrio della situazione patrimoniale, a due distinte azioni, delegato → delegante e delegante → delegatario.

Ora, proprio questa deroga non è altro che la conferma della regolarità delle soluzioni in tema di *delegatio*, per il caso in cui uno dei due rapporti fosse costituito da una *solutio indebiti*. L'indagine, in definitiva, sembra inequivocabilmente dimostrare che l'orientamento dei giuristi classici fosse costante anche in materia di *condictio indebiti*: il caso in cui il difettoso funzionamento di uno dei due rapporti consisteva in un pagamento indebito era trattato dai *prudentes* nel medesimo modo del caso in cui si trattasse di un vizio di tipo diverso, come, per esempio, la mancata realizzazione della causa di una *datio*, che costituiva una diversa fattispecie applicativa della *condictio*.

Si arriva così al punto cruciale dell'indagine, ovvero quello di individuare quale fosse, a mio avviso, la *ratio* di questi principi, costantemente ribaditi nel pensiero classico, per cui si applicava la *condictio* delegato → delegante nel caso di vizio del rapporto di provvista e la *condictio* delegante → delegatario nel

caso di vizio del rapporto di valuta. Ora, in qualsiasi rapporto delegatorio, per sua struttura, la prestazione diretta del delegato al delegatario sostituisce il circolo vizioso della prestazione delegato → delegante e di quella delegante → delegatario. È ovvio che, nel caso di vizio di uno dei due rapporti causali, la prestazione diretta non risulta ripetibile; infatti la *datio* o la *stipulatio* esecutive del *iussum* rimangono efficaci e ciò è la conseguenza della circostanza che esse sono dovute, giacché non si verifica nessuno spostamento patrimoniale a danno del delegato e a vantaggio del delegatario. Per ristabilire l'equilibrio patrimoniale era necessario individuare quale delle due *dationes* che concretavano i due rapporti causali, quella delegato → delegante (c.d. *datio* « virtuale ») e quella delegante → delegatario (in base all'equazione *delegatio* = *datio*), fosse non dovuta. Ne derivava che il rimedio era sì l'azione di ripetizione, ma a favore di colui che risultava giuridicamente avere pagato l'indebitum contro chi lo aveva ricevuto. Si spiegano così le soluzioni dei giuristi, per cui, nell'ipotesi in cui fosse viziato il rapporto di provvista, l'azione spettava appunto al delegato, *indebitum solvens* contro il delegante, *indebitum accipiens*. Analogamente, nel caso del carattere indebitum della *solutio* delegante → delegatario, la *condictio* del delegante contro il delegatario non era altro che l'azione di colui che giuridicamente risultava avere effettuato la *solutio indebiti* nei confronti di chi l'aveva giuridicamente ricevuta.

Dunque, nonostante l'argomento della *delegatio* nella prospettiva di questa ricerca sia complicato dalle necessarie ed inevitabili distinzioni e ripartizioni e, in particolare, dalla presenza strutturale nella fattispecie delegatoria, oltre che della *datio* (o *promissio*) esecutiva del *iussum*, delle due *dationes* in cui consistevano i rapporti causali, è evidente che la questione dell'applicabilità della *condictio indebiti* si poneva solo per quella *datio*, la cui funzione socio-economica rimaneva inattuata e che risultava, in particolare, essere una *solutio indebiti*. E, a tale riguardo, l'indagine svolta pone in evidenza quello che era l'orientamento costante in giurisprudenza: le soluzioni dei casi di *solutio indebiti* nel rapporto delegatorio sono, infatti, le medesime soluzioni delle ipotesi normali e tipiche di pagamento indebitum, in cui la bilateralità del rapporto, costituito da un *solvens* e da un *accipiens*, non creava problemi di

legittimazione attiva e passiva alla *condictio indebiti*. Infatti agiva sempre colui che aveva pagato l'indebito contro l'accipiente. Insomma il principio utilizzato nei casi di pagamento indebito in un qualsiasi rapporto bilaterale, si applicava, una volta individuato quale fosse il negozio viziato nei suoi presupposti, anche nel più tipico dei rapporti trilaterali, quello delegatorio.

Tuttavia l'unico caso, attestato dalle fonti di vizio di entrambe le *solutiones*, prevedendo che fosse il delegato a *condicere* nei confronti del delegatario, si discosta da quello che è risultato il criterio di risoluzione omogeneo del caso di *indebitum solutum* nel rapporto delegatorio. In questa ipotesi, infatti, essendo due le *dationes* non dovute, sarebbe stato necessario esperire due diverse azioni di ripetizione, quella del delegato contro il delegante e quella del delegante contro il delegatario. Ma ovviamente la concessione della *condictio indebiti* a colui che aveva materialmente effettuato la prestazione era in grado di garantire una tutela più diretta ed efficace. A questo punto non sfugge, però, che tale soluzione si trovava a superare, in nome dell'equità, il rigido schema applicativo che sembra caratterizzare tutti gli altri casi, per cui era considerato attore chi giuridicamente aveva effettuato il pagamento indebito ed era considerato convenuto chi giuridicamente lo aveva percepito.

È in questa chiave — sebbene con una *ratio decidendi* differente — che sembra, a mio parere, potersi leggere anche la fattispecie di D.46,3,66⁽¹⁰⁵⁾. Infatti se si accoglie l'interpretazione, per cui Pomponio non avrebbe fatto riferimento al *rescriptum divi Pii*, sembra potersi ammettere che fu Pomponio a prevedere una generica *actio utilis* che funzionava come un'azione di arricchimento.

Così si potrebbe considerare anche la soluzione ventilata da Proculo in D.12,6,53⁽¹⁰⁶⁾. È vero che il fatto che qui chiamato a ripetere non fosse il delegante contro il delegatario, come di regola nel caso di vizio del rapporto di valuta, trova piena spiegazione nella circostanza che il delegante era il

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. *supra* § 4.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. *supra* § 5.

servo, dei cui atti rispondeva il *dominus*. Tuttavia il contenuto della frase finale, se è da attribuire a Proculo, pare potersi leggere come un indice dell'esigenza avvertita, almeno da un esponente della giurisprudenza, di tutelare non sempre o non solo il delegante (e, quindi, alla luce di quanto detto, il *solvens*). Anche in questo caso, sebbene la soluzione rimanga sul piano propositivo, si avverte un'esigenza di apertura e di superamento del rigido schema della *condictio*, rivolta di regola nei confronti di chi aveva giuridicamente incassato da parte di chi aveva giuridicamente pagato. Chi meritava tutela era, secondo Proculo, chi fosse stato effettivamente depauperato dallo spostamento patrimoniale. Nel finale del passo, in sostanza, sembra possibile leggere una certa consapevolezza dei limiti di un'azione come la *condictio*, che perseguiva non qualsiasi arricchimento indipendentemente dalla sua provenienza⁽¹⁰⁷⁾, ma solo un tipo di arricchimento particolarmente qualificato, ovvero quello derivante da *datio*.

⁽¹⁰⁷⁾ Sarà questa la funzione tipica della *condictio* in età giustiniana; sulla questione della *condictio* classica volta, invece, al perseguimento dell'*id quod pervenit*, cfr. *infra* § 50.

CAPITOLO II
IL *PROCURATOR*

A. *Il procurator indebitum solvens*

12. *La fattispecie.*

Le fonti attestano un numero consistente di casi in cui l'*indebitum solvens* era un *procurator* che effettuava il pagamento in luogo del debitore ⁽¹⁾, per cui il rapporto in questione da bilaterale diventava trilaterale. È da precisare che, in questo caso, non si trattava di intervento derivante da una *delegatio* ⁽²⁾ che veniva a costituire *ab origine* un rapporto obbligatorio strutturalmente trilaterale, bensì di un intervento dovuto a vicende del rapporto puramente accidentali, per cui era solo nella situazione in cui il *procurator* partecipava al momento solutorio che la questione di chi potesse ripetere quanto indebitamente pagato inevitabilmente si complicava. Invero la scelta di affrontare *in primis* il caso del pagamento del *procurator* e di occuparsi solo in seguito degli altri rapporti « trilaterali deboli », come possono essere quello della tutela ⁽³⁾ o quello della fideiussione ⁽⁴⁾, deriva dall'attenzione che la *solutio indebiti* del *procurator* sembra avere suscitato tra i *prudentes*, che si occuparono del caso più di frequente rispetto a quanto fecero nei confronti del pagamento indebito del tutore o del fideiussore.

È ben noto quanto numerose siano le discussioni in lette-

⁽¹⁾ Sul caso del *procurator indebitum accipiens* si veda *infra* questo cap. *sub B.*

⁽²⁾ Sul punto *supra* § 3.

⁽³⁾ Si veda *infra* cap. successivo.

⁽⁴⁾ Cfr. *infra* cap. IV.

ratura sulla figura del *procurator* ⁽⁵⁾. La complessità della istituzione del *procurator*, derivata dalla struttura assolutistica della famiglia romana ⁽⁶⁾, si è andata via via trasformando per varie cause tra cui l'affermarsi della prassi di nominare *procurator* anche chi fosse completamente estraneo alla *familia* ⁽⁷⁾, con la conseguenza che, con il tempo, si è venuta delineando una figura la cui attività era regolata da principi non solo non omogenei, ma spesso tra loro contrastanti. Nonostante le diversissime opinioni espresse dalla critica romanistica in ordine a

⁽⁵⁾ Sulla figura del *procurator* gli studi sono innumerevoli; senza avere certamente la pretesa di dare una bibliografia esauriente relativa all'istituto del *procurator omnium rerum*, mi limito ad indicare alcuni contributi, rimandando agli stessi per indicazioni più ampie: DONATUTI, *Studi sul procurator. I. Dell'obbligo di dare la cautio ratam rem dominum habiturum*, in AG, 89, 1923, 109 ss., ora in Studi di diritto romano, I, Milano, 1976, 103 ss.; IDEM, *Studi sul procurator. II. Verus et falsus procurator*, in AUPE, 33, 1921, 671 ss., ora in Studi di diritto romano, I, Milano, 1976, 135 ss.; BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in Scritti giuridici varii, III, Torino, 1926, 258 ss.; SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950, 37 ss.; MEYLAN, *Per procuratorem possessio nobis acquiri potest*, in Festschrift Lewald, Basel, 1953, 105 ss.; BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?*, in Labeo, 1, 1955, 280 ss.; SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, in Scritti di diritto romano (1913-1924), II, Napoli, 1957, 557 ss. (= in RIL, 56, 1923, 142 ss.); IDEM, *Procuratori senza mandato*, in Scritti di diritto romano (1913-1924), II, Napoli, 1957, 569 ss. (= in RIL, 56, 1923, 735 ss.); NICOSIA, *Acquisto del possesso per procuratorem e reversio in potestatem domini delle res furtivae*, in Iura, 11, 1960, 189 ss.; WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, 36 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1965, 8 ss.; ANGELINI, *Il procurator*, Milano, 1971; BEHREND, *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts*, in ZSS, 88, 1971, 215 ss.; QUADRATO, *D.3.3.1 pr. e la definizione di procurator*, in Labeo, 20, 1974, 210 ss.; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht*, Berlin, 1973; MAC CORMACK, *Nomination: Slaves and Procurators*, in RIDA, 23, 1976, 191 ss.; APATHY, *Procurator*, 65 ss.; WACKE, *Tilgungsakte durch Insichgeschäft. Zur Leistung eines Tutors oder Prokurators an sich selbst*, in ZSS, 103, 1986, 223 ss.; GARCÍA VASQUEZ, *Algunas consideraciones en torno al procurator y a la negotiorum gestio*, in RIDA, 38, 1991, 153 ss.; KASER, *Stellvertretung und notwendige Entgeltlichkeit*, in ZSS, 74, 1991, 146 ss.; GIGLIO, *La relatio 19 di Q. Aurelio Simmaco e Cth. 2,12,1: una rilettura*, in RIDA, 41, 1994, 207 ss.; CENDERELLI, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano*, Torino, 1997, 103 ss.; KRENZ, *Der Besitzerwerb per procuratorem*, in Labeo, 43, 1997, 345 ss.; su quelli di questi interventi che costituiscono come la « pietra d'angolo » di ogni studio che coinvolga il concetto di *procurator*, si rimanda alla utile sintesi di BURDESE, *Sul procurator*, in SDHI, 37, 1971, 307 s.

⁽⁶⁾ Così QUADRATO, *Rappresentanza (Diritto romano)*, in ED, 38, 1987, 425.

⁽⁷⁾ In tale senso ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, 53; ORESTANO, *Rappresentanza (Diritto romano)*, in NNDI, 14, 1957, 798 e QUADRATO, *Rappresentanza*, 425.

tale figura, è oggi opinione dominante quella per cui, almeno nella prassi cittadina, costui ricevesse di regola investiture e incarichi di carattere specifico, ma anche — forse per un progressivo avvicinamento dell'istituto della procura a quello del mandato (8) — potesse essere un mandatario generale. Ma non solo. È noto che il termine *procurator* indicasse in senso atecnico anche il libero gestore di interessi altrui, nel senso che, in certi casi, poteva non avere ricevuto alcuna *praepositio* unilaterale.

Ora, se talvolta il *procurator* era appunto un semplice gestore, capace limitatamente di alienare, altrove egli assumeva un ruolo ben più efficace, tale da incidere nella sfera giuridica del *dominus* in modo più completo, quasi da padrone di tutte le cose, in grado di vendere (9), di dare in pegno, di comprare, di esigere, di novare (10) e di fare qualsiasi altra cosa (11).

È ovvio che uno studio in tema di *indebitum solutum*, tra i molti problemi che l'istituto del *procurator* crea, coinvolge soprattutto la capacità di adempiere, che, come generalmente si ammette in letteratura, era riconosciuta in capo al *procurator omnium bonorum* (12). Ora, è già da tempo stata dimostrata (13) la classicità della regola per cui potesse adempiere un terzo qualsiasi, anche non autorizzato dal debitore né interessato al rapporto obbligatorio, purché la natura della prestazione lo consentisse. Se, infatti, da un lato, nelle obbligazioni di fare non era ammesso l'adempimento da parte di un terzo, dall'altro, nelle obbligazioni di dare era *solutio* vera e propria anche l'adempimento volontario o fatto in nome del debitore da

(8) È, del resto, risaputo che, se è certo che la nuova concezione giustiniana consistesse nell'equivalenza quasi perfetta tra *procurator* e mandatario, per il diritto classico la contaminazione dei due istituti fu ben lungi dall'essere in atto. Sul punto si vedano, tra altri, ANGELINI, *Il procurator*, 103 ss.; PROVERA, *Mandato (Storia)*, in ED, 25, 1975, 314; CENDERELLI, *La negotiorum gestio*, 127 ss.

(9) Sulla capacità di alienare del *procurator* cfr. BURDESE, *Alienazione, passim* e ANGELINI, *Il procurator*, 122 ss.

(10) Sul punto si veda ANGELINI, *Il procurator*, 130 ss.

(11) Sui poteri che venivano genericamente attribuiti al *procurator*, cfr. QUADRATO, *Rappresentanza*, 426.

(12) Così ANGELINI, *Il procurator*, 128.

(13) In tale senso SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, I, Napoli, 1931, 41 ss.

parte di un terzo ⁽¹⁴⁾. La *ratio* di un tale principio è, del resto, evidente: è naturale che sia lecito a chiunque giovare al debitore pagando per lui, sebbene ne sia ignaro o addirittura contrario; per quanto riguarda, invece, il debitore manca di regola un qualsiasi suo interesse ad opporsi al pagamento del terzo ⁽¹⁵⁾.

Ne deriva che il pagamento, che corrispondeva alla *solutio* non formale, poteva essere validamente compiuto da una persona diversa dal debitore, come dal suo *procurator*, dal tutore, dal fideiussore, dal delegato oppure da un terzo qualsiasi, benché non autorizzato e, persino, *ignorante vel invito debitore* ⁽¹⁶⁾. Nella designazione del *procurator* sarebbe, quindi, ricompresa la facoltà di pagare i creditori del *dominus*, senza che fosse necessaria alcuna ratifica successiva; tale pagamento avrebbe già di per sé liberato il debitore ⁽¹⁷⁾.

Tuttavia, che il *procurator* potesse pagare e liberare il *dominus*, non spiega quali sarebbero state le conseguenze se era sì il *procurator* a pagare, ma si trovava a pagare un indebitore. È questa la questione che si intende qui affrontare, verificando nelle fonti come i giuristi risolvessero tale caso e in che modo l'esperimento della *condictio indebiti* consentisse di ricostituire l'equilibrio patrimoniale turbato.

In effetti, in astratto, l'ipotesi del pagamento indebitore del terzo non creerebbe problemi, se colui che paga fosse rappresentante diretto ⁽¹⁸⁾ del suo *dominus*. È ovvio che chi paga in

⁽¹⁴⁾ Si veda BRANCA, *Adempimento (Diritto romano e intermedio)*, in ED, 1, 1958, 550.

⁽¹⁵⁾ BRANCA, *Adempimento, ibidem*.

⁽¹⁶⁾ Cfr. SARGENTI, *Pagamento*, 536.

⁽¹⁷⁾ ANGELINI, *Il procurator*, 128.

⁽¹⁸⁾ Anche in materia di rappresentanza la bibliografia è molto vasta, coinvolgendo tutta quella molteplicità di figure nelle quali si realizza, in modo diverso, il fenomeno della sostituzione negoziale; senza pretese di completezza si segnalano qui gli scritti più attinenti all'argomento di cui si tratta; per la letteratura in tema di *procurator* si rinvia alle ntt. precedenti: DONATUTI, *Mandatum incertum*, in BIDR, 33, 1923, 181 ss., ora in Studi di diritto romano, 1, Milano, 1976, 159 ss.; IDEM, *Contributo alla teoria del mandato in diritto romano, I. L'actio mandati dell'adpromissor*, Perugia, 1927; SOLAZZI, *Del pagamento a persone non autorizzate nel diritto romano*, in RIL, 59, 1926, 359 ss.; RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, in AUPA, 15, 1930, 389 ss.; SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Il man-*

nome altrui agisce anche per conto di costui e, pertanto, gli effetti si producono direttamente in capo a colui in cui nome si è agito, per cui risulta il *dominus* il soggetto legittimato alla ripetizione di quanto indebitamente pagato⁽¹⁹⁾. Peraltro se è opinione « tanto diffusa quanto fondata che l'esperienza giuridica romana non conosca in linea di principio la rappresentanza diretta »⁽²⁰⁾, è noto che il diritto classico presentò nel campo della rappresentanza sistemi contraddittori: da una parte l'esclusione assoluta di essa secondo il *ius civile*, dall'altra provvedimenti vari escogitati dal pretore, dai giureconsulti, dagli imperatori per conseguire sia i vantaggi della rappresentanza diretta sia l'efficacia del contratto a favore di terzo⁽²¹⁾. Infatti, sebbene l'ampia serie dei provvedimenti sia stata volta a conseguire i vantaggi di tale istituto, si ritiene che la giurisprudenza classica non sia mai giunta al punto di negare in

dato, Catania, 1947; ORESTANO, *Rappresentanza*, 795 ss.; PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, in *Labeo*, 3, 1957, 60 ss.; DE MARTINO, *Ancora sull'actio exercitoria*, in *Labeo*, 4, 1958, 274 ss.; NICOSIA, *Acquisto del possesso per procuratorem e reversio in potestatem domini delle res furtivae*, in *Iura*, 11, 1960, 189 ss.; G. LONGÓ, *Mandato (Diritto romano)*, in *NNDI*, 10, 1964, 105 ss.; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung, passim*; SCAPINI, *Appunti sulla storia del mandatum incertum*, in *Studi Donatuti*, III, Milano, 1973, 1195 ss.; PROVERA, *Mandato*, 310 ss.; CORBINO, *La legittimazione a mancipare per incarico del proprietario*, in *Iura*, 27, 1976, 50 ss.; ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982; QUADRATO, *Rappresentanza*, 417 ss.; HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in *Index*, 8, 1981, 193 ss.; PLESCIA, *The Development of Agency in Roman Law*, in *Labeo*, 30, 1984, 171 ss.; HAMZA, *Zur Frage der historischen Entwicklungstypen der gewillkürten Stellvertretung*, in *Studia in honorem Velimirii Pólay septuagenarii*, Szeged, 1985, 203 ss.; WACKE, *Selbstkontrahieren im römischen Vertretungsrecht*, in *Iuris Professio. Festgabe für M. Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz, 1986, 289 ss.; WATSON, *Mandat and the Boundaries of Roman Contract*, in *BIDR*, 33-34, 1991-1992, 41 ss.; HOFSTETTER, *Direkte Wirkungen indirekter Stellvertretung*, in *Mélanges Wubbe*, Fribourg Suisse, 1993, 161 ss.; NÖRR, *Paulus (32 ad ed.) D.17.1.3.5: ein Traktat zum Mandatsexemplar*, in *Mélanges Wubbe*, Fribourg Suisse, 1993, 355 ss.; CAMACHO DE LOS RÍOS, *El mandatum incertum*, in *Problemática del derecho romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio*, cur. Henera Bravo-Salazar Revuelta, Jaen, 1999, 137 ss.

⁽¹⁹⁾ Così si verifica, per esempio, nel diritto italiano vigente come dispone l'art. 1388 del codice civile. Sul rapporto tra *indebiti solutio* in cui fosse coinvolto un *alius* rappresentanza, cfr. *infra* § 46.

⁽²⁰⁾ TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 266.

⁽²¹⁾ Così RICCOBONO, *Lineamenti*, 403.

teoria l'esclusione della rappresentanza diretta⁽²²⁾. Soprattutto non sembra che i giuristi presero mai dichiaratamente in esame la differente operatività tra un rappresentante che spendesse il nome del rappresentato e uno che non lo spendesse. Ne derivava che, seppure il rappresentante avesse agito *contemplatione domini*, egli non sarebbe stato considerato un rappresentante diretto. Viceversa nelle fattispecie in cui si verificavano gli effetti tipici della rappresentanza diretta, i giuriconsulti non sembrarono porsi il problema se tale operatività dipendesse dalla circostanza che il nome del rappresentato era stato speso. In sostanza la produzione diretta degli effetti in capo al *dominus negotii* non era affatto la conseguenza della spendita del nome dello stesso *dominus*; non era, invece, altro che la caratteristica di certe fattispecie in cui l'attività negoziale posta in essere da un soggetto esplicava i suoi effetti nella sfera giuridica di un altro soggetto⁽²³⁾.

Si tratterà, dunque, di verificare se il discorso sulla rappresentanza sia in qualche modo coinvolto nei testi che discutono di *procurator indebitum solvens* al fine di individuare chi fosse colui che si rivolgeva all'accipiente per conseguire la restituzione del non dovuto. Inoltre si dovrà prendere posizione anche su di un'altra questione e cioè quella relativa all'istituto della ratifica. Se, infatti, è noto come la *ratihabitio*, nelle fonti romane, consentisse al *dominus* di fare proprio l'atto compiuto nel suo interesse da altri⁽²⁴⁾, si tratta di determinare fino a che punto essa, in caso di *indebitum solutum*, si trovasse a

⁽²²⁾ L'introduzione dell'*actio quasi institoria* costituirebbe un punto di passaggio verso il concetto di rappresentanza nell'esperienza romana, « un passaggio cruciale nell'acquisizione di una nuova mentalità, di un nuovo costume »: così spiega QUADRATO, *Rappresentanza*, 432.

⁽²³⁾ È noto che così si verificasse, per esempio, per i negozi conclusi da *personae alieni iuris*, nonché, nell'ambito del diritto pretorio, per i negozi conclusi dal sottoposto che determinavano la c.d. responsabilità adietizia per il *paterfamilias* nei confronti dei terzi.

⁽²⁴⁾ In questi termini COSENTINI, *Ratihabitio*, in NNDI, 14, 1957, 895 definisce la *ratihabitio*, elencando — forse un po' troppo semplicisticamente — i casi in cui i Romani avrebbero fatto uso di questa manifestazione di consenso: sia nei confronti di un atto proprio altrimenti invalido, sia nei confronti di un atto altrui, che per essere valido richiede quella dichiarazione di consenso, sia nei confronti di un atto altrui, compiuto nel proprio interesse, ma a propria insaputa o eccedendo i limiti dell'incarico;

svolgere una qualche funzione e per quale motivo intervenisse in alcuni casi e non in altri.

13. *Il pagamento indebito non ratificato del procurator secondo Labeone.*

Al fine di indagare sul caso della *solutio indebiti* del *procurator*, sembra utile prendere le mosse dal *principium* di un lungo e significativo frammento paolino ⁽²⁵⁾:

D.12,6,6 (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. Celsus ait eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari neque ratihabitionem considerari: quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum. Iulianus ait neque tutorem neque procuratorem solventes repetere posse neque interesse, suam pecuniam an pupilli vel domini solvant.*

Nel *principium* ⁽²⁶⁾ il giurista analizzava due fattispecie, la prima tratta dai *libri posteriorum* di Labeone e l'altra, posta a completamento della prima, desunta dai *Digesta* di Celso.

Nel primo caso, quello descritto da Labeone, è considerato il caso di un *procurator* che pagò ad un terzo per conto del *do-*

sulla ratifica si veda anche, per esempio, BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*, I-II, Roma, 1899, *passim*.

⁽²⁵⁾ Cfr. LENEL, *Palingenesia*, 1256, § 1643; sulla collocazione palingenetica dell'intero frammento 6 sotto la rubrica « *De legatis indebite solutis* » si avrà modo di tornare: si veda, in particolare, *infra* § 24.

⁽²⁶⁾ Sul resto del frammento di Paolo si vedano, nella parte dedicata al *procurator-solvens*, *infra* §§ 14 e 27 (per il § 3) e, nella parte dedicata al *procurator-accipiens*, § 18 (per il § 1) e § 19 (per il § 2).

minus. Essendo il pagamento non dovuto, si poneva il problema di chi potesse chiedere la ripetizione di quanto pagato, tenuto conto del fatto che il *dominus* — il giurista lo precisa — non ratificò il pagamento effettuato all'*accipiens*. Labeone sosteneva che potesse essere chiesta la ripetizione, pur in assenza della ratifica del *dominus* (*posse repeti Labeo ... scripsit*).

Ma chi poteva chiedere la ripetizione? In realtà il testo riporta una frase infinitiva, che tralascia la precisa menzione del soggetto e sembra lasciare nel dubbio il punto. Tuttavia pare potersi arguire che il soggetto logico sia da individuare nella protasi del periodo ipotetico (*Si procurator ... non habeas*): sarebbe stato il soggetto della protasi, ovvero il *procurator*, il soggetto anche dell'infinitiva ⁽²⁷⁾.

Ora, il passo paolino ha subito varie e differenti interpretazioni in letteratura. C'è chi, infatti, ha sostenuto ⁽²⁸⁾ che la formulazione passiva *posse repeti* lasci intendere che fosse il *dominus* colui che poteva chiedere la restituzione di quanto pagato e, trattandosi di danaro che gli apparteneva, avrebbe potuto rivendicarlo. Di più. È stato precisato che *repeti* sarebbe usato in senso generico e avrebbe, quindi, una duplice valenza: sarebbe da intendere come *condici* per l'ipotesi in cui il *procurator* pagasse con danaro suo e come *vindicari* per l'ipotesi in cui lo stesso pagasse con danaro del *dominus*. In questo secondo caso il *dominus* avrebbe avuto la *rei vindicatio*, anche se non avesse ratificato.

Parlando di questa interpretazione si coinvolge inevitabilmente il problema della *datio* che, intesa come trasferimento della proprietà, è considerata dalla dottrina dominante uno dei presupposti necessari per l'esperibilità della *condictio* ⁽²⁹⁾. Non

⁽²⁷⁾ Il punto è già stato correttamente posto in rilievo da ALONSO, *Delegare*, 372.

⁽²⁸⁾ EHRHARDT, *Iusta causa traditionis und iusta causa usucapionis*, Berlin-Leipzig, 1930, 75. Ritiene il passo — immotivatamente — genericamente interpolato, così come tutti i testi in cui è menzionata la *ratihabitio*, BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS, 46, 1926, 141 nt. 1.

⁽²⁹⁾ Cfr., per tutti, SANFILIPPO, *Condictio*, 40 ss.; DONATUTI, *Le causae*, 45 ss.; VON LÜBTOW, *Beiträge*, 43 ss.; SCHWARZ, *Die Grundlage*, in particolare 7 ss. e 191 ss.; BURDESE, *In tema di consumptio nummorum*, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 51 [parte prima], 1953, 204; SARGENTI, *Pagamento*, 537; KUPI-

era, infatti, di regola ritenuto possibile *condicere*, se la controparte non avesse già acquistato la proprietà dell'oggetto dato. Se, infatti, il trasferimento di proprietà non si era ancora verificato, il tradente rimaneva il *dominus* e, in quanto tale, poteva sempre rivendicare la cosa in questione, ma non agire con la *condictio* ⁽³⁰⁾. Viceversa, se una volta effettuata la *datio*, il *solvens* non fosse stato più in grado di esercitare la *rei vindicatio*, avendo solo un diritto di credito nei riguardi dell'accipiente al ritrasferimento della proprietà della cosa indebitamente trasferitagli, avrebbe potuto fare valere il suo diritto alla restituzione solo mediante la *condictio*.

Ora, a mio parere, l'opinione riferita in ordine all'interpretazione di D.12,6,6 *pr.* non è condivisibile per l'uso stesso della forma *repeti*, che non sembra deporre nel senso dell'applicabilità di una *rei vindicatio*. Anzi, spesso, come si è convincentemente osservato ⁽³¹⁾, *repeti* era usato dai Romani in contrapposizione a *vindicari* ⁽³²⁾. Oltre a ciò, l'attribuzione di questo duplice significato a *repeti* stride decisamente con la presenza nel testo dell'inciso *et tu ratum non habeas*, in quanto non è vero che il danaro pagato indebitamente da un *procurator* potesse essere recuperato per mezzo di una *rei vindicatio* o per mezzo

SCH, *Arricchimento*, 431. Seppure la critica sia unanimemente concorde nel ritenere la *datio* presupposto perché si potesse avere la *condictio*, si è discusso su quale fosse l'estensione del concetto di *datio*: per esempio, SCHWARZ, *Die Grundlage*, 9 ss. sostiene persuasivamente che dovesse essere tale anche la *datio* invalida per mancanza di legittimazione dell'alienante, purché il creditore effettuasse la *consumptio* o la *commixtio* delle cose fungibili trasferite. Sulla *datio*, quale requisito di esperibilità della *condictio indebiti*, si veda *infra* § 47.

⁽³⁰⁾ Perché si potesse esperire l'azione, secondo l'opinione generalmente condivisa in letteratura, occorreva un ulteriore presupposto, oltre alla *datio* e all'errore (su cui *infra* § 49), e cioè la *causa condecendi*, la quale consisteva nella mancata realizzazione dello scopo negoziale che l'ordinamento giuridico riconosceva come legittimante lo spostamento patrimoniale da uno all'altro soggetto, come poteva essere, per esempio, l'esistenza di un'obbligazione da estinguere. Sui tre requisiti di esperibilità si veda *infra* § 47 ss.

⁽³¹⁾ Così DONATUTI, *Le causae*, 67; contro l'interpretazione di Ehrhardt si schiera anche APATHY, *Procurator*, 74.

⁽³²⁾ Così risulta, per esempio, da D.14,6,9,1 (Ulp. 29 *ad ed.*) e da D.35,5,31 (Pap. 12 *resp.*).

di una *condictio* solo a condizione che il *dominus* non avesse ratificato l'avvenuto pagamento ⁽³³⁾.

Peraltro proprio in merito all'inciso *et tu ratum non habes*, si è ritenuto ⁽³⁴⁾ che esso fosse da espungere dal testo e da considerarsi insiticio sulla base fondamentalmente di una constatazione. Secondo questo orientamento, dal fatto che Celso, nella seconda parte del passo ⁽³⁵⁾, motivasse la soluzione del caso parlando di autorizzazione del *dominus*, si desumerebbe che il *procurator* pagò con denaro del *dominus*, poiché se avesse pagato con danaro proprio, non avrebbe avuto bisogno né di consensi, né tantomeno di autorizzazioni. Tuttavia il *procurator* non avrebbe avuto la facoltà di alienare i beni del suo *dominus* e solo nel caso in cui il *dominus* avesse ratificato il pagamento, sarebbe avvenuto il trasferimento di proprietà del danaro dal *dominus* all'*accipiens*, con la conseguenza che il *dominus* avrebbe potuto agire con la *condictio* per ripetere quanto indebitamente pagato. Diversamente, non avendo ratificato, il *dominus* avrebbe agito con una *rei vindicatio*, non già con una *condictio*. Ne deriva che, secondo questa interpretazione, l'inciso *et tu ratum non habes*, che costringerebbe all'applicazione di una *rei vindicatio*, deve essere eliminato da un testo, dove inequivocabilmente si parla di *repetere*.

Anche tale articolata interpretazione è, però, da rifiutare, poiché, se le considerazioni sugli effetti che la ratifica ha sul trasferimento della proprietà seguono la logica, non sfugge che la *consumptio nummorum* e, quindi, la spesa in buona fede di danaro altrui, così come la *commixtio* e cioè la confusione del danaro altrui con il proprio, sanavano l'invalidità della *datio* per mancanza di legittimazione dell'alienante. Ovviamente poteva accadere il caso in cui la *consumptio* o la *commixtio* non si verificassero e, per avventura, la somma di danaro pagata dal proprietario rimanesse individuabile; in questo caso la *datio* sarebbe rimasta invalida e il *dominus* avrebbe potuto rivendi-

⁽³³⁾ È ancora DONATUTI, *Le causae*, 68 a utilizzare questo altro argomento per confutare l'opinione di cui si è fatto cenno.

⁽³⁴⁾ È questa l'opinione di DONATUTI, *Le causae*, 67 che considera ogni tentativo di salvare l'inciso — come per esempio quello di Ehrhardt — pienamente inutile. *Contra* già APATHY, *Procurator*, 72 nt. 33.

⁽³⁵⁾ Cfr. *infra* questo §.

care la *pecunia*; si trattava, però, probabilmente di un caso raro e non certo dell'ipotesi più frequente ⁽³⁶⁾.

Pertanto, per quanto mi consta, da un lato, sarebbe da escludere che il giurista pensasse alla *rei vindicatio* nel caso di pagamento con danaro del *dominus*, dall'altro la precisazione dell'assenza della ratifica non striderebbe con un pagamento con danaro di proprietà del *solvens*. In particolare, non può condividersi l'affermazione per cui per chi paga con i propri mezzi non servano consensi, né autorizzazioni; che la ratifica svolgesse comunque una sua funzione nella fattispecie in questione, a prescindere dalla proprietà della *pecunia*, è quanto si tenterà di dimostrare ⁽³⁷⁾.

Altri ancora hanno individuato in D.12,6,6 *pr.* un passo da cui emergerebbe che il *procurator omnium bonorum* aveva un mandato generale di amministrazione del patrimonio del *dominus* ⁽³⁸⁾. Egli si sarebbe presentato come fornito di poteri giuridici, in modo così generico da fare pensare al mandato generale, ma, non essendo certamente un rappresentante in senso tecnico del principale, la sua *potestas* sarebbe da intendere ovviamente limitata a quelle obbligazioni che rientravano nel complesso di attività economiche, alla cui sovrintendenza il *dominus* lo aveva posto.

Ora, se è certo che, nella seconda parte del testo, Paolo utilizzasse il termine *mandare* (*id quoque mandare videtur*), mi sembra che tale espressione non sia usata in senso tecnico, ma sia piuttosto da intendere nella più ampia accezione di "ordine, autorizzazione" ⁽³⁹⁾. Il *procurator* avrebbe avuto il potere di pagare il debito al creditore senza la necessità di una ratifica successiva.

Più interessante è un altro orientamento della critica ro-

⁽³⁶⁾ Sulla questione della proprietà sul danaro si veda il fondamentale contributo di KASER, *Das Geld im römischen Sachenrecht*, in TR, 29, 1961, 169 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. *infra* questo §.

⁽³⁸⁾ ANGELINI, *Il procurator*, 120 s. Ritieni che si sia in presenza di un mandatario anche DONATUTI, *Mandatum incertum*, 1923, 174.

⁽³⁹⁾ KASER, *Stellvertretung*, 201 nt. 210, accennando a D.12,6,6 *pr.*, specifica correttamente che in esso Paolo si riferisce a qualcosa di simile, ma allo stesso tempo diverso dal mandato; per alcuni casi in cui *mandare* è da intendere nel senso di "autorizzazione" si veda COSENTINI, *Ratihabitio*, 895.

manistica ⁽⁴⁰⁾, secondo il quale sarebbero stati i compilatori a sopprimere ogni riferimento ai legati rendendo il *principium* del frammento come una regola di applicazione generale. Infatti, che il terzo libro del commentario paolino a Sabino fosse in tema di legati risulta dalla *Palingenesia* leneliana, che colloca l'intero frammento 6 sotto la rubrica « *De legatis indebite solutis* ». Coerentemente alla *regula iuris* enunciata nel ben noto passo gaiano (2,283) ⁽⁴¹⁾ in cui si nega la ripetibilità di quanto indebitamente pagato a titolo di legato *per damnationem*, la soluzione del caso descritto in D.12,6,6 *pr*: sarebbe da intendere nel senso che l'intervento della *ratihabitio* impedirebbe del tutto e a chiunque la ripetizione, proprio perché la *condictio indebiti* era, nel caso di specie, inapplicabile. Dato che, in questa prospettiva, troverebbe spiegazione anche il successivo § 3 del frammento 6, è opportuno ora lasciare in sospeso la discussione di quest'opinione, sulla quale è necessario tornare alla luce dell'esegesi del suddetto passo, nonché alla luce dell'esegesi del § 6,1, per potere avere una visione di carattere generale che consenta di prendere posizione sull'originaria collocazione dell'intero frammento paolino ⁽⁴²⁾.

Lasciando per ora da parte la tesi per cui il giurista, nel passo, avrebbe parlato di legati, è opportuno leggere la seconda parte ⁽⁴³⁾ di D.12,6,6 *pr*: in cui Paolo riportava il pensiero del

⁽⁴⁰⁾ FLUME, *Zur Lehre von der Stellvertretung*, in *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, 92 ss.

⁽⁴¹⁾ Gai.2,283: ... *at id, quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. idem scilicet iuris est de eo legato, quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit*; sul punto si veda *supra* § 2.

⁽⁴²⁾ Sul problema si veda *infra* § 24. Non si crede, però, fin da ora di potere concordare con BEHREND, *Die Prokurator*, 262, secondo il quale, nonostante il principio di irripetibilità, i legati sarebbero stati in concreto ripetibili in presenza di due condizioni, ovvero se il legato non fosse dovuto e se l'autore del pagamento fosse un *procurator* non autorizzato al pagamento stesso; entrambi questi presupposti, a parere dell'autore, ricorrerebbero in D.12,6,6 *pr*; invero se questa convinzione consentisse di eliminare l'apparente antinomia tra il *principium* e il § 3 dello stesso frammento, non sembra che esistano indizi tali da identificare in D.12,6,6 *pr*: un'eccezione alla regola dell'inapplicabilità della *condictio*. Su tale opinione esprime le sue perplessità anche APATHY, *Procurator*, 74.

⁽⁴³⁾ Separa nettamente le due fattispecie del passo, quella del pagamento inde-

più illustre dei successori di Labeone: se il pagamento era debito (*quod si debitum fuisset*), Celso riteneva che la *condictio indebiti* non potesse essere esperita (*non posse repeti*). La *ratio* della soluzione del giurista stava nel carattere dovuto del pagamento del *procurator*, proprio in quanto, se esso era dovuto, non sorgevano problemi di ripetizione.

Nel testo Paolo sembra, quindi, insistere nell'uso del termine *repeti*: nella prima parte del passo, tale forma verbale veniva utilizzata nel senso della accordabilità della ripetizione, mentre, nella seconda parte, il *procurator* non poteva ottenere la restituzione affatto, giacché il pagamento non era indebito, ma debito e non era, quindi, assolutamente ripetibile. Pertanto, seppure il termine sia identico nelle due fattispecie, nella seconda delle due esso è volto a negare comunque e in modo assoluto l'esperibilità della *condictio*.

Anche l'espressione *ratum habere* e, quindi, la questione della ratifica veniva qui ripresa ed, esattamente come nel caso precedente, era escluso l'intervento della ratifica. Ma vi è un elemento in più rispetto alla fattispecie precedente: Celso specificava espressamente che la *ratihabitio* non era necessaria (*neque postea expectandum sit, ut ratum habeat*). Egli motivava questa soluzione, chiarendo che non era richiesto un atto ulteriore per legittimare un *procurator* al pagamento di qualcosa; nel momento in cui quest'ultimo veniva designato, gli si conferiva con ciò un'autorizzazione a pagare (*cum quis procuratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut solvat creditor*).

La genuinità della testimonianza celsina è attestata, con sicurezza, dal raffronto della stessa (che qui nuovamente si riporta) con il passo tratto direttamente dai *Digesta* di Celso, riportato in un altro titolo del Digesto giustiniano (44):

bito non ratificato e quella del pagamento debito, anche APATHY, *Procurator*, 69, evidenziando — correttamente — che, se il *procurator* pagava il debito con i beni del *dominus*, quest'ultimo conseguiva la liberazione.

(44) Cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, 162, 230.

D.12,6,6 pr. (Paul. 3 ad Sab.): (...) *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.*

D.46,3,87 (Cels. 27 dig.): *Quod libet debitum solutum a procuratore meo non repeto, quoniam, cum quis procuratorem omnium rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut creditoribus suis pecuniam solvat neque post ea expectandum est, ut ratum habeat.*

Dal confronto fra i due testi si deduce che, nel passo paolino, sia caduto l'*omnium rerum suarum* ⁽⁴⁵⁾, ma è verosimile credere — a mio avviso — che tale caduta sia stata dovuta allo stesso Paolo e non, invece, ad un improbabile intervento dei compilatori sul *principium* del frammento. È da notare altresì che, pur non sfuggendo che le due espressioni siano equivalenti, si ritrova in Paolo un *postea* in luogo del *post ea* dell'originale di Celso; inoltre nel passo paolino manca anche un altro termine che si ritrova nel testo originale del giurista procuiano, ovvero l'accusativo *pecuniam* ⁽⁴⁶⁾.

Tornando alla prima parte del testo paolino che crea i maggiori problemi esegetici, è da credere, a mio avviso, che una corretta interpretazione del passo imponga di domandarsi quale fosse la funzione della ratifica. Si è detto ⁽⁴⁷⁾ che per il debitore potesse validamente pagare — con effetto immediatamente liberatorio — anche un terzo qualsiasi, persino *ignorante vel invito domino*. Ma, allora, perché sarebbe stato necessario che il debitore esprimesse il suo assenso alla *solutio* del

⁽⁴⁵⁾ Così osserva ANGELINI, *Il procurator*, Milano, 1971, 120, parlando del passo per dimostrare (p. 121) che il termine *procurator* assoluto sarebbe scorretto dal punto di vista classico, essendo vero procuratore solo il *procurator omnium bonorum*; invece ritengono che, in entrambi i testi, il riferimento fosse comune al *procurator omnium rerum* SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Graz, 1968, 105 nt. 6 e HARKE, *Argumenta Iuventiana*, Berlin, 1999, 46.

⁽⁴⁶⁾ A proposito di tale termine ANGELINI, *Il procurator*, 120 ha rilevato che esso limiterebbe inopportuno l'oggetto del pagamento. Tuttavia pare più verosimile che, indipendentemente dall'aggiunta o meno di *pecuniam* a *solvere*, Paolo avesse comunque presente la fattispecie tecnica del pagamento.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. *supra* § precedente.

procurator? A rendere illogica la decisione contribuirebbe la considerazione che il *procurator* in questione non era affatto un terzo qualsiasi, bensì — come risulta dalla seconda parte di D.12,6,6 *pr.* — un soggetto espressamente incaricato a gestire gli affari del suo *dominus*, dotato di poteri giuridici in modo generale.

Ora, se la capacità del *procurator* di adempiere e l'incarico specifico ricevuto nel caso di specie sembrano stridere con l'istituto della *ratihabitio*, è da rilevare che quanto vale per il caso di *solutio debiti* non necessariamente deve estendersi al caso di *solutio indebiti*. Non può negarsi che il caso del pagamento non dovuto risulti differente, giacché pagare un indebitum non rientra ovviamente in quelli che sono gli interessi del *dominus*. In particolare, — e la considerazione è ovvia — è difficile che qualcuno abbia interesse a che altri paghi per suo conto ciò che non sia comunque dovuto. Non sfugge che di fronte a un pagamento indebitum sorge comunque di regola l'interesse a chiederne la ripetizione.

In questa prospettiva la specificazione di Labeone del fatto che il pagamento del *procurator* non fosse ratificato acquista un preciso significato. Il giurista avrebbe così voluto distinguere il caso *de quo* dall'ipotesi dell'avvenuta *ratihabitio*. Se, infatti, la *solutio* fosse stata ratificata, ne sarebbe verosimilmente conseguito che la legittimazione a *indebitum condicere* non sarebbe più spettata al *procurator*, ma al *dominus* ⁽⁴⁸⁾. In

⁽⁴⁸⁾ Già CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in SDHI, 57, 1991, 336, pur considerando rapidamente il testo, lo interpreta in questo senso, affermando che « la ripetizione sarebbe spettata al *procurator* stesso fino alla ratifica del *dominus* »; così anche ALONSO, *Delegare*, 373, considerando i passi in cui si concede l'azione di ripetizione dell'indebitum al *dominus negotii*, mette in evidenza: « que la ratificación de plaza, de *procurator* a *dominus*, la legitimación activa para la *condictio indebiti* ». Che, nel modo di vedere dei *prudentes*, la ratifica consistesse in una manifestazione di volontà con forza costitutiva, risulta nitidamente da un passo, in tema di *negotiorum gestio*, in cui viene ritenuta applicabile proprio la *condictio indebiti*; si tratta di D.3,5,5,11 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Item quaeritur apud Pedium libro septimo, si Titium quasi debitorem tuum extra iudicium admonuero et is mihi solverit, cum debitor non esset, tuque postea cognoveris et ratum habueris: an negotiorum gestorum actione me possis convenire. et ait dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum est, cum debitor tuus non fuerit. sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium: et sicut ei a quo exactum est adversus eum datur repetitio qui ratum habuit, ita et ipsi debeat post ratihabitio-*

definitiva, l'inciso *si ratum non habeas* avrebbe lasciato intendere che il *dominus*, una volta ratificato il comportamento del suo incaricato, lo avrebbe come fatto suo e, quindi, sarebbe stato colui che avrebbe esperito la *condictio* nei confronti dell'accipiente. Dunque ratificare un pagamento indebito compiuto per proprio conto avrebbe prodotto il risultato di rendere la *solutio* come compiuta da sé, facendo acquisire così la legittimazione a rivolgersi al creditore per ripetere l'indebito.

A questo punto rimane, quindi, imprecisato per quale motivo Paolo, citando Celso, avrebbe sentito la necessità di specificare quali fossero i poteri del *procurator*, quando essi non avrebbero affatto rilevato ai fini della esperibilità della *condictio*. Invero, per quanto mi consta, la frase conclusiva del passo — *ideo ... habeat* — sarebbe da riferire soltanto all'ipotesi del *quod si debitum fuisset* e non già estensivamente anche alla fattispecie iniziale di indebito — *Si ... indebitum solverit* —, come da alcuni si è voluto intendere. Pertanto la precisazione celsina sarebbe da considerare come riguardante solo la fattispecie del pagamento debito, per il quale avrebbe appunto rilevato che il *procurator* avesse specificamente la capacità di pagare e, quindi, di liberare il debitore.

14. *Il principio generale enunciato da Giuliano.*

Quanto finora detto sul *procurator* e sul contenuto di D.12,6,6 *pr*: necessita di un confronto con la testimonianza di Giuliano riportata nello stesso frammento paolino:

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.*

È immediato notare che il giurista adrianeo sembri pro-

nem adversus me competere actio. sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum; era Pedio, citato da Ulpiano, ad esplicitare come la *ratihabitio* facesse sì che la *condictio indebiti* fosse esperibile non più nei confronti di chi materialmente effettuò l'incasso dell'importo, ma contro chi, appunto, ratificò l'operato del falso gestore d'affari; sul passo cfr. specificamente, CENERELLI, *Ricerche su Sesto Pedio*, in SDHI, 44, 1978, 404 ss.

nunciare un principio di carattere generale e non può negarsi che *primo visu* l'affermazione sembri una soluzione drastica: il *procurator* ⁽⁴⁹⁾ non avrebbe mai potuto ripetere.

Pertanto lo stesso Paolo il quale, nel *principium* del frammento, riportava un caso in cui il *procurator* poteva ripetere l'indebita che aveva pagato, nel § 3 del medesimo frammento, citava l'opinione di Giuliano per cui il *procurator* non avrebbe mai potuto *condicere*. È inevitabile avvertire una contraddizione e domandarsene il perché.

Sul passo sono state proposte le interpretazioni più diverse. Per sanare la contraddizione tra la testimonianza di La-beone e quella di Giuliano si è sostenuto che la generalizzazione avrebbe reso la regola scorretta ⁽⁵⁰⁾. Sarebbero stati i compilatori a presentare la regola come generale e lo avrebbero fatto già in D.12,6,6 *pr.*, che precede il passo giuliano nel testo di Paolo. Invero, se l'intero frammento 6 si fosse riferito al pagamento di legati indebiti, come risulta dalla collocazione palinogenetica leneliana ⁽⁵¹⁾, la contraddizione tra l'enunciato del § 3 e il *principium* del frammento si giustificherebbe alla luce della convinzione che il *principium* sarebbe stato modificato dai compilatori, nel momento in cui avrebbero eliminato dal frammento ogni riferimento al legato, rendendo la regola di applicazione generale. I giustiniani sarebbero intervenuti sul testo, perché probabilmente nel diritto del loro tempo sarebbe stata prevalente la formulazione del § 3 rispetto a quella del *principium* ⁽⁵²⁾. La regola sarebbe stata cioè percepita come scorretta, stabilendo che l'intervento della *ratihabitio* del pagamento del *procurator* avrebbe escluso del tutto la ripetizione da parte di chiunque. Secondo questa prospettazione della questione, in sostanza, il passo del *principium* sarebbe stato di incerto valore per il diritto classico; in tale modo troverebbe spiegazione la contraddizione di fondo tra questo passo e quello giuliano.

Tale interpretazione, tuttavia, oltre a fondarsi sulla con-

⁽⁴⁹⁾ Sul riferimento del passo al tutore cfr. *infra* § 27.

⁽⁵⁰⁾ Si tratta della già accennata opinione di FLUME, *Zur Lehre*, 92 s.: cfr. *supra* § precedente.

⁽⁵¹⁾ Sulla collocazione palinogenetica del frammento 6 si veda, in dettaglio, § 24.

⁽⁵²⁾ FLUME, *Zur Lehre*, 93.

vinzione che il frammento paolino parlasse di legati ⁽⁵³⁾, sembra un po' forzare il testo ed è stata già criticata da chi ha ritenuto di risolvere più linearmente la questione, ipotizzando che, nella giurisprudenza classica, sarebbe esistita divergenza di opinioni sul punto: secondo Labeone la ripetizione sarebbe spettata al *procurator* fino alla ratifica del *dominus*, mentre secondo Giuliano il *procurator* non avrebbe, in nessun caso, potuto ripetere il pagamento eseguito *nomine domini*; la *condictio indebiti* sarebbe, in ogni caso, spettata al *dominus* ⁽⁵⁴⁾.

Altri ⁽⁵⁵⁾, invece, hanno creduto di eliminare il contrasto tra i due testi in questione, rilevando che, nel passo giuliano, non vi sarebbe alcun riferimento al carattere indebito del pagamento. Si sarebbe trattato di un pagamento debito da cui derivava la non ripetibilità di quanto pagato; Giuliano avrebbe voluto semplicemente precisare come la *condictio indebiti* non sorgesse, indipendentemente dall'indagine sulla provenienza del danaro, quando il pagamento fatto per conto di terzi era obiettivamente dovuto.

I Basilici (B.24,6,6,3) non depongono a favore dell'interpretazione per cui si tratterebbe di un debito, ma — è da riconoscere — neppure a favore dell'interpretazione opposta, ovvero nel senso del carattere non dovuto del pagamento, limitandosi, esattamente come il testo del Digesto, a non specificare il punto:

B.24,6,6,3: Ὁ ἐπίτροπος καὶ ὁ φροντιστὴς καταβάλλοντες οὐκ ἀγαλαμβάνουσιν, εἴτε οἴκοθεν εἴτε τοῦ ἀνήβου ἢ τοῦ δεσπότη καταβάλλουσιν.

Ora, anche l'opinione, per cui Giuliano si sarebbe riferito ad un debito, non mi sembra condivisibile. Infatti essa, seb-

⁽⁵³⁾ Sulla questione si veda *infra* § 24. Invero, che si debba dubitare che Giuliano nel § 3 si riferisse ai legati, è posto in risalto già da APATHY, *Procurator*, 76.

⁽⁵⁴⁾ Così CANNATA, *Atto*, 356, ma questa interpretazione non pare condivisibile, sembrando possibile risolvere in altro modo l'antinomia tra i due testi del frammento paolino; si veda *infra* questo §.

⁽⁵⁵⁾ L'opinione risale alla Glossa; nello stesso senso anche DONELLO, *Opera omnia*, tom. III, lib. XIV, cap. XVIII, 1164: « de eo loqui eum intellegere debemus, qui vere solvat, nempe debitum »; dello stesso parere sono anche DONATUTI, *Le causae*, 114 e CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, 291 ss. *Contra* già GLÜCK, *Commentario*, 665, § 835.

bene risolva la contraddizione del *principium* con il § 3, non risulta suffragata da elementi probanti che confermino tale interpretazione. Anzi. Se anche l'affermazione che il passo in questione è ricompreso nel titolo 12,6 *De condictione indebiti*, per cui dovrebbe riguardare un pagamento indebito e non già debito, non sia definitivamente persuasiva, più significativo sembra un altro dato. Risulta, infatti, evidente che il resto del frammento 6 descriva, in linea di principio, casi di pagamento indebito e, invece, quando il riferimento è ad una *solutio debiti*, questo è espressamente precisato, così come accade nella seconda parte del *principium* (*quod si debitum fuisset*) e nel § 2 (*qui procuratori debitum solvit*). Pertanto, a meno di volere « inventare » un intervento compilatorio sul § 3 ⁽⁵⁶⁾, se Paolo, citando Giuliano, avesse voluto riferirsi ad una *solutio debiti*, lo avrebbe dovuto più o meno esplicitamente precisare. E, invece, nel testo manca qualsiasi chiaro riferimento sia ad un debito che ad un indebito ⁽⁵⁷⁾. Se ne desume, dunque, che presumibilmente l'argomento del passo era l'indebito.

Si tratta, a questo punto, di prendere posizione sul significato del passo. Per meglio capire il senso della decisione giuliana, è opportuno — a mio parere — scinderla nei due singoli casi prospettati: nel primo il *procurator* pagava con denaro proprio, mentre nel secondo con denaro del *dominus*. Seppure si tratti di fattispecie diverse, sembra possibile individuare la *ratio* dell'unica decisione.

Infatti, da un lato, si è posto in evidenza ⁽⁵⁸⁾ che, se anche il *procurator* avesse pagato con denaro del *dominus*, l'accipiente avrebbe comunque acquistato la proprietà della *pecunia*, non appena si fosse verificata la *consumptio* oppure il danno percepito si fosse confuso con il suo (*commixtio*). Ne deriva che non si tratterebbe qui di un problema di proprietà della *pecunia*. Concentrando, allora, l'attenzione sulla ratifica è

⁽⁵⁶⁾ In letteratura nessuno sembra avere dubitato della genuinità del passo: cfr. *Index Interpolationum*, I, 181.

⁽⁵⁷⁾ Anche APATHY, *Procurator*, 76 perviene alla conclusione che il passo abbia per oggetto un pagamento indebito: « Es wäre danach verwunderlich, sollte Paulus ohne ausdrücklichen Hinweis im § 3 ausschließlich von der Zahlung eines *debitum* gehandelt haben ».

⁽⁵⁸⁾ Sul punto cfr. *supra* § precedente.

evidente che, nel passo, Giuliano non facesse alcun cenno ad essa. Tale silenzio sembrerebbe potersi interpretare nel senso che, sotto questo profilo, la fattispecie giuliana si differenzerebbe da quella labeoniana. Infatti, mentre nella prima di ratifica non si fa parola, nella seconda si parla esplicitamente di pagamento non ratificato. Ma, al riguardo, è da rilevare che, come accennato ⁽⁵⁹⁾, se chiunque poteva pagare per altri un debito, per un indebito era necessario che il *solvens* ricevesse la ratifica dell'interessato, perché la *solutio* si intendesse come fatta da lui. Ora, non sfugge che la ratifica, per quanto riguarda gli effetti, non si differenziasse molto da un'autorizzazione ⁽⁶⁰⁾. Infatti sia la *ratihabitio* che il *iussum* rappresentano manifestazioni di volontà del *dominus*, rispettivamente, successiva e precedente all'adempimento. Nulla, allora, impedirebbe di congetturare che Giuliano con la sua concisa affermazione facesse riferimento non ad un caso di pagamento non ratificato, come era, invece, per Labeone, ma ad una generica ipotesi in cui la *solutio* era espressamente autorizzata da un *dominus* che ne ignorava il carattere indebito oppure in cui tale pagamento riceveva dallo stesso interessato una successiva ratifica. Sarebbe, dunque, proprio il carattere generale dell'enunciazione giuliana che consentirebbe di ritenere che il caso prospettato da Labeone nel *principium* del frammento 6 costituisca forse un'ipotesi particolare, meno frequente rispetto a quella in cui il *procurator* ricevesse o un assenso preventivo o un'approvazione successiva del suo operato.

Dall'altro lato si è detto che, se il *procurator* avesse pagato con danaro proprio, ma per conto altrui non avrebbe ripetuto l'indebito, poiché « danach kann sich der redliche Empfänger darauf verlassen, daß die Leistung demjenigen zugerechnet wird, in dessen Namen sie erfolgt ist » ⁽⁶¹⁾; sarebbe stato,

⁽⁵⁹⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽⁶⁰⁾ Che la *ratihabitio* fosse considerata dai giuristi classici equivalente del *iussum*, risulta da diverse fonti, tra cui D.46,3,12,4 (Ulp. 30 *ad Sab.*): ... *rati enim habitio mandato comparatur* e D.46,3,49 (Marc. *l. sing. ad hypothecariam formulam*): ... *sed et si iussu eius alii solvatur ... ratam quoque solutionem si creditor habuerit, idem erit*. Sul rapporto ratifica/*praepositio* e sulla figura del *procurator*-gestore, si veda più ampiamente *infra* § 23.

⁽⁶¹⁾ APATHY, *Procurator*, 85, che — con una ricostruzione persuasiva e ben arti-

quindi, comunque il *dominus* il soggetto legittimato a rivolgersi all'accipiente per ottenere la restituzione di quanto pagato. Ne conseguiva che nei confronti dell'accipiente sarebbe stato il *dominus* — e non già il *procurator* — a *condicere* — e non già a rivendicare — la *pecunia* data.

Ora, sono queste riflessioni che — per quanto mi consta — giustificerebbero la soluzione di Giuliano, per cui i due casi erano da risolvere nel medesimo modo. Non avrebbe, quindi, assunto rilevanza mettere a fuoco il momento precedente alla *datio* allo scopo di comprendere se la *pecunia* fosse di chi aveva eseguito il pagamento o di colui per cui conto esso era stato effettuato. Infatti la proprietà del danaro non avrebbe affatto importato ai fini della risoluzione del caso, ovvero la decisione di negare al *procurator* il potere di *condicere*.

In questa prospettiva la *ratio* della breviloquente affermazione di Giuliano diventa finalmente chiara: all'effettivo *solvens* non sarebbe mai stata concessa la ripetizione, perché comunque operava per conto altrui. Nel caso in cui il *procurator* pagasse con *pecunia sua*, sarebbe stato il *dominus* a farsi onere di ricostituire quell'equilibrio patrimoniale che si era turbato per suo ordine o con il suo consenso. Nel caso in cui il danaro fosse del *dominus*, a maggior ragione era quest'ultimo quello patrimonialmente interessato al recupero di quanto indebitamente pagato, che avrebbe potuto riavere con l'esperimento della *condictio*.

In definitiva, alla luce di queste considerazioni, la soluzione giuliana appare quanto mai semplice ed equa. In effetti, il fatto di decidere che il *procurator* comunque non agisse per la ripetizione, elimina opportunamente *ab origine* ogni que-

colata — arriva alla conclusione che per l'accipiente in buona fede vi era una sorta di tutela dell'« affidamento », tale che costui non avrebbe dovuto preoccuparsi se il pagamento percepito fosse o meno ratificato dal *dominus*: il solo fatto che il *procurator* operasse *alieno nomine* comportava che il creditore rispondesse solo di fronte al *dominus negotii* (p. 87): « so gilt für den Empfänger der Geschäftsherr als der grundlos Leistende »; per quanto riguarda la tutela da accordare al *procurator* che pagava l'indebito con danaro proprio, l'autore chiarisce che o il *procurator* avrebbe potuto agire nei confronti del *dominus* con un'*actio mandati*, oppure lo stesso non avrebbe goduto di alcuna tutela, perché (p. 88) « wer fremde Schuld bezahlt oder zu bezahlen glaubt, trägt ein gewisses Risiko ».

stione sulla proprietà del danaro ⁽⁶²⁾. Ma non solo. A mio avviso, l'accordare al *dominus* la ripetizione faceva sì che il diretto interessato potesse ripetere quanto era nel suo interesse ripetere, perché comunque si trattava di un pagamento effettuato per suo conto; si evitava così l'eventuale duplice passaggio di una ripetizione a carico del *procurator* e della successiva restituzione che quest'ultimo avrebbe dovuto fare al primo ⁽⁶³⁾. Dunque, se non può negarsi che le difficoltà esegetiche che il testo giuliano crea siano dovute alla univocità della soluzione data a casi strutturalmente differenti, è da riconoscere, tuttavia, che una simile decisione appianava ogni controversia nel modo più lineare possibile, forse coerentemente a quella caratteristica fondamentale del diritto romano che è il principio della semplicità, « come opposto della complicatezza », come « riduzione a pochi motivi che parlano chiaro » ⁽⁶⁴⁾.

15. *Pagamento indebito del procurator al fur.*

Era Cervidio Scevola, nelle *Quaestiones*, a descrivere un altro caso di pagamento del *procurator*:

⁽⁶²⁾ Si tratta di quanto APATHY, *Procurator*, in particolare 87 s. mette — acutamente — in evidenza, precisando che, in tale modo, l'accipiente poteva comunque considerare che l'*indebitum solvens* fosse il *dominus*.

⁽⁶³⁾ Che, in caso di generico pagamento indebito *pro alio*, la legittimazione a *condicere* dell'*alius* non rimase una soluzione isolata, sembra potersi sostenere sulla base di una costituzione della fine del III d.C. e cioè C.4,5,6 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. *Mnaseae* a. 293): *Si per ignorantiam facti non debitam solutam quantitatem pro alio solvistis et hoc adito rectore provinciae fuerit probatum, hanc ei cuius nomine soluta est restitui eo agente providebit*. Qui la questione di chi potesse agire per la ripetizione dell'indebito si poneva in relazione ad un pagamento effettuato per *ignorantia facti*: la *condictio* non spettava a chi avesse materialmente pagato, bensì *ei cuius nomine soluta est* e, quindi, al *dominus*. Sebbene si sia discusso sulla genuinità del testo e si sia — credibilmente — ipotizzato di essere in presenza di un testo rabberciato (in tale senso si sono pronunciati DONATUTI, *Le causae*, 113 e SCHWARZ, *Die Grundlage*, 106), quanto mi interessa porre in evidenza è che anche qui la ripetizione veniva negata al datore materiale della somma pagata, da cui potrebbe forse arguirsi che il criterio giuliano di risoluzione di D.12,6,6,3 abbia continuato, dopo Giuliano, ad essere applicato, estendendosi anche a fattispecie diverse da quella in cui autore del pagamento fosse un *procurator*, arrivando a prescindere dal ruolo rivestito dall'*alius*.

⁽⁶⁴⁾ Sono le parole di SCHULZ, *I principii*, 60 s.

D.13,1,18 (Scaev. 4 *quaest.*): *Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. sed altera condictione altera tollitur* ⁽⁶⁵⁾.

Il giurista, riportando l'opinione di Pomponio, prospettava, in tema di *procurator* e *solutio*, una fattispecie differente rispetto a quelle finora descritte. Infatti, qui l'*accipiens* era in malafede (*cum quis indebitos nummos sciens acceperit*), in quanto si era finto creditore, ben sapendo che la prestazione non gli era affatto dovuta.

Ora, è noto che, se l'*accipiens* era a conoscenza del carattere indebito del pagamento, nel momento in cui lo riceveva, commetteva furto ⁽⁶⁶⁾. Ed era in questo senso che Scevola risolveva il caso di specie (*an ipsi furtum fiat*), riconoscendo che nei confronti del *procurator* veniva perpetrato un furto. Invero si rileva che la risposta del giurista, data citando l'autorità di Pomponio, sembra — per quanto mi consta — oltrepassare i limiti della *quaestio* posta dallo stesso. Infatti il testo, sottintendendo che il *procurator* era vittima del furto, precisava che lo stesso avrebbe potuto agire con la *condictio ex causa furtiva* per la ripetizione dei *nummi* (*ipsum condicere ait ex causa furtiva*) e si occupava, altresì, della forma di tutela di cui avrebbe goduto *Ego*, ovvero il *dominus negotii*.

Considerando primariamente la posizione del *solvens*, si constata che allo stesso sarebbe spettata la *condictio furtiva* e non già la *condictio indebiti*. Infatti, mancando la buona fede

⁽⁶⁵⁾ Si veda LENEL, *Palingenesia*, II, § 148, 275.

⁽⁶⁶⁾ Lo precisano espressamente, per esempio, GLÜCK, *Commentario*, 590, § 827 e KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio*, I, 255, § 16; più di recente si veda PIKA, *Ex causa furtiva*, 53 s. Però, nel senso che sarebbe esistita in giurisprudenza divergenza di opinioni sul punto, per cui secondo alcuni giuristi non era affatto automatico che l'accipiente in mala fede commettesse furto, si veda F. FITTING, *Sciens indebitum accipiens* [tesi di dottorato], Lausanne, 1926, 19 ss., la cui interpretazione non è qui, però, possibile approfondire e discutere, in quanto porterebbe ad allontanarsi troppo dagli obiettivi che questa ricerca si propone di raggiungere.

del creditore, veniva perpetrato un furto e, conseguentemente, la *condictio indebiti* risultava inapplicabile.

Si noti, inoltre, che il *procurator* pagò l'indebitato con denaro proprio (*suos nummos solvat*). Viene così coinvolta nuovamente la questione della *datio* e del trasferimento della proprietà del denaro, proprietà che in D.12,6,6,3⁽⁶⁷⁾ si è visto non rilevare sulla decisione che negava al *procurator* la legittimazione a *condicere* l'indebitato. Qui, invece, l'appartenenza del danaro sembra rivestire importanza. In effetti, non sfugge che, nel caso in cui l'*accipiens* fosse in malafede, era particolarmente importante sapere a chi appartenesse la *pecunia*, in quanto la *condictio furtiva* spettava al solo proprietario⁽⁶⁸⁾. Quindi, nel passo in questione, la precisazione che si trattasse di *nummi sui* era necessaria, visto che, solo se il *procurator* fosse stato proprietario della somma indebitamente pagata, avrebbe potuto esperire la *condictio furtiva* contro il *fur*.

Ma che cosa si sarebbe verificato se il *dominus* avesse ratificato il pagamento del *solvens*? Si arriva così al punto che qui maggiormente interessa e cioè la posizione di colui nel cui interesse il pagamento fu effettuato. Se questi ratificava l'operato del *procurator*, la disciplina giuridica applicabile alla fattispecie mutava. Secondo Scevola non solo avrebbe potuto ripetere il *procurator*, ma — è da presumersi in concorso eventuale — anche il *dominus* (*sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit*)⁽⁶⁹⁾. Pertanto la *solutio*, in seguito

⁽⁶⁷⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽⁶⁸⁾ È l'esordio del titolo 13,1 a riportare il famoso passo ulpiano: D.13,1,1 (18 *ad Sab.*): *In furtiva re soli domino condictio competit*; sulla questione della legittimazione attiva alla *condictio furtiva* si veda, specificamente, PIKA, *Ex causa furtiva*, 35 ss.

⁽⁶⁹⁾ Tutta la seconda parte del testo di Scevola, *sed ... tollitur*, è ritenuta — a torto — insitica, per esempio, da HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in ZSS, 40, 1919, 281 nt. 1, da DONATUTI, *Le causae*, 112 e da SCHWARZ, *Die Grundlage*, 56, secondo cui — poco persuasivamente — sarebbe da attribuire ai compilatori la concessione al *dominus* della *condictio*, tale da creare un concorso di azioni; parla genericamente di interpolazione anche BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS, 46, 141 nt. 1. Si pronunciano, invece, espressamente a favore della genuinità del passo CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, 298 e LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen, 1972, 132. Citano rapidamente il passo anche BERTOLINI, *La ratifica*, I, 60; HAYMANN, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachübergabe im römischen Recht*, in BIDR, 59-60, 1956, 3; ANGELINI, *Il procurator*, 128 nt. 166, che,

alla ratifica, acquistava la valenza di un pagamento del *dominus* ⁽⁷⁰⁾, con il conseguente trasferimento della legittimazione ad agire per ripetere la *pecunia*.

Ora, è significativo notare che, nella seconda ipotesi di D.13,1,18, non è chiaro di che fattispecie applicativa della *condictio* si trattasse. Se, infatti, risulta evidente che al *procurator* spettasse la *condictio furtiva*, d'altro lato, non è esplicitato se al *dominus* spettasse la *condictio furtiva* o la *indebiti*.

Sul punto la critica romanistica si è divisa. « Dass die von Pomponius-Scevola dem *dominus* zugesprochene *condictio die condictio furtiva* ist » ⁽⁷¹⁾, è opinione che è stata spesso condivisa ⁽⁷²⁾. Sarebbe la frase *sed et me condicere*, espressa da Pomponio senza precisazioni e specificazioni, a fare propendere per una esperibilità da parte del *dominus* della *condictio furtiva*, così come da parte del *procurator*, di cui il giurista ha parlato poco prima. In questa prospettiva la conclusione del passo *sed ... tollitur* sarebbe da intendere nel senso che non fosse ravvi-

mentre in un primo momento menziona il passo a proposito di un *procurator* che paga con danaro proprio, poi (p. 216) — inspiegabilmente — considera lo stesso a proposito di un *procurator falsus creditor* (nel testo scevoliano c'è sì un *falsus creditor*, ma non è certo il *procurator* che è colui che paga e non colui che riceve il pagamento); VAN WARMELO, *Iusta causa traditionis*, in Studi Sanfilippo, 1, Milano, 1982, 637 ss.; MASIELLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari, 1999, 92, 198, 202. Considera D.13,1,18 in più punti del suo lavoro anche F. FITTING, *Sciens indebitum accipere*, 14, 22, 44, 51, nella sua indagine volta a verificare se il pagamento all'*accipiens sciens* integrasse o meno una fattispecie di furto, senza, però, mai fare del passo scevoliano una approfondita esegesi.

⁽⁷⁰⁾ Così — opportunamente — APATHY, *Procurator*, 79.

⁽⁷¹⁾ LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, 389.

⁽⁷²⁾ Cfr., per esempio, VOCI, *Modi di acquisto della proprietà. (Corso di diritto romano)*, Milano, 1952, 157 e CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, 298; da ultimo ha riconosciuto nel passo una fattispecie applicativa della *condictio furtiva* ΠΙΚΑ, *Ex causa furtiva*, 54 che dà, però, del testo un'innovativa interpretazione non condivisibile, ritenendo di riconoscere in D.13,1,18 un caso di delegazione di pagamento e precisamente un caso in cui Scevola-Pomponio condividerebbero la « Durchgangstheorie » di Celso, in quanto la *ratihabitio* realizzerebbe il primo trapasso di proprietà, quello dal delegato al delegante, mentre il secondo trapasso, dal delegante al delegatario, non avrebbe luogo a causa della malafede dell'accipiente (da cui l'applicazione della *condictio*); invero non sembra esistere alcun appiglio che consenta di congetturare che, in D.13,1,18, il pagamento avvenne in seguito a *delegatio* e non semplicemente per conto altrui.

sabile concorso di azioni tra la *condictio furtiva* concessa al *procurator* e *condictio furtiva* concessa al *dominus* ⁽⁷³⁾.

Altri, invece, hanno ritenuto che Scevola e Pomponio avrebbero inteso legittimare il *dominus* alla *condictio indebiti* ⁽⁷⁴⁾. Una tale interpretazione della fattispecie risulta più verosimile, in quanto viene suffragata dal confronto con un passo che è stato spesso studiato congiuntamente a D.13,1,18 ⁽⁷⁵⁾:

D.47,2,81,7 (Pap. 12 *quaest.*): *Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit et Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio. sed condictio- nem indebiti quidem Titius habebit, furtivam autem qui pecuniam dedit: quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, arbitrio iudicis ei praestabitur.*

Sebbene qui un approfondimento del testo papiniano porterebbe troppo lontano rispetto ai fini che questa ricerca si propone, è importante focalizzare l'ultima frase del testo, ovvero *sed condictio- nem indebiti quidem Titius habebit, furtivam autem qui pecuniam dedit* ⁽⁷⁶⁾. In essa Papiniano affermava in modo esplicito, non lasciando adito a dubbi di alcun genere sul

⁽⁷³⁾ Così LEVY, *Die Konkurrenz*, I, 390, precisando, altresì, — peraltro con un'osservazione non molto convincente — che, se Scevola avesse voluto decidere nei confronti di chi veniva commesso il furto — contro il *procurator* o contro il *dominus* —, non avrebbe formulato la *quaestio* con *an ipsi furtum fiat*, ma con *utrum ipsi an domino furtum fiat* oppure con *utri furtum fiat*.

⁽⁷⁴⁾ In tale senso LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, 132; APATHY, *Procurator*, 78; FLUME, *Zur Lehre*, 94 e, da ultimo, ALONSO, *Delegare*, 373.

⁽⁷⁵⁾ Anche LEVY, *Die Konkurrenz*, I, 390, come il resto della letteratura, mette i due testi a confronto e, dovendo trovare una giustificazione alla sua interpretazione di D.13,1,18 quale caso di applicazione della *condictio furtiva*, è costretto ad ipotizzare una divergenza di opinioni tra Papiniano e il suo predecessore Scevola. Si veda, su D.41,2,81,7, anche BERTOLINI, *La ratifica*, I, 60 s. e APATHY, *Procurator*, 79, che ritiene il passo particolarmente « bemerkenswert » nell'ambito della sua indagine — volta ad individuare la diversità di effetti di un pagamento indebito nel caso di *solutio* in nome proprio e di *solutio* in nome altrui —, in quanto attesta l'uso dell'espressione *nomine ... procuratori*.

⁽⁷⁶⁾ Se di recente PIKA, *Ex causa furtiva*, 56 ha ancora dubitato della classicità delle due qualifiche date alla *condictio* come frutto di un tentativo scolastico, postclassico o giustiniano di categorizzazione di ipotesi di applicazione della unitaria *condic-*

punto, che al *procurator* spettava la *condictio furtiva*, mentre al *dominus* competeva la *condictio indebiti*. Non sembra rilevare il fatto che, nel caso di specie, si trattasse di un pagamento effettuato da un *negotiorum gestor* ⁽⁷⁷⁾, dove interveniva sì un *procurator*, ma in qualità di accipiente dell'indebito. Quello che importa è che l'accipiente, come accadeva anche in D.13,1,18, fosse in malafede (Papiniano parlava di *falsus procurator*). Il passo, infatti, diventa determinante nell'indagine quando identifica nel *dominus*, che ratificò il pagamento di chi operava per suo conto, l'attore della *condictio indebiti* esercitata nei confronti del *fur*. Anche in D.13,1,18, allora, al *dominus* sarebbe spettata la *condictio indebiti* e non la *condictio furtiva*.

Questa interpretazione, tuttavia, urta contro un ostacolo consistente e cioè lo stato psicologico dell'*accipiens*. Infatti, come poteva essere convenuto *ex causa indebiti* *accipiens* che era in malafede, se proprio la sua mala fede comportava che ci fosse *furtum*? Il punto non sembra essere stato approfondito da chi si pronuncia, riguardo ai due passi, a favore della legittimazione del *dominus* a *condicere ex causa indebiti*. Se *prima facie* la questione sembra di difficile risoluzione, si ritiene possibile fare una congettura. Premesso che la buona fede dell'accipiente era necessaria ai fini della esperibilità della

tio classica (secondo l'autore D.47,2,81,7 non avrebbe parlato di indebitum e l'unico legittimato alla *condictio* sarebbe rimasto il *gestor* in qualità di derubato), tale opinione è stata subito — opportunamente — smentita da BURDESE, *Rec. a Pika*, in SDHI, 55, 1989, 478, che evidenzia come già Papiniano avesse qualificato la *condictio* come *indebiti* in contrapposto a quella *furtiva*, il che sarebbe dimostrato dalla frase finale del passo — *quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, arbitrio iudicis ei praestabitur* — che inequivocabilmente individua l'interesse del *dominus*, se convenuto con l'*actio negotiorum gestorum*, ad ottenere la cessione dell'azione reipersecutoria spettante al *procurator* in qualità di derubato.

⁽⁷⁷⁾ Sul gestore di affari altrui, in generale, cfr., tra i numerosi contributi, BIONDI, *Gestione di affari altrui (Diritto romano)*, in NNDI, 7, 1961, 810 ss.; NICOSIA, *Gestione di affari altrui (Diritto romano)*, in ED, 18, Milano, 1969, 628 ss.; TALAMANCA, *Le fattispecie dell'actio negotiorum gestorum*, in Labeo, 17, 1971, 217 ss.; si rinvia per un quadro della letteratura sull'istituto ai più recenti contributi a NEGRI, *La gestione d'affari nel diritto romano*, in Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener, Madrid, 1994, 661 ss.; ANKUM, "Utiliter gestum", in OIR, I, 1995, 19 ss.; CENDERELLI, *La negotiorum gestio, passim* e, da ultimo, FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. I. Azione pretoria ed azione civile*, Napoli, 1999.

condictio indebiti, a mio avviso, si potrebbe credere che tale stato di *inscientia* rilevasse solo nel rapporto tra l'*accipiens* e il *solvens*. Infatti se l'accipiente sapeva che il pagamento del *solvens* non gli era dovuto, inevitabilmente non si trattava di indebito, ma di furto e il *solvens* poteva ripetere solo con la *condictio furtiva*. Diversamente, nel momento in cui il *dominus* con la ratifica assumeva su di sè la responsabilità del pagamento e, quindi, nel momento in cui interveniva un soggetto materialmente terzo alla situazione iniziale, avrebbe acquistato importanza solo il fatto del trasferimento indebito e non più la circostanza che l'accipiente fosse *fur*.

16. *Il caso del procurator in rem suam factus.*

In altro testo, questa volta appartenente ai *Digesta*, ancora Cervidio Scevola descriveva un caso di pagamento indebito per conto altrui, domandandosi chi fosse colui cui competeva la ripetizione:

D.12,6,67,2 (Scaev. 5 dig.): *Titius cum multos creditores haberet, in quibus et Seium, bona sua privatim facta venditione Maevio concessit, ut satis creditoribus faceret: sed Maevius solvit pecuniam Seio tamquam debitam, quae iam a Titio fuerat soluta: quaesitum est, cum postea repperiantur apochae apud Titium debitorem partim solutae pecuniae, cui magis repetitio pecuniae indebitae solutae competit, Titio debitori an Maevio, qui in rem suam procurator factus est. respondit secundum ea quae proponerentur ei, qui postea solvisset* ⁽⁷⁸⁾.

Protagonisti della fattispecie descritta dal giurista sono Tizio, Seio e Mevio. Tizio era debitore di diversi soggetti tra cui di Seio (*in quibus et Seium*); ad un certo momento Tizio, allo scopo di soddisfare i creditori, decise di vendere tutti i beni a Mevio. Quindi Mevio pagò a Seio (*Maevius solvit pecuniam Seio*), ma accadde, nel frattempo, che Seio aveva già in parte ricevuto il pagamento da Tizio (*iam a Titio fuerat soluta*). Ne

⁽⁷⁸⁾ Cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, 220, § 14.

consegua che uno dei due pagamenti risultava inevitabilmente indebito.

Era lo stesso Scevola che, ponendosi la questione di quale delle due *solutiones* fosse non dovuta, si domandava chi dei due potesse agire per la ripetizione di quanto pagato (*cui magis repetitio pecuniae indebitae solutae competit*), Tizio e, quindi, l'effettivo debitore, oppure Mevio e, pertanto, l'autore del pagamento effettuato (*Titio debitori, an Maevio*). La soluzione del caso era nel senso di ritenere l'azione esperibile da parte di Mevio (*respondit secundum ea quae proponerentur ei, qui postea solvisset*).

Il passo è stato studiato ⁽⁷⁹⁾ al fine di verificare se, in esso, si trovi o meno menzione dell'errore del *solvens*. Nell'ambito della lunga, anche se ormai risolta disputa sull'essenzialità dell'errore ai fini dell'esperibilità della *condictio indebiti*, contro chi ha tentato di dimostrare che l'*inscientia* non fosse un requisito sempre necessario ⁽⁸⁰⁾, anche se magari si trattava dell'ipotesi più frequente ⁽⁸¹⁾, si è citato ⁽⁸²⁾ proprio il passo contenuto in D.12,6,67,2. Qui l'errore sarebbe evidente non solo per il fatto che successivamente furono trovate le ricevute del pagamento del *dominus* (*cum postea repperiantur apochae*), ma già per la frase *Maevius solvit pecuniam Seio tamquam debitam*; precisamente il *tamquam* rivelerebbe il fatto che Mevio pensava di effettuare un pagamento debito.

Il punto che, però, qui maggiormente interessa è determinare la *ratio* della decisione scevoliana. Allo scopo si rivela importante capire quale fosse la posizione di Mevio che, nel testo, viene definito *procurator in rem suam*. Il rilievo, per cui il termine *procurator* costituirebbe un'interpolazione e il testo

⁽⁷⁹⁾ Invero il passo appare essere stato alquanto trascurato in letteratura; su di esso si veda, per esempio, CRUZ, *Da « solutio »*, I, Coimbra, 1962, 84, 280 s. che, peraltro, si limita solo a citarlo.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. l'insistente produzione sul tema di SOLAZZI, *L'errore*, 99 ss.; IDEM, *Ancora dell'errore*, 55 ss.; IDEM, *Le condictiones*, 1 ss.

⁽⁸¹⁾ È questa l'intuizione originale di SANFILIPPO, *Condictio, passim*, che, però, non ha trovato seguito in letteratura, visto che ormai è consolidata l'opinione per cui l'errore sarebbe sempre stato un requisito indispensabile. Sul punto cfr. *infra* § 49.

⁽⁸²⁾ Così SCHWARZ, *Die Grundlage*, 70.

avrebbe in realtà parlato di *cognitor in rem suam* ⁽⁸³⁾, non pare fondato. Infatti la critica romanistica più recente ammette l'uso classico di *procurator in rem suam* esattamente come quello di *cognitor* senza particolari sfumature di significato ⁽⁸⁴⁾.

Ora, sebbene — come è noto — una *bonorum venditio* effettuata privatamente non producesse gli effetti tipici dell'istituto pretorio con il subingresso dell'acquirente nell'identica posizione giuridica del debitore insolvente ⁽⁸⁵⁾, risulta dal testo che la vendita fu attuata *ut satis creditoribus faceret*. Ne consegue, pertanto, che Mevio, proprio nel momento in cui divenne *emptor* dei beni dal debitore, assunse l'incarico di pagare i creditori o, meglio, acquistò i beni al fine specifico di soddisfare i creditori. Se ne desume che, dal momento dell'*emptio*, Tizio fu alleviato dal compito dell'adempimento che contemporaneamente veniva a gravare sull'*emptor* ed entrava così a fare parte del ruolo che quest'ultimo si era trovato ad assumere. Sarebbe, allora, questo il motivo per cui Scevola avrebbe tenuto a precisare che Mevio era un *procurator in rem suam*, nel senso, quindi, di soggetto incaricato a compiere qualcosa *in rem suam* e, quindi, per il suo interesse privato.

Risolta la questione della posizione del *solvens*, rimane da identificare, per quale motivo il giurista avrebbe ritenuto solo costui legittimato alla ripetizione e non, invece, Tizio. La *ratio* della decisione sembra, invero, evidente. Mevio fu colui che *postea solvisset*. Ne deriva che, quando Tizio si trovò a pagare Seio, allora si trattò di un pagamento debito. Sarebbe stato, invece, il secondo pagamento quello non dovuto, in seguito all'estinzione del debito conseguente alla prima *solutio*. Dunque Scevola non avrebbe potuto decidere diversamente il caso, se non conferendo la legittimazione a ripetere a chi effettivamente aveva compiuto una *solutio indebiti*.

⁽⁸³⁾ Così SERRAO, *Il procurator*, 102.

⁽⁸⁴⁾ In questo senso si veda TALAMANCA, *Istituzioni*, 653.

⁽⁸⁵⁾ In generale, sulle conseguenze della *bonorum venditio* sulla posizione del *bonorum emptor* si veda, da ultimo, PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*, Madrid, 2000, in particolare 281 ss., cui si rinvia per un quadro delle diverse interpretazioni che la letteratura ha dato dell'istituto.

Invero la soluzione individuata dal giurista si rivela anti-tetica rispetto a quelle dei casi che si sono in precedenza considerati e, in particolare, stride con il principio giuliano di D.12,6,6,3⁽⁸⁶⁾, in cui si negava esplicitamente la *condictio indebiti* al *procurator*. Anche nei passi precedentemente analizzati il *procurator* si trovava ad essere il *solvens* — con l'unica differenza che era l'unico *solvens* e non il secondo, come accade, invece, nel testo scevoliano — ma, pur pagando un indebitto, non era riconosciuto quale attore della *condictio*.

Ora, la differenza di disciplina sembra avere, per quanto mi consta, una sua giustificazione. Infatti, in D.12,6,67,2, il *solvens* è sì un *procurator*, ma *in rem suam*, per cui — come si è detto — quando pagava, pagava nel suo interesse e non in quello del debitore. In effetti dal momento in cui la *bonorum venditio* si concludeva, Tizio, venendo esonerato dall'obbligo di soddisfare i creditori, si trovava ad uscire di scena, mentre Mevio, pur dovendo pagare i creditori non suoi, ma di Tizio, rimaneva quale l'unico protagonista della vicenda debitoria. Dunque non avrebbe avuto alcun senso legittimare il debitore alla *condictio*: troverebbe così spiegazione l'insolita soluzione di accordare al *procurator* l'azione per ripetizione nei confronti dell'accipiente.

B. *Il procurator indebitum accipiens*

17. *La fattispecie.*

Dopo avere considerato i casi di pagamento indebitto del *procurator*⁽⁸⁷⁾ e prima di rivedere gli stessi in una chiave più generale⁽⁸⁸⁾, sembra utile estendere l'indagine alle fattispecie di pagamento indebitto compiuto ad un *procurator*. Avendosi, infatti, constatato la tendenza dei giuristi a ricollegare effetti diversi, sotto il profilo del *condicere*, al caso del pagamento ratificato dal *dominus* e a quello del pagamento non ratificato, è

⁽⁸⁶⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. *supra* questo cap. *sub* A.

⁽⁸⁸⁾ Per le risultanze di tutte le fonti in tema di *procurator* cfr. *infra* § 25.

importante verificare se lo stesso modo di procedere si profilasse anche per l'ipotesi esattamente speculare, ovvero quella in cui il *procurator* non era colui che pagava, ma colui che riscuoteva il pagamento.

Invero la decisione di considerare la questione del *procurator-solvens* e quella del *procurator-accipiens* separatamente e non già congiuntamente, diversamente dal modo di procedere che si è avuto in tema di rapporto delegatorio, è risultata una scelta obbligata, giacché qui non si tratta di un rapporto strutturalmente triangolare, bensì di un rapporto semplicemente bilaterale che può diventare trilaterale in due casi diversi e cioè a seconda se il *procurator* intervenisse a pagare oppure a riscuotere. Dunque è ovvio che ognuna delle due ipotesi venisse considerata dai giuristi singolarmente. Peraltro la complementarità dei due profili è particolarmente evidente nel frammento 6 del titolo 12,6, tratto dal commentario paolino a Sabino, dove il *principium* riguarda il pagamento del *procurator*, il § 1 e il § 2, invece, hanno per oggetto il pagamento effettuato del *procurator*, mentre il § 3 torna a parlare del pagamento del *procurator*.

Ora, prima di verificare in concreto con la lettura delle testimonianze come i giuristi decidessero in merito ad un pagamento indebito effettuato ad un *procurator*, pare opportuno domandarsi, in generale, quali fossero i poteri conferiti a quest'ultimo in qualità di accipiente. Invero, se un *procurator*, così come un terzo qualsiasi, poteva effettuare un pagamento in luogo del *dominus* ⁽⁸⁹⁾, la riscossione *nomine creditoris* si presentava in modo diverso a seconda della natura del rapporto interno che intercorreva tra creditore e *procurator*. In effetti, se l'accipiente non era un mandatario, ma un soggetto incaricato dal creditore di riscuotere, era necessario che il creditore indicasse al debitore a chi pagare ⁽⁹⁰⁾, per cui contemporaneamente il creditore avrebbe impartito al *procurator* un mandato a riscuotere dal debitore e al debitore un *iussum ad solvendum* al *procurator*. Invece, il pagamento al mandatario aveva immediata efficacia liberatoria per il debitore, consentendo che si

⁽⁸⁹⁾ Cfr. *supra* § 12.

⁽⁹⁰⁾ In questo senso BETTI, *Appunti di teoria*, 297.

producesse l'effetto traslativo a favore del creditore; inoltre il debitore, nel momento in cui effettuava il pagamento, non necessitava di un *iussum* da parte del *dominus* che gli indicasse colui a cui pagare, poiché il mandatario aveva il potere di riscuotere direttamente. Se, infine, l'accipiente era un *procurator*-gestore, non era legittimato a ricevere il pagamento, ma il *dominus* poteva intervenire successivamente e ratificare la *solutio*.

La ragione per cui ci si è ora soffermati su argomenti noti consiste nell'esigenza di rispondere all'inevitabile interrogativo che si pone ogni volta in cui si parla di una figura complessa e poliedrica come quella del *procurator*, ovvero di quale fosse, nella fattispecie in questione, la sua funzione. Peraltro queste distinzioni sono di regola fondamentali nel caso di pagamento di debito, ai fini cioè della liberazione del debitore ⁽⁹¹⁾. Invece si è constatato ⁽⁹²⁾ come non sia da attribuire eccessiva importanza a queste distinzioni nell'ambito dello studio della ripetizione dell'*indebitum solutum*, dove la *condictio* era comunque esperibile a causa del carattere non dovuto del pagamento, per cui era la presenza o meno della ratifica — e non la natura del rapporto *procurator/dominus* — a costituire « l'ago della bilancia » nel decidere a chi competesse l'azione di ripetizione. Si tratta, ora dunque, di vedere come fosse disciplinata la situazione esattamente speculare, ovvero la *solutio indebiti* al *procurator* e se, al riguardo, le suddette distinzioni assumessero rilevanza.

18. *Pagamento indebito non ratificato al procurator secondo Labeone.*

Si vogliono prendere le mosse dal § 1 del già citato frammento paolino 12,6,6 ⁽⁹³⁾:

D.12,6,6,1 (Paul. 3 *ad Sab.*): *Idem Labeo ait, si procura-*

⁽⁹¹⁾ Così BETTI, *Appunti di teoria*, 193 ss.

⁽⁹²⁾ Cfr. *supra*, in particolare, § 14.

⁽⁹³⁾ Cfr. *supra* §§ 13 ss. sull'esordio del frammento che trattava di pagamento indebito effettuato dal *procurator*.

tori indebitum solutum sit et dominus ratum non habeat, posse repeti.

Paolo, dopo avere citato le opinioni di Labeone e Celso, si concentrava su di un altro insegnamento di Labeone, riferendo come il suo antecessore risolvesse il caso della *solutio indebiti* al *procurator*. Secondo Labeone se la *ratihabitio* non era intervenuta (*dominus ratum non habeat*), la ripetizione era ammessa (*posse repeti*).

Invero il giurista, come in D.12,6,6 *pr.*, facendo uso del modo infinito del verbo, non precisava chi potesse agire con la *condictio indebiti*. La mancanza di un soggetto espresso del verbo potrebbe indurre a congetturare che, se il *dominus* avesse ratificato, al debitore non sarebbe stato consentito affatto chiedere la restituzione del non dovuto⁽⁹⁴⁾. Ma è ovvio che non sia questo il significato del testo, non solo perché non si capisce il motivo per cui la ripetizione sarebbe da escludere, ma anche perché il passo così inteso costituirebbe una soluzione completamente isolata rispetto al contenuto del resto del frammento⁽⁹⁵⁾. Infatti, anche senza dovere congetturare che l'inciso *et dominus ratum non habeat* sia da attribuire ai compilatori⁽⁹⁶⁾, risulta verosimile che la ripetizione fosse richiedibile dal debitore a chi avesse riscosso il pagamento; pertanto, il *procurator*, anche lui nominato nella protasi del periodo ipotetico, ma non nell'apodosi, era il convenuto dell'azione esperita dal debitore.

Ne deriva che la frase *et dominus ratum non habeat* sta a precisare non che, in presenza della ratifica, la ripetizione sarebbe stata esclusa, ma che, in conseguenza di ciò, essa non sarebbe più spettata contro il *procurator*. Infatti si arguisce a

⁽⁹⁴⁾ Si tratterebbe, però, di un'interpretazione che ben si attaglia alla convinzione che il passo fosse in materia di legati, come risulta dalla collocazione palingenetica: LENEL, *Palingenesia*, I, 1256, § 1643; ritengono che il testo sia in tema di legati BEHREND, *Die Prokurator*, 283 nt. 277, 284 s. e FLUME, *Zur Lehre*, 92; sul punto, più specificamente, *infra* § 24.

⁽⁹⁵⁾ Sul *principium* e sul § 3 cfr. *supra* §§ 13 e 14, sul § 2 cfr. *infra* § seguente.

⁽⁹⁶⁾ Ritieni necessario espungere la frase dal testo paolino DONATUTI, *Le causae*, 124, coerentemente a quanto sostenuto in relazione a D.12,6,6 *pr.*, opinione della cui infondatezza si è già detto. Ritieni — a torto — il testo in generale rimaneggiato BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS, 46, 141 nt. 1.

contrario che, se interveniva la ratifica, era il *dominus* ad essere chiamato a restituire l'indebito⁽⁹⁷⁾, seppure il pagamento fosse stato effettuato al *procurator*.

Avvalora questa interpretazione il confronto tra la soluzione della fattispecie *de qua* e la decisione del caso del pagamento indebito per mano del *procurator* riportato nel *principium* dello stesso frammento⁽⁹⁸⁾. L'importanza di tale confronto sembra posta in evidenza dalla presenza dell'avverbio *idem*⁽⁹⁹⁾ e dal fatto che Paolo si rifacesse in entrambi i passi all'autorità di Labeone, nonché dalla struttura della frase che è pressoché simmetrica rispetto a quella del *principium*:

fr. 6 <i>pr.</i>	fr. 6,1
— <i>Si procurator tuus indebitum solverit</i>	— <i>si procuratori indebitum solutum sit</i>
— <i>et tu ratum non habeas</i>	— <i>et dominus ratum non habeat</i>
— <i>posse repeti</i>	— <i>posse repeti</i>
— <i>Labeo libris posteriorum scripsit</i>	— <i>Labeo ait</i>

L'unica differenza — del resto di scarso rilievo — sembra consistere nel fatto che, nel *principium*, il *dominus* coincida con *Tu*, per cui viene fatto uso della seconda persona singolare del verbo, mentre nel § 1 il verbo è coniugato alla terza persona singolare, parlandosi genericamente di *dominus*. Inoltre nell'esordio del frammento si fa menzione della provenienza del-

⁽⁹⁷⁾ È questa l'interpretazione del passo condivisa dalla maggior parte della critica: cfr. HAYMANN, *Grenzen*, 11 s.; SERRAO, *Il procurator*, 98; SEILER, *Der Tatbestand*, 65 nt. 22; ANGELINI, *Il procurator*, 244; BURDESE, *Sul procurator*, 316; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, 155 s.; STOLMAR, *Die formula der actio utilis*, Sindelfingen, 1992, 8 nt. 45; CANNATA, *Atto*, 356; ALONSO, *Delegare*, 358; « Daß mit der Genehmigung die Haftung aus der conditio auf den Geschäftsherrn übergehe » è precisato, con riferimento a D.12,6,6,1, anche da SCHWARZ, *Die Grundlage*, 155 che cita pure D.12,4,14; menziona D.12,6,6,1, in contrapposizione a D.12,4,14, come caso in cui il riferimento è ad un *verus procurator*, anziché ad un *falsus*, F. FITTING, *Indebitum sciens accipiens*, 36; considera il testo anche EHRHARDT, *Iusta causa*, 76, sulla cui — discutibile — idea del significato del termine *repeti* si veda *supra* § 13.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. *supra* § 13.

⁽⁹⁹⁾ Che, come talvolta accade, l'*idem* sia di fattura compilatoria, non è stato sostenuto, in letteratura, neanche nella c.d. fase dell'« oltranzismo interpolazionista »: cfr. *Index Interpolationum*, I, 182.

l'insegnamento labeoniano, ovvero i *libri posteriorum*, mentre nulla risulta nell'ambito del § 1. Peraltro proprio la somiglianza dei due testi induce a ritenere che la derivazione fosse la medesima e che, quindi, entrambe le testimonianze fossero tratte dai *libri posteriorum* labeoniani, come, del resto, conferma la ricostruzione paligenetica leneliana ⁽¹⁰⁰⁾.

Dunque, non solo se il *procurator* era l'autore del pagamento indebito, ma anche se ne era il destinatario, si rivelava necessario determinare se fosse o meno intervenuta la ratifica. Peraltro la circostanza che si trattasse di un indebito comportava che la *condictio* fosse comunque esperibile: la presenza o l'assenza della *ratihabitio* avrebbero deciso non se la *pecunia* sarebbe stata o meno ripetibile, ma avrebbe definito nei confronti di chi era possibile esperire l'azione.

A questo punto rimane da vedere, nel caso di specie, di che tipo di *procurator* si trattasse ⁽¹⁰¹⁾. Il testo non precisa alcunché. Si è sostenuto che l'accipiente fosse un mandatario ⁽¹⁰²⁾, il quale, ricevendo una *solutio indebiti*, avrebbe operato al di fuori del mandato, con la conseguenza che, solo se il creditore avesse ratificato, avrebbe evitato di essere chiamato in giudizio a restituire il non dovuto. Tuttavia il passo è stato interpretato anche nel senso che il *procurator* fosse un semplice gestore ⁽¹⁰³⁾, per cui sarebbe mancata totalmente un'autorizzazione data allo stesso ad operare. Se la brevità del testo sembra non fornire il minimo appiglio per decidere quale fosse la funzione svolta dal *procurator* nel caso di specie, la circostanza che, nel § 2 del medesimo frammento 6, il *solvens* fosse un mandatario ⁽¹⁰⁴⁾ potrebbe forse costituire un indizio a favore della prima interpretazione, per cui Paolo avrebbe sottinteso, in entrambe le fattispecie di pagamento indebito, l'esistenza di un mandato o di un incarico.

Non mi pare, tuttavia, che tale precisazione muti il contenuto del testo paolino per quanto riguarda la risoluzione della fattispecie. Infatti il mancato intervento della ratifica comportava

⁽¹⁰⁰⁾ LENEL, *Palingenesia*, I, 536, § 236.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽¹⁰²⁾ In tale senso BEHRENS, *Die Prokurator*, 284 s.

⁽¹⁰³⁾ ANGELINI, *Il procurator*, 244 s.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. *infra* § successivo.

tava comunque che la *condictio indebiti* fosse esperibile contro l'accipiente, mentre la *ratihabitio* avrebbe reso il pagamento come percepito dal *dominus*, onde conseguiva la sua legittimazione passiva all'azione. La circostanza che le *res solutae* fossero state ricevute per eseguire un mandato oppure vi fosse stata l'iniziativa spontanea dell'accipiente, non avrebbe, dunque, rilevato ai fini della decisione del caso.

19. *Pagamento al procurator secondo Celso.*

Dello stesso frammento 6 importa leggere anche il prosieguo:

D.12,6,6,2 (Paul. 3 *ad Sab.*): *Celsus ait eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari neque ratihabitionem considerari: quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum.*

Paolo, dopo avere riportato l'insegnamento di Labeone, continuava citando quello di Celso, in cui si distingueva tra pagamento debito al *procurator* e pagamento indebito allo stesso⁽¹⁰⁵⁾. Nel primo caso il debitore-*solvens* veniva immediatamente liberato, indipendentemente dall'intervento della ratifica del *dominus* (*continuo*⁽¹⁰⁶⁾ *liberari neque ratihabitionem considerari*). Ciò stava a significare che la *solutio debiti* del debitore ad un *procurator* determinava la sua liberazione, anche

⁽¹⁰⁵⁾ Anche qui è da ritenere, a mio avviso, che si trattasse di pagamento indebito generico e non di pagamento indebito di legati; sulla questione cfr. *infra* § 24.

⁽¹⁰⁶⁾ I termini *continuo* e *considerari* sono stati ritenuti aggiunta compilatoria da BESELER, *Confestim - continuo*, in ZSS, 51, 1931, 198. Per la genuinità del passo è, invece, la maggior parte della critica: F. FITTING, *Sciens indebitum accipiens*, 33; EHRHARDT, *Iusta causa*, 76; SACHERS, *Die Haftung des auftragslosen Geschäftsführers*, in SDHI, 14, 1938, 327 nt. 59; SERRAO, *Il procurator*, 98; DONATUTI, *Le causae*, 124; SCHWARZ, *Die Grundlage*, 59, 62, 153, 155 s.; HAYMANN, *Grenzen*, 11; SEILER, *Der Tatbestand*, 62 nt. 5; ANGELINI, *Il procurator*, 244; BEHREND, *Die Prokurator*, 283 nt. 277, 284 s.; BURDESE, *Sul procurator*, 316; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, 155 s.; FLUME, *Zur Lehre*, 92; CANNATA, *Atto*, 356; A. D'ORS, *Las Quaestiones de Africano*, Roma, 1997, 242 s.; ALONSO, *Delegare*, 358.

nel caso in cui non fosse sopraggiunta la *ratihabitio* del *dominus*. Si può, allora, arguire che il *procurator*, di cui parlava Celso, fosse un mandatario o, meglio, uno che aveva ricevuto un singolo mandato a riscuotere. Infatti, come si è detto ⁽¹⁰⁷⁾, in tale ipotesi il pagamento di quanto dovuto aveva immediata efficacia liberatoria per il debitore, consentendo che si producesse l'effetto traslativo a favore del creditore. Se, invece, l'acquirente fosse stato un *procurator-gestore* ⁽¹⁰⁸⁾, al fine della liberazione sarebbe dovuta necessariamente intervenire la ratifica del *dominus*.

Celso prendeva, poi, in considerazione l'ipotesi di *solutio indebiti*. In assenza di ratifica il debitore avrebbe comunque potuto agire per la ripetizione, ma avrebbe dovuto rivolgersi al *procurator* e non al *dominus* (*et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum*). Quindi, nella fattispecie del pagamento indebito, non sembra emergere niente di nuovo rispetto all'insegnamento di Labeone del § 1, confermandosi che l'intervento della *ratihabitio* avrebbe soltanto comportato una « surrogazione » del *dominus* nella posizione di convenuto del *procurator*. L'inizio del passo celsino, e cioè la fattispecie di *solutio debiti*, consente di desumere che il *procurator* fosse, anche nel prosieguo del testo, un mandatario oppure un soggetto che aveva ricevuto incarico a riscuotere, mentre tale indicazione non emerge dal testo labeoniano ⁽¹⁰⁹⁾.

Significativo è — per quanto mi consta — anche il seguito della testimonianza che confermerebbe l'interpretazione che si è finora proposta dei passi contenuti nel fr. 6 ⁽¹¹⁰⁾. Celso precisava, infatti, la ragione della decisione del caso con la frase *quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur*. Il giurista chiariva così che, indipendentemente dall'esistenza di un incarico, il *procurator* sarebbe stato legittimato a riscuotere un debito per il *dominus* pur in assenza di ratifica, ma, in as-

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. *supra* § 17.

⁽¹⁰⁸⁾ Ritiene — a torto — che si parlasse anche qui di *procurator-gestore* ANGELINI, *Il procurator*, 235. *Contra*, individuando un caso di mandato, BEHRENDT, *Die Prokuratur*, 285 e STOLMAR, *Die formula*, 8 nt. 45.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. *supra* §§ 13, 14, 18.

senza di ratifica, non sarebbe stato comunque legittimato ad incassare una somma non dovuta.

Pertanto, siccome il *dominus* aveva incaricato il *procurator* di riscuotere i suoi debiti, il fatto che la *pecunia* fosse non dovuta, implicava che fosse necessaria una successiva ratifica, perché il *dominus* venisse chiamato a rispondere della *solutio indebiti*. Altrimenti, come nel caso di specie, era il *procurator* il soggetto convenuto con la *condictio indebiti*. Diverso sarebbe stato il caso in cui il *dominus* avesse concretamente incaricato il *procurator* di riscuotere un determinato pagamento: se questo fosse stato non dovuto, allora la responsabilità sarebbe stata del *dominus*, a prescindere dalla ratifica ⁽¹¹¹⁾. In effetti è vero che nessuno ha un interesse ragionevole ad ordinare ad altri di incassare un indebito ⁽¹¹²⁾, tuttavia è astrattamente possibile che un creditore ordinasse al suo sostituto di riscuotere una certa somma di denaro, credendo che fosse dovuta. Dunque se Celso descrisse una fattispecie in cui il *procurator* riscosse dal debitore quanto non era dovuto, eccedendo i limiti dell'incarico ricevuto, ciò non implica che non potesse verificarsi l'ipotesi inversa, in cui fosse il *dominus* ad ordinare specificamente di riscuotere un pagamento non dovuto, errando o sull'esistenza del debito o sull'ammontare dello stesso.

20. *Pagamento al falsus procurator secondo Giuliano.*

Un altro passo di Paolo, non appartenente al titolo 12,6, presenta interesse ai fini dell'indagine che si sta conducendo:

D.12,4,14 (Paul. 3 *ad Sab.*): *Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur; ut Iulianus scribit. quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur: non enim quasi indebitum datum*

⁽¹¹¹⁾ Per un caso di incarico specifico del *dominus-insciens* al *procurator* a riscuotere un pagamento, si veda la seconda fattispecie contenuta in D.12,6,57,1, su cui *infra* § 23.

⁽¹¹²⁾ In questo senso DONATUTI, *Le causae*, 123 nt. 405; analogamente anche ALONSO, *Delegare*, 360 s.

repetetur, sed quasi ob rem datum nec res secuta sit, rati habitatione non intercedente: vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator, cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse.

Nella Palingenesi leneliana questo passo del terzo libro del commentario paolino a Sabino si frappone tra quello del § 1 e del § 2 del frammento 12,6,6 del Digesto ⁽¹¹³⁾, seppure i compilatori lo abbiano collocato nel titolo 12,4, *De condictione causa data causa non secuta* ⁽¹¹⁴⁾. In effetti, almeno *prima facie*, le tematiche di queste tre testimonianze sembrano essere molto simili, parlandosi in tutte e tre di pagamento indebito effettuato al *procurator*.

Paolo, citando non più Labeone o Celso, ma Giuliano, prevedeva l'ipotesi in cui, dopo il pagamento al *procurator*, intervenisse la ratifica del creditore. Ne derivava che l'accipiente non era tenuto a restituire quanto riscosso (*a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit*); era, invece, il *dominus* stesso a dovere restituire il pagamento (*sed ipse dominus tenetur*). Fin qui non sembra emergere nulla di nuovo rispetto a quanto si è detto finora.

Invero, nonostante il passo abbia dato molto da discutere in dottrina e sia stato molto spesso ritenuto rimaneggiato dai giustinianei ⁽¹¹⁵⁾, si ritiene comunemente che si trattasse di un caso in cui veniva effettuato un pagamento ad un *falsus procu-*

⁽¹¹³⁾ LENEL, *Palingenesia*, I, 1257, § 1644.

⁽¹¹⁴⁾ Sul punto, cfr. *infra* questo §.

⁽¹¹⁵⁾ Numerosi autori hanno ritenuto non classico l'aggettivo *falsus*: SOLAZZI, *L'errore*, 163; DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, 143 s. e IDEM, *Le causae*, 126; SCHWARZ, *Die Grundlage*, 153; ANGELINI, *Il procurator*, 234; BURDESE, *Sul procurator*, 315. *Contra*, PIKA, *Ex causa furtiva*, 61 e CANNATA, *Atto*, 355 nt. 75; rimangono incerti sul punto FLUME, *Zur Lehre*, 91; ALONSO, *Delegare*, 358. In molti si sono « sbizzarriti » nel prospettare quali parti del frammento non sarebbero genuine: per esempio, lo ritengono genericamente interpolato BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS, 46, 141 nt. 1 e HAYMANN, *Grenzen*, 11 s. e TRAMPEDACH, *Die condictio*, 153 nt. 1; giudicano aggiunta la frase finale *nec res secuta ... posse* PERNICE, *Labeo*, 3.1, 289 nt. 4 e SOLAZZI, *L'errore*, 163 s.; secondo SACHERS, *Die Haftung*, 327 nt. 59 risultano interpolati la frase *si dominus ... tenetur* e gli incisi *quod ... repetetur; quasi indebitum ... vel*; secondo SCHWARZ, *Die Grundlage*, 157 s. non sono genuini gli incisi *etiamsi debita ... fuisset, ab ipso procuratore repetetur; non enim ... non intercedente* e l'ultima frase *vel quod ... posse*; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, 293 considera insiticia l'intera proposizione finale *quod si dominus ... posse*.

rator, ovvero sia ad una persona che apparentemente sembrava legittimata, ma in realtà non lo era ⁽¹¹⁶⁾. In effetti, proprio credendo alla genuinità dell'aggettivo *falsus*, l'interpretazione del prosieguo del passo risulta meno ostica.

Infatti Paolo continuava, prospettando l'ipotesi di un pagamento dovuto (*etiamsi debita pecunia soluta fuisset*) ⁽¹¹⁷⁾: se non fosse intervenuta la ratifica del creditore, la *condictio* avrebbe avuto come convenuto il *procurator* (*ab ipso procuratore repetetur*). Si trattava, come già nel passo celsino, di una *solutio debiti* che, tuttavia, non liberava il debitore, come si deduce dalla circostanza che quest'ultimo avrebbe dovuto agire contro il *procurator* per ottenere la restituzione del pagato e, una volta vittorioso nel processo, avrebbe dovuto pagare la stessa *pecunia* al suo effettivo creditore. È immediato rilevare che la soluzione del caso è antitetica rispetto a quella celsina, in cui al pagamento dovuto al *procurator* conseguiva la liberazione. Tale contraddizione svanisce se si crede che la fattispecie prospettata da Giuliano fosse differente, appunto perché l'accipiente era in mala fede. In realtà la decisione della fattispecie sarebbe anche giustificabile, se si ipotizza che il *procurator* fosse un gestore ⁽¹¹⁸⁾ e non avesse, pertanto, ricevuto alcun

Considerano rapidamente il passo anche BERTOLINI, *La ratifica*, I, 66; KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio*, I, 193 nt. 3; SERRAO, *Il procurator*, 98; QUADRATO, *D.3.3.1 pr.*, 213 nt. 20, 215 s.; STOLMAR, *Die formula*, 8 nt. 45, 16 nt. 83, 17 nt. 91.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. D.47,2,43 *pr.* (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem), si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fient*. Se è innegabile che, in alcuni passi, l'aggettivo *falsus* sia stato inserito dai compilatori che usavano retrocedere il *procurator*-gestore a *falsus procurator*, per distinguerlo dal *verus* che facevano coincidere con il mandatario, qui sembra che, se si elimina la mala fede dell'*accipiens*, il passo presenti delle contraddittorietà; anche l'obiezione di SCHWARZ, *Die Grundlage*, 153 s., per cui *falso* non si riferirebbe a *procurator*, ma sarebbe da intendere nel senso di *per errorem* o *perperam*, come avverbio cioè di *indebitum solutum est* e costituirebbe, quindi, un glossema, non può condividersi. Cfr. *infra* questo §.

⁽¹¹⁷⁾ Giudicano insintica tale frase PERNICE, *Labeo*, 3.1, 289 nt. 4; SOLAZZI, *L'errore*, 163 s.; SCHWARZ, *Die Grundlage*, 152.

⁽¹¹⁸⁾ Secondo SCHWARZ, *Die Grundlage*, 157 non faceva differenza se il *procurator*, in questo caso, avesse ricevuto un incarico oppure fosse un semplice gestore: i giustinianeî denominavano comunque *falsus il procurator* non mandatario. Secondo ANGELETTI, *Il procurator*, 235 s., invece, il *procurator* della fattispecie *de qua* era un gestore, privo di qualsiasi autorizzazione a riscuotere; tale convinzione, peraltro, postula che costui non fosse un *fur*. Ancora nel senso che si trattasse, nel caso di specie, del *procu-*

incarico a riscuotere per cui, anche in caso di buona fede dell'accipiente, solo la ratifica avrebbe avuto la fondamentale funzione di liberare il *solvens*.

Tuttavia, andando avanti nella descrizione della fattispecie, era proprio il giurista a specificare che l'accipiente si era reso colpevole di furto, appropriandosi della *pecunia* del debitore. Proprio la prospettazione del caso del furto e, quindi, la frase finale del passo ribadiscono lo stato psicologico di mala fede dell'accipiente. Ovviamente si può sempre congetturare che anche la proposizione finale del passo (*vel quod ... posse*) sia stata aggiunta dai compilatori, ma forse, proprio eliminando da un testo intere frasi che fanno irriducibile resistenza all'indagine, si rischia di cadere in quell'« oltranzismo interpolazionista », di cui oggi sono certo « spenti i bollori »⁽¹¹⁹⁾.

Sembrando, a questo punto, di potere ammettere che il testo parlasse di *falsus procurator*⁽¹²⁰⁾, sarebbe stato sicuramente possibile agire contro di lui per il furto (*cum quo non tantum furti agi*) al fine di irrogare una pena al *fur* e, correlativamente, soddisfare le esigenze risarcitorie del debitore per via di riparazione pecuniaria. Peraltro ciò non precludeva la possibilità per il *solvens*-derubato di recuperare quello che gli era stato sottratto, concedendogli di agire — si trattava di un concorso cumulativo — con la *condictio ex causa furtiva* (*sed etiam condici ei posse*). Proprio la circostanza che il *solvens* potesse agire con la *condictio furtiva*, consente di rilevare che la *solutio* del debitore non trasferì mai la proprietà dei *nummi*, data la mala fede dell'accipiente; infatti, come è ben noto, la *condictio furtiva* spettava solo al derubato che fosse proprietario della cosa⁽¹²¹⁾.

Ora, la previsione di una duplice possibilità di tutela reipersecutoria per il *solvens*, con la *condictio indebiti* e con la

rator senza mandato e, quindi, del *falsus procurator* dei compilatori cfr. A. D'ORS, *Las Quaestiones*, 242.

⁽¹¹⁹⁾ GUARINO, *Giusromanistica*, 169.

⁽¹²⁰⁾ Per una risposta all'obiezione di SCHWARZ, *Die Grundlage*, 154, per cui prova della non classicità dell'aggettivo *falsus* accanto a *procurator* sarebbe costituita dal confronto di D.12,4,14 con D.46,8,22 *pr.*, in cui « ist keine Rede vom "falsus procurator" », cfr. *infra* § successivo.

⁽¹²¹⁾ Cfr. *supra* § 15.

condictio furtiva, sembra fornire una conferma di quanto si è sostenuto a proposito di D.47,2,81,7, di cui si è parlato in tema di legittimazione attiva del *procurator* a *indebitum condicere* ⁽¹²²⁾. La *condictio indebiti* non sarebbe stata esperibile contro chi era in malafede, per cui troverebbe spiegazione la circostanza che contro il *falsus procurator* l'azione del debitore era la *condictio furtiva*, mentre la *condictio indebiti* era esercitabile — è da presumersi in concorso elettivo — nei confronti del *dominus*.

Paolo, oltre alla fattispecie in cui il debitore avrebbe esperito la *condictio indebiti* nei confronti del *dominus* ratificante, delineava un'ipotesi distinta, ovvero che il debitore avesse pagato al *procurator* in vista del raggiungimento di un determinato scopo e cioè in vista dell'intervento di una ratifica e, quindi, attendesse l'intervento della ratifica del *dominus*. Fu perché tale evento non si verificò (*ratihabitione non intercedente*) che si prospettò la questione della ripetizione. Peraltro, proprio il fatto che la *ratihabitione* costituisse l'evento a cui veniva subordinata l'efficacia del pagamento, distingueva questa fattispecie dall'altra: si giustificano così le parole di Paolo, *non enim quasi indebitum datum repetetur*. E siccome la ratifica rappresentava la circostanza in vista dalla quale era stata disposta l'attribuzione patrimoniale ⁽¹²³⁾, il debitore si trovava ad avere prestato (*ob rem datum*) in vista del raggiungimento di uno scopo che non aveva trovato integrazione (*res non secuta*). L'azione esperibile era, dunque, la *condictio ob rem* e con ciò si spiega la collocazione del passo nel titolo 12,4 del Digesto, *De conditione causa data causa non secuta* ⁽¹²⁴⁾.

In definitiva, per quanto mi consta, la parte iniziale del passo paolino non fa altro che ribadire quanto contenuto nei §§ 1 e 2 del frammento 12,6,6 anche per il caso in cui l'accipiente fosse un *falsus procurator*: il *dominus*, se decideva di

⁽¹²²⁾ Si rimanda ancora, in proposito, a *supra* § 15.

⁽¹²³⁾ In tale senso anche GLÜCK, *Commentario*, 661, § 835; F. FITTING, *Sciens indebitum accipiens*, 37 e A. D'ORS, *Las Quaestiones*, 242: « el fin de la dación, que era liberar al deudor mediante una *solutio*, no se había conseguido ».

⁽¹²⁴⁾ Che i bizantini formularono gli immutati presupposti della *condictio ob rem* in modo certamente inconsueto, ma non improprio, denominandola *causa data causa non secuta*, è opinione consolidata; cfr., per tutti, KUPISCH, *Arricchimento*, 429.

ratificare il pagamento del *procurator*, risultava essere il solo legittimato passivo alla *condictio indebiti* e, in questo caso, l'ulteriore conseguenza era quella di sanare la malafede dell'accipiente. D'altro lato, la circostanza che l'*accipiens* fosse un *falsus procurator* impediva che il debitore fosse liberato nel momento in cui pagava quanto doveva. Giacché, poi, sussistevano gli estremi del furto, il *procurator* risultava essere, a sua volta, il legittimato passivo sia della *condictio furtiva* che dell'*actio furti*.

21. *Pagamento al procurator che presta la cautio de rato.*

Vi è un passo, tratto dal titolo del Digesto *Ratam rem haberi et de ratihabitione*, che è stato ritenuto essere quello a cui Paolo avrebbe fatto riferimento in D.12,4,14 (Paul. 3 *ad Sab.*)⁽¹²⁵⁾. Si tratta di:

D.46,8,22 *pr.* (Iul. 56 *dig.*): *Sisine iudice non debitam pecuniam exegerit procurator et dominus ratam solutionem non habuerit, sed eandem pecuniam petere instituerit: fideiussores tenentur et condictio, qua procurator teneretur, si stipulatio interposita non fuisset, peremittitur. quotiens enim procuratori pecunia solvitur et dominus eam solutionem ratam non habet, existimo id agi, ut condictio perematur ei, qui indebitum solvit, adversus procuratorem ex stipulatu competat. hoc amplius praestant fideiussores impensas, quae in iudicium factae fuissent, quod si dominus ratam habuisset, fideiussores quidem liberantur, sed ab ipso domino eadem pecunia per conditionem peti potest.*

Protagonista della fattispecie descritta da Giuliano era ancora una volta un *procurator*, il quale ottenne il pagamento di una somma di denaro che non gli era dovuta (*non debitam*

⁽¹²⁵⁾ Si tratta del passo considerato nel § precedente; il dato è stato posto in evidenza da SCHWARZ, *Die Grundlage*, 154. LENEL, *Palingenesia*, I, 733, 462, collocando il passo sotto la rubrica *Ratam rem haberi*, non fornisce nessun indizio a favore di questa opinione.

pecuniam exegerit procurator). In questo passo, rispetto a quelli finora considerati ⁽¹²⁶⁾, c'è un elemento in più: il *procurator* prestò, prima della riscossione per conto del *dominus*, una *cautio rem ratam dominum habiturum*, con cui garantiva che il *dominus* non avrebbe preteso di riscuotere ciò che già lui riscuoteva.

Ora, se tale *cautio*, con cui il *procurator* prometteva di risarcire il danno del convenuto, qualora il *dominus* avesse riproposto l'azione, veniva di regola prestata nel corso del processo *per formulas*, nel caso di specie Giuliano precisava che si trattava di una situazione *sine iudice*, ovvero escludeva l'esistenza di un processo in corso. Invero c'è chi ha manifestato la convinzione che l'inciso *sine iudice* sia compilatorio ⁽¹²⁷⁾, giacché sarebbe contraddittorio parlare di un procuratore processuale al di fuori del processo ⁽¹²⁸⁾. Pare, però, più verosimile un'altra opinione, ovvero che l'espressione *sine iudice* sia genuina e che il pagamento indebito fosse avvenuto senza l'intervento di alcun giudice ⁽¹²⁹⁾; ne deriverebbe che il *procurator* era un semplice gestore ⁽¹³⁰⁾. Giuliano avrebbe, presumibilmente, descritto un caso in cui non solo il debitore non aveva ricevuto alcuna indicazione dal creditore su chi doveva riscuotere il pagamento, ma era anche consapevole del fatto che il *procurator* non era stato incaricato dallo stesso creditore a tale riscossione ⁽¹³¹⁾. Sarebbe stata questa la ragione per cui il debitore ri-

⁽¹²⁶⁾ Cfr. *supra* §§ 18, 19, 20.

⁽¹²⁷⁾ In questo senso BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen, 1913, 104 e DONATUTI, *Le causae*, 124 s.

⁽¹²⁸⁾ CANNATA, *Atto*, 355 nt. 75 ritiene che qui l'accipiente fosse un *procurator ad litem*, peraltro senza chiarire come costui potesse essere tale al di fuori di un processo.

⁽¹²⁹⁾ Sulla prestazione della *cautio de rato* da parte del *procurator* che gestiva gli affari del *dominus* non solo nel caso di azioni, interdetti, *nuntiatio novi operis*, ma anche di esazione di danaro per conto del *dominus*, cfr. SERRAO, *Il procurator*, 103.

⁽¹³⁰⁾ È questo il significato che, in letteratura, si conferisce — opportunamente — al testo: si vedano SOLAZZI, *Ancora procuratori senza mandato*, in RIL, 57, 1924, 95, ora in Scritti di diritto romano (1913-1924), II, Napoli, 1957, 616; SCHWARZ, *Die Grund-lage*, 58; SERRAO, *Il procurator*, 103; ANGELINI, *Il procurator*, 242 s. e CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, 289 s. Menzionano il testo anche BURDESE, *Sul procurator*, 316 e QUADRATO, *D.3.3.1 pr.*, 213 nt. 21.

⁽¹³¹⁾ Così ANGELINI, *Il procurator*, 241.

chiese l'intervento di una *cautio*, temendo il rischio di pagare due volte ⁽¹³²⁾.

L'accorgimento e la prudenza del debitore si rivelarono tutt'altro che eccessive. Infatti il *dominus* non ratificò tale pagamento e, oltre a ciò, si rivolse al debitore stesso per ottenere l'adempimento (*et dominus ratam solutionem non habuerit, sed eandem pecuniam petere instituerit*). Il debitore, di fronte a tale richiesta, si trovò a dovere effettuare una seconda volta la *solutio*. A questo punto, non gli restava che agire in giudizio per ripetere quanto avesse indebitamente pagato.

Ma qual era effettivamente l'indebito? Non sembra potersi dubitare del fatto che il secondo pagamento, ovvero quello al *dominus*, fosse non dovuto ⁽¹³³⁾. Peraltro Giuliano parlava di *non debita pecunia* già all'inizio del passo e, quindi, con riferimento al primo pagamento, quello al *procurator* (*non debitam pecuniam exegerit procurator*). Ma, allora, diventa inevitabile domandarsi se il *procurator*, oltre a essere in difetto di legittimazione alla riscossione, incassò danaro che non era affatto dovuto, neanche al *dominus*. Si è creduto di rispondere all'interrogativo, espungendo dal testo la frase *sed eandem pecuniam petere instituerit* ⁽¹³⁴⁾, in quanto sarebbe improbabile che il *dominus* avesse preteso a sua volta un pagamento indebito; la frase *sed ... instituerit* avrebbe avuto senso solo se il pagamento fosse stato debito, nel quale caso avrebbe avuto senso affermare che il *dominus* pretese a sua volta il pagamento, non limitandosi a non ratificare quello effettuato al *procurator*.

Invero, senza dovere credere ad un intervento giustinia-

⁽¹³²⁾ CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, 290 pone — acutamente — in evidenza che il debitore avrebbe richiesto al *procurator* la prestazione di una *cautio*, se avesse avuto qualche dubbio sui poteri di quest'ultimo, per esempio, « wenn er über den ihm von seinem *dominus* gesteckten Rahmen hinausgeht oder aber, wenn der Schuldner der an und für sich vorliegenden *praepositio* nicht traut, weil sie ihm nicht in ausreichender Form dargetan zu sein scheint ».

⁽¹³³⁾ Per una fattispecie, in tema di *procurator-solvens*, in cui di due pagamenti fosse quello di *qui postea solvisset* ad essere indebito, si veda *supra* § 16 e, in tema di fideiussore, *infra* § 45.

⁽¹³⁴⁾ SCHWARZ, *Die Grundlage*, 57: « ... den mal wohl verstünde, wenn von einem *debitum* die Rede wäre; beim *indebitum* erscheint er recht seltsam »; condividono il sospetto di Schwarz ANGELINI, *Il procurator*, 242 nt. 259 e CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, 290.

neo, non pare inverosimile che il *dominus* — *insciens*, è logicamente da presumere — potesse avere domandato al debitore un pagamento che, a questo punto, risultava essere doppiamente indebito, in quanto, da un lato, era già stato effettuato al suo sostituto e, dall'altro, non gli era comunque dovuto. L'obbligazione del debitore, allora, non solo sarebbe stata adempiuta ad un soggetto non legittimato a riceverlo, ma sarebbe stata anche inesistente. Per ricorrere alla terminologia moderna, sembra possibile ravvisare, nel caso *de quo*, sia un indebito soggettivo *ex persona creditoris* che un indebito oggettivo.

Una volta descritta la fattispecie, Giuliano si domandava in che modo il *solvens* avrebbe potuto essere tutelato. Costui, secondo il giurista, avrebbe sì potuto agire con la *condictio* contro il *procurator*, ma anche — in alternativa — con l'*actio ex stipulatu*, nel quale caso avrebbe potuto convenire i garanti che erano intervenuti nella *satisfactio* (*fideiussores* ⁽¹³⁵⁾ *tenentur*): « wozu braucht der Kläger die *condictio*, da er durch die *actio ex stipulatu* ja mehr hat, als er mit der *condictio* hätte: er hat die Bürgen » ⁽¹³⁶⁾. Dal momento che, essendo intervenuta la *stipulatio*, era esperibile l'*actio ex stipulatu*, la *condictio* — scriveva Giuliano — *perimitur*.

Ciò che qui interessa non è tanto approfondire l'esclusione del cumulo delle due azioni, per cui l'esperimento dell'*actio ex stipulatu* evitava l'esperimento della *condictio* ⁽¹³⁷⁾, quanto chiarire la differenza di disciplina tra il pagamento non ratificato e quello ratificato. Il secondo caso, ovverosia l'ipotesi in cui il *dominus* ratificasse il pagamento (*quod si dominus ratam habuisset*), veniva descritta nella parte finale del passo. In seguito a tale ratifica era da escludere ogni responsabilità dei ga-

⁽¹³⁵⁾ A ragione, alla luce della fusione dei due istituti di garanzia in età giustiniana, LENEL, *Palingenesia*, I, 462, § 733, osserva che si trattava di due *sponsores* e non di due *fideiussori*.

⁽¹³⁶⁾ SCHWARZ, *Die Grundlage*, 57.

⁽¹³⁷⁾ Per quanto riguarda la parte centrale del testo (*quotiens ... fuissent*) in cui Giuliano precisava che la legittimazione ad agire *ex stipulatu* era del *solvens* nei confronti del *procurator* ed, invece, a carico dei garanti erano le spese processuali, l'opinione di SCHWARZ, *Die Grundlage*, 57, per cui la frase sarebbe insitica, potrebbe essere condivisibile, poiché la questione delle spese processuali non sembra, in effetti, appartenere al pensiero classico. In questa prospettiva si pone anche CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, 290.

ranti, che venivano liberati dal vincolo su di loro gravante (*fideiussores quidem liberantur*). Per quanto riguarda, invece, il debitore, anche in seguito alla *ratihabitio*, il suo pagamento rimaneva comunque non dovuto: era questa la ragione per cui tale debitore poteva agire con la *condictio indebiti* per ottenere la ripetizione di quanto corrisposto al *procurator*. Era, in questo caso, il *dominus* a risultare legittimato passivo alla *condictio indebiti* (*ab ipso domino eadem pecunia per conductionem peti potest*).

In definitiva, a mio avviso, il passo conferma quanto si è già visto in altri testi: il *dominus*, nel momento in cui ratificava la *solutio* fatta al *procurator*, la rendeva come fatta a lui, per cui ne rispondeva personalmente di fronte al *solvens*.

Peraltro, se il principio desumibile dal passo giuliano pare essere il medesimo che si è arguito dal passo paolino di D.12,4,14⁽¹³⁸⁾, ciò non sembra necessariamente implicare che D.46,8,22 *pr.* fosse la « Parallelstelle » di D.12,4,14 e che, quindi, Paolo, citando Giuliano, si riferisse proprio a questo testo. In particolare il giurista adrianeo prevedeva una fattispecie in cui veniva prestata una *satisdatio* e in cui si esperiva l'*actio ex stipulatu*, mentre di quest'ultima manca ogni menzione in Paolo.

Pertanto, per tornare ad una questione, di cui si è parlato a proposito di D.12,4,14, se si nega che i due testi concernessero lo stesso caso, l'affermazione per cui la menzione di *falsus* accanto a *procurator* costituirebbe un'aggiunta compilatoria⁽¹³⁹⁾ perde la sua prova più consistente. In altre parole, che la menzione in Giuliano di un semplice *procurator* in luogo del *falsus procurator* deponga a favore del carattere insitico del *falsus* nel passo paolino, richiederebbe verosimilmente una dimostrazione più convincente.

22. Un caso di « zwei doppelte Klagenkonkurrenzen ».

Un frammento di Papiniano, contenuto nel titolo *De furtis*

⁽¹³⁸⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽¹³⁹⁾ In tal senso SCHWARZ, *Die Grundlage*, 154.

del Digesto, prevedeva, come già D.12,4,14 (Paul. 3 *ad Sab.*), un caso di *solutio indebiti* ad un *falsus procurator*:

D.47,2,81,5 (Pap. 12 *quaest.*): *Si Titius, cuius nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habeat, ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget, ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit indebiti condictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabit: electo Titio non inique per doli exceptionem, uti praestetur ei furtiva condictio, desiderabitur: quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio furti actio evanescit, quia debitor liberatur* ⁽¹⁴⁰⁾.

Nel passo il giurista descriveva il caso del pagamento indebito di un debitore ad un *falsus procurator* del suo creditore. Quest'ultimo, peraltro, decideva di assumere su di sé l'operato dell'accipiente, intervenendo a ratificare il pagamento (*Si Titius ... ratum habeat*), pur sapendo che il *procurator* lo aveva riscosso in malafede, cioè pienamente consapevole della sua mancanza di legittimazione ad incassarlo; forse — si può congetturare — Tizio ritenne opportuno comportarsi così semplicemente perché si riteneva creditore della somma pagata ⁽¹⁴¹⁾. In realtà proprio la difficoltà di comprendere le ragioni di una *ratihabitio* dell'operato di chi riscuoteva *invito aut ignorante domino* ha fatto pensare che si trattasse di un caso mai verificatosi in concreto e, quindi, di una fattispecie a scopo di esercitazione di scuola ⁽¹⁴²⁾.

Peraltro, che presupposto del caso di specie fosse la com-

⁽¹⁴⁰⁾ Si veda LENEL, *Paligenesia*, I, 838, § 210.

⁽¹⁴¹⁾ Così ANGELINI, *Il procurator*, 226.

⁽¹⁴²⁾ È l'interessante ipotesi di ANGELINI, *Il procurator*, 226 nt. 195, sebbene essa necessiti di indizi più probanti a suo favore, giacché di ratifica di un pagamento ad un *falsus procurator* si parlava anche in D.12,4,14 e, quindi, a meno di volere credere che anche lì si trattasse di un caso di scuola, si deve ammettere probabilmente che non fosse un'ipotesi così insolita nella pratica. Citano rapidamente il testo di D.47,2,81,5 anche HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in ZSS, 40, 1919, 281 s.; VOCI, *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, in SDHI, 15, 1949, 153; IDEM, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, 152; HAYMANN, *Grenzen*, 18 s.; MEDICUS, *Zur Leistungsannahme durch den falsus procurator*, in Synteleia Arangio-Ruiz, I, Napoli, 1964, 216; THOMAS, *Animus furandi*, in Iura, 19, 1968, 27 nt. 121; VOCI, *I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano*, in Iura, 20, 1969, 319 nt.

missione del furto, si è creduto di poterlo mettere in discussione. Secondo alcuni l'aggettivo *falsus* sarebbe da espungere dal testo⁽¹⁴³⁾, secondo altri tale attributo, se anche genuino, indicherebbe il « Geschäftsführer ohne Auftrag »⁽¹⁴⁴⁾ e, quindi, non un *procurator* in malafede.

Ma sembrano essere due gli argomenti a favore della presenza della fattispecie del furto. In primo luogo il seguito del frammento, ovvero D.47,2,81,6, pare attestare non solo la classicità del *falsus procurator*, ma anche la qualifica dello stesso quale *fur*: *Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet, si nomine quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto debitorem alienum circumvenerit. quod aequè probatur et in eo, qui sibi deberi pecuniam ut heredi Sempronii creditoris adseveravit, cum esset alius*. Papiniano, avendo parlato di *falsus procurator* nel § 5, si sarebbe poi, verosimilmente, sentito in dovere, nel § 6, di chiarire tale espressione. Ne deriva che anche nel § 5 tale figura sarebbe stata quella di chi *furtum pecuniae faciet*, per esempio di chi *circumveniendi causa* finse di essere il *verus procurator* del creditore o l'erede dello stesso creditore⁽¹⁴⁵⁾. In secondo luogo depone nel senso della commissione del delitto la stessa collocazione del testo papiniano nel titolo *De furtis* del Digesto.

23; TALAMANCA, *La fattispecie dell'actio negotiorum gestorum*, in Labeo, 17, 1971, 230; APATHY, *Procurator*, 66 nt. 2; ALONSO, *Delegare*, 359.

⁽¹⁴³⁾ Anche qui, come per D.12,4,14 (Paul. 3 *ad Sab.*), si è dubitato della genuinità dell'aggettivo *falsus*: cfr. SOLAZZI, *L'errore*, 159; SERRAO, *Il procurator*, 98; DONATUTI, *Le causae*, 122; FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur*, in Studi Riccobono IV, [rist.] Darmstadt, 1974, 437. *Contra* già F. FITTING, *Sciens indebitum accipiens*, 23, che considera il passo al fine di condurre specificamente un'indagine sulla malafede; ANGELINI, *Il procurator*, 226; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, 301 ss.; BURDESE, *Sul procurator*, 315; CANNATA, *Atto*, 355 nt. 75 e PIKA, *Ex causa*, 59 ss.

⁽¹⁴⁴⁾ SCHWARZ, *Die Grundlage*, 51; del resto l'autore considera interpolata anche la frase *furti actio evanescit*, potendo così negare la commissione del furto in entrambe le fattispecie descritte nel passo. Tale frase è ritenuta — non persuasivamente — insitica anche da BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS, 52, 1932, 56 che, in riferimento al passo, parla genericamente di interpolazione anche in *Romanistische Studien*, in ZSS, 46, 141 nt. 1.

⁽¹⁴⁵⁾ Le due ipotesi descritte da Papiniano, nel § 6, sembrano più che altro esemplificazioni di come un soggetto potesse farsi passare per *procurator* e proprio la presenza del *quoque* depone in tal senso: cfr., sul punto, BETTI, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, I, Padova, 1930, 50 ss.; SOLAZZI, *L'errore*, 159.

Proprio ammettendo la malafede dell'accipiente, il seguito del discorso risulta chiaro, seppure sia espresso con uno stile estremante conciso. Il *solvens*, che si trovava ad avere effettuato un trasferimento patrimoniale non dovuto, poteva scegliere come agire per la ripetizione nei confronti del *falsus procurator*: avrebbe potuto esperire nei confronti di *Titius* la *condictio indebiti* oppure avrebbe potuto agire contro il *fur* con la *condictio furtiva* ⁽¹⁴⁶⁾ (*adversus Titium erit indebiti condictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabit*). Anche qui, come già in D.47,2,81,7, di cui si è parlato in tema di *procurator solvens* ⁽¹⁴⁷⁾ e in D.12,4,14 ⁽¹⁴⁸⁾, sono previsti per il *solvens* due diversi, alternativi strumenti di tutela processuale, la *condictio indebiti* contro il *dominus* e la *condictio furtiva* contro il *falsus procurator*, a conferma del fatto che l'esperimento della *condictio indebiti* non era ammesso se non nei confronti di chi, riscuotendo l'indebitato, fosse stato in buona fede.

Nel « kondensierte Stil » ⁽¹⁴⁹⁾ del passo, peraltro, non si parla solo di applicabilità dei due diversi tipi di *condictio*, ma si riscontra un caso di duplice concorso di azioni che, notoriamente, si verifica quando le due coppie di azioni « *rem ipsam* (das erschlichene Geld) *petunt* und haben also dasselbe Ziel » ⁽¹⁵⁰⁾. Infatti, accanto al concorso elettivo dal lato passivo — *condictio indebiti* e *condictio furtiva* che consentivano al debitore di ripetere la *pecunia* pagata, pur dirigendosi contro due diversi legittimati passivi, l'*accipiens* e il *dominus* — Papi-niano prevedeva anche un concorso elettivo dal lato attivo, al fine di sanzionare l'obbligo di restituzione del *procurator*.

Da una parte, infatti, il *dominus* poteva esperire l'*actio negotiorum gestorum* (*ipse quidem Titius negotiorum gestorum*

⁽¹⁴⁶⁾ Considera — a torto — interpolata la frase *adversus falsum procuratorem furtiva durabit* SCHWARZ, *Die Grundlage*, 53.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. *supra* § 15.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. *supra* § 20.

⁽¹⁴⁹⁾ LEVY, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, 1962, 13.

⁽¹⁵⁰⁾ LEVY, *Nachträge, ibidem*; più in generale, sul medesimo scopo che le azioni dovevano perseguire perché potesse parlarsi di concorso, lo stesso autore in *Die Konkurrenz*, II.1, 90 ss.

aget) ⁽¹⁵¹⁾. Si trattava del modo in cui il giurista severiano risolveva il problema della tutela del creditore che si trovava legittimato passivo della *condictio indebiti*, senza avere incaricato il suo debitore di pagare a nessuno, né avendo responsabilità in tale senso. Egli avrebbe potuto agire proprio sulla base della circostanza che il *procurator* aveva gestito i suoi affari senza autorizzazione. Era, infatti, ovviamente, un *procurator* che non solo non era un mandatario, ma non aveva neanche ricevuto un'autorizzazione per il singolo pagamento. L'*actio negotiorum gestorum* consentiva al *dominus* di evitare di dovere subire il danno di una cattiva gestione, danno che, in concreto gli sarebbe derivato dal dovere rispondere di fronte al *solvens ex condictione indebiti*.

D'altro lato, aveva il medesimo scopo dell'*actio negotiorum gestorum* la già nominata *condictio furtiva* da parte del debitore contro l'accipiente. Se, infatti, il debitore decideva di agire nei confronti del *dominus*, quest'ultimo si trovava ad essere convenuto in giudizio con la *condictio indebiti*; proprio in questa situazione avrebbe potuto opporre un'*exceptio doli* per evitare la condanna, in modo da farsi cedere la *condictio furtiva* (*non inique per doli exceptionem, uti praestetur ei furtiva condictio* ⁽¹⁵²⁾, *desiderabitur*). In tal modo il rimedio per la ripetizione di quanto fosse stato sottratto dal *falsus procurator* si trasmetteva al *dominus*.

Ora, nonostante per il primo concorso di azioni, quello dal lato passivo, Papiniano chiarisse espressamente — con le parole *electo Titio* — che il *solvens* scelse di agire nei confronti del *dominus*, in questo secondo caso, di concorso dal lato attivo, non veniva esplicitato quale sarebbe stata la decisione del *dominus*. Peraltro dalla previsione stessa della cessione della *condictio furtiva* pare potersi desumere il maggior vantaggio per il *dominus* nell'uso di tale strumento processuale in luogo

⁽¹⁵¹⁾ Sulla « Überflüssigkeit » dell'esperimento dell'*actio negotiorum gestorum* si è pronunciato — poco persuasivamente — BESELER, *Unklassische Wörter*, in ZSS, 56, 1936, 28.

⁽¹⁵²⁾ L'espressione *condictio furtiva*, in luogo della più frequente *condictio ex causa furtiva*, non sembra giustificare l'intervento compilatorio, che SCHWARZ, *Die Grundlage*, 53 ha creduto di individuare; cfr., in questo senso, già LEVY, *Nachträge*, 15; ANGELINI, *Il procurator*, 228.

dell'*actio negotiorum gestorum*. In effetti il processo che si instaura con la *condictio*, sotto il profilo degli strumenti di difesa del convenuto, era sicuramente, come è noto, più « streng »⁽¹⁵³⁾ rispetto ad un qualsiasi *iudicium bonae fidei*. In particolare dalla natura di *iudicium bonae fidei* propria dell'*actio negotiorum gestorum* discendeva, in sede processuale, sia l'applicabilità della compensazione del credito dedotto in giudizio dall'attore con il controcredito eventualmente vantato dall'altra parte⁽¹⁵⁴⁾, sia una più flessibile valutazione dell'interesse dell'attore⁽¹⁵⁵⁾; sarebbero state forse queste le ragioni per cui Papiniano configurò la cessione della *condictio furtiva* che, escludendo qualsiasi ipotesi di compensazione, consentiva al *dominus* una tutela maggiore rispetto dell'*actio negotiorum gestorum*.

La parte finale del passo prospettava l'ipotesi in cui il pagamento fosse dovuto. Nonostante l'accipiente fosse un *falsus procurator*, l'intervento della ratifica faceva in modo che il debitore risultasse liberato (*ratum habente Titio furti actio evanescit, quia debitor liberatur*), per cui si rendeva inutile l'esperimento di una qualsiasi azione. In questa ipotesi di pagamento del *debitum*, infatti, il giurista veniva a parlare dell'estinzione dell'*actio furti*, di cui manca, però, qualsiasi menzione nel resto del passo. Ciò ha indotto diversi autori a sospettare della genuinità dell'inciso *furti actio evanescit*⁽¹⁵⁶⁾.

Invero mi pare che la classicità della frase non possa essere messa in discussione: se l'accipiente era un *fur*, si rivelava inevitabile che si agisse nei suoi confronti, oltre che con la *condictio furtiva*, anche con l'*actio furti*. Se, invece, come in questo caso, il *solvens* pagava un debito e tale pagamento veniva ratificato dal *dominus*, la conseguenza era inevitabilmente la liberazione dal vincolo obbligatorio, con cui si escludeva anche la sussistenza della fattispecie del delitto⁽¹⁵⁷⁾. Se, poi, nella

⁽¹⁵³⁾ LEVY, *Nachträge*, 14.

⁽¹⁵⁴⁾ CENDERELLI, *La negotiorum gestio*, in particolare, 208.

⁽¹⁵⁵⁾ Si veda, per tutti, A. D'ORS, *Derecho*, 514, § 457.

⁽¹⁵⁶⁾ Hanno ritenuto la frase ridondante SACHERS, *Die Haftung*, 327 nt. 59; SCHWARZ, *Die Grundlage*, 54 nt. 43 e ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio Marciano*, in AUPA, 25, 1956, 182.

⁽¹⁵⁷⁾ PIKA, *Ex causa furtiva*, 58 s.

prima fattispecie, dell'azione penale non si parla affatto, ciò potrebbe dipendere dalla circostanza che, in quel caso, il punto maggiormente meritevole di esame era la *condictio* e non l'*actio furti* ⁽¹⁵⁸⁾.

In definitiva, quello che più mi sembra importare di questo frammento è che, in esso, Papiniano non faceva altro che ribadire uno dei principi emersi nei testi precedenti, per cui il pagamento indebito ratificato legittimava il *solvens* ad agire nei confronti del *dominus*, che, con la *ratihabitio*, si appropriava degli effetti della gestione. Non solo. Il giurista, domandandosi quale fosse la protezione processuale del *dominus*, che si trovava a non avere ricevuto alcunché e, ciononostante, era convenuto con la *condictio indebiti*, decideva che il *dominus* avesse un duplice rimedio nei confronti del *falsus procurator*. Egli, infatti, « in fase statica », avrebbe potuto agire con l'*actio negotiorum gestorum*, dato che l'*accipiens* aveva riscosso il pagamento in assenza di qualsiasi incarico; « in fase dinamica », invece, una volta convenuto, avrebbe potuto opporre un'eccezione, con cui, pur non evitando la condanna, conseguiva la cessione della *condictio furtiva*, che avrebbe potuto esercitare personalmente contro colui che aveva simulato di operare per suo conto.

Quest'ultima soluzione, in particolare, si rivela costituire un ottimo espediente per ristabilire l'equilibrio patrimoniale in nome di una « giustizia distributiva », che contemperasse equamente gli interessi del *solvens* e del *dominus*. Infatti l'esperimento della *condictio indebiti* consentiva che il primo conseguisse immediata restituzione dell'indebito, mentre l'opponibilità dell'eccezione, con la conseguente cessione della *condictio*, permetteva che il secondo ristabilisse il suo equilibrio patrimoniale, in un modo più immediato e diretto rispetto all'esperimento dell'*actio negotiorum gestorum*.

Non è dato sapere se l'opinione di Papiniano fosse un orientamento già condiviso dai giuristi a lui precedenti o da quelli a lui contemporanei; quello che importa è la tendenza riscontrabile a prevedere una tutela che fosse la più snella e ve-

⁽¹⁵⁸⁾ In tale senso LEVY, *Nachträge*, 15 e ANGELINI, *Il procurator*, 228.

loce possibile, al fine di conseguire la restituzione di quanto fosse indebitamente pagato.

23. *Indebito parziale pagato al procurator.*

Un altro testo di Papiniano, tratto dai *Responsa*, presenta interesse per lo studio del pagamento indebito effettuato al *procurator*; in questo caso si tratta di un passo che, oltre a parlare esplicitamente di *indebitum condicere*, fu collocato dai compilatori proprio nella *sedes materiae* della *condictio indebiti*:

D.12,6,57,1 (Pap. 3 *resp.*): *Creditor, ut procuratori suo debitum redderetur, mandavit: maiore pecunia soluta procurator indebiti causa convenietur: quod si nominatim, ut maior pecunia solveretur, delegavit, indebiti cum eo qui delegavit erit actio, quae non videtur perempta, si frustra cum procuratore lis fuerit instituta.*

Il giurista descriveva ancora l'operato di un *procurator* che riscosse del denaro, ma, a differenza dell'altra testimonianza papiniana⁽¹⁵⁹⁾, qui il *procurator*, pur non essendo un mandatario, era un incaricato per un singolo affare⁽¹⁶⁰⁾. Ciò è arguibile dal fatto che, proprio se il creditore voleva designare un accipiente del pagamento, non solo doveva incaricare la persona prescelta a riscuotere, ma doveva anche impartire al debitore il mandato a *solvere* alla persona prescelta⁽¹⁶¹⁾. Ed è l'espressione *Creditor ... mandavit* ad esplicitare che il debitore ricevette il *iussum* di pagare, da cui non può non desumersi che il *procurator* fu incaricato a riscuotere.

Ora, nell'adempire l'incarico, il *procurator* percepì più di quanto costituisse il debito effettivo (*maiore pecunia soluta*). Papiniano riteneva che, in questo caso, lo stesso fosse il legittimato passivo dell'azione di ripetizione (*procurator indebiti causa convenietur*). Si trattava, per usare l'espressione mo-

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽¹⁶⁰⁾ Condivisibilmente, ANGELINI, *Il procurator*, 154 ss. parla, in proposito, di *procuratore-gestore*.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. *supra* § 17.

derna, di un indebito oggettivo, giacché l'obbligazione era insussistente e non già esistente in capo ad un terzo oppure adempiuta nelle mani di un terzo; più precisamente, esso costituiva un pagamento oggettivamente indebito, ma solo parzialmente come il testo precisa, parlando di *debitum* e specificando, poi, che la *pecunia* risultò *maior*.

Papiniano prospettava anche un'ipotesi differente, ovvero quella per cui la decisione sulla quantità del denaro da incassare fosse stata del *dominus* e non già del suo sostituto (*si nominatim, ut maior pecunia solveretur, delegavit*). Pur costituendo anch'esso un indebito parziale oggettivo, la risoluzione del caso sarebbe stata diversa, in quanto la medesima azione sarebbe spettata contro il *dominus* (*indebiti cum eo qui delegavit*⁽¹⁶²⁾ *erit actio*)⁽¹⁶³⁾. In tale ipotesi l'azione competeva anche qualora sbadatamente fosse stata prima proposta, anziché contro il *dominus*, contro il *procurator* (*si frustra cum procuratore lis fuerit instituta*). Sebbene, infatti, la *litis contestatio* intervenendo tra *procurator* e debitore consumasse di regola l'azione, Papiniano ammetteva che qui — verosimilmente per consentire che gli interessi coinvolti fossero equamente tutelati — tale preclusione non avesse luogo e che la stessa azione fosse esperibile nei confronti del vero legittimato passivo, ovvero il *dominus*⁽¹⁶⁴⁾.

Per tornare alla distinzione papiniana delle due fattispecie, essa risulta significativa, in quanto consente di aggiungere

⁽¹⁶²⁾ Ritiene la perifrasi *cum eo qui delegavit* non classica, aspettandosi piuttosto *cum creditore*, SCHWARZ, *Die Grundlage*, 62.

⁽¹⁶³⁾ Considera l'espressione *actio indebiti* di fattura compilatoria, tra altri, SCHWARZ, *Die Grundlage*, 62. *Contra*, da ultimo, ALONSO, *Delegare*, in particolare 378 s., proponendo, però, una singolare e discutibile interpretazione dell'inciso per cui *indebiti* non indicherebbe il tipo di azione, ma l'oggetto della pretesa, giacché l'azione applicabile al caso di specie sarebbe stata la *condictio* che tutelava il mutuo. Accennano fuggevolmente al passo papiniano anche SOLAZZI, *L'errore*, 152; CRUZ, *Da solutio*, 73, 339 nt. 607; COSENTINO, *Osservazioni*, 304 nt. 23, 323 nt. 81; HUVELIN, *Études sur le furtum*, II, 544 nt. 1; ANGELINI, *Il procurator*, 158 nt. 257; BEHREND, *Die Prokurator*, 285 nt. 281.

⁽¹⁶⁴⁾ Sulla circostanza che, secondo Papiniano, l'azione contro il *dominus* non fosse preclusa, si rimanda ad uno dei lavori specifici sull'argomento, ovvero LIEBS, *Die Klagenkonsumption des römischen Rechts*, in ZSS, 86, 1969 che, in particolare, menziona D.12,6,57,1 a p. 177 nt. 30.

qualcosa a quanto è emerso dai passi finora considerati in tema di pagamento indebito al *procurator*. Fin qui, infatti, si è constatato che chi pagava un indebito ad un *procurator* poteva agire solo nei confronti di quest'ultimo; invece non gli era consentito agire nei confronti del *dominus*, a meno che il *dominus* avesse successivamente ratificato tale pagamento.

Ora, dal primo caso descritto da Papiniano non si desume nulla di diverso da questo principio, a parte la circostanza che la *condictio* era volta non alla restituzione del tutto, ma solo alla restituzione della differenza tra la somma pagata e il debito effettivo.

Invece, nella seconda ipotesi delineata dal passo, fu il *dominus* che incaricò a riscuotere una somma che era superiore al suo credito, trovandosi a dare un'indicazione erronea. Ne deriva che, nonostante il pagamento fosse stato effettuato materialmente al *procurator*, era chi aveva dato l'incarico, cioè colui che si era sbagliato sull'ammontare della somma da riscuotere, ad essere responsabile della riscossione, non l'accipiente che era stato un mero esecutore della sua volontà.

Peraltro anche Celso, in D.12,6,6,2 (*Paul. 3 ad Sab.*)⁽¹⁶⁵⁾, ammetteva che il debitore si rivolgesse al *dominus* per la ripetizione dell'indebito; tuttavia ciò presupponeva che fosse intervenuta la *ratihabitio*. La ragione di questa differenza è da ravvisare, piuttosto che nella divergenza di opinioni tra Celso e Papiniano, nella diversità delle due fattispecie. Infatti, mentre, in D.12,6,6,2, si trattava di un generico incarico a riscuotere i debiti, del quale il *procurator* oltrepassò i limiti, nell'ipotesi papiniana al *procurator* il *iussum* fu impartito per un determinato pagamento da parte di un certo debitore. Pertanto, se il comportamento del *procurator* che, genericamente incaricato a riscuotere i debiti, eccedeva i limiti del *iussum* ricevuto, incassando un indebito, necessitava dell'intervento della ratifica, il comportamento del *procurator*, che eseguiva l'ordine ricevuto espressamente di ricevere una somma non dovuta, non era comunque a lui imputabile, indipendentemente da un'ulteriore manifestazione di volontà del *dominus*.

Invero questo passo papiniano ha suscitato nell'ambito

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. *supra* § 19.

della critica romanistica notevoli discussioni anche in relazione ad un altro aspetto e cioè all'uso nel testo del verbo *delegare*. Infatti, almeno *prima facie*, tale uso farebbe immediatamente propendere per la presenza di una fattispecie di delegazione⁽¹⁶⁶⁾, da cui deriverebbe l'improprietà, nel corso di questa indagine, di collocare questa testimonianza in tema di legittimazione passiva del *procurator a indebitum condicere*, anziché in tema di delegazione⁽¹⁶⁷⁾. Invero si è già avuto modo di dire⁽¹⁶⁸⁾ che la giurisprudenza romana considerasse esistenti gli effetti della delegazione anche quando non parlava espressamente di *delegare*, ma si fosse, per esempio, in presenza di un'autorizzazione non formale, indicata con i termini *mandatum* o *iussum*.

È possibile, allora, congetturare che potesse accadere l'inverso e, quindi, che fosse utilizzato il verbo *delegare*, ma non si versasse nell'ambito di un rapporto delegatorio. Se, in questa sede, non importa verificare se questa affermazione possa venire generalizzata, interessa qui porre in evidenza che esisterebbe un argomento decisivo, atto a dissuadere che D.12,6,57,1 fosse in materia di delegazione. Infatti, leggendo attentamente il testo, si può notare che manca ogni riferimento ad una duplice attribuzione patrimoniale⁽¹⁶⁹⁾. Come è noto e come si è già detto, la delegazione presuppone due rapporti causali, quello per cui il delegato deve effettuare una prestazione al delegante e quello per cui il delegante deve effettuare una prestazione al delegatario, con la funzione di fare sì che la prestazione dal delegato al delegatario si consideri come fatta al delegante e proveniente dal delegatario.

Ora, dal passo non sembra potersi individuare quale potesse essere il rapporto di valuta; Papiniano descriveva l'ob-

⁽¹⁶⁶⁾ In tal senso SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischen Recht*, Berlin, 1864, 57; PERNICE, *Labeo*, 1.1, Halle, 1873, 510 nt. 32; SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, Napoli, 1931, I, 54 nt. 4; CRUZ, *Da solutio*, 339 nt. 607. *Contra*, SCHWARZ, *Die Grundlage*, 62, che giustifica l'espressione *delegavit*, ipotizzando che la frase finale costituisca un glossema; BETTI, *Appunti di teoria*, 298; ENDEMANN, *Der Begriff*, 16, 19; ALONSO, *Delegare*, 250.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. *supra* cap. precedente.

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. *supra* § 5.

⁽¹⁶⁹⁾ In tal senso anche ALONSO, *Delegare*, 250.

bligato di pagare che il debitore (presunto delegato) aveva nei confronti del *dominus* (presunto delegante), non accennando mai, invece, ad un'obbligazione di quest'ultimo nei confronti del *procurator* (presunto delegatario). Nulla sembra autorizzare, quindi, a ritenere che il *dominus* fosse, oltre che creditore del presunto delegato, anche debitore del *procurator*, né risulta che lo stesso *procurator* acquisisse i *nummi* per sé, consentendo al presunto delegante di estinguere un debito. Anzi. Pare evidente che il *procurator* avrebbe riscosso la *pecunia* dal debitore per, poi, trasferirla al suo *dominus*, come si confa a chiunque agisca per conto altrui.

Un altro argomento che gioca contro la sussistenza, nel passo papiniano, di un rapporto delegatorio può trarsi dal profilo della tutela processuale. Chi volesse considerare la fattispecie *de qua* quale una fattispecie di delegazione, dovrebbe riconoscere che l'esperimento della *condictio indebiti* discenderebbe dalla mancata attuazione della funzione socio-economica di una delle due *dationes*; quindi, se si volesse ritenere esistente il rapporto di valuta, il vizio sarebbe del presunto rapporto di provvista, perché non dovuto era comunque il pagamento del debitore al *dominus*. Pertanto, secondo quanto è emerso in tema di delegazione⁽¹⁷⁰⁾, il vizio del rapporto di provvista avrebbe comportato l'esperibilità della *condictio* del delegato nei confronti del delegante e mai nei confronti del delegatario⁽¹⁷¹⁾. Invece non può dubitarsi che, secondo Papiniano, il debitore avrebbe potuto agire nei confronti del *procurator*, mentre si sarebbe rivolto al *dominus*, solo se quest'ultimo avesse erroneamente incaricato il suo sostituto a riscuotere una somma di danaro superiore al suo credito.

In definitiva, per quanto mi consta, la fattispecie papiniana prevede un caso in cui il creditore incaricava il debitore di pagare al suo *procurator* e non un caso in cui lo stesso delegava il debitore di effettuarlo allo stesso *procurator*, sebbene le due ipotesi presentino innegabilmente un nucleo comune e cioè l'in-

⁽¹⁷⁰⁾ Se il mandato del *dominus* fosse stata una delegazione, si sarebbe trattato di *delegatio dandi*, su cui cfr. *supra* § 4.

⁽¹⁷¹⁾ La *condictio* del delegato contro il delegatario era esclusa, per il caso del vizio del rapporto di provvista, anche nell'ipotesi di delegazione a promettere: cfr. *supra* §§ 6-7.

tervento di un'autorizzazione a pagare. Era, poi, il carattere non dovuto della *solutio* che determinava l'esperibilità della *condictio indebiti*, che avrebbe avuto un diverso legittimato passivo a seconda che fosse stato il *procurator* oppure il *dominus* ad equivocare sull'ammontare del debito: nel primo caso, era convenuto il vero *accipiens*, nel secondo, colui per cui conto aveva avuto luogo l'incasso.

24. *Spunti problematici sulla rubrica « De legatis indebite solutis ».*

24.1. Prima di giungere a riepilogare il discorso svolto e di enucleare in sintesi quale fosse il modo in cui i giuristi classici affrontassero la questione del pagamento indebito quando interveniva un *procurator* a pagare oppure a riscuotere, sembra opportuna una breve riflessione. Senza alcuna pretesa di esaustività, in questo capitolo si è ritenuto di presentare quelle che sono sembrate le testimonianze più significative atte a delineare come si prospettasse, nel pensiero della giurisprudenza, la questione dell'applicabilità della *condictio indebiti* in presenza di una *solutio* effettuata da oppure ad un *procurator*. Ora, tra questi passi ben cinque sono di Paolo e, quanto più importa, si tratta di cinque testi tratti dal medesimo terzo libro del suo commentario *ad Sabinum*: in tema di *procurator-solvens* il *principium* e il § 3 del frammento 6 del titolo 12,6 del Digesto⁽¹⁷²⁾ (*Pal.* 1643) e dello stesso frammento, in tema di *procurator-accipiens*, i §§ 1 e 2⁽¹⁷³⁾ (sempre *Pal.* 1643), nonché il frammento 14 del titolo 12,4⁽¹⁷⁴⁾ (*Pal.* 1644). Nella sua ricostruzione palinogenetica Lenel colloca tutti questi testi, insieme a D.12,6,4⁽¹⁷⁵⁾, sotto

⁽¹⁷²⁾ Cfr. *supra* §§ 13 e 14.

⁽¹⁷³⁾ Cfr. *supra* §§ 18 e 19.

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. *supra* § 20.

⁽¹⁷⁵⁾ In D.12,6,4 (*Paul.* 3 *ad Sab.*): *Idem divus Hadrianus rescripsit et si aliud testamentum proferatur*, Paolo riferiva un breve rescritto dell'imperatore Adriano, menzionando semplicemente un'ipotesi di *testamentum ruptum* e cioè l'esibizione di un nuovo testamento che rendeva inefficace quello precedente. Nella ricostruzione palinogenetica leneliana il passo è fatto precedere in corsivo e tra parentesi quadre da quella seconda parte di un testo ulpiano, D.12,6,2,1 (*Ulp.* 16 *ad Sab.*), che avrebbe citato

una rubrica da lui introdotta, « *De legatis indebite solutis* », all'interno del libro che sarebbe stato dedicato dal giurista severiano alla trattazione dei legati ⁽¹⁷⁶⁾.

Il punto presenta un'importanza tutt'altro che secondaria, ma se si è evitato di parlarne finora è soltanto perché è sembrato opportuno rinviare l'esame della questione al momento in cui era possibile avere una visione d'insieme della *solutio indebiti* in caso di intervento del *procurator* nel momento solutorio.

In effetti alla luce della intitolazione della rubrica sotto cui i passi sono posti, è immediato pensare che Paolo proponesse qui delle fattispecie, nelle quali oggetto del pagamento era costituito dalla prestazione indicata in un legato *per damnationem*. Tuttavia la questione non è così semplice come potrebbe apparire. Da un lato, infatti, è indiscutibile che, in D.12,6,4, Paolo presupponesse un pagamento indebito di legati, estendendo, con la citazione di un rescritto di Adriano, l'applicabilità di una forma utile della *condictio* al caso di testamento *ruptum*. D'altro lato, però, gli altri frammenti raccolti sotto la stessa rubrica (*Pal.* 1643 e 1644) non fanno alcuna menzione di legati.

Si potrebbe, quindi, formulare una prima ipotesi, ritenendo che Paolo si fosse riferito ad un pagamento di legati ⁽¹⁷⁷⁾, senza peraltro precisarlo in modo espresso. Tuttavia una simile interpretazione imporrebbe necessariamente di conciliare la collocazione leneliana del frammento paolino in materia di legati con il principio di Gai.2,283, in cui si nega la ripetibilità di quanto indebitamente pagato a titolo di legato *per damnationem*: ... *at id, quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. idem scilicet*

questo rescritto di Adriano (*Divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est*) e da una breve frase che, nel passo ulpiano, manca, seppure sia facile arguirla dal contesto: *adversus eos, qui legata percepissent*; in effetti, senza la menzione dei legatari quali legittimati passivi all'azione, sarebbe stato *prima facie* arduo capire il perché dell'inserimento del § 4 sotto la rubrica « *De legatis indebite solutis* ».

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, 1256-1257, §§ 1642-1645.

⁽¹⁷⁷⁾ In tale senso sia BEHRENS, *Die Prokuratur*, 284 che FLUME, *Zur Lehre*, 93.

iuris est de eo legato, quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit ⁽¹⁷⁸⁾.

Ora, alla luce di quanto sopra, se i passi, che qui interessano, D.12,6,6 *pr*-1-2-3 e D.12,4,14, fossero in materia di legati, l'interpretazione che si è data di essi sarebbe completamente da rivedere. Infatti, la spiegazione data per cui in questi testi Paolo avrebbe considerato l'indebito ripetibile, individuando un diverso legittimato attivo e passivo a seconda che fosse o meno intervenuta la ratifica del pagamento, stride evidentemente con il principio di irripetibilità dei legati. È possibile che il giurista non avesse ritenuto la ratifica come lo strumento con il quale il *dominus* si assumeva la responsabilità per un pagamento o per una riscossione di danaro non dovuto, ma avesse voluto unicamente negare la ripetibilità dei legati, ammettendola nella sola ipotesi in cui il *dominus* non avesse ratificato il pagamento. Se così fosse, la *ratihabitio* avrebbe avuto la funzione di escludere del tutto la ripetizione del debitore-erede e, in questa prospettiva, troverebbe spiegazione, ad esempio, il tenore di D.12,6,6,3 ⁽¹⁷⁹⁾, che considera l'ipotesi del pagamento del *procurator* (e del tutore) ed in cui la ripetibilità risulta recisamente negata, a prescindere dalla proprietà della *pecunia*.

Ma perché la *solutio indebiti* non ratificata di legati avrebbe dovuto essere ripetibile? Non sembra convincere l'affermazione per cui « die Zahlung eines Nichtslegats durch einen Nichtberechtigten keine fehlerhafte (...) Vermächtniserfüllung sei (...), sondern überhaupt nicht als Vermächtniserfüllung, vielmehr als schlichte Leistung eines indebitum anzusehen ist » ⁽¹⁸⁰⁾. In particolare, non si capisce ⁽¹⁸¹⁾ come mai e sulla base di quali elementi il *procurator* non autorizzato non effettuerebbe un pagamento indebito di legati, ma un generico pagamento indebito, quindi ripetibile, finché non intervenisse la ratifica dell'interessato. Si è sostenuto altresì che le fattispecie descritte nel frammento 6 e in D.12,4,14 costituirebbero

⁽¹⁷⁸⁾ Sul passo si veda già *supra* § 2 e § 13.

⁽¹⁷⁹⁾ Ho ritenuto, invece, di interpretare il testo (*supra* § 14) nel senso che la ripetibilità sarebbe negata al *procurator*, ma non al *dominus*.

⁽¹⁸⁰⁾ BEHREND'S, *Die Prokuratur*, 282; su tale opinione cfr. già *supra* § 14.

⁽¹⁸¹⁾ Critico sull'opinione è già APATHY, *Procurator*, 74 (cfr. *supra* § 14).

una sorta di eccezione al principio di irripetibilità dei legati, la cui restituzione sarebbe stata ammessa in presenza di due condizioni, ovvero se il legato non fosse dovuto e se l'autore o l'acquirente del pagamento fosse un *procurator* non autorizzato al pagamento stesso; invero se anche questa convinzione consentisse di risolvere l'intera questione, non sembra — lo si è già rilevato — che esistano indizi tali da potere ammettere di essere di fronte ad una rara anomalia del sistema.

Un altro interrogativo che inevitabilmente si pone è quello relativo alla ragione per cui, in tutti e cinque i testi, mancherebbe totalmente qualsiasi riferimento al legato. L'obiezione è stata respinta con l'argomento dell'intervento dei compilatori che avrebbero generalizzato il contenuto di queste testimonianze, sopprimendo ogni riferimento ai legati⁽¹⁸²⁾. Invero, nulla osta in teoria ad interpretare D.12,6,6 *pr*-1 — data la loro brevità e la loro apparente mancanza di concretezza — pensando a dei legati, senza che ciò sia in contraddizione con altri elementi del testo. Tuttavia che i legati fossero l'oggetto non tanto della decisione di D.12,6,6,2, ma di quella di D.12,4,14, risulta problematico crederlo. Infatti, in particolare, D.12,4,14 prevede non una soluzione generalizzata, ma piuttosto un singolo caso concreto, articolatamente descritto, per cui sostenere questa tesi equivale a dovere dichiarare interpolato gran parte del passo⁽¹⁸³⁾.

24.2. A questo punto, la questione sembra risolversi in una secca alternativa: intromissione della mano compilatoria nei testi oppure completa estraneità degli stessi alla materia dei legati.

Se si sceglie la prima delle due ipotesi, sarebbe necessario congetturare e, quindi, dimostrare un pesante intervento triboniano che avrebbe alterato con acribia tutti i passi, non solo eliminando il riferimento espresso al legato, ma anche, in al-

⁽¹⁸²⁾ In tale senso FLUME, *Zur Lehre*, 92 s.

⁽¹⁸³⁾ Sebbene D.12,4,14 sia inserito da Lenel sotto la rubrica « *De legatis indēbite solutis* », né Flume, né Behrends, nel loro discorso, lo prendono in considerazione, forse perché, in esso, si tratta di un pagamento ad un *falsus procurator* e non ad un *verus procurator*. Ciononostante non può negarsi che ben difficilmente si può ammettere che il testo fosse in tema di legati.

meno uno di questi cinque passi, ossia in D.12,4,14, modificando il loro contenuto sostanziale. Tutto ciò in omaggio ad un immotivato desiderio di generalizzare i principi qui esposti.

Se, invece, si vuole evitare di attribuire ai compilatori la responsabilità di tale difficoltà interpretativa, rimane la via di dubitare fortemente che i passi in questione riguardassero i legati. Ora, come argomento in favore di questo ultimo dubbio, è da segnalare immediatamente un dato. Nella sua *Palingenesia*, sotto la rubrica « *De legatis indebite solutis* », Lenel colloca, oltre ai già citati frammenti (D.12,6,4, D.12,6,6 e D.12,4,14), un altro passo, che i compilatori inserirono nel titolo *De compensationibus* e cioè D.16,2,4⁽¹⁸⁴⁾. È evidente che di legati in tale testo non vi sia traccia. Lo stesso Lenel, in effetti, rendendosi conto della contraddizione, appone una nota⁽¹⁸⁵⁾, avanzando il dubbio che quest'ultimo passo sia stato manipolato dai compilatori e, quindi, non sia attendibile, senza mettere, peraltro, in discussione la classicità degli altri passi da lui collocati sotto la medesima rubrica. Dunque, benché Lenel sembri volere difendere la sua scelta, affermando a proposito di D.16,2,4: « ... *in quo tamen quid Pauli sit, quid compilatorum, diiudicare non ausim* », l'inserimento anche di tale frammento sotto la rubrica « *De legatis indebite solutis* » potrebbe leggersi come spia della dubitabilità della stessa⁽¹⁸⁶⁾.

Altri indizi atti a contribuire alla risoluzione della complessa questione sembrano, poi, potersi desumere dall'esame di quale fosse la collocazione, nella *Palingenesia*, dei medesimi frammenti all'interno delle opere dei giuristi citati dallo stesso Paolo. Infatti, ad esempio, in D.12,6,6,1 il giurista severiano richiamava l'opinione di Labeone: si è già detto che si sarebbe

(184) D.16,2,4 (Paul. 3 *ad Sab.*): *Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, cum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest.* Cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, 1257, § 1645.

(185) LENEL, *Palingenesia*, I, 1257 nt. 1.

(186) Per evitare di allontanarsi dai fini che questa ricerca si propone, ovvero lo studio del pagamento indebito fatto al *procurator*, si tralascerà qui di analizzare il contenuto di D.16,2,4, nonché la *ratio* della collocazione dello stesso nell'ambito del libro terzo del commentario paolino *ad Sabinum*.

trattato di una testimonianza tratta dai *libri posteriorum* ⁽¹⁸⁷⁾. Quanto qui si constata — ed è questo il punto che più interessa — è che l'argomento del *liber* resta ignoto ⁽¹⁸⁸⁾.

Passando a D.12,6,6,2, anche il testo originario di Celso sembra creare a Lenel alcuni problemi di collocazione, trovando posto solo nella rubrica *Celsus laudatur nec opere nec libro indicato* ⁽¹⁸⁹⁾. Fin qui emerge solo l'incertezza dell'autore su quello che era la materia di tali insegnamenti. Tale incertezza, se non può costituire un decisivo argomento contro l'opinione per cui l'argomento dei testi fossero lasciti testamentari, non è neppure un argomento a favore.

Più utile, allo scopo di risolvere questo problema, sembra essere la sistemazione del testo di Giuliano, D.12,4,14, inserito nel commentario *ad edictum*, sotto la rubrica *Si certum petetur* ⁽¹⁹⁰⁾. Finalmente si ricava un dato che è innegabile anche per Lenel: il passo di Giuliano non riguardava i legati, ma un generico problema di ripetizione di un *certum*. Collocato sotto la stessa rubrica, sebbene intercalato da un altro testo, si trova anche D.12,6,6,3 ⁽¹⁹¹⁾, che si è considerato come vertente in tema di pagamento indebito da parte del *procurator*, ma l'importanza di questa collocazione è purtroppo drasticamente diminuita dal fatto che i due testi facessero parte del commentario giuliano *ad edictum* e non di quello *ad Sabinum*, per cui, come è ben noto, essi seguivano l'ordine espositivo dell'Editto perpetuo e non il diverso ordine sistematico del *ius civile*. Ciononostante anche per questi due testi si può ripetere quanto già osservato per gli altri, ovvero che nulla fa presumere che disciplinassero il pagamento indebito di legati.

Ora, la ricognizione di questi aspetti palinogenetici po-

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. *supra* § 13.

⁽¹⁸⁸⁾ LENEL, *Palingenesia*, I, 536, § 236: D.12,6,6,1 (cfr. *supra* § 18), così come D.12,6,6 *pr.* (su cui cfr. *supra* § 13) sarebbero posti tra quelle testimonianze *ex libris incertis*. Per una proposta di ricostruzione dell'ordine dei *libri posteriorum* alla luce della ricostruzione dell'ordine delle due epitomi giavoleniane, si veda KOHLHAAS, *Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo*, Pfaffenweiler, 1986, a proposito dei due passi in questione, 272 nt. 76; sui risultati raggiunti cfr. MANTOVANI, *Sull'origine dei libri posteriores di Labeone*, in *Labeo*, 34, 1988, 271 ss.

⁽¹⁸⁹⁾ LENEL, *Palingenesia*, I, 170, § 279.

⁽¹⁹⁰⁾ LENEL, *Palingenesia*, I, 342, § 156.

⁽¹⁹¹⁾ LENEL, *Palingenesia*, I, 342, § 158.

trebbe consentire di formulare una congettura. È noto che la trattazione della materia obbligatoria sia stata condotta nel pensiero giurisprudenziale classico in gran parte in tema di *stipulatio*, ma anche di legati⁽¹⁹²⁾. Ciò potrebbe essersi verificato anche nel caso di specie. Paolo, parlando di casi riguardanti i legati, avrebbe esteso l'indagine e sarebbe passato a considerare anche casi riguardanti, più in generale, la materia obbligatoria, giungendo così a studiare la fattispecie di un pagamento indebito « complicato » dall'esistenza di un *procurator*. L'argomento del legato *per damnationem* sarebbe, dunque, potuto servire quale punto di partenza per riflessioni su casi più generali, per considerazioni più ampie nell'ambito della materia delle obbligazioni. Questo, del resto, rappresenterebbe un modo di procedere nient'affatto insolito; sempre all'interno dello stesso terzo libro del commentario di Paolo *ad Sabinum* si può rilevare la presenza di testi che trattano temi molto diversi dai legati, come, per fare un solo esempio, nel caso di D.23,4,3⁽¹⁹³⁾, inserito nel Digesto nel titolo *De pactis dotalibus*. Sembrando, quindi, improbabile che i passi *de quibus*, e cioè D.12,6,6 *pr*-3 e D.12,4,14, si riferissero *ex professo* alla materia dei legati, si può pensare che tali frammenti avrebbero parlato d'altro, pur facendo parte tutti del terzo libro del commentario di Paolo *ad Sabinum*. Ma si tratta solo di una mera ipotesi, che non risulta suffragata da alcun indizio concreto.

D'altra parte, che Paolo nel terzo libro del suo commentario *ad Sabinum* parlasse di legati, non si ha alcun motivo di porlo in discussione. Infatti già dalla semplice lettura dei passi collocati da Lenel sotto questo terzo libro risulta evidente che la maggior parte dei testi fosse in materia di lasciti testamentari. Non solo. È risaputo che, nella sistematica dei *libri ad Sabinum*, il diritto successorio era posto in testa alla trattazione⁽¹⁹⁴⁾, sebbene non si conoscano le ragioni di tale colloca-

(192) Proprio all'uso ampio che del legato fece la società romana avrebbe corrisposto la diligente e fine elaborazione che di tale istituto fece la giurisprudenza; assai significativo è il fatto che le Pandette dedicano ai legati una *sedes* di ben sei libri (30-35): cfr. VOCI, *Legato. Diritto romano*, in ED, 23, 1973, 709 s.

(193) D.23,4,3: *Pacta conventa, quae in divortii tempus collata sunt, non facto divortio locum non habent*. Cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, 1258, § 1662.

(194) Cfr., per tutti, SCHERILLO, *La Successione*, cur. Gnoli, Bologna, 1997, 14 s. e

zione. In particolare, le materie si seguivano in questo ordine: testamento e successione testamentaria ⁽¹⁹⁵⁾, successione intestata ⁽¹⁹⁶⁾ e, quindi, legati ⁽¹⁹⁷⁾.

Si arriva, allora, al nocciolo della questione. Quello che, a questo punto, si vuole mettere in dubbio è la verosimiglianza della rubrica che Lenel ha ritenuto di dare a questo gruppo di frammenti, « *De legatis indebite solutis* »: se essa si attaglia a D.12,6,4 ⁽¹⁹⁸⁾, non altrettanto sembra potersi dire per tutti gli altri passi ivi inseriti.

24.3. Ovviamente ogni critica richiede, insieme ad una *pars destruens*, una *pars construens*. Peraltro, qualsiasi ipotesi congetturale finisce per misurarsi con l'inevitabile ostacolo di dovere assumere o dimostrare elementi che non risultano esplicitamente dai testi, ma non per questo è priva a priori di una sua utilità. A mio modesto parere, a parziale integrazione dell'opera palinogenetica e come già altrove nell'ambito dell'opera leneliana, per porre in evidenza l'esistenza di qualche dubbio sull'argomento cui i frammenti si riferiscono, risulterebbe opportuna l'aggiunta di un punto interrogativo a seguito della denominazione della rubrica.

Tuttavia non sfugge che anche l'aggiunta di tale segno diacritico, se è in grado di porre in evidenza il dubbio interpretativo, non sia però sufficiente a dare al problema una definitiva soluzione. Del resto, forse, ogni tentativo di formulare una rubrica diversa da quella leneliana sembra destinato a fallire. Se, infatti, la rubrica *Si certum petetur*, sotto la quale sono collocati i frammenti attribuiti a Giuliano, non sembra essere convincente con riferimento ad una trattazione sistematica tipica del *ius civile*, la rubrica *De condictione*, che pure si ritrova nei commentari *ad Sabinum* di altri giuristi ⁽¹⁹⁹⁾, potrebbe sem-

anche IDEM, *Il sistema civilistico*, in Studi Arangio-Ruiz, 4, Napoli, 1953, 445 ss., ora in Scritti giuridici. I. Studi sulle fonti, Milano, 1992, 25 ss.

⁽¹⁹⁵⁾ Si veda, oltre a Paul. I-II *ad Sab.*, Ulp. I-XI *ad Sab.*

⁽¹⁹⁶⁾ Cfr., oltre a Paul II *ad Sab.*, Pomp. IV *ad Sab.* e Ulp. XII-XIV *ad Sab.*

⁽¹⁹⁷⁾ Cfr., oltre a Paul. III-IV *ad Sab.*, Pomp. V-VII *ad Sab.* e Ulp. XV-XXV *ad Sab.*

⁽¹⁹⁸⁾ Si tratta del passo in tema di pagamento indebito in materia ereditaria, di cui si è detto.

⁽¹⁹⁹⁾ Cfr., nell'ambito dello stesso commentario *ad Sabinum* di Paolo e precisa-

brare una proposta un po' più plausibile, adattandosi sia al contenuto di D.12,6,4, sia al tema del pagamento indebito fatto al *procurator*, di cui ai passi in questione. Peraltro, accogliendo una simile rubrica, come potrebbe spiegarsi la circostanza che il frammento paolino, che senz'altro verte in tema di *condictio*, sia collocato nel libro terzo del commentario *ad Sabinum*, libro che, essendo all'inizio del commentario, verteva in materia di diritto successorio? Di fronte a questo interrogativo si ha l'impressione di trovarsi davvero in un vicolo cieco.

Ma una possibile via di uscita potrebbe essere data semplicemente provando a spostare i termini del problema. Tralasciando infatti di ricercare invano una rubrica diversa da quella formulata da Lenel, potrebbe rivelarsi più fecondo porsi il dubbio che — per qualche ragione — la testimonianza paolina non provenisse affatto dal libro terzo del commentario *ad Sabinum*.

Si potrebbe in altri termini congetturare che il frammento appartenesse ad una diversa opera di Paolo e cioè, in particolare, al libro terzo delle *Quaestiones*, nel quale uno degli argomenti trattati era proprio la *condictio* ⁽²⁰⁰⁾, come conferma la ricostruzione leneliana, che appunto fa uso della rubrica *De conditione* ⁽²⁰¹⁾. Per tale via si giungerebbe insomma a mettere in dubbio la correttezza dell'*inscriptio* apposta nel Digesto, ipotizzando che gli amanuensi — forse quelli della versione ufficiale, come forse quelli della successiva tradizione manoscritta — abbiano erroneamente trascritto l'indicazione dell'opera nell'*inscriptio* del frammento 6.

A sostegno di questa ipotesi, pur destinata a rimanere sul piano delle congetture, si pone anzitutto un dato empirico. È, infatti, molto agevole verificare come nell'ambito del titolo 12,6 siano veramente numerosi i passi escerpiti dal commentario *ad*

mente nel libro X, LENEL, *Palingenesia*, I, 1281, § 1817 ss. e anche nel commentario *ad Sabinum*, per esempio, di Ulpiano, LENEL, *Palingenesia*, II, 1172, § 2897. Non sembra che, per risolvere la questione, possano desumersi elementi utili dal lavoro di SOUBIE, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste*, Tarbes, 1960.

⁽²⁰⁰⁾ Sulle *Quaestiones* di Paolo come opera che seguiva l'ordine usuale dei *Digesta* si veda, per tutti, SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, [trad. it. Nocera], Firenze, 1968, 429.

⁽²⁰¹⁾ Si veda LENEL, *Palingenesia*, I, 1186 ss., §§ 1295 ss.

Sabinum, soprattutto immediatamente prima e immediatamente dopo il frammento 6 ⁽²⁰²⁾. Proprio questa omogeneità di *inscriptiones* avrebbe potuto facilmente indurre l'amanuense ad uno scusabile errore di trascrizione per trascinamento, tanto più che sia l'espressione *ad Sabinum* che il genitivo *quaestionum* terminano con la desinenza *-um*.

Si noti inoltre che nel titolo 12,6 si trovano anche altri frammenti escerpiti dalle *Quaestiones* paoline ⁽²⁰³⁾ e da ciò potrebbe desumersi un indizio del fatto che i compilatori, al momento della definitiva distribuzione dei frammenti all'interno del titolo *de quo*, si trovarono ad utilizzare proprio quest'opera di Paolo. Invero si potrebbe obiettare che il commentario *ad Sabinum* e le *Quaestiones* avrebbero fatto parte di masse diverse: se è vero però che, nel titolo 12,6, si riscontra una prevalenza di testi di massa sabiniana, nello stesso si ritrovano inseriti in maniera irregolare anche molti altri passi fuori sede ⁽²⁰⁴⁾ e tra questi non si vede perché non potrebbe rientrare anche il frammento 6.

In definitiva, sebbene non esistano prove certe e definitive a fondamento di tale ricostruzione, non mi pare troppo azzardato pensare che il frammento di Paolo abbia effettivamente una provenienza diversa da quella che l'*inscriptio* gli attribuisce. Se così fosse, si vedrebbe, quindi, cadere definitivamente il principale argomento a sostegno di quell'orientamento che individua nel frammento 6 un riferimento alla materia dei legati e non crede, invece, che contenuto delle fattispecie dello stesso frammento fosse un generico pagamento indebito. Ma ne deriverebbe, soprattutto, che l'assenza di ogni accenno esplicito ai legati nel testo di Paolo, così come l'innegabile difficoltà di dovere conciliare tutti i casi descritti nel frammento 6 con il prin-

⁽²⁰²⁾ Il fr. 4 (Paul. 3 *ad Sab.*), il fr. 5 (Ulp. 16 *ad Sab.*), il fr. 7 (Pomp. 9 *ad Sab.*), il fr. 8 (Paul. 6 *ad Sab.*), il fr. 10 (Paul. 7 *ad Sab.*), ma anche il fr. 12 (Paul. 7 *ad Sab.*), il fr. 13 (Paul. 10 *ad Sab.*), il fr. 14 (Pomp. 21 *ad Sab.*), il fr. 15 (Paul. 10 *ad Sab.*), il fr. 16 (Pomp. 15 *ad Sab.*), il fr. 18 (Ulp. 47 *ad Sab.*).

⁽²⁰³⁾ Si tratta del fr. 21 e del fr. 60, collocati da Lenel appunto sotto la rubrica « *De condictione* »: p. 1188, §§ 1300-1301.

⁽²⁰⁴⁾ Si tratterebbe di una di quelle trasposizioni di frammenti fuori dalla massa di appartenenza, su cui si veda per tutti MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano, 1987, 13 ss.

cipio di irripetibilità dei legati, costituiscono ostacoli la cui sormontabilità resta ancora molto difficile.

25. *Le risultanze delle fonti considerate.*

Pare opportuno, a questo punto, rivedere brevemente quello che è emerso dall'esegesi di tutti questi passi in materia di pagamento indebito del e al *procurator* per cercare di enucleare chi, secondo il pensiero dei giuristi classici, agisse di regola per la ripetizione e chi fosse, invece, convenuto.

Per quanto riguarda la prima parte, quella relativa alla *solutio indebiti* compiuta dal *procurator*, dalle fonti prese in considerazione sembrano emergere alcuni punti fermi:

a) Paolo riferiva l'opinione di Labeone (D.12,6,6 *pr.*), per cui se il pagamento indebito del *procurator* non veniva ratificato dal *dominus*, era il *procurator* ad essere legittimato alla *condictio indebiti*; dal passo si può, altresì, arguire che, in caso di pagamento ratificato, l'azione spettasse al *dominus*.

b) Lo stesso Paolo citava poi Giuliano (D.12,6,6,3), secondo il quale il *procurator-solvens* non avrebbe mai potuto agire per ripetere quanto pagato, né rilevava se lo stesso fosse proprietario della somma pagata; con una soluzione — a mio avviso — lineare ed equa, a *condicere* era comunque colui per cui conto il pagamento era stato effettuato.

c) Scevola, in un passo (D.13,1,18) che non fa parte del titolo 12,6, prevedeva, invece, un caso in cui a ricevere l'indebito era un soggetto in mala fede; il *procurator* che avesse pagato poteva esperire la *condictio furtiva*, ma il *dominus* che ratificava il pagamento avrebbe potuto ripetere non più con quest'ultima azione, ma con la *condictio indebiti*. Si arguisce dal testo che il *dominus* con la ratifica rendeva il pagamento come suo e acquisiva così un'azione che prima non gli spettava.

In sostanza, dall'analisi esegetica di questi testi in materia di *solutio indebiti* del *procurator* emerge che la ratifica apparisse il dato che faceva decidere se la ripetizione spettasse al *dominus* o al *procurator*. Nel momento in cui il *dominus* ratificava l'operato del suo *procurator*, era lui ad assumersi tutte le conseguenze del pagamento effettuato e, quindi, a farsi carico di esperire la *condictio indebiti* nei confronti dell'accipiente.

d) Ma lo stesso Scevola (D.12,6,67,2) descriveva anche una fattispecie differente, che di ratifica non faceva parola. In essa — contrariamente a quanto finora detto — poteva agire per la ripetizione il *procurator* e non, invece, il debitore Tizio. Nonostante l'apparente contraddittorietà, la soluzione casistica ben si concilia con le altre riferite dallo stesso Scevola e da Paolo. Infatti qui il *procurator*, essendo *in rem suam*, agiva nel suo interesse personale, in una situazione in cui il debitore era ormai uscito di scena e non avrebbe avuto né l'interesse, né il potere di ratificare tale operato. Invero la decisione di Scevola, se non ha nulla a che fare con l'istituto della ratifica, coinvolge un diverso criterio risolutivo, su cui si tornerà nel corso del lavoro⁽²⁰⁵⁾, quello dell'estinzione dell'obbligazione: di fronte a due pagamenti per uno stesso debito, il *procurator* e non il debitore ripeteva, perché dei due fu *qui postea solvisset*.

Si vogliano, ora, considerare i passi che hanno per oggetto la fattispecie esattamente speculare al pagamento indebito al *procurator*, così da estendere lo spettro d'indagine. Peraltro i due casi vanno tenuti distinti, in quanto si è visto⁽²⁰⁶⁾ che, considerando il piano del pagamento di debito, mentre per il debitore poteva pagare chiunque, persino *invito aut ignorante domino*, non era ammissibile che un terzo riscuotesse senza esserne autorizzato. Ebbene, è da verificare se tale fondamentale differenza si rifletta anche nell'ipotesi di pagamento non dovuto. Quindi, per riepilogare i risultati raggiunti nell'analisi dei casi di *procurator-accipiens*, pare opportuno non attenersi all'ordine che si è seguito nelle esegesi, ma piuttosto suddividere le diverse fattispecie a seconda della funzione in esse svolta dal *procurator*, funzione che, nei testi in tema di *procurator-solvens*, non rilevava.

Prendendo le mosse dal caso del procuratore-mandatario o incaricato si individuano tre delle testimonianze esaminate:

e) Ammettendo che, in D.12,6,6,1, l'accipiente fosse un mandatario o un incaricato — la brevità del testo non consente di dirlo con verosimiglianza —, si appura che Labeone-Paolo concedessero l'azione di ripetizione contro il *procurator*, a meno

⁽²⁰⁵⁾ Cfr., in tema di fideiussione, *infra* § 43-44.

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. *supra* § 17.

che il *dominus* ratificasse il pagamento. Si desume che, in presenza della *ratihabitio*, legittimato passivo sarebbe stato, invece, il *dominus*.

f) In D.12,6,6,2 Celso chiariva che, se il pagamento era dovuto, il debitore veniva liberato; invece se era non dovuto, era da escludersi, secondo il giurista, che il *dominus* avesse autorizzato il suo sostituto a riscuotere un indebito (*quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videtur*), per cui, a meno che fosse intervenuta la ratifica, convenuto nella *condictio indebiti* era il *procurator*.

g) Quest'ultimo principio è però da raffrontare con quanto emerge da un responso di Papiniano (D.12,6,57,1), che prevedeva un'ipotesi di indebito parziale⁽²⁰⁷⁾ e distingueva a seconda che la riscossione della differenza tra il dovuto e il non dovuto fosse stata decisa dal *procurator* o ordinata dal *dominus*. Nel primo caso la *condictio* spettava contro il *procurator*, nel secondo contro il *dominus*.

È questa seconda fattispecie quella che interessa di più, giacché è da raffrontare con il caso descritto da Celso in D.12,6,6,2: se la soluzione era, in ambedue le ipotesi, la legittimazione passiva del *dominus*, essa presupponeva, solo in D.12,6,6,2, la ratifica del *dominus*. La differenza delle due decisioni sembra doversi ravvisare non tanto in una divergenza interpretativa dei due giuristi, quanto nel fatto che, nell'ipotesi celsina, l'incarico di riscuotere si presentava generico, invece, nell'ipotesi papiniana, il *dominus* incaricava il suo *procurator* a riscuotere una certa somma da un debitore determinato. Pertanto, in D.12,6,6,2, l'esponente della scuola proculiana prendeva in considerazione il caso in cui l'errore sull'esistenza del debito fosse stato del *procurator* che riscosse quanto non era dovuto, mentre, nella seconda fattispecie di D.12,6,57,1, era stato il *dominus*, essendo *insciens* sull'ammontare del debito, ad incaricare il *procurator* di riscuotere quanto non gli era dovuto.

Il *procurator* era, invece, un semplice gestore d'affari altrui in uno solo dei passi considerati:

⁽²⁰⁷⁾ Il fatto che Celso parlasse di indebito parziale, mentre Papiniano di indebito totale non sembra comportare differenze di disciplina.

h) La testimonianza giuliana (D.46,8,22 *pr.*) distingueva tra l'operato non ratificato e ratificato dell'accipiente-gestore: nel primo caso, in seguito alla prestazione di una *cautio*, l'*actio ex stipulatu* contro il *procurator* precludeva l'esperimento della *condictio indebiti*; nel secondo, invece, era esperibile la *condictio indebiti* contro il *dominus*. Si arriva così a confermare il principio già emerso per il *procurator*-mandatario o incaricato: anche se il *procurator* era un semplice gestore, egli stesso rispondeva per quanto avesse indebitamente riscosso, a meno che il *dominus* avesse ratificato la sua riscossione. In quest'ultimo caso era, allora, il *dominus* a diventare il legittimato passivo.

Due sono, poi, le testimonianze in cui il *procurator* faceva credere di essere una persona diversa da quella che era e, quindi, perpetrava un furto nei confronti del debitore:

ì) Secondo Giuliano (D.12,4,14), se il pagamento all'accipiente in malafede era indebito, l'intervento della ratifica aveva la funzione di accollare al ratificante le conseguenze onerose del pagamento ratificato e, quindi, la legittimazione passiva alla *condictio indebiti*. Contro il *procurator* si poteva comunque agire, oltre che con l'*actio furti*, con la *condictio furtiva*, che concorreva elettivamente con la *condictio indebiti* contro il *dominus*.

l) Papiniano (D.47,2,81,5) distingueva se la *solutio* fosse non dovuta o dovuta. In questo secondo caso la ratifica trasformava l'accipiente fraudolento in gestore d'affari per cui il *solvens* veniva *ipso iure* liberato dalla sua obbligazione. Viceversa se il debito era insussistente, la ratifica determinava la soggezione alla *condictio indebiti* del ratificante, azione esperibile in concorso elettivo con la *condictio furtiva* contro il *procurator*.

I risultati raccolti consentono ora di gettare uno sguardo d'insieme alla questione del *procurator-accipiens*. In essa non può non avvertirsi una certa difficoltà che, però, non è dovuta affatto alla mancanza di chiarezza dei giuristi, ma alla particolare complessità della questione. In sintesi, le variabili della situazione paiono essere tre: il carattere o meno debito del pagamento, la funzione svolta dal *procurator* e l'intervento della ratifica del *dominus*. Ora, accantonando per un momento l'ipotesi del pagamento di debito che non rientra ovviamente nella sfera di applicabilità della *condictio indebiti*, la variabili si ri-

ducono a due. Si può, a questo punto, restringere ancora di più il campo di indagine sulla base di un'osservazione: nel caso di *solutio indebiti* l'elemento che mutava la disciplina del caso non era la funzione svolta dal *procurator*, bensì — come risulta già dalla fattispecie del *procurator-solvens* — l'intervento della ratifica. Infatti, indipendentemente da quali fossero i poteri del *procurator*, se c'era l'indebito, la *condictio* era esperibile. Ciò si verificava, del resto, sia che la *ratihabitio* seguisse sia che mancasse: quello che cambiava era, però, il soggetto contro cui essa andava rivolta.

Ma allora qual è la ragione di tutte le distinzioni che si sono fatte sulla funzione svolta dal *procurator*, se il dato che definisce la disciplina applicabile ai diversi casi era — come per la fattispecie del *procurator-solvens* — la presenza o meno della ratifica? Ebbene, l'individuazione del tipo di *procurator* nelle diverse fattispecie proposte dai giuristi presenta una sua utilità. Capire se l'accipente fosse un mandatario o un semplice gestore era, infatti, essenziale nell'ambito del pagamento di debito: se il *procurator* non aveva ricevuto alcun incarico a riscuotere, perché la *solutio* avesse efficacia liberatoria, era sempre necessario che intervenisse la ratifica del *dominus*. Viceversa il pagamento al *procurator*-mandatario o incaricato comportava la liberazione *ipso iure*.

A questo punto emerge che, per l'ipotesi di pagamento indebitato, le due fattispecie di *solutio indebiti* del e al *procurator* erano risolte nel medesimo modo: è da riconoscere che il ruolo svolto dal *procurator* non rivestisse importanza.

Se, però, l'*indebitum accipiens* era un *falsus procurator*, consapevole, quindi, di non aver facoltà a riscuotere per conto del creditore, allora non solo il *solvens* poteva agire contro il *dominus* ratificante con la *condictio indebiti*, ma poteva anche rivolgersi contro il *procurator*, oltre che con l'*actio furti*, con la *condictio furtiva*: quest'ultima azione si sarebbe trovata in relazione di concorrenza con la *condictio indebiti*, ma avrebbe costituito anche l'unico dei due rimedi reipersecutori nel caso in cui la ratifica, per qualche motivo, non fosse mai intervenuta.

A prescindere da questo caso, il ruolo svolto dal *procurator* non avrebbe rivestito alcuna importanza. A questo punto emerge chiaramente che, nell'ipotesi di pagamento indebitato, le fattispecie del *procurator-indebitum solvens* e *indebitum acci-*

piens venivano risolte nel medesimo modo: sarebbe stata la presenza o meno della ratifica a determinare se l'azione di ripetizione fosse esercitabile contro il *dominus* o contro il *procurator-solvens*.

Concentrando l'attenzione sulla ratifica, risulta significativo un raffronto tra la stessa e il *iussum* dal punto di vista degli effetti. Quali fossero le conseguenze di un preventivo incarico a riscuotere un indebito emerge, in particolare, da D.12,6,57,1, in cui è lo stesso Papiniano a mettere a confronto due ipotesi che si distinguono l'una dall'altra perché, nella prima, il *procurator* non aveva ricevuto alcuna *praepositio*, mentre nella seconda era un incaricato ad incassare. La conseguenza era che la *condictio indebiti* del *solvens* si sarebbe rivolta verso il gestore nel primo caso, ma verso il *dominus* nel secondo. Questa variazione nella legittimazione passiva è, in effetti, il medesimo esito che produce l'intervento della *ratihabitio*. La conferma di ciò si ha se si pensa al pagamento di debito: la liberazione del debitore può conseguire alla riscossione in adempimento di un mandato o di un incarico, ma anche alla ratifica dell'operato del *procurator* da parte del *dominus*.

È opportuno domandarsi, allora, quale fosse la ragione per cui l'intervento della *ratihabitio* comportasse la responsabilità diretta del *dominus*; in particolare c'è chi, in letteratura, in relazione al caso del *procurator-accipiens*, ritiene possibile che colui per cui conto il pagamento era riscosso acquistasse così la proprietà delle *res solutae*, mentre fino alla ratifica ne fosse soltanto possessore⁽²⁰⁸⁾. In realtà questa opinione è da rifiutare non solo perché le fonti nulla attestano al riguardo, ma anche perché è ben noto che l'esclusione della rappresentanza diretta faceva sì che sorgessero rapporti di diritto e d'obbligo tra *procurator* e terzo, ma giammai tra *dominus* e terzo⁽²⁰⁹⁾. Si deduce che la proprietà veniva acquistata dal *procurator*⁽²¹⁰⁾ che, poi, la trasmetteva al *dominus* con uno dei modi di trasmissione del dominio⁽²¹¹⁾. Ne deriva che, anche ratificando

⁽²⁰⁸⁾ Cfr. ANGELINI, *Il procurator*, 244 s., in particolare nt. 268.

⁽²⁰⁹⁾ Così SERRAO, *Il procurator*, 105.

⁽²¹⁰⁾ È ovvio che questo non valesse per il *procurator-fur* che non diventava mai proprietario dei *nummi*: cfr., sul punto, *supra* § 20.

⁽²¹¹⁾ SERRAO, *Il procurator*, 106.

l'operato del suo sostituto, il *dominus* non giungeva mai ad acquisire la proprietà di quanto fosse stato riscosso. Piuttosto il *dominus* con la ratifica faceva in modo che il pagamento fosse da intendere come fatto a sé, facendo rientrare nella sua sfera di *dominus* l'atto compiuto dal suo sostituto. Naturalmente questo comportava conseguenze onerose se la *solutio* era *indebiti* e cioè la personale responsabilità del ratificante sul piano processuale.

In definitiva, in relazione ad entrambe le ipotesi, quella del *procurator-solvens* e quella del *procurator accipiens*, emerge che, in caso di pagamento indebito in cui intervenisse un *procurator* nel momento solutorio, attore nella *condictio indebiti* non era sempre il *solvens*, così come convenuto non era sempre l'*accipiens*. Anzi. Sembra che di regola agisse (o rispondesse) colui per cui conto il *procurator* aveva pagato (o incassato) il pagamento. Solo nei casi in cui il *procurator* non avesse ricevuto alcun incarico in tale senso, né fosse intervenuta una successiva ratifica del suo operato da parte di colui per cui conto era avvenuto il pagamento (o la riscossione), allora sarebbe stato lui stesso il legittimato attivo (oppure passivo) dell'azione volta alla ripetizione dell'indebitum.

CAPITOLO III

IL TUTORE

A. *Il tutore indebitum solvens*

26. *La fattispecie.*

Finora si sono prese in esame le testimonianze giurisprudenziali in materia di pagamento indebito in un rapporto strutturalmente trilaterale e cioè nel rapporto delegatorio, nonché i testi in cui di indebito si parlasse in rapporto bilaterale reso trilaterale dalla partecipazione di un *procurator* al momento solutorio. Si tratta ora di porsi il medesimo problema, verificando — caso per caso — chi fosse l'attore e chi il convenuto della *condictio indebiti*, in un altro rapporto bilaterale, reso triangolare dall'intervento di un'altra tipologia di terzo, ovvero un tutore. Si affronteranno, quindi, i testi in cui, il pagamento indebito era effettuato dal tutore per conto del pupillo, per cui protagonisti della fattispecie erano il *solvens-tutor*, il pupillo e il terzo *accipiens* ⁽¹⁾.

Si deve precisare, però, che l'esame delle fonti inerenti al tutore *indebitum solvens* è reso particolarmente difficile dalla circostanza che l'istituto della tutela presenta non solo un'evoluzione storica complessa ed articolata, ma si differenzia anche a seconda del soggetto nei cui confronti era esercitata, per cui non è argomento che si possa facilmente prestare ad una *reductio ad unum*.

⁽¹⁾ Il caso del pagamento indebito del tutore per conto della donna non fu *ex professo* mai preso in considerazione dai *prudentes*, anche perché presumibilmente i poteri del tutore nei confronti della donna si limitavano alla prestazione dell'*auctoritas* e, almeno in età classica, non si estesero mai all'amministrazione del patrimonio della *mulier*. Del caso del tutore-*accipiens*, invece, si dirà *infra* questo cap., *sub B*.

Infatti, da un lato, la *tutela impuberum* si atteggiò, per lungo tempo, alla stregua di un ufficio predisposto nell'interesse del tutore e della famiglia da lui rappresentata prima che in quello del soggetto a tutela ⁽²⁾ e, quindi, pur derivando etimologicamente dal verbo *tueor* ⁽³⁾ e richiamando l'idea di qualcosa destinata alla protezione e difesa di soggetti inidonei da soli a provvedere ai propri interessi ⁽⁴⁾, solo dopo una lenta evoluzione fu concepita come mezzo di protezione di chi è titolare di diritti e di obblighi, ma è incapace per natura di esplicarne l'esercizio ⁽⁵⁾. Si giunse così, solo col tempo, ad un momento in cui il tutore non esercitava più un potere nell'interesse della *familia* per la buona conservazione del patrimonio

⁽²⁾ ZANNINI, *Tutela (Diritto romano)*, in ED, 45, 1992, 305 a cui si rinvia per un vasto quadro della letteratura in materia di *tutela impuberis*; ma, in particolare, tra i lavori più recenti: DE ROBERTIS, *Culpa tutoris*, Bari, 1960; IDEM, *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari, 1960; GRELLE, *Datio tutoris e organi cittadini nel basso Impero*, in Labeo, 6, 1960, 216 ss.; BUND, *Zur Verässerungsbefugniss des Tutors*, in Studi Betti, 2, Milano, 1962, 157 ss.; LABRUNA, *Rescriptum, passim*; TALAMANCA, *La responsabilità del pupillo nei limiti dell'arricchimento*, in Labeo, 10, 1964, 83 ss.; CRIFÒ, *Una supposta innovazione postclassica in materia di tutela*, in Labeo, 11, 1965, 403 ss.; IDEM, *Rapporti tutelari nelle novelle giustiniane*, Napoli, 1965; GRELLE, *Consoli e datio tutoris in I.1.20.3*, in Labeo, 13, 1967, 194 ss.; VOGLI, *I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano*, in Iura, 20, 1969, 313 ss.; MASCHI, *Tutela. Fedecommissi. Contratti reali (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, in Studi Volterra, 4, 1971, 667 ss.; SOLAZZI-SITZIA, *Tutela e curatela (Diritto romano)*, in NNDI, 19, 1973, 912 ss.; GUZMÁN, *Caución tutelar en derecho romano*, Navarra, 1974; IDEM, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona, 1976; IDEM, *Dos notas en tema de tutela romana*, in Revista de estudios historico-juridicos, I, Valparaiso, 1976, 43 ss.; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 437 ss.; KNÜTEL, *Dolus tutoris pupillo non nocet*, in Iuris Professio. Festgabe für M. Kaser zum 80. Geburtstag, Wien-Köln-Graz, 1986, 101 ss.; WACKE, *Selbstkontrahieren*, 289 ss.; FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Torino, 1989, 79 ss.; GOMEZ-IGLESIAS, *Régimen procesal de la caución tutelar*, in SDHI, 58, 1992, 43 ss.; CHIUSI, *Zur Vormundschaft der Mutter*, in ZSS, 111, 1994, 155 ss.; DE BUJÁN, *Contribución al estudio de la tutela testamentaria plural en Derecho Romano*, Madrid, 1995; DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995.

⁽³⁾ Cfr. v. *tueri* nel senso di « schützen », in HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹¹, Graz, 1971, 596.

⁽⁴⁾ Esemplare e celeberrima è la definizione di Servio Sulpicio Rufo, contenuta in D.26.1.1 pr. (Paul. 38 ad ed.): *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*.

⁽⁵⁾ Cfr. ZANNINI, *Tutela*, 305.

familiare e, pertanto, non era più titolare di un potere-dovere, ma piuttosto di un mero dovere, ovvero quello di assicurare al pupillo assistenza e protezione.

Da un altro lato, è ben noto che il tutore potesse essere *legitimus*, testamentario o — a partire dalla fine del III sec. a.C. — anche dativo, per cui parlare di tutore genera il rischio di effettuare un'inopportuna generalizzazione che omogeneizza una realtà, invece, multiforme.

In ultimo, gli impuberi nei cui confronti veniva esercitata la tutela potevano essere sia *infantes*, sia *infantia maior*: mentre i primi non erano capaci di compiere alcun atto giuridicamente rilevante, per cui era il tutore a dovere gestire da solo il patrimonio pupillare, i secondi compivano personalmente atti negoziali, a cui il tutore interponeva solo la sua *auctoritas* con una dichiarazione di volontà integrativa di quella espressa dal pupillo stesso.

Dunque sembrerebbe che coinvolgere la figura del tutore per indagare, in generale, sul problema dell'*indebitum solutum* e dei soggetti legittimati a ripeterlo, crei il rischio di complicare ulteriormente una materia già di per sé estremamente problematica. Peraltro si constata che sono stati i *prudentes* ad affrontare in diversi testi questa questione. In particolare, proprio in un passo del titolo *De conditione indebiti* e cioè in D.12,6,6,3 ⁽⁶⁾, Giuliano effettuava una equiparazione tra la figura del tutore *indebitum solvens* e quella del *procurator indebitum solvens* e, quindi, non solo si riferiva ad una figura di tutore in astratto, ma prevedeva anche la medesima soluzione per i pagamenti indebiti effettuati da un tutore e da un *procurator*, che — innegabilmente — sono figure divergenti fra loro. Analogamente Scevola considerava, in un unico frammento, due casi di *indebiti solutio*, di cui, in D.12,6,67,1 ⁽⁷⁾, era autore il tutore e, in D.12,6,67,2 ⁽⁸⁾, era autore il *procurator*, con soluzioni che, in entrambe le ipotesi, si discostavano dal criterio risolutivo enunciato da Giuliano in D.12,6,6,3.

Pertanto, risultando che, nella vicenda del pagamento in-

⁽⁶⁾ Cfr. *infra* § seguente.

⁽⁷⁾ Cfr. *infra* § 29.

⁽⁸⁾ Cfr. *supra* § 16.

debito, il *procurator* e il tutore erano soggetti che venivano avvicinati o studiati in parallelo, si prospetta importante ricostruire quale fosse il pensiero giurisprudenziale romano sull'esperibilità della *condictio indebiti* nei casi in cui intervenisse il tutore. Non resta, a questo punto, che procedere alla lettura diretta delle fonti, senza approfondire, dove i giuristi non lo approfondivano, quali fossero, caso per caso, i caratteri della tutela, quale la sua fonte e nei confronti di chi essa venisse espletata.

È comunque da rilevare che, in relazione a questi profili, che sembrerebbero rendere più difficoltosa l'indagine, sono da tenere presente alcuni dati. Primariamente i caratteri più potestativi che protettivi della tutela appartengono al periodo più antico, per cui, giacché le fonti che qui interessano sono attribuite a giuristi dell'età del Principato, si deve pensare che esse facciano riferimento ad un *officium* del tutore più che ad una *potestas*. In secondo luogo, la *querelle* dottrinale sulle differenze di regime della tutela legittima e testamentaria, da un parte, e quello della tutela dativa, dall'altra, non sembra coinvolgere la questione dell'amministrazione del patrimonio nella prospettiva che qui interessa, ovvero quella della *solutio indebiti*, in quanto, già a partire dall'inizio dell'età classica, l'obbligo di gestione del patrimonio del pupillo venne esteso anche al tutore legittimo e a quello testamentario. Infine, concentrando l'indagine sulla fattispecie del pagamento indebito del tutore nell'interesse del pupillo, si arriva automaticamente ad escludere il caso in cui il tutore prestasse l'*auctoritas* a integrazione dell'atto compiuto dall'impubere, rilevando solo l'ipotesi in cui fosse direttamente il tutore a *solvere*; ne deriva che, in linea di principio, i casi che qui interessano sono verosimilmente da ritenere concernenti la figura dell'*infans*.

27. *Giuliano e l'assimilazione del caso del procurator a quello del tutor.*

Che il caso del pagamento indebito del *tutor* potesse essere avvicinato e studiato in parallelo a quello del pagamento inde-

bito del *procurator*, è attestato — come accennato ⁽⁹⁾ — dal già considerato passo giuliano ⁽¹⁰⁾:

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.*

Considerando il passo con riferimento alla figura del tutore, si constata che, in esso, il giurista negava risolutivamente al tutore il potere di esperire la *condictio indebiti*. La soluzione era tale a prescindere dall'appartenenza del danaro: sia che il tutore pagasse con *sua pecunia*, sia che pagasse con *pecunia* del pupillo, la disciplina del caso di specie sarebbe rimasta la medesima.

Sebbene Giuliano enunciasse un principio che sembra avere un'applicazione di carattere generale ed esponendolo non fornisse alcuna precisazione, né descrivesse una fattispecie concreta cui la regola si applicasse, si crede di potere intendere il passo come riferito ad una *solutio indebiti* e non già, come si è voluto sostenere, riguardante un pagamento debito ⁽¹¹⁾.

Parimenti l'opinione per cui oggetto della *solutio indebiti* sarebbero stati legati ⁽¹²⁾, di cui manca, però, ogni riferimento espresso, sembra non condivisibile.

Come si è già osservato ⁽¹³⁾, l'irrilevanza dell'appartenenza del danaro al *procurator* o al *dominus* parrebbe giustificata dal fatto che comunque il pagamento fu effettuato per conto altrui e, quindi, — verosimilmente — per un principio di « giustizia distributiva » sarebbe parso più logico dare la ripetizione al *dominus* e non al *procurator*, che era solo il materiale autore del pagamento, ma non colui nel cui interesse la *solutio* era stata compiuta. Se tale ragionamento ha senso per l'ipotesi

⁽⁹⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽¹⁰⁾ Cfr. *supra* § 14.

⁽¹¹⁾ È la non persuasiva interpretazione, che del passo è stata data già da Donnellus, condivisa ancora, per esempio, da Claus: si veda *supra* § 14.

⁽¹²⁾ Si tratta della citata proposta interpretativa di Behrends e Flume sulla base della collocazione leneliana del frammento 6 sotto la rubrica « *De legatis indebitis solutis* »; a proposito del dubbio sulla verosimiglianza di tale rubrica, cfr. *supra* § 14 e § 24.

⁽¹³⁾ Cfr. *supra* § 14.

di pagamento effettuato con danaro proprio, a maggior ragione si può fare per il caso in cui il *procurator* avesse fatto uso del danaro del *dominus*.

Ora, la medesima interpretazione dovrebbe darsi per la *solutio* del tutore. Tuttavia proprio la funzione precipua — almeno nell'età in cui Giuliano scrive — che il tutore aveva e cioè quella di gestire il patrimonio del pupillo e soprattutto la sua posizione rispetto al patrimonio pupillare, lasciano dubitare della possibilità di distinguere se il tutore pagasse con danaro proprio o del pupillo. Infatti, nonostante il pupillo rimanesse il titolare potenziale dei beni pupillari, il tutore era considerato titolare attuale degli stessi e poteva disporne come se ne fosse *dominus* ⁽¹⁴⁾. Il tutore si trovava così ad avere una sorta di patrimonio separato, ma la distinzione tra questo patrimonio e il suo proprio diventava innegabilmente ardua, qualora si considerasse quale oggetto del pagamento il denaro. E siccome, nella fattispecie giuliana, si parlava inequivocabilmente di *pecunia*, ne deriva che, per quest'ipotesi, l'affermazione *neque interesse, suam pecuniam an pupilli ... solvant* sembra poco appropriata.

Invero è stata individuata una precisa *ratio* dell'equiparazione giuliana, ravvisabile nella circostanza che il pagamento eseguito dal tutore per il pupillo avrebbe costituito un modello per il pagamento del *procurator* nell'interesse del *dominus* ⁽¹⁵⁾. In effetti si può motivatamente congetturare che Giuliano avesse presente la fattispecie della *solutio* del tutore che forse già di regola veniva risolta nel senso di escludere la legittimazione del tutore a ripetere, da accordare, invece, al soggetto che costituiva, per così dire, l'effettivo centro d'imputazione di interessi, ovvero il pupillo.

Tuttavia sembra anche possibile che il giurista abbia ritenuto non di equiparare al caso del tutore quello del *procurator*,

⁽¹⁴⁾ Cfr., per esempio, D.26,7,27 (Paul. 7 *ad Plaut.*): *Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet*. Si vedano anche D.43,24,11,7 (Ulp. 71 *ad ed.*) = D.50,17,157 *pr.*: (...) *vel dominis vel his, qui vice dominorum sunt* (...) e D.47,2,57,4 (Iul. 22 *dig.*): (...) *tutor domini loco habetur* (...).

⁽¹⁵⁾ Così interpreta il passo CANNATA, *Atto*, 356 sulla base di quanto si desume dall'esistenza, in tema di tutore, di un principio generale, quale è quello contenuto in D.12,6,57 *pr.* (su cui si veda *infra* § successivo).

ma, viceversa, il caso del *procurator* a quello del tutore. La fattispecie che egli risolse con l'affermazione di D.12,6,6,3 avrebbe potuto essere anche quella del tutore. In effetti non sembra che la testimonianza cronologicamente successiva di Papiniano in D.12,6,57 *pr.* ⁽¹⁶⁾, pur enunciando più o meno lo stesso principio di D.12,6,6,3 per l'ipotesi del pagamento del tutore, sia atta a dimostrare convincentemente che la fattispecie relativa al tutore fosse più risalente.

In realtà, alla luce di queste considerazioni, quanto sembra, a mio avviso, verosimile è solo che, senza che sia possibile chiarire quale fosse il caso *a quo* e quale quello *ad quem*, Giuliano attuò un'assimilazione, sotto il profilo dell'*indebitum solutum*, tra due figure — non certo identiche —, quella del *procurator-solvens* e quella del tutore-*solvens*. E, in tale assimilazione, il giurista avrebbe applicato ad entrambi i casi la distinzione sull'appartenenza della *pecunia*, che, però, avrebbe avuto più senso per la figura del *procurator* che per quella del tutore. In effetti, nell'enunciare la soluzione, sarebbe parso più opportuno al giurista prescindere totalmente dalla questione della proprietà del danaro, eliminando così ogni necessità di accertamento circa la titolarità di tale appartenenza. Ne deriva che, nella formulazione del principio, Giuliano avrebbe esteso l'irrelevanza della proprietà della *pecunia* anche alla fattispecie del tutore *indebitum solvens*, sebbene l'ipotesi in cui il *tutor* pagasse con *pecunia* propria fosse estremamente difficile da identificare.

Dal testo giuliano emerge anche un'altra questione. Si è detto che, in caso di pagamento effettuato dal tutore per conto del pupillo, attore della *condictio indebiti* sarebbe stato il pupillo. Tuttavia è spontaneo domandarsi in che modo il pupillo avrebbe potuto ripetere, se era un *infans* — è da presumersi che fosse tale, dal momento che il tutore aveva pagato al suo posto e non aveva solo interposto la sua *auctoritas* ⁽¹⁷⁾ — e, quindi, un soggetto non ancora in grado addirittura di un eloquio ragionevole.

Forse nel momento in cui il giurista parlava di ripetizione

⁽¹⁶⁾ Cfr. *infra* § successivo.

⁽¹⁷⁾ Cfr. *supra* § precedente.

del pupillo, il riferimento era ad un ex pupillo, ovvero ad un *pubes factus*, che avesse, quindi, nel frattempo già ottenuto il riconoscimento della capacità di agire. Oppure poteva essere che l'*infans* fosse diventato *infantia maior* ed, allora, avrebbe potuto, purché in presenza dell'*auctoritas tutoris*, *condicere* personalmente.

28. La regola *papiniana*.

È un frammento di Papiniano la testimonianza più limpida e lineare ⁽¹⁸⁾ in tema di *indebitum solutum* al tutore:

D.12,6,57 *pr.* (Pap. 3 *resp.*): *Cum indebitum impuberis nomine tutor numeravit, impuberis condictio est* ⁽¹⁹⁾.

Secondo il giurista, nel caso in cui il tutore pagava a nome dell'impubere, la *condictio* spettava senz'altro all'impubere ⁽²⁰⁾. Sembra, allora, che Papiniano condividesse l'opinione giuliana e che negasse, quindi, la legittimazione del tutore a ripetere l'indebitum pagato per conto del pupillo. In più, però, rispetto a Giuliano, il giurista severiano faceva una precisazione ulteriore ⁽²¹⁾, stabilendo che l'azione per la ripetizione spettasse al pupillo (*impuberis condictio est*), aspetto che il giurista adrianeo dava verosimilmente per scontato.

⁽¹⁸⁾ Parla — opportunamente — a proposito di D.12,6,57 *pr.*, di linearità, CANATA, *Atto*, 356.

⁽¹⁹⁾ Cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, 890, § 446.

⁽²⁰⁾ Non è da condividere l'interpretazione del passo data da DONATUTI, *Le causae*, 139, il quale sostiene che, secondo i principi classici, se il tutore avesse pagato con il danaro del pupillo, pagando indebitamente e non essendo a ciò autorizzato, il pupillo avrebbe conservato la rivendica; se, però, l'*accipiens* avesse consumato in buona fede il danaro, allora al pupillo sarebbe spettata non già la *condictio*, ma un'*actio utilis*; l'opinione non pare essere sufficientemente fondata su elementi concreti; in particolare, per sostenere l'esperibilità di un'*actio utilis*, sarebbe necessario azzardare che i compilatori abbiano alterato il passo papiniano, inserendo *impuberis condictio est* in un periodo in cui era ormai svanita ogni distinzione tra *actio directa* e *actio utilis*. Cita il passo anche SCHWARZ, *Die Grundlage*, 70 che, nel suo discorso sulla rilevanza dell'errore del *solvens*, si limita a precisare che il testo è in tema di legittimazione attiva alla *condictio indebiti*.

⁽²¹⁾ In tale senso GLÜCK, *Commentario*, 665, § 835.

Si è già detto, a proposito di D.12,6,6,3⁽²²⁾, che, nonostante l'esistenza di un principio così chiaramente enunciato come quello papiniano, non sembrerebbe che, a Giuliano, la soluzione, per cui la *condictio indebiti* spettasse di regola al pupillo, sarebbe servita da modello⁽²³⁾ per risolvere il caso del pagamento indebito del *procurator*. Invero, data l'assenza di una testimonianza, con riferimento al tutore, attribuita a giuristi anteriori a Giuliano, pare difficile ritenere fondatamente che il riferimento al tutore fosse più risalente rispetto a quello del *procurator*.

Si tratta, a questo punto, di intendere l'altra puntualizzazione di Papiniano rispetto al passo di Giuliano, ovvero che l'*indebitum* fu pagato *impuberis nomine*⁽²⁴⁾. Letteralmente sembra di trovarsi di fronte ad un pagamento addirittura in nome del pupillo. Ma è ben noto che, in diritto romano, chi amministrava affari altrui, come nel caso del tutore, che usualmente la romanistica considera ipotesi di rappresentanza necessaria, non poteva fare sì che i negozi posti in essere producessero effetti direttamente in capo all'amministrato, ma, pur compiendoli nell'interesse altrui, doveva concluderli in nome proprio⁽²⁵⁾. Infatti l'amministrazione del patrimonio del pupillo si attuava nelle forme della rappresentanza indiretta e gli effetti si verificavano in capo al sostituto, salvo poi dovere essere ritrasferiti all'interessato⁽²⁶⁾. Pertanto la questione del significato dell'espressione papiniana *impuberis nomine* sarebbe da leggere alla luce di un discorso necessariamente più generale sulla complessa tematica della rappresentanza indiretta in diritto romano.

Tuttavia è probabile che, in alcuni casi, non fosse concepibile l'operatività dello schema della rappresentanza indiretta, semplicemente perché non si trattava di effetti che potessero

⁽²²⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽²³⁾ È in tale senso la già citata opinione di CANNATA, *Atto*, 356 che, inoltre, rifiuta — correttamente — l'opinione di FLUME, *Zur Lehre*, 94, per il quale l'enunciato papiniano sarebbe « ohne daß von einer *ratihabito* die Rede ist »; in effetti non sembra comunque avere molto senso parlare di ratifica del pupillo per un atto del tutore.

⁽²⁴⁾ Il punto non sembra essere stato approfondito in letteratura.

⁽²⁵⁾ ORESTANO, *Rappresentanza*, 796.

⁽²⁶⁾ Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, 164.

verificarsi provvisoriamente in capo al sostituto. Sebbene, cioè, il tutore incorresse nei soliti limiti che generalmente afferivano alla materia della rappresentanza, in senso generico, di interessi altrui, talvolta poteva verificarsi che i *prudentes* vedessero la situazione in termini differenti da quelli in cui i moderni sono soliti ragionare.

In particolare tale discorso si profila per quanto riguarda l'estinzione dell'obbligazione. Il pagamento di un terzo poteva estinguere l'obbligazione, ma ciò avveniva probabilmente in base a prospettive diverse da quella della rappresentanza. Infatti, come avrebbe potuto verificarsi che il gestore pagasse per conto di un altro e che l'estinzione del vincolo obbligatorio si producesse prima in capo a lui, che non era titolare di quel rapporto obbligatorio? Cionondimeno il pagamento del terzo comportava comunque l'estinzione dell'obbligazione in capo all'effettivo titolare.

Se si prospetta un discorso in questi termini in tema di estinzione dell'obbligazione, non si può negare che una situazione analoga si presentasse in caso di *solutio indebiti*: anche qui il pagamento era di un terzo — nella fattispecie in questione di un tutore — ma, trattandosi di pagamento non dovuto e dovendosi discorrere non di estinzione, bensì di ripetizione, le conseguenze erano ovviamente differenti. Si potrebbe, quindi, a mio avviso, credere che, nel caso in esame, non entrasse in gioco un'integrazione della fattispecie negoziale con una parte in senso sostanziale e con una in senso formale, come notoriamente si verifica nel caso di rappresentanza.

È palese, quindi, che Papiniano, riferendosi ad un tutore che pagava un indebito per conto del pupillo, facesse uso dell'espressione *impuberis nomine* non nel significato in cui il giurista moderno la intenderebbe, bensì nell'accezione più sfumata di « con riferimento all'*impuber*, nell'interesse dell'*impuber* »⁽²⁷⁾. Non essendo possibile che gli effetti si verificassero in capo al tutore, salvo essere, poi, ritrasferiti, era questo un caso in cui il ragionamento giuridico non coinvolgeva affatto il concetto di rappresentanza. In questo modo si interpreta il papi-

⁽²⁷⁾ Cfr. s.v. *alieno (suo, alterius) nomine agere, facere extra litem* in VIR, IV/1, Berlin-New York, 1985, col. 185 s., lett. B, nr. 1/g-d, lin. 26 ss.

niano *impuberis nomine*, ma si coinvolge, così, un ambito ben più ampio che riguarda l'intero corso del lavoro. Sul punto si avrà, pertanto, modo di tornare più avanti ⁽²⁸⁾.

29. *Il caso del tutore che paga più del dovuto.*

Accanto ai due passi considerati è significativo leggere una fattispecie concreta di pagamento indebito per mano del tutore. Si tratta del testo che, nei *Digesta* di Quinto Cervidio Scevola, precede immediatamente quella significativa fattispecie, in cui il giurista accordava al *procurator in rem suam* la legittimazione a *condicere* ⁽²⁹⁾.

D.12,6,67,1 (Scaev. 5 *dig.*): *Tutor creditor pupilli sui plus quam debebatur exsolvit et tutelae iudicio pupillo non imputavit: quaero an repetitionem adversus creditorem haberet. respondit habere* ⁽³⁰⁾.

Qui il tutore pagò ad un creditore del proprio pupillo più di quanto dovesse (*plus quam debebatur*). Scevola, pur non specificando a che titolo si fosse verificato il pagamento, precisava che il tutore, nel rendiconto della tutela, non aveva conteggiato il pagamento dell'eccedenza fra le spese addebitabili al patrimonio del pupillo (*tutelae iudicio pupillo non imputavit*). All'interrogativo se il tutore potesse chiedere la restituzione di quanto versato in eccedenza, il giurista rispondeva affermativamente, ammettendo che lo stesso potesse agire per la restituzione dell'indebito nei confronti del creditore del pupillo.

Ora, non sfugge che la soluzione del caso si rivela esattamente antitetica rispetto ai principi enunciati sia da Giuliano che da Papiniano. Se si volesse congetturare che esisteva un orientamento giurisprudenziale non unanime sul punto, risulterebbe che, nel corso dell'esperienza romana, Giuliano negava apertamente ⁽³¹⁾ la *condictio* al tutore al fine di ripetere l'inde-

⁽²⁸⁾ Cfr. *infra*, in particolare, § 37 e § 46.

⁽²⁹⁾ Per l'esegesi del passo si veda *supra* § 16.

⁽³⁰⁾ Cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, 219, § 514.

⁽³¹⁾ Cfr. *supra* § 27.

bito, Scevola, invece, la accordava e Papiniano, era, a sua volta, del parere di concederla al pupillo ⁽³²⁾.

Peraltro è forse possibile andare al di là di questa soluzione probabilmente troppo semplicistica della questione. Invero si è sostenuto che il tutore avesse subito personalmente il sacrificio patrimoniale, pagando con denaro suo ⁽³³⁾. Tuttavia, se così fosse, l'enunciato giuliano, escludendo sempre la ripetizione al tutore anche quando questi avesse pagato con *pecunia* propria ⁽³⁴⁾, risulterebbe innegabilmente in aperta antitesi con la soluzione scevoliana. Non solo. È vero che per principio il patrimonio pupillare doveva rimanere separato rispetto a quello del tutore, ma, quando si trattava di pagamenti in danaro, come avrebbe potuto distinguersi tra *pecunia* del pupillo e *pecunia* del tutore, che — è noto — gestiva i beni del minore come se ne fosse *dominus* ⁽³⁵⁾? È evidente come una tale distinzione fosse tutt'altro che nitida.

Invero, la chiave della decisione scevoliana sembra doversi individuare nella frase *tutelae iudicio pupillo non imputavit* e cioè nel fatto che la *solutio indebiti* non fosse stata imputata fra le spese del rendiconto della tutela ⁽³⁶⁾. Infatti la particolarità della soluzione non sarebbe da ravvisare nella proprietà del danaro, ma nel momento particolare in cui la *quaestio* si prospettava e cioè a quello della cessazione della tutela. Allora il tutore sarebbe stato tenuto alla resa dei conti e, quindi, alla restituzione del tutto; però, per ragioni a noi sconosciute, nel rendiconto omise di imputare il pagamento indebito. Pertanto, al momento della liquidazione dei rapporti, al pupillo fu restituito tutto il patrimonio non diminuito dalla somma pagata indebitamente. Era in questo istante che diventava completa-

⁽³²⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽³³⁾ È l'interpretazione del passo (peraltro, poco studiato in letteratura) che, già della Glossa, è sostenuta da DONATUTI, *Le causae*, 140 nt. 476, facendo riferimento — immotivatamente — alla contrapposizione *actio utilis/actio directa*, la prima spettante di regola al pupillo (così in D.12,6,57 *pr.*, su cui *supra* § precedente), la seconda al tutore, come accade nel passo in esame; in realtà, come si è già accennato, questa contrapposizione non sembra essere affatto suffragata dalle fonti.

⁽³⁴⁾ Si veda *supra* § 27.

⁽³⁵⁾ Cfr. ancora *supra* § 27.

⁽³⁶⁾ In tale senso GLÜCK, *Commentario*, 665, § 835.

mente irrilevante con che danaro il pagamento fosse stato effettuato. Nel momento della mancata imputazione il tutore, sia che avesse pagato con danaro suo sia con danaro del pupillo, si trovava a sopportare direttamente la diminuzione patrimoniale conseguente alla *solutio*. Perciò non avrebbe avuto senso dare al pupillo l'azione per la ripetizione quando comunque, una volta chiuso il rendiconto, gli effetti di questo pagamento sarebbero ricaduti sul tutore.

Così interpretando il testo, si riuscirebbero a conciliare le diverse testimonianze giurisprudenziali in tema di *indebitum solutum* del tutore. La soluzione di D.12,6,67,1 non si sarebbe affatto rivelata in contraddizione con quelle di Giuliano e Papiniano, in quanto, se anche prevedeva la legittimazione a *condicere* del tutore e non del pupillo, si riferiva ad una fattispecie diversa, in cui la tutela era cessata e in cui il pagamento indebito non era stato imputato nel rendiconto. In effetti una qualsiasi decisione differente da quella data da Scevola al caso avrebbe pregiudicato la situazione del tutore, che non avrebbe altrimenti potuto recuperare quella somma, né è da credersi che, in questo caso, il pupillo avrebbe avuto un qualche interesse alla ripetizione.

In definitiva, la contrapposizione tra le soluzioni dei tre testi non mi sembra da spiegare, ammettendo l'esistenza in materia di un *ius controversum*; è da credersi, invece, che in linea di principio la ripetizione fosse data all'impubere, salvo in particolari ipotesi in cui, liquidati tutti rapporti connessi all'esercizio della tutela, il pupillo non avesse avuto alcun interesse alla ripetizione, mentre era il tutore a soffrire uno specifico pregiudizio.

30. *Il pagamento indebito dei tutori del pupillo ai creditori del patrimonio ereditario.*

Dello stesso Scevola è significativo leggere un'altra testimonianza, tratta dai suoi *Responsa* ⁽³⁷⁾:

⁽³⁷⁾ Come è noto, indipendentemente dai problemi che riguardano la trasmissione e la composizione delle raccolte del lavoro giurisprudenziale di Scevola (su cui cfr., per esempio, SCHIRMER, *Beiträge zur Interpretation von Scävolas Quästionen*, in

D.12,6,61 (Scaev. 5 resp.): *Tutores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno solverunt, sed postea non sufficientibus bonis pupillum abstinuerunt: quaeritur, an quod amplius creditoribus per tutores pupilli solutum est vel totum quod acceperunt restituere debeant. respondi, si nihil dolo factum esset, tutori quidem vel pupillo non deberi, creditoribus autem aliis in id, quod amplius sui debiti solutum est, teneri* ⁽³⁸⁾.

ZSS, 21, 1900, 355 ss.; SCHULZ, *Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig, 1931, 143 ss.; IDEM, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, 294; WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, 285 nt. 31; KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln, 1967, 217 s.; FREZZA, *Responsa e quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in SDHI, 43, 1977, 214; SPENGLER, *D.34.3.28.4 und D.34.3.31.2/3 -Bemerkungen zu einer doppelt überlieferten Entscheidung des Q. Cervidius Scaevola*, in ZSS, 110, 1993, 641 ss. e, da ultimo, LAMBERTINI, *Delazione testamentaria e voluntas testandi in una quaestio di Cervidio Scevola*, in *Labeo*, 44, 1998, 258 nt. 6, nonché MASIELLO, *Le Quaestiones, passim*; si veda anche la letteratura citata da PLATSHECK, *Bemerkungen zu Scaevola, D.44.4.17.1*, in ZSS, 116, 1999, 201 nt. 7) pare che i *Libri responsorum*, a differenza dei precedenti *Libri digestorum*, siano stati riveduti dallo stesso giurista.

⁽³⁸⁾ Sul passo cfr. SERAFINI, *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, II, Pisa, 1887, 134 nt. 1, che cita il frammento nell'ambito dell'esegesi di D.42,8,24; LASPENRES, *Ueber Anfechtungen von Zahlungen mit der actio Pauliana*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 21, Heidelberg, 1838, 90 ss., su cui si veda *infra*; SCHIRMER, *Beiträge zur Interpretation von Scävola's Responen. VIII*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, 86, Freiburg-Leipzig, 1896, 260 ss., che fa della testimonianza un'accurata esegesi, su cui si tornerà *infra* §§ seguenti; LEVY, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrarie*, in ZSS, 36, 1915, 37, che menziona il testo; BESELER, *Einzelne Stellen*, in ZSS, 47, 1927, 365 — immotivatamente — fortemente critico sulla genuinità del passo, il quale crede, per esempio, che originariamente il testo menzionasse il *curator bonorum* e altresì evidenzia l'oscurità dell'espressione *quod amplius*; SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti in diritto romano*³, II, Napoli, 1945, 134, sulla cui opinione in relazione al significato del passo ci si soffermerà *infra* §§ seguenti; IDEM, *Ancora sull'errore*, 100, che si limita a citare il passo; DONATUTI, *Le causae*, 163 ss., che ritiene che il testo preveda un caso di revoca di un atto fraudolento: sul punto cfr. *infra* §§ seguenti; VANDENBOSCHE, *Questions relatives à la tutelle des impubères dans l'œuvre de Cervidius Scaevola*, in *Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux. Série Juridique*, 6, Bordeaux, 1955, 41 ss., che considera il frammento a proposito della vendita dei beni pupillari e delle relative conseguenze per l'incapace; JOHNSTON, *On a Singular Book of Cervidius Scaevola*, Berlin, 1987, 52 s., la cui interpretazione del passo sarà discussa nei §§ successivi; COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio*, II, Milano, 1999, 176 s., che considera il passo al solo fine di verificare che il pa-

Al giurista fu chiesto un responso in ordine ad una vicenda un po' più complessa della precedente. Scevola prendeva qui in esame la questione del decesso di un *pater* e del soddisfacimento dei creditori sul patrimonio del defunto. I tutori del pupillo ⁽³⁹⁾, *heres necessarius*, si occuparono della ripartizione dell'attivo ereditario al fine del soddisfacimento dei creditori del defunto. In prosieguo di tempo, non essendo i beni sufficienti per accontentare tutti i creditori (*sed postea non sufficientibus bonis*), il pupillo venne fatto astenere dall'eredità (*pupillum abstinuerunt*) per evitare che fosse travolto dal passivo ⁽⁴⁰⁾.

Alcuni creditori, tuttavia, avevano ricevuto più di quanto avrebbe dovuto essere loro corrisposto (*quod amplius*) ⁽⁴¹⁾. Il giurista si domandava, pertanto, quale dovesse essere il *petitum* in un'eventuale azione, esperita nei confronti dei creditori: se i creditori arricchitisi fossero tenuti a restituire la differenza tra quanto da loro percepito (*an quod amplius creditoribus per tutores pupilli solutum est*) e quanto loro dovuto, oppure tutto quanto essi avessero percepito (*vel totum quod acceperunt*).

Scevola, individuando una risposta all'interrogativo posto, sosteneva che oggetto dell'azione doveva essere solo *quod amplius sui debiti solutum est* ⁽⁴²⁾. Il giurista, elaborando la soluzione, chiariva che creditori di questa *pecunia* non sarebbero stati né i *solventes-tutori*, né il pupillo (*tutori quidem vel pupillo non deberi*) ⁽⁴³⁾. Per la precisione è da rilevare che, nel te-

gamento dei debiti ereditari da parte del pupillo non realizzava, in questo caso, un comportamento concludente atto a precludere la concessione del *ius abstinendi*.

⁽³⁹⁾ Sul caso ricorrente in cui, a Roma, si dessero al pupillo più tutori, soprattutto nell'ambito della tutela testamentaria, cfr. SOLAZZI, *Tutela*, 917.

⁽⁴⁰⁾ Sul *ius abstinendi*, introdotto dal pretore già verso la fine della Repubblica, per tutelare l'*heres necessarius* contro gli effetti dannosi dell'acquisto dell'eredità cfr., per tutti, TALAMANCA, *Istituzioni*, 685 ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. SOLAZZI, *La revoca*, II, 135-136 nt. 1, che ritiene possibile che la questione decisa da Scevola si riferisse, anziché al *quod amplius*, al *totum quod acceperunt* e JOHNSTON, *On a Singular Book*, 52, che sostiene che il linguaggio del giurista sarebbe stato, qui, particolarmente impreciso, non essendo chiaro a che cosa il *quod amplius* si riferisse, tanto da destare sospetti sulla genuinità del passo. Sul significato di *quod amplius* nel passo, cfr. *infra* § seguente.

⁽⁴²⁾ Sull'inciso cfr. *infra* § successivo.

⁽⁴³⁾ Si veda SOLAZZI, *La revoca*, II, 135, che esclude che la frase sia classica,

sto, si ritrova *tutori*, cioè un singolare, mentre all'inizio del passo il riferimento era a *tutores*, cioè a più tutori. Peraltro il numero del sostantivo assume — per quanto mi consta — un'importanza solo secondaria, minore di quanto possa sembrare a prima vista, giacché l'uso al singolare sarebbe giustificato dal fatto che ci si riferiva alla figura del tutore in generale, così come alla figura del pupillo in generale. Ad ogni modo dall'uso della forma *non deberi* con riferimento al tutore e al pupillo si desume l'esclusione della legittimazione di questi due soggetti a qualsiasi azione.

Se fino a questo punto il testo sembra chiaro, più problematica è l'interpretazione del resto del passo e precisamente rimane da vedere nei confronti di chi fossero tenuti i creditori arricchitisi e cioè a chi spettasse agire (*respondi ... teneri*). Dall'espressione *creditoribus autem aliis* si desume che quali soggetti interessati a ristabilire l'equilibrio patrimoniale venissero riconosciuti gli *alii creditores*, coloro che, a causa dell'insufficienza del patrimonio paterno, avessero percepito meno degli altri.

Si arriva così al principale nodo interpretativo del testo. Constatato che la forma verbale *teneri* si riferiva agli *alii creditores*, qual era l'azione che essi avrebbero esperito? Ci si chiede, in sostanza, se, nel passo *de quo*, Scevola si riferisse ef-

giacché con o senza il dolo nessun diritto potrebbe mai competere al tutore, né al pupillo che non aveva niente da reclamare, perché il pagamento era avvenuto *ex patrimonio paterno*; invero, non sembra, a mio parere, così pacifico che il diritto di domandare la restituzione spettasse solo ai creditori insoddisfatti, perlomeno non così pacifico da portare a considerare intervento compilatorio la negazione della legittimazione ad agire del tutore e del pupillo; si veda anche JOHNSTON, *On a Singular Book*, 52 per il quale « the words *tutori ... deberi* can be deleted without disturbing the structure of the sentence and are probably a gloss »; peraltro l'argomento, secondo cui se si eliminasse l'inciso suddetto il senso del testo rimarrebbe il medesimo, non pare sufficientemente persuasivo; sul lavoro di Johnston, in generale, cfr., ad ogni modo, TALAMANCA, *Rec. a Johnston*, in *BIDR*, 30, 1988, 836: « il lavoro si muove, senza ulteriori circostanziazioni, come se fosse stato scritto, una quarantina di anni fa, da un seguace — abbastanza moderato — della metodologia interpolazionista. Il che non può non lasciare un po' perplessi », nonché la critica di fondo di GIARO, *Was hat Cervidius Scaevola nicht geschrieben? oder: « Elimination seems to be the Best Treatment »*, in *Rechtshistorisches Journal*, 8, 1989, 51 ss.; si veda, però, anche la recensione di EVANS-JONES, in *TR*, 57, 1989, 413 s., che definisce il libro di Johnston « superb », nonché quella di HONORÉ, in *ZSS*, 107, 1990, 620 ss.

fettivamente alla *condictio indebiti*, come sembra potersi desumere dalla collocazione del testo nel titolo 12,6 del Digesto ⁽⁴⁴⁾ e non piuttosto ad una generica *restitutio in integrum* concessa dal pretore in seguito all'astensione del pupillo ⁽⁴⁵⁾ o alla *restitutio integrum ob fraudem* ⁽⁴⁶⁾ per la revoca degli atti compiuti a danno dei creditori ⁽⁴⁷⁾.

31. *D.12,6,61 (Scaev. 5 resp.) e l'ipotesi della restitutio in integrum.*

31.1. Si voglia primariamente considerare l'orientamento secondo il quale, nella fattispecie, il pretore avrebbe concesso una generica *restitutio in integrum* che avrebbe comportato il sostanziale ripristino della situazione giuridica, quale era prima dell'esercizio da parte del pupillo del *ius abstinendi*. Si è detto che il rimedio pretorio sarebbe stato in questo caso applicabile a due condizioni: che l'erede si fosse astenuto e che l'alienazione fosse avvenuta in mala fede ⁽⁴⁸⁾. Pertanto quest'opinione, oltre a fondarsi sulla convinzione che, in luogo di *amplius*, ci fosse, nel testo, *totum quod acceperunt* e, inoltre,

⁽⁴⁴⁾ Cfr., oltre alla Glossa ordinaria, VOET, *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta*, 6, Venetiis, 1828, l. 42, tit. 8, 53, § 173; LASPENRES, *Ueber Anfechtungen*, 91.

⁽⁴⁵⁾ In tale senso SOLAZZI, *La revoca*, II, 135 e nt. 1, con cui concorda JOHNSTON, *On a Singular Book*, 53 ss.

⁽⁴⁶⁾ Come è ben noto, esistevano due mezzi pretori volti a fare rientrare nel patrimonio del debitore quelle entità che ne erano uscite per effetto di alienazione onde ripristinare la garanzia sul patrimonio di cui godevano i creditori, l'*interdictum fraudatorium* e la *restitutio in integrum*. Se il primo si rivolgeva contro il terzo acquirente consapevole della frode ed era esperibile dai singoli creditori, il secondo era diretto alla rescissione delle diminuzioni subite dal patrimonio del debitore; su chi fosse il legittimato ad esperire quest'ultimo rimedio la letteratura è divisa: secondo alcuni era esercitabile solo dal *curator bonorum* (cfr., per tutti, BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*^A, Milano 1972, 352 ss. e TALAMANCA, *Istituzioni*, 659), secondo altri, invece non solo dal *curator bonorum*, ma anche dai creditori concorrenti (cfr., per esempio, BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993, 121, § 12).

⁽⁴⁷⁾ In tale senso SCHIRMER, *Beiträge*, 261 e DONATUTI, *Le causae*, 164.

⁽⁴⁸⁾ Così, condividendo l'interpretazione di Solazzi, precisa JOHNSTON, *On a Singular Book*, 55.

che in luogo di *alii creditores* si trovasse *bonorum emptori* ⁽⁴⁹⁾, ha come presupposto imprescindibile la natura compilatoria dell'inciso *si nihil dolo factum esset*.

Che l'inciso *si nihil dolo factum esset* si inserisca a fatica nel contesto e che, quindi, sia insitico, è, del resto, stato sostenuto da più di un autore ⁽⁵⁰⁾. In effetti la frase suddetta induce necessariamente a domandarsi a chi tale comportamento doloso fosse imputabile, se al tutore, al pupillo, ai creditori-*accipientes* oppure addirittura agli *alii creditores*.

È, anzitutto, ovvio che all'ipotesi di dolo fossero estranei gli *alii creditores*, in quanto l'inciso si riferisce ad un fatto compiuto prima di qualunque loro iniziativa.

Parimenti anche il pupillo non avrebbe evidentemente alcuna connessione con la condotta dolosa; infatti, come è noto, l'*impuber* era considerato incapace di comportarsi dolosamente in ragione dell'*infirmitas aetatis*; inoltre, nel caso di specie, tale soggetto, impetrando il *ius abstinendi*, era già, all'inizio, divenuto estraneo agli affari ereditari.

Verosimilmente — e si vuole così propendere per la genuinità — con siffatta espressione, Scevola si sarebbe riferito al dolo dei primi creditori, chiarendo in tale modo che detti creditori, nel momento in cui ricevettero il pagamento, ignoravano il fatto che i tutori con il loro comportamento arrecavano pregiudizio agli altri creditori. Ma si può presumere che Scevola, con la suddetta frase, facesse riferimento anche alla condotta dei tutori stessi, i quali non dolosamente avrebbero pagato di più ad alcuni creditori e meno ad altri; in altre parole il giurista, isolando l'ipotesi di dolo, avrebbe escluso questa situazione soggettiva sia in capo agli *accipientes* che in capo ai *solventes*, con la conseguenza che la soluzione del caso descritto in D.12,6,61 sarebbe stata applicabile a condizione che né i tutori avessero posto in essere un comportamento doloso, né i percipienti fossero stati con loro conniventi.

⁽⁴⁹⁾ Sul punto e sulla genuinità — a mio parere — di queste parti del passo, si veda *supra* § precedente.

⁽⁵⁰⁾ Si pronunciano in questo senso, oltre a SOLAZZI, *La revoca*, II, 135 e nt. 1 e a JOHNSTON, *On a Singular Book*, 53, affermando: « the exclusion of liability in the case of *dolus* is absurd », anche BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Milano, 1987, 427 nt. 11; DONATUTI, *Le causae*, 164.

Alla luce di queste considerazioni la frase *si nihil dolo factum esset* acquista un suo preciso significato, con la conseguenza che, in una prospettiva non più interpolazionistica, la sua natura compilatoria diventa ben difficile da sostenere. E se si ammette che il dolo dei *solventes* e degli *accipientes* mancava, l'opinione per cui il rimedio elaborato da Scevola fosse una *restitutio in integrum* perde il suo punto d'appoggio.

Non solo. Sul carattere non autentico dell'inciso in questione si fonda anche quell'orientamento che riconosce, in D.12,6,61, una *restitutio in integrum ob fraudem* ⁽⁵¹⁾. Ma che il frammento descrivesse un caso di revoca di un atto fraudolento, sembra ricevere una decisa smentita dall'assenza del dolo che sarebbe escluso dalla frase *si nihil dolo factum esset*. Peraltro a ciò potrebbe obiettarsi che, per l'applicazione di questo strumento pretorio, erano richiesti, oltre al danno dei creditori e alla consapevolezza dell'accipiente dell'insolvenza del debitore ⁽⁵²⁾, la consapevolezza del debitore del pregiudizio che tale pagamento creava alle aspettative di soddisfazione dei creditori, mentre Scevola avrebbe escluso il dolo e non tale consapevolezza del debitore ⁽⁵³⁾. Tuttavia è evidente che, se anche, nel passo, sia esplicita l'assenza del dolo e non quella della *scientia fraudis*, la mancanza di qualsiasi riferimento sia positivo che negativo alla *scientia fraudis* implica la carenza del principale argomento per sostenere che il giurista si riferisse ad un rimedio revocatorio.

Per dimostrare che D.12,6,61 avrebbe riguardato una *re-*

⁽⁵¹⁾ Così, come si è visto, SCHIRMER, *Beiträge*, 261 e DONATUTI, *Le causae*, 164.

⁽⁵²⁾ Invero tale consapevolezza da parte dell'acquirente può considerarsi un requisito diverso, ai fini della revocabilità dell'atto, dalla conoscenza, che avesse il debitore della propria insolvenza, elemento che può considerarsi requisito indipendente, ai fini della revocabilità dell'atto, dal *consilium fraudis* dell'acquirente (per esempio, BRONDI, *Istituzioni*, 354), ma si può anche ammettere che la conoscenza, che avesse il debitore della propria insolvenza, sia da ritenersi già implicitamente ricompresa nel *consilium fraudis* dell'acquirente (per esempio, TALAMANCA, *Istituzioni*, 659).

⁽⁵³⁾ Su tale presupposto di applicabilità dei rimedi revocatori, denominato talvolta *consilium fraudis*, anziché *scientia fraudis* (cfr., per esempio, A. D'ORS, *Derecho*, 168, § 121), si veda X. D'ORS, *De Gayo a Justiniano en tema de consilium fraudis (Sobre D.40,9,10 — I.1,6,3)*, in *Estudios jurídicos en homenaje al Professor Santa Cruz Teijeiro*, Valencia, 1974, 157 ss. e IDEM, *El interdicto fraudatorio en el Derecho Romano Clásico*, Roma-Madrid, 1974, 134 ss.

stitutio in integrum ob fraudem si è anche sostenuto ⁽⁵⁴⁾ che i giustiniani avrebbero modificato il testo di D.12,6,61 sulla base di una costituzione imperiale del 530 d.C., alla luce della quale avrebbero deciso l'inserimento del testo scevoliano nel titolo 12,6. Si tratta di

C.6,30,22,5 (Imp. Iust. A. *ad sen.* a. 530): *Sin vero creditores, qui et post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant, neque ipsum heredem inquietare concedantur neque eos qui ab eo comparaverunt res, quarum pretia in legata vel fideicommissa vel alios creditores processerunt: licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire et vel hypothecis vel indebiti condicione uti et haec quae acceperint recuperare, cum satis absurdum est creditoribus quidem suum ius persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes legem accommodare.*

La *lex* prevedeva il caso in cui, dopo che il patrimonio era stato già interamente ripartito, sopravvenissero alcuni creditori che si dovevano soddisfare sul patrimonio dell'erede. Si poneva, allora, la questione di come fosse possibile concedere tutela agli ultimi arrivati in omaggio al principio della *par condicio creditorum*: essi non avrebbero potuto agire nei confronti dell'erede, né potevano rivolgersi agli aventi causa dello stesso, legatari, fedecommissari o altri. Considerata questa situazione iniqua, Giustiniano ritenne opportuno tutelare i creditori sopravvenuti, consentendo loro di recuperare dai legatari l'ammontare del loro credito, stabilendo che essi potessero fare eventualmente valere il loro credito privilegiato da qualche ipoteca oppure esperire la *condictio indebiti*. I creditori ultimi arrivati potevano così agire solo nei confronti dei legatari ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Così DONATUTI, *Le causae*, 164.

⁽⁵⁵⁾ Nella seconda parte del provvedimento non si faceva più menzione dei fedecommissari e degli altri creditori aventi causa che avevano acquisito una parte di patrimonio dall'erede; infatti il testo enunciava la esperibilità della *condictio indebiti* solo nei confronti dei legatari; a mio avviso, si potrebbe forse congetturare che l'inciso *vel fideicommissa vel alios creditores* costituisca un'aggiunta tarda, originariamente non facente parte della costituzione giustiniana.

Nei limiti di ciò che qui più interessa, si noti che ad essi, pur non essendo i *solventes* dell'indebito, spettava la *condictio*, rimedio notoriamente rivolto, in diritto giustiniano, contro l'arricchimento⁽⁵⁶⁾, mentre il datore dell'indebito era l'erede⁽⁵⁷⁾.

Ora, è vero che, sia nella costituzione giustiniana, sia nel responso scevoliano di D.12,6,61, si ripartiva un patrimonio ereditario e che alcuni creditori insoddisfatti, a causa dell'insufficienza del patrimonio, potevano agire per la ripetizione di quanto fosse a loro dovuto.

Ma non altri sembrano essere i punti in comune tra le due fonti. In particolare, nella costituzione giustiniana, il riferimento non sembra essere ad una *solutio* del *quod amplius* e, soprattutto, l'oggetto del pagamento era molto particolare, perché concerneva dei legati⁽⁵⁸⁾.

Pertanto, le due testimonianze, separate fra loro da circa quattro secoli, non solo appartengono a momenti storici completamente differenti, ma hanno anche per contenuto fattispecie diverse. Viene così irrimediabilmente a cadere l'argomento su cui si basa la tesi di un presunto intervento dei compilatori, volto ad alterare la seconda parte del passo scevoliano sul modello della costituzione giustiniana.

Altri⁽⁵⁹⁾ hanno, invece, ritenuto che Scevola trattasse della revoca di un pagamento, sviluppando un'articolata dimostrazione sul fatto che il passo non avrebbe potuto riguardare la *condictio indebiti*. Secondo questa opinione, è palese, in primo luogo, che il passo non menzioni mai né l'*indebitum solutum* né la *condictio*. Anzi si è posto in evidenza come, nell'esordio del passo — *Tutores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno solverunt* — il lemma *creditores* faccia pensare a dei veri creditori, così come il *solverunt* sia da

⁽⁵⁶⁾ Sul fatto che la *condictio indebiti* perseguisse, in diritto classico, la correzione degli spostamenti patrimoniali non dovuti e non già l'arricchimento ingiustificato, cfr. *supra* § 1.

⁽⁵⁷⁾ DONATUTI, *Le causae*, 165; cfr. anche SCHWARZ, *Die Grundlage*, 48.

⁽⁵⁸⁾ Sul principio di irripetibilità dei legati che fu applicato per tutto il diritto classico, ma fu superato in età giustiniana, si veda *supra* §§ 2, 13, 24.

⁽⁵⁹⁾ Si fa riferimento all'opinione di SCHIRMER, *Beiträge*, 261; si limita a riferire tale orientamento VANDENBOSCHE, *Questions*, 42 nt. 116, senza, peraltro, prendere posizione a favore o contro questa interpretazione.

intendere necessariamente come « Zahlung einer wirklich bestehenden, nicht bloß irrthümlich angenommenen Schuld » ⁽⁶⁰⁾.

In secondo luogo si ritiene ovvio che la frase *quod amplius creditoribus solutum est* sottintenda un secondo termine di paragone, che non sarebbe però l'ammontare del debito, ma la quota spettante a ciascun creditore, « welche die übrigen Gläubiger bei Abwicklung des Konkurses auf ihre Forderungen empfangen » ⁽⁶¹⁾. Inoltre si è rilevato che la successiva espressione *amplius sui debiti* sembra in un primo momento dare l'impressione che *sui debiti* sia il secondo termine di paragone, ma, se così fosse, si sarebbe dovuto trovare non il caso genitivo, bensì l'ablativo. Ne deriva che *amplius sui debiti* non potrebbe che intendersi nel senso di « was von ihrer Forderung zuviel gezahlt ist », per cui il secondo termine di paragone sarebbe sottinteso e consisterebbe in quello che avrebbero ricevuto gli *alii creditores* (« was die andere Gläubiger erhalten »). Alla luce di questa — a mio avviso, inconfutabile — considerazione, dalla locuzione *amplius sui debiti*, secondo l'autore, non potrebbe desumersi che Scevola parlasse di un pagamento indebito.

In ultimo, — sebbene il punto non sia stato posto in evidenza dalla tesi qui riferita, ma ne potrebbe costituire un corollario — il testo così come pervenutoci riporta un *teneri* che fa chiaro riferimento ad un rimedio non civile, ma pretorio e ciò impedisce innegabilmente di pensare all'applicazione di una *condictio*, che costituisce il più tipico dei rimedi del *ius civile*.

31.2. Per potere prendere posizione su questa interpretazione del pensiero scevoliano è, invero, fondamentale considerare un altro frammento dello stesso Scevola, che già Lenel ⁽⁶²⁾ richiama a proposito di D.12,6,61:

D.42,8,24 (Scaev. *l. sing. quaest. publ. tract.*): *Pupillus patri heres extitit et uni creditorum solvit: mox abstinuit hereditate paterna: bona patris veneunt: an id quod ac-*

⁽⁶⁰⁾ SCHIRMER, *Beiträge*, 261.

⁽⁶¹⁾ SCHIRMER, *Beiträge*, *ibidem*.

⁽⁶²⁾ *Palingenesia*, II, 313 nt. 2, § 294.

cepit creditor revocandum sit, ne melioris condicionis sit quam ceteri creditores? an distinguimus, per gratificationem acceperit an non, ut, si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint laturo: sin vero iuste exegerit, ceteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit, vel mortalitate vel subductis rebus mobilibus vel rebus soli ad irritum perductis, id quod acceperit creditor revocari nullo pacto potest, quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant? quid ergo, si, cum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, is optulerit mihi an ego illi extorserim invito et, si extorserim invito, revocetur; si non extorserim, non revocetur? sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est: ideoque non revocatur id quod percepi.

In effetti, anche in questo lungo passo, il giurista sembra — almeno in un primo momento — delineare più o meno la stessa fattispecie di D.12,6,61 e, quindi, il caso di un pupillo che divenne erede e che, dopo avere pagato uno dei creditori del patrimonio ereditario, esercitò il *ius abstinendi*.

Tuttavia, dopo l'esordio, il passo seguita distanziandosi sempre di più dal contenuto del testo dei *Responsa*. Infatti non solo la frase *bona patris veneunt* chiarisce in modo evidente che qui intervenne la *bonorum venditio*, ma il prosiegua fa esplicitamente riferimento alla revoca dell'atto fraudolento. Di fronte al problema della parità di condizioni da garantire ai creditori, la soluzione del caso era nel senso della revocabilità della *solutio* del pupillo, almeno nell'ipotesi in cui si trattasse di una *solutio per gratificationem* ⁽⁶³⁾.

⁽⁶³⁾ Sul rapporto tra l'istituto della revoca e la *gratificatio*, per cui il rimedio revocatorio spettava ogni volta che il debitore pagasse un creditore a preferenza di un altro, nonché sul dubbio che D.42,8,24 attesti effettivamente il convincimento di Scevola nel senso di ammettere che la *solutio per gratificationem* fosse una *solutio in fraudem creditorum*, cfr., tra i molti autori che si sono occupati di questo frammento a proposito dell'ampia discussione che si è sviluppata nel secolo decimonono in Germania sulla c.d. teoria della *gratificatio*, LASPENRES, *Ueber Anfechtungen*, 79 s.; VON VANGE-

La seconda parte del frammento descrive, invece, un caso completamente differente da quello di D.12,6,61, ovvero quello di un debitore qualsiasi che, essendo insolvente, soddisfa solo uno dei suoi creditori (*quid ergo, si, cum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me?*)⁽⁶⁴⁾. La risposta — che, infine, pone l'accento sull'attenzione che ognuno deve prestare nel tutelare i suoi interessi (*sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est: ideoque non revocatur id quod percepit*)⁽⁶⁵⁾ — è nel senso di negare la revocabilità del pagamento, sia nel caso in cui il debitore avesse pagato spontaneamente il creditore (*is optulerit mihi*) che nel caso in cui il creditore, conscio dello stato di insolvenza del debitore, avesse insistito per essere soddisfatto (*an ego illi extorserim invito*).

Dell'autenticità di questo passo del *Liber singularis quaestionum publice tractatarum* hanno dubitato in molti⁽⁶⁶⁾. Si

row, *Lehrbuch der Pandekten*, III, Marburg-Leipzig, 1863, 651 ss., § 697; SERAFINI, *Della revoca*, 134 e nt. 1; si veda anche SOLAZZI, *La revoca*, II, 131 ss.

⁽⁶⁴⁾ Nel senso che questa parte del passo costituisca il seguito della prima parte e non, invece, una fattispecie antitetica, si veda SERAFINI, *Della revoca*, 135 s.

⁽⁶⁵⁾ Sebbene non manchi chi l'abbia ritenuta insitica (cfr., per tutti, SOLAZZI, *La revoca*, II, 133), è questa la frase che, del passo scevoliano, ha maggiormente attirato l'attenzione degli studiosi; si vedano KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden bei Kontraktähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen*, in ZSS, 39, 1918, 176 nt. 3; BÜRGE, *Vertrag und personale Abhängigkeiten im Rom der späten Republik und der frühen Kaiserzeit*, in ZSS, 97, 1980, 149 nt. 202; IDEM, *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in ZSS, 99, 1982, 153 e nt. 97; KASER, *Ius honorarium und ius civile*, in ZSS, 101, 1984, 76 e nt. 350 e BLANK, *Was steckt dahinter? Ein romanistisches Feuilleton*, in ZSS, 101, 1984, 329 e nt. 118. A proposito, invece, del termine *pactum*, che sarebbe utilizzato qui da Scevola in senso atecnico, si veda DIÓSDI, *Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, in BIDR, 74, 1971, 99.

⁽⁶⁶⁾ Oltre al solito BESELER, *Miscellanea*, in ZSS, 44, 360; IDEM, *Romanistische Studien*, in ZSS, 46, 129 e IDEM, *Beiträge*, 6, 264, già FABER, *Coniecturarum*, 20.14.14 riteneva il testo profondamente rimaneggiato (si veda anche DE MEDIO, *I tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro*, in BIDR, 13, 1900, 235); PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in Festschrift Lenel, Leipzig, 1921, 235 dubita del termine *distinguere*; KUNKEL, *Diligentia*, in ZSS, 45, 1925, 304, considerando, in particolare, il lemma *negligentia*, ritiene il passo, in generale, « verfälscht »; ANKUM, *De Geschiedenis der actio Pauliana*, (*L'histoire de l'action paulienne*), Zwolle, 1962, 210, sospetta fortemente dell'autenticità del passo che sarebbe da attribuire ad un glossatore postclassico; su di un'analoga posizione si colloca anche JOHNSTON, *On a Singular Book*, 55 ss. *Contra* GIARO, *Was hat Cer-*

sono posti in evidenza non solo la contraddizione che esisterebbe tra lo stile solitamente conciso e laconico del giurista e il tenore del passo ⁽⁶⁷⁾, ma anche, più in generale, il problema della ricostruzione della tradizione testuale del *Liber singularis*. In effetti se anche si ritiene che quest'ultimo costituisca un'opera originale di Scevola, è innegabile che la qualifica *publice tractatae* riveli un collegamento di tali *quaestiones* alla scuola ⁽⁶⁸⁾, con la conseguenza che non è affatto da escludere qualche alterazione scolastica dell'opera o comunque qualche intervento formale. Senza volere qui addentrarsi — si tratta chiaramente di un tema che trascende gli orizzonti di questo lavoro — nell'ambito della *querelle* che tuttora non pare sopita ⁽⁶⁹⁾, quanto più interessa è la convinzione più o meno diffusa che la seconda parte del testo di D.42,8,24 non possa attribuirsi a Scevola ⁽⁷⁰⁾.

Prima di trarre delle conclusioni su queste osservazioni, è da rilevare che anche un secondo passo va raffrontato con D.12,6,61 ⁽⁷¹⁾ e cioè

vidius, 57, che soprattutto prende posizione — condivisibilmente — a favore della genuinità della frase finale del passo (*ius civile vigilantibus scriptum est*). Si limitano a menzionare il frammento SOLAZZI, *La revoca*, II, 132; LEVY, *Zur Lehre*, 37 nt. 4; VANDENBOSCHE, *Questions*, 43 nt. 111; WOLLSCHLÄGER, *Das eigene Verschulden des Verletztes im römischen Recht*, in ZSS, 93, 1976, 134 e BETANCOURT, *La defensa pretoria del missus in possessionem*, in AHDE, 52, 1982, 394 nt. 53.

⁽⁶⁷⁾ Cfr., in particolare, ANKÚM, *De Geschiedenis*, 210.

⁽⁶⁸⁾ TALAMANCA, *Rec. a Johnston*, 843, 844.

⁽⁶⁹⁾ Tra le opinioni più recenti, se JOHNSTON, *On a Singular Book*, 78 ss. prende posizione nel senso che si trattasse di un'opera postclassica ricavata da materiale classico vario, di Scevola e anche di Giuliano, BURDESE, *Rec. a Johnston*, in SDHI, 54, 1988, 419 considera più convincente l'ipotesi che il *Liber* fosse « un'opera originale di Scevola, pur non classificabile in uno specifico genere letterario, con l'aggiunta di alterazioni scolastiche (...), nonché di qualche intervento compilatorio », mentre TALAMANCA, *Rec. a Johnston*, 844 ritiene verosimile che l'opera — nata da un « corso » o che fu alla base di un corso — costituisca un'edizione epitomata o un'epitome postclassica dei *libri* delle *Quaestiones* scevoliane che trattavano *de iure hereditario* e *de legatis*.

⁽⁷⁰⁾ Da ultimo BURDESE, *Rec. a Johnston*, 418 parla di origine glossematica di tutta la seconda parte del passo; ritiene, più genericamente, che il testo in questione presenti corruzioni dal punto di vista sostanziale in modo più accentuato di altri anche TALAMANCA, *Rec. a Johnston*, 844.

⁽⁷¹⁾ È ancora LENEL, *Palingenesia*, II, 313, § 294, nt. 2 ad avvertire la presenza di una qualche connessione tra la fattispecie di D.12,6,61 e quella di D.42,5,6,2. Sulla

D.42,5,6,2 (Paul. 58 ad ed.): *Quid ergo, si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierint? si quaeratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum Iulianus ait, ne alterius aut negligentia aut cupiditas huic, qui diligens fuit, noceat. quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, aequum esse aut prius eandem portionem mihi quaeri aut communicandum quod accepisti: et hoc Iulianus ait. apparet autem loqui eum, si ex bonis paternis solutum sit. quid ergo, si aliunde pupillus solverit? reddi ei debet nec ne? et utrum a creditore an ex hereditate? Scaevola noster ait, si aliquid sit in bonis, deducendum ex hereditate solidum exemplo eius, qui gessit negotia: sed si nihil sit in bonis, non esse iniquum adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti.*

La fattispecie descritta, almeno quella da cui Paolo prende le mosse, sembra anche qui essere la *solutio* del pupillo ai creditori dell'eredità paterna. Come già in D.42,8,24, anche qui si fa riferimento alla *gratificatio* di uno dei creditori per mano del tutore (*quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit*), ma, al riguardo, viene citato il pensiero non di Scevola, bensì di Giuliano (*et hoc Iulianus ait*) ⁽⁷²⁾.

È nel finale del testo — che qui maggiormente interessa —

testimonianza si vedano LASPENRES, *Ueber Anfechtungen*, 78 s., con riferimento al problema della *gratificatio* « als Grund der Revocation »; BESELER, *Beiträge*, 6, 308, che la considera, tranne la prima frase, « voll von erstaunlichem » e IDEM, *Romanistische Studien*, in TR, 10, 1930, 187, che definisce il testo « offenbar starkest verbreit »; si limitano a citare il passo VANDENBOSCHE, *Questions*, 42 nt. 1 e ANKUM, *De Geschiedenis*, 93 nt. 2, che ritiene interpolato l'inciso *ne ... noceat*; citano il testo anche LEVY, *Zur Lehre*, 37 nt. 4; KUNKEL, *Diligentia*, 323 e 339 nt. 1, secondo il quale la parte *ne alterius ... noceat* sarebbe interpolata; KRELLER, *Das Edikt de negotiis gestis in der klassischen Praxis*, in ZSS, 59, 1939, 407, con riferimento alla pretesa del pupillo quale gestore d'affari; JOHNSTON, *On a Singular Book*, 51 s., che — correttamente — desume dall'uso del *quasi* la classicità del passo, ma, interessandosi, nella sua ricerca sul *Liber singularis*, dell'interpretazione di D.42,8,24, non approfondisce ulteriormente l'esegesi di D.42,5,6,2, che, secondo lui, costituisce un testo con un diverso contenuto e BETANCOURT, *La defensa*, 394 nt. 53.

⁽⁷²⁾ Sul contenuto di questa prima parte del passo, in cui Giuliano pone in evidenza la correttezza di comportamento che ciascuno dei creditori deve tenere, si veda SCHIRMER, *Beiträge*, 265.

che Paolo citava Scevola per risolvere il caso in cui il pupillo avesse pagato *aliunde* e, quindi, con averi diversi da quelli ereditari (*quid ergo, si aliunde pupillus solverit? reddi ei debebit nec ne? et utrum a creditore an ex hereditate?*). Scevola avrebbe distinto a seconda dell'ammontare del patrimonio ereditario: se vi fossero stati beni nell'*hereditas*, il pagamento dei debitori da parte del pupillo veniva considerato quale comportamento assimilabile alla gestione d'affari (*deducendum ex hereditate solidum exemplo eius, qui gessit negotia*); invece se i beni ereditari fossero mancati, il minore, non potendo ricostituire altrimenti il suo equilibrio patrimoniale, poteva chiedere la ripetizione contro il creditore che aveva percepito quanto non gli era dovuto (*non esse iniquum adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti*).

Ora, è evidente che, in quest'ultima ipotesi, non si parlasse di revoca di atti fraudolenti, ma di pagamento indebito. Tuttavia l'espressione usata da Paolo è *dare repetitionem quasi indebiti soluti*, da cui si desume che non si potesse trattare di applicabilità della *condictio indebiti*. È noto, infatti, che per i rimedi del *ius civile* la terminologia adottata nelle fonti è piuttosto la forma verbale *competere* ⁽⁷³⁾, mentre l'espressione *dare repetitionem* sottintende la novità dell'azione, quindi, di regola un mezzo processuale concesso in via utile.

Ma perché il pupillo non avrebbe potuto *condicere* nei confronti del creditore che aveva percepito l'indebito? Per rispondere a questo interrogativo è necessario pensare al tipo di debito che il pupillo aveva nei confronti del creditore. È evidente che si trattasse di un debito secondo il *ius civile*, in quanto l'*accipiens* era effettivamente un creditore del pupillo. Pertanto — a mio modo di vedere — a determinare la ripetibilità del pagato non era ovviamente l'inesistenza del debito, bensì il fatto che fosse intervenuta la *bonorum venditio* che imponeva la *par condicio* dei due creditori. Ne deriva che, se è vero che un creditore percepì quanto era a lui dovuto secondo il *ius civile*, è al-

⁽⁷³⁾ Sull'uso di *competere* in relazione alle *actiones civiles* e sulla terminologia adottata, invece, per le *actiones non civiles*, si veda, per tutti, MAGDELAIN, *Les actions civiles*, 5 ss. Sul punto si veda, per esempio, STOLMAR, *Die Genesis der utilis actio aus der celsinischen Durchgangstheorie*, Sindelfingen, 1989, 28 e nt. 152 e nt. 153 e FARGNOLI, *Rescripts*, in particolare nt. 31 e nt. 80.

trettanto vero che, alla luce della *par condicio creditorum*, — che, connessa alla *bonorum venditio*, si deve ricollegare al diritto pretorio ⁽⁷⁴⁾ — lo stesso creditore ricevette più di quanto era a lui dovuto. Dunque si trattava di un debito per il diritto civile, ma di un indebito per il diritto pretorio. È per tale motivo che Scevola, constatando l'inapplicabilità della *condictio*, avrebbe deciso che, al fine di ricostituire l'equilibrio patrimoniale, contro il creditore-accipiente sarebbe spettata al pupillo un'azione utile *in factum* ⁽⁷⁵⁾.

Che fosse possibile concedere un'azione utile per ripetere un pagamento indebito, irripetibile secondo il *ius civile*, sembra — a mio parere — esplicitamente attestato in un passo collocato dai compilatori nel titolo *De minoribus viginti quinque annis*:

D.4,4,25 pr. (Gai. 4 ad ed. prov.): *Illud nullam habet dubitationem, quin minor si non debitum solverit ex ea causa, ex qua iure civili repetitio non est, danda sit ei utilis actio ad repetendum: cum et maioribus viginti quinque annis iustis ex causis dari solet repetitio.*

In effetti Gaio si riferiva, in un primo momento, alla *solutio indebiti* del minore, ma poi estendeva inequivocabilmente la soluzione della ripetibilità in via utile a tutti, senza limiti di età (*cum et maioribus viginti quinque annis iustis ex causis*

⁽⁷⁴⁾ È oggi indiscusso che la *bonorum venditio*, nonostante le sue origini siano piuttosto oscure, fosse un istituto di diritto pretorio: cfr., per tutti, SCHERILLO, *La Successione*, 183 nt. 1.

⁽⁷⁵⁾ Se la portata della qualifica di *utilis* è tuttora ampiamente discussa in letteratura, autorevole dottrina definisce il sintagma quale un'estensione in via pretoria del campo di applicazione di un'azione edittale, indipendentemente dal modo in cui questa estensione avvenisse (cfr. WESENER, *Actiones ad exemplum*, in ZSS, 75, 1958, 220 ss.; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 238 e TALAMANCA, *Processo*, 62 ss.): è noto che il modo in cui avvenisse l'estensione non era precisato dalla categoria così utilizzata, ma si deve credere che si potesse trattare di un adattamento, oltre che mediante una *fictio* e mediante una trasposizione di soggetti, anche mediante la configurazione di una particolare *formula in factum*, come sarebbe, a mio avviso, accaduto nel caso di specie. Per un altro caso in cui la giurisprudenza avrebbe concesso un'azione *ad exemplum* della *condictio indebiti*, si veda D.12,6,5 (Ulp. 16 ad ed.) e il gruppo di frammenti che accordavano la ripetibilità dei legati, su cui si rinvia a *supra* § 2 e soprattutto a FARGNOLI, *Rescripsit, passim*.

dari solet repetitio). Dato che non sembra potersi dubitare della classicità del testo gaiano, il passo pare significativo per confermare quanto detto a proposito di D.42,5,6,2 e cioè che il rimedio previsto da Scevola fosse un'azione utile volta a imporre all'accipiente di restituire quanto, sulla base del diritto civile, non sarebbe stato ripetibile ⁽⁷⁶⁾.

31.3. Si tratta, a questo punto, di vedere in concreto quanto il confronto con D.42,8,24 e D.42,5,6,2 possa servire per la comprensione di D.12,6,61.

Rispetto a D.42,8,24, sebbene le soluzioni sembrino ben diverse, così come altri elementi del testo, la fattispecie iniziale descritta in D.12,6,61 pare la medesima: il pagamento al creditore (o ai creditori) di un patrimonio ereditario. Ma allora potrebbe trattarsi — per quanto mi consta — di due diversi sviluppi del medesimo caso. Alla luce del raffronto fra i due testi, si potrebbe congetturare che il caso di D.12,6,61, in quanto contenuto nei *Responsa*, si fosse effettivamente verificato nella

⁽⁷⁶⁾ Cfr., su D.4.4.25 *pr.*, BESELER, *Textkritische Studien*, in ZSS, 53, 1933, 4, che sospetta — a torto — della genuinità dell'espressione *habet dubitationem*. Non crede alla classicità dell'*actio utilis* EHRHARDT, *Iusta causa*, 73 s.; in un analogo ordine di idee VON LÜBTOW, *Beiträge*, 151 s. considera interpolata la frase finale — da *ad repetendum* fino a *repetitio* — affermando che qui non si sarebbe trattato di una *condictio utilis*, bensì di una « kondiktizische prätorische actio in factum » e cioè di un'*actio praetoria in id quod pervenit* che avrebbe completato una lacuna del « Kondiktionensystem »; in generale su questa ipotesi sostenuta sulla base, oltre che di D.4.4.25 *pr.*, di una serie di testi che menzionerebbero un'*actio in factum*, si veda criticamente BURDESE, *In tema di consumptio*, 286 ss., secondo cui — persuasivamente — non esisterebbe nessun argomento esegetico positivo a sostegno di questo generico intervento pretorio, concesso in sostituzione della *condictio*. In effetti, con riferimento a D.4.4.25 *pr.*, mi sembra — contrariamente a quanto sostiene il von Lübtow — che Gaio, prevedendo una forma utile della *condictio*, prendesse in considerazione sì un rimedio pretorio, ma concesso su modello della *condictio*; non si capisce, perciò, perché mai i giustinianeî avrebbero dovuto sentire l'esigenza di modificare il testo, sostituendo un'*actio utilis ad repetendum* e, quindi, una *condictio utilis* a questa ipotetica *actio in factum*. Sul passo *de quo* cfr. anche VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, 49-50, che parla, al riguardo, di *condictio utilis*, strutturata con la finzione che l'obbligazione pagata fosse indebita; a mio parere, però, non si hanno elementi sufficienti per potere ritenere che, in questo caso, si trattasse di un'azione fittizia, in quanto ciò obbliga a dovere « inventare » in che cosa consistesse la finzione: sembra, invece, ben più lineare credere che il rimedio in questione fosse un'azione utile *in factum*.

pratica ⁽⁷⁷⁾. D'altra parte, sia che il *Liber singularis quaestionum publice tractatarum* costituisca una riedizione dell'opera scritta effettivamente da Scevola, sia che costituisca un'epitome postclassica dei *libri* delle *Quaestiones* in materia di *ius hereditarium* e di *legata*, si è visto che la qualifica *publice* del titolo fa necessariamente pensare alla scuola. La conseguenza è che, a prescindere da quelle che possono essere le aggiunte postclassiche, D.42,8,24 riferirebbe le questioni considerate in dispute di scuola. Alla luce di ciò — sempre con la cautela che è necessario adottare in proposte di questo tipo — sarebbe suggestivo credere che il passo dei *Responsa* riferisse un caso che fu prospettato a Scevola, essendo accaduto realmente; invece il frammento del *Liber singularis* avrebbe contenuto un'elaborazione teorica dello stesso giurista — anche se successivamente rimaneggiata —, avente come punto di partenza quel caso descritto nei *Responsa*, arricchito con le varianti che consentivano di creare e affrontare nuovi problemi giuridici.

E, se così fosse, come sarebbe da intendere D.42,6,5,2? Risulta praticamente impossibile potere desumere da quale opera di Scevola Paolo abbia desunto l'opinione del suo predecessore ⁽⁷⁸⁾ e, pertanto, non può sapersi quale passo di Scevola Paolo avesse presente. Pur non avendosi elementi per credere che Paolo, nel risolvere la fattispecie che descriveva, avesse presente proprio il caso di D.12,6,61, è innegabile che le due fattispecie siano simili e soprattutto che in entrambe, a differenza di D.42,8,24, manchi il dolo dell'autore della *solutio*. Del resto che Paolo considerasse l'ipotesi in cui il pagamento veniva effettuato con beni diversi da quelli dell'eredità e non, invece, come in D.12,6,61, un pagamento effettuato *ex patrimonio paterno*, non impedisce che la soluzione potesse essere, in entrambi i casi, la medesima, ovvero l'esperimento di un'azione volta alla ripetizione di quanto pagato.

⁽⁷⁷⁾ Che i *Responsa* di Scevola contenessero una collezione di casi verificatisi effettivamente nella realtà, è opinione comunemente accolta in letteratura: si veda, per tutti, SCHULZ, *Storia della giurisprudenza*, 418.

⁽⁷⁸⁾ LENEL, *Palingenesia*, II, 319, § 340 lo colloca tra i passi in cui *Scaevola laudatur non indicato libro*.

32. *L'interpretazione di D.12,6,61 (Scaev. 5 resp.).*

Si tratta a questo punto di cercare di chiudere il cerchio che si è venuto via via tracciando, prendendosi posizione sul significato di D.12,6,61. Alla luce del confronto con D.42,8,24 e D.42,5,6,2, gli argomenti che sembrano fare propendere nel senso che Scevola, in D.12,6,61, si riferisse alla revoca di un pagamento, vengono a cadere uno ad uno.

Si è già visto come avere cercato di dimostrare la genuinità dell'inciso *si nihil dolo factum esset* faccia venire meno il perno principale di quell'orientamento che individua, nel passo, una *restitutio in integrum* ⁽⁷⁹⁾. Rimane, a questo punto, da verificare se il testo scevoliano possa riferirsi ad un pagamento indebito ⁽⁸⁰⁾. È vero che il testo in questione non fa menzione né di *indebitum solutum*, né di *condictio*, ma è altrettanto vero che manca — e ciò emerge soprattutto dal raffronto con D.42,8,24 — qualsiasi riferimento alla revoca. A convalida di tale interpretazione è da rilevare che la particolarità di D.12,6,61, rispetto a D.42,8,24, sarebbe costituita dall'oggetto del pagamento, ovvero l'*amplius*. Il fatto che l'indebito fosse costituito dall'*amplius*, e non dal *totum quod acceperunt*, gioca a favore dell'esperibilità di un'azione per la ripetizione dell'indebito, anziché di una *restitutio in integrum*. Quest'ultima avrebbe comportato sì la reintegrazione del patrimonio in questione, ma, allo scopo di ottenere una migliore offerta per i beni da vendere, avrebbe costretto i creditori accipienti a restituire tutto quanto percepito. Il che avrebbe avuto senso se tutto quanto ricevuto fosse stato non dovuto; diversamente trattandosi dell'*amplius* la soluzione più efficace e diretta sarebbe stata quella di esperire l'azione per ripetere l'indebito.

È, inoltre, vero che i lemmi *solverunt* e *creditores* fanno riferimento ad una *solutio debiti*, così come l'espressione *amplius sui debiti solutum est* non sta a significare che il pagamento fosse non dovuto, ma solo che ai creditori-accipienti fu pagato di più che agli altri ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽⁸⁰⁾ In senso negativo l'esaminata opinione di SCHIRMER, *Beiträge*, 260 ss., nei cui confronti si intende ora prendere posizione.

⁽⁸¹⁾ Cfr. *supra* § precedente.

Tuttavia — a mio modo di vedere — non si tratta di argomenti ancora probanti. Infatti, in D.12,6,61, si riscontra non la ripetibilità per inesistenza del debito, giacché è chiaro che i creditori ricevettero quanto era loro dovuto, ma piuttosto la ripetibilità, giacché si era verificata difformità di trattamento tra i creditori del patrimonio ereditario.

Ne deriva che, analogamente a quanto accadeva nella fattispecie descritta in D.42,5,6,2, se i *creditores accipientes* ricevettero quanto era loro dovuto secondo il *ius civile*, gli stessi, alla luce della *par condicio creditorum* e, quindi, secondo il diritto pretorio, percepirono più di quanto era loro dovuto. In sostanza, il pagamento risultò debito fino ad un certo ammontare e, oltre a ciò, i creditori-accipienti percepirono un indebito, non perché il debito non esisteva o esisteva solo in parte, ma perché, secondo il diritto pretorio, parte di quel denaro avrebbe dovuto essere corrisposto agli *alii creditores*.

In proposito, a differenza di D.42,8,24 e di D.42,5,6,2, da D.12,6,61 si può desumere che sarebbe intervenuta la *bonorum venditio*, ma non sembra possibile arguire quale fosse il momento in cui intervenne. Invero chi ritenesse che la vendita in blocco dei beni si era già verificata, avrebbe l'onere di spiegare perché i legittimati ad agire sarebbero stati gli *alii creditores* e non il *bonorum emptor*, in quanto, dal momento della vendita, qualsiasi strumento processuale avrebbe fatto parte del patrimonio venduto e sarebbe, quindi, spettato al titolare di tale patrimonio. Sembra, d'altra parte, che non sussistano elementi per ritenere che si fosse già verificata la *missio in bona* nei confronti del patrimonio e che, quindi, l'esecuzione patrimoniale avesse già avuto inizio.

In effetti, a prescindere dal momento esatto in cui intervenne la *missio in bona* e poi la vendita in blocco dei beni, quanto importa è che vi fosse stata, in seguito all'esercizio del *ius abstinendi* da parte del pupillo, la consapevolezza da parte degli *alii creditores* delle loro ragioni e, pertanto, del fatto che i primi creditori avevano percepito più di quanto sarebbe loro spettato.

Alla luce di tutte queste considerazioni, arriva ad acquistare un suo preciso significato la forma verbale *teneri*: il rimedio applicabile sarebbe stato un'azione *in factum* concessa dal pretore per risolvere equitativamente la fattispecie, analoga-

mente a quanto sarebbe accaduto in D.42,5,6,2, nonché in D.4,4,25 *pr.*

Invero questa interpretazione del passo, presupponendo che il caso dei *Responsa* fosse stato risolto in modo equitativo, sembra confermare il fatto che si tratti di una fattispecie effettivamente verificatasi nella pratica. Verosimilmente si trattò di una fattispecie sottoposta realmente a Scevola, il quale ritenne di dovere valutare in modo equo gli interessi dei soggetti coinvolti: di fronte al comportamento non doloso delle parti in questione, il giurista avrebbe escluso la revocabilità del pagamento, ma, allo stesso tempo, avrebbe constatato l'inapplicabilità della *condictio indebiti* ad un pagamento che, secondo il diritto civile, era dovuto. Si trattava, pertanto, di escogitare un rimedio che fosse atto a imporre la restituzione dell'*amplius*. Sarebbe stato questo il motivo per cui il giurista decise di accordare la ripetibilità in via utile, prevedendo un mezzo processuale *ad exemplum* della *condictio indebiti*.

A riprova di quanto sostenuto, risulta utile leggere il corrispondente testo dei Basilici:

B.24,6,61: Ἐὰν ἀδόλως ὁ ἐπίτροπος τισι τῶν δανειστῶν ἐκ τῶν πατρῶων καταβάλη καὶ ὡς τῆς οὐσίας οὐκ ἀρκούσης ἀπόσῃται τὸν ἄνηβον, ἔχουσι κατὰ τῶν λαβόντων οἱ λοιποὶ δανεισταί (οὐ μὴν ὁ ἄνηβος ἢ ὁ ἐπίτροπος) εἰς ὃ πλεόν τοῦ ἰδίου χρέους ἔλαβον.

Come è evidente, la fattispecie scevoliana risulta delineata in modo più conciso rispetto al passo del Digesto. Dal raffronto si nota che, in luogo del plurale *tutores*, si trova il singolare ὁ ἐπίτροπος, che poi ritorna, quando viene negata la legittimazione del tutore ad agire (οὐ μὴν ... ὁ ἐπίτροπος); del resto, ciò appare più coerente rispetto al testo latino, in cui al plurale *tutores* segue — in modo incongruente — il singolare *tutori ... non deberi* ⁽⁸²⁾. Peraltro, quanto maggiormente rileva è il fatto che manca, nel testo bizantino, qualsiasi riferimento alla revoca di atti fraudolenti, ma si afferma ἔχουσι ... εἰς ὃ πλεόν τοῦ ἰδίου χρέους ἔλαβον, che qui è da intendersi nel senso di ripetizione di quanto è stato pagato in più rispetto al debito.

(82) Cfr. *supra* § 30.

Che il secondo termine di paragone sia il debito e non il corrispettivo di quello che avrebbero dovuto ricevere gli *alii creditores*, come sembrerebbe potersi desumere dal testo latino⁽⁸³⁾, non sembra influire sul fatto che il rimedio esperibile fosse l'azione di ripetizione contro gli accipienti.

Dunque, se il passo dei Basilici sembra confermare l'applicabilità, in D.12,6,61, dell'azione di ripetizione, è da rilevare, altresì, che Scevola nel momento in cui riteneva questo rimedio esperibile, si sarebbe trovato di fronte alla scelta di chi fosse il soggetto da tutelare. Era vero che il pagamento era stato effettuato dai tutori, ma era evidente che consentire la ripetizione ai tutori avrebbe complicato la situazione. Infatti i tutori avrebbero riavuto quanto avevano corrisposto in più, per poi doverlo girare ai creditori sopravvenuti. Sembra, allora, evidente che fosse di gran lunga più immediato attribuire la legittimazione a ripetere agli *alii creditores*, che, nonostante non fossero gli autori del pagamento, erano coloro che avevano direttamente sofferto della diminuzione patrimoniale.

Per concludere, sembrano essere tre i dati significativi che emergono dal frammento scevoliano che, nonostante possa avere subito, nel suo complesso, abbreviazioni che ne rendono più ardua l'esegesi, si rivela fecondo di risultati.

Il primo dato è la negazione della legittimazione a *indebitum condicere* del pupillo. Infatti, al fine di ricostruire l'orientamento giurisprudenziale romano in tema di pagamento indebito del tutore, si rivela sintomatica la menzione del pupillo. In effetti Scevola, nell'enunciare la soluzione del responso, nominava l'*impuber*, anche se allo scopo di negare a lui e al tutore la legittimazione a ripetere. Il fatto è degno di rilievo, in quanto gli *accipientes* erano sì creditori del padre del pupillo, ma questi era stato fatto astenere dall'eredità. Egli, pertanto, sul piano del *ius honorarium* non era più considerato erede, giacché il pretore avrebbe denegato le azioni ereditarie sia a suo favore che a suo carico; risulta, allora, arduo individuare un interesse diretto del pupillo a che i creditori, che conseguirono di meno, ricevessero il pagamento in misura uguale agli altri, coerentemente al principio della *par condicio creditorum*.

⁽⁸³⁾ Cfr. *supra* § precedente.

Si può, a questo punto, interpretare la menzione del pupillo nella seconda parte del passo come non meramente casuale: Scevola lo avrebbe forse nominato, in quanto l'*impuber* avrebbe potuto essere colui che esperiva l'azione nel caso di pagamento indebito effettuato dal tutore. Questa interpretazione consentirebbe di fornire un indizio a conferma dell'ipotesi che esistesse in giurisprudenza un principio generale, che si ritrova enunciato nel passo giuliano di D.12,6,6,3⁽⁸⁴⁾; si tratterebbe dello stesso criterio che, di lì a poco, in epoca severiana, sarebbe stato ribadito anche da Papiniano in D.12,6,57 *pr.*⁽⁸⁵⁾.

C'è anche un secondo profilo che può arguirsi dalla testimonianza di Scevola. La fattispecie descritta in D.12,6,61 può qualificarsi in più modi, se si fa uso dei concetti con i quali la dogmatica del diritto odierno suole operare⁽⁸⁶⁾. Primariamente esso costituisce un indebito parziale, perché oggetto della ripetizione era solo l'*amplius* e, quindi, solo la differenza tra quanto era stato pagato ai primi creditori e quanto era da pagare agli altri creditori.

Si può, inoltre, parlare di indebito soggettivo *ex persona creditoris o accipientis*, poiché non si trattava di un debito inesistente, ma di un debito nei confronti di un soggetto diverso da colui che percepì il pagamento.

In ultimo si è visto che il passo ha per oggetto un indebito secondo il diritto pretorio. Ora, non sfugge che, nel corso di questo lavoro, si è già avuto modo di parlare di indebito secondo il diritto pretorio, con riferimento, però, ad un indebito *ope exceptionis* e, quindi, ad una *solutio* quale adempimento di un'obbligazione cui era opponibile un'eccezione⁽⁸⁷⁾. Infatti è Ulpiano, in D.12,6,26,3 (Ulp. 26 *ad ed.*)⁽⁸⁸⁾, ad assimilare le due fattispecie e cioè quella del *si omnino non debebatur* e del

⁽⁸⁴⁾ Cfr. *supra* § 27.

⁽⁸⁵⁾ Si veda *supra* § 28.

⁽⁸⁶⁾ Sull'uso di categorie giuridiche generali sotto le quali siamo portati a formulare i fenomeni giuridici, purché non siano gli istituti ad essere piegati ad immagine e somiglianza delle nostre categorie, ma siano queste ultime a servire alla comprensione degli istituti, si veda BETTI, *Diritto romano*, 144 s.

⁽⁸⁷⁾ Cfr., in tema di delegazione, *supra* §§ 8 e 9.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. anche Fragm. Vat. 266.

si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat ⁽⁸⁹⁾: è noto che, in letteratura, questo secondo caso è denominato indebito pretorio ⁽⁹⁰⁾. Ma, allora, è immediato domandarsi che rapporto esista tra l'indebito di D.12,6,61 e quello del *si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat*. Alla luce di quanto detto, il pagamento riferito in D.12,6,61 risulta essere un indebito per il diritto pretorio, però è evidente che non costituisca un indebito *ope exceptionis*.

Ciò considerato, parrebbe possibile — a mio avviso — ampliare la categoria dell'indebito pretorio. Infatti si potrebbe estendere il concetto di indebito pretorio, riferendolo non solo a quanto pagato in adempimento di un'obbligazione paralizzabile con un'eccezione, ma, più in generale, a tutti questi casi in cui un pagamento fosse dovuto secondo il *ius civile*, ma non dovuto secondo il *ius honorarium* ⁽⁹¹⁾.

Anche una terza questione, relativa al passo scevoliano, si rivela significativa per i fini di questa ricerca. Se con l'interpretazione proposta di D.12,6,61 si coglie nel vero, gli *alii creditores* avrebbero potuto agire per la ripetizione nei confronti dei creditori-*accipientes*. Peraltro non sfugge che veniva a crearsi una situazione tale per cui, in un rapporto trilaterale, i tutori erano gli autori del pagamento, ma non erano i legittimati a ripetere. L'azione che, secondo Scevola, era esercitabile nel caso di specie sarebbe, invece, spettata agli *alii creditores* che non erano gli *indebitum solventes*, ma coloro che effettivamente avevano sofferto della diminuzione patrimoniale. Invero questo dato, che si arguisce da D.12,6,61, sembra porsi sulla stessa linea del passo da cui questa ricerca ha preso le mosse, ovvero D.12,6,5 (Ulp. 16 *ad Sab.*) ⁽⁹²⁾ in cui Ulpiano poneva in rilievo il carattere per nulla insolito di una legittimazione ad agire

⁽⁸⁹⁾ Cfr. *supra* § 8.

⁽⁹⁰⁾ Si veda, per tutti, SCHWARZ, *Die Grundlage*, 31 ss. e 236 ss., che parla di « prätorische Nichtschuld » o di « honorarrechtliche Nichtschuld » e A. D'ORS, *Derecho*, 462, § 397.

⁽⁹¹⁾ Rientrerebbe in questo caso anche il pagamento indebito di legati, cui era inapplicabile la *condictio indebiti*, ma la cui ripetibilità fu ammessa in via utile dalle cancellerie imperiali: si veda sul punto *supra* § 2.1 e soprattutto FARGNOLI, *Rescripsit, passim*.

⁽⁹²⁾ Cfr. *supra* § 2.1.

concessa ad un soggetto diverso dall'autore del pagamento: *nec novum, ut quod alius solverit alius repetat* ⁽⁹³⁾.

B. *Il tutore indebitum accipiens*

33. *La fattispecie.*

Dopo avere preso in considerazione il caso in cui ad effettuare il pagamento indebito fosse il tutore ⁽⁹⁴⁾, l'indagine sembra avere portato ad isolare un profilo che probabilmente i giuristi romani consideravano di applicazione generale: la legittimazione a *condicere* del pupillo. In particolare, risulta assai significativo il breve frammento papiniano di D.12,6,57 *pr.* che individua nell'impubere colui che è legittimato a ripetere l'indebito nel caso di *solutio* fatta per suo conto ⁽⁹⁵⁾. Sebbene le fonti non lo precisino esplicitamente, è da sottintendere che il pupillo avrebbe potuto ripetere l'indebito, purché ricorresse almeno una di queste due condizioni: l'intervento dell'*auctoritas* del tutore o il raggiungimento dell'età pubere.

Passando ora a considerare l'ipotesi esattamente speculare, in cui al centro dell'attenzione fosse sempre il tutore, ma non nel ruolo del datore della somma indebita, bensì in quello di colui che la riscuoteva, si incontra un ostacolo di non indifferente entità, ovvero la mancanza di testi che prevedano esplicitamente un caso di questo genere. In effetti una tale fattispecie manca nella *sedes materiae* della *condictio indebiti* e cioè nel titolo 12,6 del Digesto e, qualora altrove si parli di pagamento al tutore, non sembra si tratti di un'ipotesi di applicazione della *condictio indebiti* ⁽⁹⁶⁾. Dunque risulta arduo potere individuare quale fosse il pensiero della giurisprudenza ro-

⁽⁹³⁾ Il collegamento che può farsi tra il passo scevoliano e D.12,6,5 (Ulp. 16 *ad Sab.*) è già stato messo in rilievo da VOET, *Commentariorum ad Pandectas*, l. 42, tit. 8, 53, § 17: « Definitur, eos, qui indebitum acceperant, creditoribus aliis in id, quod amplius, quam debebatur, solutum est, teneri, indebiti scilicet conditione, quia novum non est, ut, quod alius solverit, alius repetat ».

⁽⁹⁴⁾ Cfr. *supra* questo cap. *sub A.*

⁽⁹⁵⁾ Cfr. *supra* § 28.

⁽⁹⁶⁾ Per esempio, per quanto riguarda due casi in cui il tutore appare come *ac-*

mana sul problema del tutore *indebitum accipiens* e, in particolare, se si dovesse operare una chiamata in giudizio del tutore, che era l'accipiente della *pecunia*, oppure una chiamata in giudizio del pupillo, per cui conto il tutore incassava.

Tuttavia può essere utile, al fine di meglio comprendere la questione della *solutio indebiti* al tutore, cercare di trarre qualche dato dalla disciplina di una fattispecie che con il pagamento indebito al tutore per conto del pupillo presenta innegabili affinità, ovvero il pagamento non dovuto al pupillo *sine tutoris auctoritate* che, come è noto, fu ampiamente discusso dalla giurisprudenza romana.

34. *Lindebitum solutum al pupillo sine tutoris auctoritate.*

Come risulta evidente dal principio classico enunciato da Gaio nelle sue Istituzioni (2,83), secondo cui: ... *melio rem conditionem suam facere eis (pupillis) etiam sine tutorum auctoritate concessum est, gli infantia maiores* erano quei soggetti che potevano compiere validamente tutti gli atti che miglioravano la loro posizione patrimoniale, ma non quelli da cui potevano ricevere pregiudizio. Perché il pupillo potesse validamente obbligarsi *iure civili*, era necessario l'intervento dell'*auctoritas* del tutore.

Pur ponendo in primo piano l'esigenza fondamentale della protezione del patrimonio del pupillo, i giuristi classici non stabilivano, però, l'invalidità generale degli atti che avessero effetti deteriori, verosimilmente per la difficoltà pratica di distinguere questi da quelli migliorativi, nonché per la esistenza di atti che producevano entrambi gli effetti, talvolta inscindibili⁽⁹⁷⁾. Invero un rimedio generale a questo regime eccessivamente favorevole per il pupillo fu introdotto dall'imperatore Antonino Pio, che concesse con un noto rescritto un'*actio in factum in id quod pupillus locupletior factus sit*, con cui il pu-

cipiens, ma non si tratta di pagamento indebito e ripetibile, cfr. D.46,3,49 (Marc. 1. *sing. ad hypothecariam formulam*) e D.47,2,67,3 (Paul. 7 *ad Plaut.*).

⁽⁹⁷⁾ In tale senso LABRUNA, *Rescriptum*, 18, da vedersi anche per ulteriori indicazioni bibliografiche sugli atti, già in generale, compiuti dal pupillo in assenza dell'*interpositio* del tutore.

pillo era convenibile in giudizio per rispondere dei negozi compiuti in assenza dell'*auktoritas* del tutore nei limiti dell'arricchimento ottenuto ⁽⁹⁸⁾. Quanto qui rileva è, però, la disciplina precedente a questo rescritto o, se si vuole, quella regolamentazione che si continuò ad applicare accanto alla nuova disciplina ⁽⁹⁹⁾.

Ora, circoscrivendo il campo d'indagine sugli atti del pupillo alla sola *solutio*, il ventaglio delle soluzioni previste nelle fonti si rivela alquanto articolato. Prima di considerare specificamente il caso del pupillo che incassava *sine tutoris auctoritate* la *pecunia* non dovuta, è interessante osservare come fosse, invece, risolto il medesimo caso del pupillo datore della stessa. Mentre se la *solutio* era *debiti*, la giurisprudenza ammetteva pacificamente l'effetto tipico e naturale del pagamento, ovvero la liberazione del pupillo ⁽¹⁰⁰⁾, diversamente se si era in presenza di una *solutio indebiti*, la soluzione individuata dalla giurisprudenza era duplice, a seconda che si fossero verificate o meno la *consumptio* o la *commixtio*. Nel primo caso il pupillo, non avendo il potere di trasferire la proprietà sulla *pecunia*, avrebbe potuto rivendicarla ⁽¹⁰¹⁾. Se — nel secondo caso — la *pecunia* era utilizzata dall'accipiente o era confusa con altra, allora inevitabilmente il minore perdeva la proprietà sulla stessa, provocando una sorta di sanatoria della *datio* effettuata *solvendi causa*; tuttavia, data l'inesistenza del debito in questione, era comunque concessa una forma di tutela e il pupillo avrebbe potuto, a questo punto, esperire la *condictio* ⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁸⁾ Per una vasta analisi e discussione su questo provvedimento dell'imperatore, cfr. LABRUNA, *Rescriptum*, 1 ss. e 4 s. Si veda *supra* § 3.

⁽⁹⁹⁾ In tale senso, con riferimento al passo di Gai.3,91, TALAMANCA, *In tema di azioni*, 46 nt. 32, il quale sottolinea come, nonostante ai tempi di Gaio fosse stata già introdotta la responsabilità del pupillo per l'arricchimento, il giurista continuasse ad applicare la teoria, in base alla quale contro il pupillo era esperibile la *condictio* editale.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. per esempio D.26,8,9,2 (Gai. 12 *ad ed. prov.*).

⁽¹⁰¹⁾ Si veda, LABRUNA, *Rescriptum*, 92 ss. Limpida enunciazione di questo principio si ha nello stesso D.26,8,9,2 (Gai. 12 *ad ed. prov.*): *Pupillus ex omnibus causis solvendo sine tutoris auctoritate nihil agit, quia nullum dominium transferre potest ...*, su cui LABRUNA, *Rescriptum*, 99 s.

⁽¹⁰²⁾ Così LABRUNA, *Rescriptum*, 103 s. Si parla, per esempio, di esperibilità

Quanto all'ipotesi in cui il minore fosse l'accipiente di un pagamento *sine tutoris auctoritate*, se la *solutio* era *debiti*, il datore della *pecunia* rimaneva obbligato nei confronti del pupillo, salvo il suo potere di opporre un'eccezione che paralizzasse la nuova richiesta di pagamento del minore. Rimane, però, da considerare l'ipotesi che presenta maggiore interesse ai fini di questa indagine, ovvero il caso del pagamento indebito al pupillo in mancanza dell'interposizione tutoria. Essa — come risulta — suscitò ampie discussioni nell'ambito della giurisprudenza, testimoniate dalla celeberrima affermazione di Gaio in

Gai.3,91: ... *Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condicione, non magis quam mutui datione* ⁽¹⁰³⁾.

Sulla base di quanto riferisce il giurista, secondo alcuni (i *quidam*) il pupillo non risultava obbligato secondo il *ius civile*, con la conseguenza che non era legittimato passivo alla *condictio*. Peraltro il fatto stesso che Gaio parlasse di *quidam* lascia intendere ⁽¹⁰⁴⁾ che prevalente fosse l'opinione opposta, ovvero l'opinione per cui il pupillo poteva risultare obbligato secondo il *ius civile* e, nel caso di *solutio indebiti*, nei suoi confronti si poteva agire con la *condictio* edittale.

Si può in questa sede prescindere, in quanto scarsamente

della *condictio* in D.12,1,19,1 (Iul. 10 *dig*): *Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia condictionem habet vel liberatur non alia ratione, quam quod factum eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse: quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, consumpta ea et ipse pupillo obligatur vel eum a se liberabit et eum cui dederit obligatum habebit vel se ab eo liberabit. nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea, habet obligatum eum qui acceperit: item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit.*

⁽¹⁰³⁾ È notissima l'aporia che il prosieguito di questo passo gaiano ha creato a proposito della qualificazione della *solutio indebiti*, ma su cui non è possibile qui soffermarsi.

⁽¹⁰⁴⁾ Così TALAMANCA, *In tema di azioni*, 44, il quale adeguatamente osserva che ciò è ricavabile dal passo gaiano « con elementare processo logico », che consente di dedurre che l'opinione dei *quidam* si contrapponesse ad un diverso orientamento condiviso da un numero maggiore di esponenti della giurisprudenza.

rilevanti, dai possibili problemi interpretativi che il pagamento al pupillo creava in assenza dell'*interpositio tutoris* e dalle ragioni che possono avere ispirato le due teorie attestate presso la giurisprudenza, che decise di contemperare differentemente la necessità di una rigida tutela dell'integrità del patrimonio pupillare, con l'esigenza di impedire il miglioramento patrimoniale dell'impubere ai danni di chi, con lui, venisse in contatto negoziale, sia pure *tutore non auctore*. Altresì non sembra possibile accertare più di tanto — come si è detto — la misura in cui, in questa situazione, incise il provvedimento di Antonino Pio, né come la giurisprudenza generalizzò ed estese il nuovo principio a diverse fattispecie.

Il motivo per cui il tema al pagamento del pupillo *sine tutoris auctoritate* presenta maggiore interesse ai fini della presente ricerca è da individuare piuttosto nella possibilità di desumere proprio da questo ambito, cui i *prudentes* dedicarono speciale attenzione, elementi che possano essere utili al fine di capire come i giuristi risolvessero il caso analogo del pagamento indebito al tutore.

Ora, quanto si può ricavare dalla disciplina della *solutio* al pupillo *sine tutoris auctoritate* è la circostanza che la giurisprudenza ammettesse in qualche caso l'esperibilità della *condictio* contro l'impubere. Si tratta di un punto su cui è necessario soffermarsi con attenzione. In particolare, è d'uopo domandarsi in che modo l'azione fosse esercitabile nei confronti del pupillo e se, allo scopo, fosse necessario l'intervento del tutore.

Per capire in che termini l'impubere, *indebitum accipiens*, fosse legittimato passivo alla *condictio*, è opportuno, però, effettuare una precisazione. Infatti è importante isolare la figura di chi era legittimato passivo all'azione da quella di chi era disposto ad assumere la *defensio*. Sebbene l'espressione legittimazione all'azione appartenga alla dogmatica moderna, è noto che, anche nell'ordinamento romano, tale concetto, pur non dichiaratamente enunciato, corrispondesse alla relazione di identità tra le parti del processo ed i soggetti del rapporto giuridico⁽¹⁰⁵⁾. Individuare tale relazione era compito del pretore, il

⁽¹⁰⁵⁾ È questa la condivisibile definizione del concetto di legittimazione che dà TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva all'hereditatis petitio*, Milano, 1956, 11.

quale, se, sulla base delle affermazioni dell'attore, constatava il difetto di tale identità e cioè di legittimazione all'azione del convenuto, doveva denegare l'azione ⁽¹⁰⁶⁾.

D'altro lato l'assunzione della *defensio* era una conseguenza della legittimazione stessa, per cui se fosse mancata quest'ultima, il problema dell'*indefensio* non si sarebbe neanche posto. Significativo, al fine di distinguere le due figure, è anche rilevare che il potere di resistere alla domanda e di assumere la *defensio* non spettava soltanto al soggetto passivo dell'*actio*, ma a chiunque si dichiarasse semplicemente pronto ad assumere la *defensio* stessa e si presentasse come persona a ciò idonea, prestando la *cautio iudicatum solvi* ⁽¹⁰⁷⁾.

Ora, — come è noto — per un impubere poteva agire in giudizio il suo rappresentante ovvero il suo tutore. In tale caso quest'ultimo, essendo un rappresentante processuale, era anche legittimato all'azione, giacché la rappresentanza costituiva, insieme alla titolarità del diritto, una situazione legittimante ⁽¹⁰⁸⁾. Ne deriva che, se il tutore fosse stato convenuto al posto dell'incapace, egli stesso sarebbe stato anche il legittimato passivo all'azione, ma non sarebbe stato colui che assumeva la *defensio* e che prestava la *cautio iudicatum solvi*, il cui onere continuava a gravare sul rappresentato.

Quest'ultima ipotesi, tuttavia, non rispecchia la fattispecie che si sta esaminando. Infatti, tornando al caso dell'*infantia maior*, era l'impubere stesso ad essere direttamente convenuto, purché intervenisse l'*auctoritas tutoris*. Infatti, per quanto riguarda il pupillo *infantia maior*, le attività patrimoniali inerenti alla *providentia pupillaris* non si esaurivano nella gestione degli affari del pupillo, ma consistevano anche nel prestare il proprio assenso ad atti e negozi giuridici posti in essere dal pupillo stesso ⁽¹⁰⁹⁾. Così accadeva anche in ambito processuale: l'*infantia maior*, oltre a potere eventualmente assumere la *defensio*, poteva essere direttamente convenuto, purché *tutore auctore*.

⁽¹⁰⁶⁾ TALAMANCA, *Studi*, 12 s.

⁽¹⁰⁷⁾ Così TALAMANCA, *Studi*, 13 nt. 27.

⁽¹⁰⁸⁾ In tale senso TALAMANCA, *Studi*, 12 nt. 25.

⁽¹⁰⁹⁾ Così ZANNINI, *Tutela*, 309.

Sembra, dunque, questo il caso che il passo di Gai.3,91 descrive. Il pupillo, infatti, avrebbe ricevuto una somma di danaro indebita *sine tutoris auctoritate*. Secondo l'opinione maggioritaria tra i giuristi — vale a dire, cioè, quella diversa dai *quidam* — il pupillo sarebbe stato obbligato *iure civili* e, pertanto, avrebbe potuto essere convenuto. Ma per la sua incapacità doveva essere necessariamente convenuto *tutore auctore*.

È forse persino possibile congetturare che l'*auctoritas tutoris*, ai fini della ripetizione dell'indebito nei confronti del pupillo, potesse ritenersi già implicita nell'accettazione del pagamento indebito da parte del tutore per conto del pupillo. Se così fosse stato, sarebbe stato comunque sufficiente che il minore diventasse *infantia maior* per potere essere legittimato passivo alla *condictio*, senza che fosse necessaria una manifestazione formale della volontà tutoria.

In ogni caso, però, rimaneva aperta anche un'altra possibilità e cioè che l'impubere potesse essere chiamato in giudizio, allorché, tra il momento della *solutio* e il momento dell'esperimento della *condictio*, avesse raggiunto l'età pubere.

35. *Le risultanze delle fonti considerate.*

Anche in materia di *solutio indebiti* del e al tutore, come già per il pagamento indebito nel rapporto delegatorio⁽¹¹⁰⁾ e in quello del e al *procurator*⁽¹¹¹⁾, si può, a questo punto, tentare di tirare le fila del discorso fin qui condotto e presentare delle conclusioni.

Per quanto riguarda il caso del tutore-*solvens* che pagava per il minore (presumibilmente un *infans*), dalle fonti sembra risultare che esistesse un orientamento generalmente condiviso dai giuristi, secondo il quale ad *indebitum condicere* dovesse essere comunque il pupillo *tutore auctore* oppure *pubes factus*. In tale senso depongono indiscutibilmente due dei passi considerati:

- a) Il principio che di regola il tutore non agisse per la ri-

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. *supra* cap. I.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. *supra* cap. II.

petizione dell'indebito pagato per conto del pupillo è attestato dal passo giuliano di D.12,6,6,3.

b) Papiniano (D.12,6,57 *pr.*) arrivava ad enunciare in modo ancora più chiaro il principio per cui, se il tutore avesse pagato l'indebito, era l'*impuber* ad agire con la *condictio*.

Peraltro, in due casi, entrambi di Cervidio Scevola, si è riscontrato che la soluzione della fattispecie *de qua* potesse presentarsi in termini diversi:

c) Scevola (D.12,6,67,1) descriveva un caso in cui il tutore, nel rendiconto della tutela, non imputò fra le spese un pagamento effettuato indebitamente: la soluzione era nel senso di accordare a lui stesso la ripetizione dell'indebito. La giustificazione della soluzione del caso, contrastante con quanto risulta dagli altri testi sull'argomento, si può individuare proprio nella circostanza che, nel momento della cessazione della tutela, il pagamento non fu imputato tra le spese del rendiconto; in sostanza, Scevola avrebbe deciso per la legittimazione del tutore a *indebitum condicere*, in quanto era proprio il tutore a soffrire personalmente della diminuzione patrimoniale.

d) Dal caso di indebitum *ex persona* di D.12,6,61 e dal confronto di questo passo con il pensiero dello stesso Scevola riferito in D.42,8,24 (Scaev. *l. sing. quaest. publ. tract.*) e in D.42,5,6,2 (Paul. 58 *ad ed.*), si desumerebbe l'esperibilità di un'azione *ad exemplum* della *condictio indebiti* da parte dei creditori ereditari che avevano ricevuto meno di altri. Emerge, altresì, che Scevola negava al tutore e al pupillo la legittimazione ad agire per la ripetizione; invero il fatto che il giurista tenesse a precisare la posizione del pupillo che, in questo caso, astenendosi dall'eredità, era uscito completamente di scena, potrebbe leggersi come un indizio nel senso che, in linea di principio, nel caso di *solutio indebiti* del tutore, poteva essere il pupillo colui che ripeteva.

Sulla base di queste conclusioni, si può, in linea diacronica, individuare una certa coerenza di pensiero relativa al caso del tutore *indebitum solvens*. Scevola, prevedendo soluzioni diverse per casi diversi, attesterebbe il suo procedere caso per caso per decidere chi dovesse ricevere tutela in fattispecie controverse che comunque presentavano complicità e particolarità, tali da impedire di identificare nitidamente un principio che, secondo il giurista, fosse generalmente applicabile. Peral-

tro, prima da Giuliano e poi, in età severiana, da Papiniano sarebbe stata enunciata una regola, ovvero la legittimazione del pupillo ad *indebitum condicere*, che si sarebbe prima affermata e poi « cristallizzata », sempre nei limiti in cui si possa parlare di cristallizzazione di un principio giuridico in un sistema come quello romano, dove qualsiasi regola, anche se tenuta ferma da una lunga osservanza, può essere combattuta per la sua inopportunità e sostituita con un'altra ⁽¹¹²⁾.

Si è visto che, invece, un'indagine sul tema del pagamento indebito effettuato al tutore incontra l'inevitabile scoglio dell'assenza di fonti che attestino come il problema fosse affrontato e risolto dai giuristi. Peraltro sulla questione, in base a quello che si può logicamente dedurre dalla ben più documentata fattispecie del pagamento al pupillo *sine tutoris auctoritate*, è possibile formulare alcune congetture.

Si è, infatti, posto in evidenza ⁽¹¹³⁾ che il pupillo — si deve presumere un *infantia maior* — quando incassava un indebito *sine tutoris auctoritate*, era il legittimato passivo alla *condictio indebiti*, purché vi fosse o l'assenso del tutore o nel frattempo il raggiungimento dell'età pubere. Ma se risulta attestata la legittimazione passiva del pupillo alla *condictio* in questo caso, nulla doveva impedire che lo stesso pupillo potesse essere chiamato in giudizio anche quando il pagamento era effettuato al tutore per suo conto. Dunque — probabilmente — non il tutore accipiente sarebbe stato convenuto con la *condictio indebiti* per un pagamento effettuato per conto dell'impubere, ma anche stavolta l'impubere stesso sarebbe stato chiamato a risponderne, se il tutore avesse prestato la sua *auctoritas* oppure se il pupillo fosse, nel frattempo, divenuto *pubes*.

A conferma di questa interpretazione si può portare una considerazione. Da una parte si è constatata la presenza di numerosissime testimonianze in tema di pagamento al pupillo *sine tutoris auctoritate* ⁽¹¹⁴⁾. Dall'altra si è vista la mancanza di testimonianze in tema di *solutio indebiti* al tutore. Se ne po-

⁽¹¹²⁾ Si veda SCHULZ, *I principi*, 14 s.

⁽¹¹³⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽¹¹⁴⁾ Altrettanto numerose sono le testimonianze in cui il pupillo è *solvens*, ma ciò non interessa nell'ambito di questo lavoro, giacché, in tema di legittimazione attiva del tutore a *indebitum condicere*, sono già le fonti specifiche sull'argomento a consen-

trebbe dedurre, pertanto, che verosimilmente quest'ultimo caso non fu molto studiato dai giuristi. Ma perché non avrebbe attirato l'attenzione dei *prudentes*? All'interrogativo sembra possibile dare una risposta alquanto semplice. Se la giurisprudenza si occupò della *solutio* al pupillo *sine tutoris auctoritate* e ben poco della *solutio* al tutore nell'interesse del pupillo, fu forse perché la prima si presentava ben più complessa da risolvere e ben più ricca di problematiche, vista soprattutto l'esigenza di contemperare gli interessi contrapposti del pupillo e del *solvens*, entrambi meritevoli di tutela. Diversamente il pagamento al tutore non avrebbe creato particolari problemi e presumibilmente non esistettero eclatanti controversie giurisprudenziali sul fatto che fosse il pupillo ad essere il legittimato passivo, anziché il tutore, che era solo il materiale accipiente del pagamento.

Del resto è ben noto che il compito fondamentale del giurista rimase sempre, in età classica, legato al *respondere* e, quindi, al parere tecnico elaborato per la soluzione di casi concreti⁽¹¹⁵⁾; pertanto lo scarso interesse dimostrato per la questione potrebbe trovare spiegazione nel fatto che la fattispecie non suscitava alcun rilevante interesse pratico, né ispirava la formulazione di casi ipotetici che potessero servire per la didattica e l'istruzione degli *auditores*. Se con queste osservazioni si cogliesse nel vero, non solo si giustificherebbe la mancanza di una letteratura giuridica sulla questione, ma riceverebbe anche conferma l'esistenza di una soluzione tendenzialmente unica ed omogenea e, cioè, la legittimazione passiva del pupillo alla ripetizione dell'indebito per il caso di pagamento indebito al tutore per conto del pupillo.

Ci si domanda, al fine di completare il quadro, quale fosse la disciplina del caso della *solutio indebiti* effettuata al pupillo *tutore auctore*. In effetti il *ius civile* ammetteva, purché si trattasse di un *infantia maior*, che a riscuotere fosse direttamente il pupillo e che il tutore prestasse solo il suo assenso al compi-

tire di individuare, con una certa attendibilità, quale fosse l'orientamento prevalente in giurisprudenza.

⁽¹¹⁵⁾ Per tutti, si veda VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989, 102.

mento dell'atto da parte del suo sottoposto. Ora, verosimilmente, in relazione alla legittimazione passiva, la soluzione, anche in questo caso, avrebbe potuto essere la medesima, per cui ad essere convenuto sarebbe stato comunque il pupillo *tutore auctore* oppure *pubes factus*. Del resto la fattispecie della *solutio* al pupillo *tutore auctore* sembrerebbe creare persino meno problemi dell'altra, giacché, in questo caso, non si riscontra nemmeno la presenza di quel rapporto trilaterale che obbliga a determinare chi, tra due soggetti, dovesse essere il chiamato in giudizio. Parrebbe, infatti, ovvio che se il pupillo avesse pagato *tutore auctore*, fosse lui stesso ad essere, poi, convenuto con la *condictio, tutore auctore* oppure in quanto *pubes factus*; si tratta, insomma, di una soluzione omogenea e coerente a quella decisa per la *solutio indebiti* al tutore nell'interesse del pupillo.

Per concludere, in caso di pagamento indebito in cui intervenisse un tutore nel momento solutorio, si constata che, a parte le due accennate soluzioni scevoliane, i *prudentes* — quando l'affrontarono — risolsero la questione nel senso di considerare, quale centro di imputazione degli interessi da tutelare, il pupillo, ovvero colui per conto del quale il pagamento era stato effettuato (o riscosso) e non già l'esecutore materiale della dazione della somma (o l'accipiente materiale della stessa).

Ma sorge a questo punto una domanda: che cosa sarebbe accaduto se il tutore avesse pagato o riscosso, ma poi l'impubere avesse dovuto attendere anni prima di potere ripetere o restituire e, quindi, prima di potere agire o essere convenuto in presenza dell'*auctoritas tutoris* ⁽¹¹⁶⁾ o una volta raggiunta l'età pubere? Avrebbe potuto il tutore ripetere o restituire nell'immediatezza del pagamento indebito? Sembra difficile rispondere negativamente: infatti, ammettendo che le fattispecie descritte riguardassero un pagamento effettuato o percepito nell'interesse di un *infans*, sarebbe parso privo di senso costrin-

⁽¹¹⁶⁾ A proposito dell'*auctoritas tutoris*, è forse possibile credere che già nel pagamento o nell'accettazione dell'indebito da parte del tutore sia da individuare l'*interpositio tutoris*, per cui il pupillo, nel momento stesso in cui poi diventava *infantia maior*, sarebbe stato immediatamente legittimato attivo o passivo alla *condictio*, senza più bisogno di alcun ulteriore intervento di tale *auctoritas*.

gere, in un caso, il tutore ad attendere anni prima di provvedere alla ricostituzione del patrimonio pupillare e, nell'altro, obbligare l'eventuale creditore *indebitum solvens* ad aspettare anni prima di riavere quanto gli spettasse. Ne deriva che la negazione giuliana della legittimazione a ripetere del tutore non sembra potersi considerare in senso assoluto. È da credersi piuttosto che Giuliano e Papiniano enunciarono il principio proprio con riferimento al caso in cui l'impubere fosse divenuto *infantia maior* e potesse, quindi, operare *tutore auctore* oppure avesse raggiunto l'età pubere. Altrimenti, — a mio modo di vedere — nulla avrebbe impedito che fosse il tutore ad essere chiamato direttamente a provvedere al ristabilimento dell'equilibrio patrimoniale, il che, anzi, costituiva adempimento del suo *officium*.

Ad ogni modo, quanto qui importa porre in evidenza alla luce di questa casistica eterogenea, è la riprova di quanto è già emerso in tema di *indebitum solutum* del e al *procurator*: il fatto che, in caso di pagamento del tutore (o al tutore), a ripetere (o ad essere convenuto per la restituzione) potesse essere il pupillo conferma, ancora una volta, che un soggetto diverso da colui che aveva pagato (o da colui che aveva ricevuto il pagamento) poteva essere legittimato attivo (o passivo) alla *condictio indebiti*.

CAPITOLO IV
IL FIDEIUSSORE

36. *Il fideiussore indebitum solvens.*

Le fonti sembrano consentire di prendere in considerazione l'*indebitum solutum* in un caso ancora diverso, sia rispetto alla delegazione ⁽¹⁾, che rispetto alla fattispecie in cui intervenisse un *procurator* ⁽²⁾ o un *tutor* ⁽³⁾ e cioè quello in cui l'atto solutorio fosse posto in essere da un fideiussore ⁽⁴⁾. Invero quest'ipotesi, come già quella d'intervento del *procurator* e del tutore, non si presenta come un rapporto strutturalmente trilaterale, quale è, invece, quello delegatorio.

Infatti è noto che, nella *fideiussio* ⁽⁵⁾, tra creditore e *fideiussor* si costituisce un rapporto bilaterale nel momento in

⁽¹⁾ Cfr. *supra* cap. I.

⁽²⁾ Cfr. *supra* cap. II.

⁽³⁾ Cfr. *supra* cap. III.

⁽⁴⁾ Risulta ovvio che l'indagine in tema di fideiussione sarà qui circoscritta all'esclusivo caso del fideiussore *indebitum solvens*, poiché sarebbe incompatibile con la funzione stessa della garanzia la circostanza che il fideiussore, anziché effettuare un pagamento, lo riscuotesse.

⁽⁵⁾ In materia di fideiussione la letteratura è vastissima; ci si limita qui a citare quella più recente, rimandando per un quadro bibliografico più completo sull'argomento a TALAMANCA, *Fideiussione (Parte storica)*, in ED, 17, 1968, 343 ss.; FEENSTRA, *Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis en droit romain classique*, in Etudes Macqueron, Aix en Provence, 1970, 301 ss.; TALAMANCA, *Alia causa e durior condicio come limite dell'obbligazione dell'adpromissor*, in Studi Grosso, 3, Torino, 1970, 115 ss.; WACKE, *Ofilius D.44,4,4,6. Ein Forderungskauf zu Bürgschaftszwecken*, in RIDA, 17, 1970, 345 ss.; APATHY, *Zur Abgrenzung von Novation und Bürgschaft*, in RIDA, 18, 1971, 381 ss.; KASER, *Celsus D.12,6,47 und die Akzessorietät der Bürgschaft*, in Festgabe Herdlitzka, München-Salzburg, 1972, 143 ss.; MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Torino, 1992; FLUME, *Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen*, in ZSS, 113, 1996, 88 ss.; BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet*, Milano, 1999; WACKE, *Fideiussio*

cui il fideiussore si assume la responsabilità gravante sul c.d. debitore principale ⁽⁶⁾. Ciò non toglie, però, che sia possibile un qualche coinvolgimento del debitore nel rapporto, se non altro per il fatto che il contenuto dell'obbligazione del fideiussore è l'adempimento dell'obbligazione gravante sul debitore stesso. In effetti, nel momento in cui il fideiussore si trovava a pagare il debito in luogo del debitore, la naturale conseguenza era la sua liberazione e quella del debitore principale, con contestuale nascita di un diritto azionabile di regresso del primo nei confronti del secondo.

Ma che cosa sarebbe accaduto se il fideiussore, obbligatosi per la stessa prestazione del debitore, si fosse trovato ad adempiere un'obbligazione in realtà inesistente? E *quid iuris* se l'adempimento fosse stato per un'obbligazione di cui il *solvens* non era debitore? In particolare è da domandarsi se, secondo la giurisprudenza, a ripetere l'indebito dovesse essere il garante oppure se la *condictio indebiti* venisse invece accordata al debitore garantito.

Prima di intraprendere l'esegesi delle fonti più significative in tema di *fideiussio*, conviene premettere una precisazione. Risulta, infatti, spontaneo chiedersi per quale motivo l'indagine, che qui si vuole condurre in tema di pagamento d'indebito, vada circoscritta ai passi in materia di fideiussione e non prenda, invece, in considerazione il più ampio spettro delle diverse garanzie personali delle obbligazioni.

Ebbene, è risaputo che la *fideiussio*, avendo fatto la sua comparsa nella prassi giuridica romana al più presto al finire del I sec. a.C., affiancandosi alle altre forme di garanzia più antiche, trovò una diffusione assai vasta a causa delle sue caratteristiche peculiari ⁽⁷⁾ e, in particolare, in conseguenza del fatto che poteva accedere a qualsiasi obbligazione contrattua-

= *Iussum? Bürgschaften für den eigenen Gewaltunterworfenen oder Gewalthaber*, in Index, 1999, 27, 523 ss.

⁽⁶⁾ Sono celeberrime le parole di Gai.3,115: *Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obligari: quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fideiussores appellamus* e di Gai.3,117: *Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit (...)*.

⁽⁷⁾ Si veda, per esempio, FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. I. Le garanzie personali*, Padova, 1962, 28 ss.

le (8). Non solo. Con un processo graduale che culminò in età postclassica e giustiniana, la fideiussione giunse a sostituire *sponsio* e *fidepromissio* pressoché completamente, per cui la sola forma di garanzia conosciuta dal diritto giustiniano divenne la *fideiussio*, cui si continuò ad applicare fundamentalmente il regime classico (9). Fu così che, agli occhi dei giustiniani, la figura dello *sponsor*, del *fidepromissor* e quella del *fideiussor* si presentarono sostanzialmente come equipollenti, con la conseguenza che i testi della compilazione furono spesso riferiti, mediante interpolazione, all'unica sopravvissuta delle tre forme, ovvero alla *fideiussio*.

Se con queste considerazioni sembra potersi giustificare il numero consistente di passi in tema di pagamento indebito del fideiussore, non si vuole qui — né sembra in linea con gli attuali orientamenti della critica romanistica — prendere posizione sulla questione se e in che misura i testi in tema di *sponsio* e *fidepromissio* siano davvero stati manipolati. Tuttavia nell'esegesi dei passi non sarà possibile prescindere da un cenno alla discussione delle interpretazioni dei testi, date da fautori più o meno convinti dell'« Interpolationenjagd », allo scopo di stabilire dove il riferimento al fideiussore sia da ritenere classico e dove esso sembri, invece, rappresentare il risultato della tendenza alla *reductio ad unum* e all'appiattimento volgarizzatore dei fenomeni giuridici, che caratterizza l'impronta della mano postclassica e giustiniana.

37. *Il pagamento indebito del fideiussore in qualità di terzo (alieno nomine).*

Per lo studio dell'*indebitum solutum* nella fideiussione, è utile prendere le mosse da un testo di Celso che non solo è ben noto alla letteratura (10), ma la cui interpretazione è alquanto tormentata:

(8) Cfr., per tutti, TALAMANCA, *Fideiussione*, 330.

(9) FREZZA, *Le garanzie*, I, 38.

(10) Sul passo, si vedano BERTOLINI, *La ratifica*, I, 75 nt. 76; MITTEIS, *Juristische Textconjecturen*, in *Symbolae Pragenses. Festgabe der deutschen Gesellschaft für Altertumskunde in Prag zur 42. Versammlung deutsche Philologen und Schulmänner in Wien 1893*, Wien, 1893, 132 s.; GLÜCK, *Commentario*, 665, § 835; F. FITTING, *Sciens in-*

D.12,6,47 (Cels. 6 dig.): *Indebitam pecuniam per errorem promisisti: eam qui pro te fideiusserat solvit. ego existimo, si nomine tuo solverit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore: nec expectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur: sin autem fideiussor suo nomine solverit quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit: quo minus autem consequi poterit ab eo cui solvit, a te mandati iudicio consecuturum, si modo per ignorantiam petentem exceptione non summovertit* ⁽¹¹⁾.

Celso descriveva due fattispecie, che sembra opportuno di-

debitum accipiens, 33; STELLA MARANCA, *Intorno ai frammenti di Celso*, Roma, 1915, 40; DONATUTI, *Mandatum incertum*, 173 e IDEM, *Contributi allo studio del mandato in diritto romano*, I, Perugia, 1927, 57, 91; SCHWARZ, *Die Grundlage*, 45; BETTI, *Esercitazioni*, I, 207 ss.; PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, 141; PFLÜGER, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, München-Leipzig, 1937, 128; KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in ZSS, 59, 1939, 74 nt. 3; SACHERS, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klassischen römischen Recht*, in ZSS, 59, 1939, 448 nt. 1; LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano, 1946, 256 ss.; IDEM, *Sul concetto di ius gentium*, Roma, 1947, 114 s.; SCHULZ, *Condictio indebiti und die Accessorietät der sponsio und fideiussio (D.12.6.47)*, in Iura, 3, 1952, 15 ss.; WATSON, *Contract of Mandat*, 175 ss.; WESENER, *Die Durchsetzung von Regressansprüchen im römischen Recht*, in Labeo, 11, 1965, 345 s.; COSENTINO, *Osservazioni*, 319 nt. 67; KASER, *Oportere und ius civile*, in ZSS, 83, 1966, 9; APATHY, *Procurator*, 79, 80, 84; KASER, *Celsus*, 143 ss.; WACKE, *Zur Causa*, 243 nt. 38; VIGNERON, *Fideiussor: qui pecuniam deposuit, confestim agere mandati potest*, in BIDR, 77, 1974, 451 nt. 37; HORAK, *Die römische Juristen und der Glanz der Logik*, in Festschrift KASER, München, 1976, 36 s.; KLAMI, *Teneor mandati*, Turku, 1976, 28 nt. 5; SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica tra Nerva e Traiano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, 202 ss.; DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des II et III siècles*, in SDHI, 47, 1981, 220, 244 nt. 332, 252 nt. 370; DIAZ-BAUTISTA, *Les garanties bancaires dans la législation de Justinien*, in RIDA, 29, 1982, 181 nt. 62; MAYER-MALY, *Das ius gentium bei den späteren Klassikern*, in Iura, 34, 1983, 98 nt. 51, 100; FLUME, *Die Bezogenheit der adstipulatio und der Sponsions- und Fidepromissionsbürgschaft auf die Hauptstipulation*, in Rechtsakt und Rechtsverhältnis, 34 nt. 20; CANNATA, *Atto*, 338; SHANBACHER, *Zur Bedeutung*, 19; MANNINO, *L'estensione*, 103 ss.; KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, 43 ss.; FLUME, *Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen*, 88 ss.; da ultimo ALONSO, *Delegare*, 372, 374, 234 nt. 150 e HARKE, *Argumenta Iuventiana*, 130 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, 135, § 53, che pone il passo sotto la rubrica *Si certum petetur*, dove si trovano anche D.12,6,6 *pr.* e D.12,6,6,2, sulla cui collocazione si veda *supra* § 24.

stinguere nettamente. Nella prima delle due ⁽¹²⁾ un soggetto *Tu* promise ad un altro una somma di danaro mediante *stipulatio*, credendo di esserne debitore, mentre in realtà non gliela doveva (*Indebitam pecuniam per errorem promisisti*). Il giurista non precisava, peraltro, in base a quale titolo il promittente fosse debitore, ma il punto non pare rilevare ai fini della soluzione della fattispecie.

Accadde, poi, che un terzo, già intervenuto quale fideiussore a garantire il preteso debito di *Tu*, pagò in luogo e in vece di questi (*eam qui pro te fideiusserat solvit*).

Celso risolveva il caso, stabilendo che legittimato ad agire con la *condictio indebiti* sarebbe stato non il fideiussore che aveva pagato a nome di *Tu* (*tuo nomine*) ⁽¹³⁾, bensì il debitore principale, nei cui confronti lo stipulante aveva contratto l'obbligazione (*stipulatorem tibi obligatum fore*) ⁽¹⁴⁾.

Il giurista precisava, altresì, come non fosse necessario, ai fini della soluzione del caso, che *Tu* avesse ratificato il pagamento (*nec expectandum est, ut ratum habeas*) e motivava tale affermazione con la frase *quoniam potes videri id ipsum mandasse*. Peraltro tra gli studiosi ha ottenuto grande suffragio l'opinione per cui proprio la parte del frammento da *nec a solveretur* sia un glossema ⁽¹⁵⁾. Dal punto di vista sintattico l'interpolazione sarebbe riconoscibile dall'uso del discorso diretto, che la distinguerebbe nettamente dal resto del passo, dipendente, invece, da *ego existimo* ⁽¹⁶⁾. Dal punto di vista storico-giuridico, inoltre, il supposto annotatore postclassico avrebbe sentito l'esigenza di modificare il testo celsino, ritenendo necessario « ein Kompromiss darin zu finden » tra il contenuto del passo di Celso e qualche testimonianza di tenore ben differente: egli avrebbe altrove letto che la *condictio* di un pa-

⁽¹²⁾ Per la seconda fattispecie cfr. *infra* § seguente.

⁽¹³⁾ A proposito di un altro caso di pagamento *alieno nomine* e, precisamente, *impuberis nomine*, si veda *supra* § 28.

⁽¹⁴⁾ Sull'obbligazione che il debitore principale avrebbe nei confronti del fideiussore, si veda *infra* § successivo.

⁽¹⁵⁾ Così, per esempio, SCHWARZ, *Die Grundlage*, 45.

⁽¹⁶⁾ In tale senso KASER, *Celsus*, 144 s. Sul carattere insitico della frase si vedano anche BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, in BIDR, 28, 1915, 253 nt. 1; DONATUTI, *Contributi*, 92 e SCHULZ, *Condictio indebiti*, 16 s.

gamento *alieno nomine* era esperibile, solo se il *dominus* avesse reso la *solutio* propria, ratificandola oppure avendo in precedenza autorizzato il *solvens* a pagare ⁽¹⁷⁾.

Tuttavia tali argomenti non paiono convincenti ⁽¹⁸⁾. È verosimile, infatti, che il debitore avesse ottenuto la prestazione di una fideiussione, con cui un soggetto avrebbe garantito per lui il pagamento del debito. Allo stesso tempo o successivamente, forse all'approssimarsi della scadenza del debito — non ci è dato saperlo — il *dominus* avrebbe incaricato tale garante di pagare per lui. Il termine *mandasse* sarebbe cioè da intendere non nell'accezione tecnica di mandato, ma nel senso di « dare un'autorizzazione, ordinare » ⁽¹⁹⁾; la ratifica, in questo caso, si sarebbe rivelata perfettamente inutile, in quanto era già intervenuta la *praepositio* ⁽²⁰⁾. Il fideiussore, in sostanza, avrebbe adempiuto in luogo di *Tu*, per volontà dello stesso, ma lo avrebbe fatto in qualità di terzo e non già in qualità di fideiussore o mandatario ⁽²¹⁾. In effetti, pensando al corrispondente caso di *solutio* però *debiti*, è naturale credere che il garante, pagando, avrebbe liberato il debitore principale, nello stesso modo in cui quest'ultimo sarebbe stato liberato, se avesse pagato personalmente ⁽²²⁾. Pertanto, come si è già avuto modo di rilevare ⁽²³⁾, così come, nel caso di *solutio debiti*, la liberazione del debitore conseguiva alla riscossione in adempimento di un suo incarico (o alla sua ratifica di tale adempimento), in caso di *solutio indebiti* la *praepositio* (o la ratifica) faceva sì che il pagamento per suo conto fosse da intendersi come fatto a lui stesso, con la conseguente sua personale responsabilità sul piano processuale. Era per tale mo-

⁽¹⁷⁾ KASER, *Celsus*, 145.

⁽¹⁸⁾ È lo stesso KASER, *Ius gentium*, 44 nt. 158, che, mentre, nel contributo del 1972 — cfr. nt. precedente —, aveva ritenuto insiticia la frase, nella sua ultima monografia ha cambiato opinione, schierandosi apertamente a favore della insospettabilità dell'intero frammento celsino; da ultimo, condivide il rilievo di Kaser HARKE, *Argumenta Iuventiana*, 131.

⁽¹⁹⁾ A proposito di *mandare* nel senso di "ordine, autorizzazione" cfr. quanto già detto in tema di *procurator supra* § 13.

⁽²⁰⁾ Sull'equiparazione tra *iussum* e *ratihabitio* si veda *supra* § 23 e § 25.

⁽²¹⁾ Così KASER, *Ius gentium*, 44.

⁽²²⁾ È esplicito, sul punto, KASER, *Ius gentium*, 44.

⁽²³⁾ Cfr. *supra*, in particolare, § 25.

tivo che, in questa fattispecie, pur essendo il fideiussore l'autore del pagamento, Celso decideva per la legittimazione del *dominus a condicere* ⁽²⁴⁾.

Ma se ad esperire la *condictio* era il debitore principale, quale sarebbe stata la tutela del fideiussore che aveva materialmente pagato l'indebito? Il punto è chiarito dall'espressione *te fideiussori*: il *dominus* risultava obbligato nei confronti del garante. Peraltro il punto risulta ancora più chiaro alla luce del prosieguo del passo, in cui si parla di *mandati iudicium*. Lo strumento con cui il fideiussore avrebbe potuto agire nei confronti del debitore principale era, insomma, l'*actio mandati contraria* ⁽²⁵⁾.

38. *Il pagamento indebito per obbligo fideiussorio (suo nomine).*

Nella seconda parte del passo, in una variante del caso appena descritto, Celso si domandava quali sarebbero state le conseguenze se il fideiussore avesse pagato a proprio nome quanto non doveva (*fideiussor suo nomine solverit quod non debebat*) ⁽²⁶⁾, in dipendenza della garanzia per lui prestata. La soluzione era nel senso che il fideiussore stesso potesse ripetere (*ipsum a stipulatore repetere posse*). In effetti, in questo caso, il

⁽²⁴⁾ Essendo questa la spiegazione che si intende dare al testo celsino, non sembra che dal passo sia arguibile la *regula iuris* per cui nel mandato, che il debitore principale dava ad un altro di fare fideiussione, sarebbe stato ricompreso anche il mandato di pagamento, cioè che chi dava un mandato di fideiussione, avrebbe pure inteso obbligare il mandatario a pagare, come sostiene, per esempio, HASENBALG, *Die Bürgschaft des gemeinen Recht. Eine civilistische Studie*, Düsseldorf, 1870, 692 ss.; per l'opinione opposta si veda DONATUTI, *Contributi*, 92, 93.

⁽²⁵⁾ Lo specificano — opportunamente —, per esempio, KASER, *Celsus*, 143 e MANNINO, *L'estensione*, 104.

⁽²⁶⁾ Si è dubitato anche della genuinità dell'inciso *quod non debebat*: cfr., in particolare, SCHULZ, *Condictio indebiti*, 16 e SCHWARZ, *Die Grundlage*, 45, il quale sostiene: « Sprachlich erwartet man den Konjunktiv, sachlich leistet der Bürge kein *indebitum* schlechthin, sondern hat nur eine *exceptio*, die *exceptio* des Hauptschuldners », ma — più persuasivamente — KASER, *Celsus*, 145 nt. 11 replica che si tratta di un'interpretazione eccessivamente rigida e che il *quod non debebat* costituirebbe, invece, espressione celsina.

pagamento veniva effettuato al creditore in qualità di fideiussore e, quindi, per proprio conto ⁽²⁷⁾.

Proprio questo profilo rappresenterebbe una prima differenza, nel pensiero celsino, tra la fattispecie del pagamento *tuo nomine* e quella del pagamento *suo nomine*. In quest'ultima il fideiussore avrebbe effettuato la *solutio* in qualità di garante e, quindi, in ragione del proprio obbligo di garanzia: non c'era dubbio che la pretesa di ripetizione del pagamento sorgesse in capo a lui. Nella *solutio tuo nomine* ⁽²⁸⁾, invece, il fideiussore avrebbe pagato per conto del debitore, in modo tale, cioè, che « die Zahlung dem Vermögen des Hauptschuldners zuzurechnen ist ⁽²⁹⁾ » e, pertanto, in qualità di terzo, indipendentemente dal vincolo di garanzia assunto nei confronti del debitore principale; da ciò sarebbe derivata la legittimazione dello stesso debitore a *indebitum condicere*.

Celso si interrogava, poi, su quali sarebbero state le conseguenze se il fideiussore non fosse riuscito a conseguire dall'accipiente la restituzione di quanto dato (*quo minus autem consequi poterit ab eo cui solvit*). Poteva, infatti, verificarsi che il fideiussore, pur sperando la *condictio* nei confronti dell'accipiente, per qualche motivo non esplicitato non vedesse soddisfatta interamente la sua pretesa. In tale caso, secondo il giurista, il fideiussore poteva esercitare un'azione contro il debitore principale sulla base del rapporto di mandato (*a te mandati iudicio consecuturum*) ⁽³⁰⁾. Se, quindi, nel caso di pagamento *alieno nomine* il garante avrebbe comunque potuto rifarsi sul garantito — unico legittimato a *condicere* —, nel caso di pagamento *suo nomine* il garante, essendo lui stesso l'unico legittimato attivo alla *condictio*, avrebbe potuto agire contro il garantito con l'*actio mandati contraria* solo nell'eventualità in

⁽²⁷⁾ KASER, *Ius gentium*, 44.

⁽²⁸⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽²⁹⁾ KASER, *Celsus*, 144.

⁽³⁰⁾ Sulla qualificazione, ad opera della giurisprudenza, dell'intervento del *fideiussor* come garante su incarico del debitore principale quale un rapporto di mandato e, quindi, sulla esperibilità dell'*actio mandati contraria* come azione di regresso da parte dello stesso nei confronti del debitore si rimanda, per tutti, a KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, 665 s.

cui l'esperimento della *condictio* nei confronti dell'accipiente si fosse rivelato infruttuoso.

Ma vi è un terzo aspetto che — a mio avviso — distingue ulteriormente le due fattispecie descritte in D.12,6,47. Invero ha di frequente attirato l'attenzione della critica romanistica la frase finale *si modo per ignorantiam petentem exceptione non summovert* ⁽³¹⁾. Celso ammetteva così — in relazione alla seconda ipotesi di pagamento — che il fideiussore opponesse al creditore l'eccezione spettante al debitore principale; tale estensione, come è noto, costituì il portato di uno sviluppo storico — avente il suo punto di partenza nella posizione del garante quale vero obbligato per il debito altrui — ed era giustificata dalla natura accessoria dell'obbligazione del fideiussore ⁽³²⁾. Nell'ipotesi in cui il creditore agisse contro il garante per ottenere l'adempimento della stipulazione, il garante convenuto avrebbe potuto eccepire il dolo dell'attore nel pretendere l'adempimento di un vincolo obbligatorio inesistente, con l'effetto di paralizzarne la pretesa ⁽³³⁾. Si desumono *a contrario* sia l'ultrattività di tale *exceptio*, che, pur spettando al debitore,

⁽³¹⁾ Hanno dubitato della autenticità dell'ultima frase del testo celsino BORTOLUCCI, *Il mandato*, 253 nt. 1; SACHERS, *Zur Lehre*, 447; SOLAZZI, *L'errore*, 140 nt. 156; cfr. anche SCHULZ, *Condictio indebiti*, 19; in tale senso si è espresso, di recente, anche HARKE, *Argumenta Iuventiana*, 132, secondo il quale il carattere insitico della proposizione sarebbe desumibile, in primo luogo, dal *per ignorantiam*, poiché non sarebbe stato necessario specificare il punto, in un caso in cui, se il fideiussore fosse stato *sciens*, sarebbero stati esclusi non solo il regresso, ma soprattutto la *condictio indebiti*. In secondo luogo l'autore considera contraddittoria la specificazione *petentem* riferita al creditore, in quanto il resto del testo avrebbe parlato di un adempimento spontaneo del fideiussore. Ora, non pare che questi due rilievi possano persuadere della non genuinità del finale. In particolare, non solo non mi sembra che la menzione dello stato di *inscientia* sia superflua (cfr. *infra* questo §), ma anche il secondo rilievo mi pare infondato, perché il fatto che il fideiussore paghi *suo nomine* non sembra necessariamente implicare che il pagamento sia « *freiwillig* » (in proposito si veda già FARGNOLI, *Rec. a Harke*, in *Bollettino di Studi Latini*, 30, 2000, 774 ss.). Più plausibilmente, a favore della genuinità della frase finale del testo celsino, si sono pronunciati, per esempio, WATSON, *Contract of Mandate*, 177; WESENER, *Die Durchsetzung*, 345 s. e KASER, *Celsus*, 143 nt. 4.

⁽³²⁾ Pone in evidenza il punto, per esempio, ROTONDI, *Di alcune riforme giustiziane relative al pactum de non petendo*, Perugia, 1913, ora in *Studii sul diritto romano delle obbligazioni* (cur. Albertario), Pavia, 1922, 331 s.

⁽³³⁾ Che l'eccezione, cui Celso si riferisce, costituisca un'*exceptio doli* rappresenta opinione comunemente condivisa in dottrina: cfr., in particolare, KASER, *Celsus*,

veniva estesa al fideiussore, sia la ripetibilità di un pagamento, il cui carattere indebito derivava dalla possibilità di paralizzare con l'eccezione la relativa pretesa.

Più che il problema dell'ultrattività dell'eccezione, quello che qui presenta particolare rilievo è la ripetibilità di un indebito *ope exceptionis* ⁽³⁴⁾. Infatti il passo celsino è considerato quale la fonte più antica che attesti, nel pensiero giuridico romano, la possibilità di ripetere quanto si fosse pagato in adempimento di un'obbligazione paralizzata da un'*exceptio perpetua* ⁽³⁵⁾. Proprio la frase finale del passo consente di comprendere che, nella seconda variante del caso proposto da Celso, il fideiussore sarebbe stato legittimato alla *condictio* non in quanto il suo vincolo obbligatorio era inesistente, bensì in quanto avrebbe potuto opporre alla pretesa del creditore un'eccezione. Infatti egli, convenuto con un'*actio ex stipulatu*, avrebbe potuto eccepire la malafede del creditore nel pretendere l'adempimento di un'obbligazione inesistente; ma *per ignorantiam* non lo fece. Ne consegue che le due fattispecie descritte in D.12,6,47 si distinguono per il fatto che l'indebito, nel primo caso, dipende dalla semplice inesistenza del vincolo obbligatorio, mentre, nel secondo, dipende da un'obbligazione paralizzabile da un'*exceptio*. In effetti, il pagamento *alieno nomine* fu effettuato dal fideiussore per conto del debitore-Tu in adempimento di una promessa che il debitore fece per errore e, quindi, in adempimento di un'obbligazione inesistente. Invece

148; MANNINO, *L'estensione*, 104; KASER, *Ius gentium*, 44, il quale precisa che, se anche il creditore avesse agito nella convinzione che il debito fosse esistente, avrebbe comunque operato con *dolus in agendo* e TALAMANCA, *Rec. a Kaser*, in Iura, 44, 1993, 293 nt. 61. Per un approfondimento della problematica relativa all'opponibilità da parte del garante dell'*exceptio doli* spettante al debitore principale, in connessione con l'esistenza del regresso del fideiussore nei confronti dello stesso debitore principale, cfr. MANNINO, *L'estensione*, 106.

⁽³⁴⁾ È molto eloquente, in proposito, la già citata distinzione generale (cfr. *supra* § 8) di Ulpiano tra indebito per obbligazione inesistente e indebito per obbligazione esistente, ma paralizzabile da un'eccezione in D.12,6,26,3 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Indebitum autem solutum accipimus non solum si omnino non debebatur; sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat: quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit*. Per altri due casi già presi in considerazione di indebito *ope exceptionis*, si veda *supra* § 8 e § 9.

⁽³⁵⁾ Così — opportunamente — TALAMANCA, *Rec. a Kaser*, 293.

il pagamento *suo nomine* costituiva l'adempimento di un'obbligazione gravante sul fideiussore stesso: a prescindere dall'inesistenza dell'obbligazione garantita, il garante, titolare di un vincolo obbligatorio accessorio, avrebbe comunque pagato indebitamente, proprio in quanto, convenuto per l'adempimento, non oppone l'eccezione che avrebbe potuto opporre sulla base del « Treuverstoß » perpetrato nei suoi confronti.

39. *D.12,6,47 (Cels. 6 dig.) e il riferimento al ius gentium.*

Il passo celsino ha suscitato un vivace dibattito anche per un'altra questione, ovvero l'interpretazione della frase *quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit* ⁽³⁶⁾. Proprio da essa sembrerebbe essere motivata la legittimazione del fideiussore — *solvens suo nomine* — alla ripetizione dell'indebito.

Si è spesso ritenuto che la proposizione non sia classica in quanto avrebbe costituito una mera ripetizione del *quod non debebat* ⁽³⁷⁾. Da altri ⁽³⁸⁾ si è sostenuto che solo le due parole *iuris gentium* sarebbero state aggiunte al testo celsino, giacché non avrebbe senso ricollegare l'esperimento della *condictio* all'esistenza di un indebito *iure gentium* ⁽³⁹⁾.

Inoltre, sempre prendendo le mosse dalla frase *quoniam ... solvit*, il frammento celsino è stato interpretato ⁽⁴⁰⁾ coinvolgendo una problematica ben più ampia di quella per cui si sta considerando il passo. Infatti, si è sostenuto che, ritenendo in-

⁽³⁶⁾ Della classicità della frase hanno dubitato LOMBARDI, *Ricerche*, 258; IDEM, *Sul concetto*, 115 e anche SCHWARZ, *Die Grundlage*, 45 e ancora, di recente, HARKE, *Argumenta Iuventiana*, 132, motivando — senza, peraltro, convincere — nel senso che si sarebbe trattato di un indebito già secondo il *ius civile*, senza che fosse necessario riferirsi al *ius gentium*.

⁽³⁷⁾ In questo senso si è pronunciato, per esempio, SCHWARZ, *Die Grundlage*, 45.

⁽³⁸⁾ È questa la posizione che è stata condivisa da numerosi autori: cfr. MITTEIS, *Juristische Textconjecturen*, 132; SCHULZ, *Condictio indebiti*, 19; PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, 141; KASER, *Mores maiorum*, 74 nt. 3; si vedano anche WESENER, *Die Durchsetzung*, 346 nt. 32; KASER, *Celsus*, 146.

⁽³⁹⁾ Il punto è stato, in tale senso, precisato, per esempio, da PEROZZI, *Istituzioni*, II, 289 nt. 2; STELLA MARANCA, *Intorno ai frammenti*, 40; PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, 141, il quale ultimo afferma: « Keinesfalls hat hier das *ius gentium* etwas mit der *condictio* zu tun ».

⁽⁴⁰⁾ Così SCHULZ, *Condictio indebiti*, 15 ss.

siticia l'espressione *iuris gentium*, non avrebbe alcun senso motivare la soluzione della seconda fattispecie, affermando *quoniam indebitam pecuniam solvit*, giacché anche nella fattispecie precedente veniva pagato un indebitato (41). « Die Begründung ist also irreführend (42) »: proprio il *quoniam ... solvit* rilevarebbe la presenza di una mano compilatoria che avrebbe modificato sostanzialmente il pensiero di Celso. Il giurista non avrebbe voluto distinguere tra *solutio alieno nomine* e *solutio suo nomine* del *fideiussor*, bensì avrebbe trattato della diversa situazione dello *sponsor* e del *fideiussor*, nella convinzione che la *fideiussio*, a differenza della *sponsio*, sarebbe stata caratterizzata dalla accessorietà. Lo *sponsor*, pagando *suo nomine* e in quanto promittente dell'*idem*, avrebbe promesso una prestazione uguale a quella del debitore principale, ma non la stessa, con la conseguenza che, se quella del debitore principale non era dovuta, quella del garante era debita. Lo *sponsor*, pertanto, a differenza del *fideiussor*, non avrebbe potuto agire con la *condictio indebiti*, ma solo rifarsi sul *dominus* con l'*actio mandati contraria*. Il pensiero classico celsino sarebbe, allora, ricostruibile, ipotizzando che una mano giustiniana, se non già postclassica, abbia modificato l'originario significato del testo (43).

Se tali argomentazioni sono state apertamente contestate (44), di recente la tesi è stata rivalutata (45); in particolare si è sostenuto che la menzione del *ius gentium*, così come la frase *quoniam ... solvit* potrebbero considerarsi genuine, se si assumesse che Celso si riferiva alla *sponsio* e alla *fideiussio*, anziché ad un pagamento *alieno nomine* e *suo nomine*. Il testo sarebbe stato manipolato e la *solutio suo nomine* corrisponderebbe, in realtà, alla *fideiussio*, mentre quella *alieno nomine*

(41) SCHULZ, *Condictio indebiti*, 18.

(42) SCHULZ, *Condictio indebiti*, 17.

(43) Il testo di D.12,6,47, secondo SCHULZ, *Condictio indebiti*, 18, si sarebbe originariamente presentato in questi termini: *Indebitam pecuniam per errorem promissisti; eam qui pro te sponderat suo nomine solvit. Ego existimo te sponsori, stipulatorem tibi obligatum fore. Sed si fideiussor suo nomine solverit, ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam pecuniam solvit.*

(44) KASER, *Celsus*, 146 ss. Cfr. anche MANNINO, *L'estensione*, 104 nt. 12.

(45) È, infatti, in questo senso l'interpretazione che è stata portata avanti da FLUME, *Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen*, 89 ss.

alla *sponsio* ⁽⁴⁶⁾. Il *fideiussor*, che era responsabile in caso di insolvenza del debitore principale, avrebbe potuto agire con l'*actio mandati contraria*, competendo la *condictio* al solo debitore, mentre allo *sponsor*, che prometteva l'*idem* « als eigene Leistung ⁽⁴⁷⁾ », sarebbe spettata la *condictio* contro lo stipulante. Ma la distinzione non sarebbe stata fondata sulla questione della accessorietà delle garanzie, ovverosia sul carattere accessorio della *fideiussio* rispetto alla *sponsio*, bensì sul semplice fatto che, nel secondo caso, lo stipulante si comportò dolosamente non solo nei confronti del debitore principale, ma anche nei confronti dello *sponsor*. Proprio in quanto quest'ultimo avrebbe potuto opporre allo stipulante la stessa eccezione spettante al debitore principale, gli sarebbe stata concessa la *condictio* per ripetere quanto indebitamente versato ⁽⁴⁸⁾. Celso avrebbe fatto riferimento al *ius gentium*, evidenziando così che la *condictio indebiti* spettava allo *sponsor* secondo il *ius gentium*, pur essendo la *sponsio* un istituto del *ius proprium civium Romanorum* ⁽⁴⁹⁾.

La complessa tematica relativa alle garanzie personali delle obbligazioni non può essere considerata nell'ambito della più ristretta indagine che si intende qui condurre; peraltro non pare affatto che, nel passo, il riferimento alla *sponsio* sia sicuro ⁽⁵⁰⁾ e la congettura di un intervento postclassico o giustiniano sul testo necessita forse di essere suffragata da indizi più probanti, che nella tesi prospettata sembrano mancare.

Tornando al riferimento al *ius gentium*, sembra fornire un argomento a favore della tesi del carattere insitico dello stesso, il confronto del testo celsino con il corrispondente passo dei Basilici:

B.24,6,47: Ἐὰν μὴ χρεωστῶν ὁμολογήσω καὶ καταβάλῃ ὁ

⁽⁴⁶⁾ Peraltro qui la corrispondenza sarebbe rovesciata rispetto a quella proposta da SCHULZ, *Condictio indebiti*, 17.

⁽⁴⁷⁾ FLUME, *Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen*, 93.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. FLUME, *Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen*, *ibidem*: « ... daß dem *sponsor*, der die eigene Leistung verspricht, aufgrund der *exceptio doli* die *condictio* gegen den Stipulanten zusteht ».

⁽⁴⁹⁾ Così ancora FLUME, *Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen*, 91.

⁽⁵⁰⁾ In questo senso — persuasivamente — MANNINO, *L'estensione*, 105 nt. 12.

ἐγγυητής μου, εἰ μὲν ὄνοματί μου κατέβαλεν, ἐγὼ μὲν αὐτῷ ἐνέχομαι, ὁ δὲ λαβὼν ἐμοὶ ἐνέχεται, κἂν μὴ δεκτὸν ἦγήσομαι. Εἰ δὲ ὄνόματι οἰκείῳ καταβάλλῃ, αὐτὸς μὲν ἀναλαμβάνει, εἴτι δὲ μὴ δυνηθῆ λαβεῖν ἀπαιτεῖ με διὰ τῆς ἀγωγῆς τῆς περὶ προτροπῆς, ἐὰν μέντοι κατὰ ἄγνοιαν οὐκ ἐχρήσατο τῇ παραγραφῇ.

Infatti il passo non menziona affatto la categoria *de qua*: addirittura sembra mancare nel testo greco l'intera frase corrispondente al latino *quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit*.

Tuttavia non pare che questa osservazione possa convincere della non autenticità della proposizione. In particolare è immediato notare che il passo dei Basilici è indubbiamente riaccurciato rispetto a quello della compilazione giustiniana. Primariamente, oltre a mancare il riferimento all'errore commesso dal debitore principale nel concludere la *stipulatio*, la frase κἂν μὴ δεκτὸν ἦγήσομαι è ben più breve della proposizione *nec expectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur*, sebbene il contenuto appaia essere sostanzialmente analogo. Inoltre sembra che la riproduzione bizantina del testo non contenga un'espressione corrispondente al *quod non debebat*; altresì l'*ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit* sarebbe reso dal solo αὐτὸς μὲν ἀναλαμβάνει. Infine *a te mandati iudicio consecuturum* corrisponde a διὰ τῆς ἀγωγῆς τῆς περὶ προτροπῆς, per cui non si riscontra il riferimento tecnico al *iudicium mandati*, ma si utilizza un termine quale προτροπή, che sembrerebbe avere un'accezione ben più generica rispetto al mandato e che potrebbe tradursi forse con « iniziativa, impulso »; si potrebbe, a questo riguardo, congetturare che i bizantini abbiano fatto riferimento estensivamente all'azione posta a tutela del rapporto principale intercorrente tra debitore principale e fideiussore⁽⁵¹⁾, senza parlare specificamente dell'*actio mandati contraria*.

⁽⁵¹⁾ Sulla soluzione della giurisprudenza classica che, non riconoscendo un regresso legale al fideiussore sul debitore principale, ricondusse la disciplina di questa fattispecie ai principi che regolano la gestione dei negozi, distinguendo, quindi, se la

Alla luce di queste brevi considerazioni non può negarsi che i due testi si presentino alquanto differenti, risultando evidente che la versione bizantina della testimonianza celsina è ben più breve ed essenziale rispetto a D.12,6,47 (degnata di nota è anche la circostanza che il testo greco è espresso in prima persona, anziché in seconda). Pertanto se si volesse utilizzare il passo dei Basilici come argomento contro la genuinità del riferimento al *ius gentium* e/o dell'intera frase *quoniam ... solvit*, sarebbe necessario dubitare dell'autenticità di molteplici punti della testimonianza celsina; ne deriverebbe che, nel momento in cui si rinunciava ad una giustificazione classica del *ius gentium*, si sarebbe costretti a tornare a quelle posizioni che si ispiravano ai criteri della « Interpolationenjagd ».

Senza volere opporre agli estremismi del metodo interpolazionistico estremismi identici nel senso della conservazione, si può credere, condividendo gli orientamenti della letteratura più recente⁽⁵²⁾, che la menzione del *ius gentium* sia da considerare classica e che D.12,6,47 costituisca il più antico passo in cui un giurista abbia impiegato la categoria del *ius gentium*⁽⁵³⁾. Si è ritenuto che il riferimento al *ius gentium* debba venire inteso, non diversamente da come accade nella maggiore parte dei casi, nel senso di « ein Recht für alle Menschen »: già prima del periodo classico la *condictio* sarebbe stata « eine Einrichtung des *ius gentium* »⁽⁵⁴⁾, per cui non ci sarebbe di che meravigliarsi nel trovare tale espressione con riferimento alla ripetizione di un pagamento non dovuto. In D.12,6,47 non si sarebbe parlato di diritto applicabile ai *peregrini*, oltre che ai *cives*; l'espressione sarebbe, invece, da intendere nel significato di *aequitas*, cioè quale criterio atto a risolvere quei casi che non possono trovare soluzione in una fonte

garanzia era stata assunta o meno per incarico del debitore si rimanda, per tutti, a TALAMANCA, *Fideiussione*, 337 e a KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, 665 s.

⁽⁵²⁾ In tale senso SCARANO USSANI, *Valori*, 204; KASER, *Ius gentium*, 43 ss. e TALAMANCA, *Rec. a Kaser*, 293 ss. In una prospettiva di conservazione, ma, congetturando che il testo originario facesse forse riferimento ad un indebito secondo il diritto pretorio, si vedano MAYER-MALY, *Das ius gentium*, 98 nt. 51 e MANNINGO, *L'estensione*, 104 nt. 12.

⁽⁵³⁾ Cfr. TALAMANCA, *Rec. a Kaser*, 293.

⁽⁵⁴⁾ KASER, *Ius gentium*, 45.

« scritta » e, quindi, né in una *lex*, né nell'editto pretorio ⁽⁵⁵⁾. « Da wir sie (die Geltungsgrundlage der Entscheidung) in keiner Quelle des gesetzten Rechts antreffen können, liegt es am nächsten, sie in einer allgemeinen Kategorie zu suchen, in der auch die Römer eine Richtschnur für menschliches Verhalten gefunden haben » ⁽⁵⁶⁾. Così Celso, giurista non sicuramente estraneo a prese di posizioni che riguardino l'*aequitas* e che richiamino tale schema concettuale per avanzare soluzioni di casi concreti ⁽⁵⁷⁾, proprio sulla base di quel diritto introdotto dalla *naturalis ratio* legittimava a *condicere* il fideiussore che, ignorando il suo potere di opporre una *exceptio* allo stipulante, aveva pagato *suo nomine* in adempimento del proprio obbligo di garanzia.

Tuttavia si è osservato che il *ius gentium* di D.12,6,47 non sarebbe da intendere nella sua accezione descrittiva o sociologica, bensì in quella dogmatica o normativa ⁽⁵⁸⁾. Infatti la questione della ripetibilità di quanto pagato per l'adempimento di una *obligatio civilis* paralizzata da un'eccezione pretoria e, quindi, la dialettica fra l'*actio civilis* e l'*exceptio praetoria* si aveva soltanto a Roma, per cui non si può intendere la *pecunia indebita iure gentium* nel senso di indebitato in base alle norme e agli istituti che sono conservati *apud omnes populos peraeque* (Gai.1,1) ⁽⁵⁹⁾. Secondo questa interpretazione, che si condivide, l'espressione celsina starebbe, allora, a significare che, essendo la *solutio indebiti* istituito di *ius gentium*, anche i *peregrini*

⁽⁵⁵⁾ Così KASER, *Ius gentium, ibidem*; a favore dell'interpretazione del *ius gentium* in D.12,6,47 nel senso di *bonum et aequum*, cfr. anche SCARANO USSANI, *Valori*, 204.

⁽⁵⁶⁾ KASER, *Ius gentium*, 46 s.

⁽⁵⁷⁾ Sul pensiero di Celso in questa prospettiva si vedano, in particolare, ANKUM, *La vente d'une partie d'un fond de terre commun dans le droit romain classique*, in BIDR, 83, 1980, 101 nt. 94; HAUSMANINGER, *Publius Iuventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation*, in ANRW, II, 15, 1976, Berlin-New York, 399 ss.; TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in BIDR, 80, 1977, 257 ss. e, da ultimo, il lavoro di HARKE, *Argumenta Iuventiana*, in particolare, 134 ss.; inoltre — sull'*aequitas naturalis* quale criterio utilizzato dallo stesso Celso per risolvere un caso in tema di esperibilità della *condictio* da parte di un apparente *statuliber* (D.12,4,3,7: Ulp. 26 *ad ed.*) — cfr. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. 26 ad ed. D.12,4,3,7*, in BIDR, 96-97, 1993-1994, 1 ss.

⁽⁵⁸⁾ Così — persuasivamente — TALAMANCA, *Rec. a Kaser*, 294 s.

⁽⁵⁹⁾ TALAMANCA, *Rec. a Kaser*, 274 e 295.

avrebbero potuto, in questo caso, esperire la *condictio* per fare valere la loro pretesa; invece, essi non avrebbero potuto *condicere*, qualora avessero voluto fare valere pretese nascenti da negozi giuridici a loro non accessibili, come per esempio la *sponsio* o la *transcriptio a persona in personam* ⁽⁶⁰⁾.

Infine il testo consente un ultimo, interessante rilievo e cioè quello inerente alla *scientia* del *solvens*. Infatti la critica romanistica ha dato interpretazioni contrastanti anche dell'espressione *per errorem* nella prima fattispecie del pagamento *alieno nomine* ⁽⁶¹⁾ e *per ignorantiam* nella seconda ipotesi della *solutio suo nomine* ⁽⁶²⁾.

Secondo alcuni ⁽⁶³⁾ il riferimento alla situazione psicologica di ignoranza del *solvens* non avrebbe avuto nessuna rilevanza nell'ambito della risoluzione del caso. La presenza o meno della *scientia* del *debitor* non avrebbe influito sulla legittimazione a *condicere*: l'azione sarebbe spettata comunque all'obbligato principale nel primo caso e al garante nel secondo caso.

Secondo altri ⁽⁶⁴⁾, invece, l'esistenza dell'errore avrebbe senz'altro influito sulla soluzione della fattispecie. Non può negarsi che quest'ultima opinione sembra proporre una linea più condivisibile alla luce dell'ormai riconosciuto carattere obsoleto della tesi per cui l'errore sarebbe irrilevante ai fini dell'esperibilità della *condictio indebiti* ⁽⁶⁵⁾.

In effetti, nella prima ipotesi, il fideiussore avrebbe pagato per conto di un debitore che aveva promesso per errore. Ma, allora, il debitore principale, proprio per il fatto di essere stato

⁽⁶⁰⁾ Cfr. TALAMANCA, *Rec. a Kaser*, 294 nt. 65, che, rispetto al recensito, precisa che, nel testo celsino, il carattere di *ius gentium* è predicato dell'istituto sostanziale (la *solutio indebiti*), protetto dall'azione civile, non già predicato dell'azione stessa (la *condictio*), « la cui estensione agli stranieri consegue necessariamente, nell'«*Aktionensystem*» romano, al riconoscimento che l'istituto, in quanto di *ius gentium*, è applicabile anche ai *peregrini* ».

⁽⁶¹⁾ Cfr. *supra* § 37.

⁽⁶²⁾ Cfr. *supra* § 38.

⁽⁶³⁾ È l'opinione del più agguerrito sostenitore della tesi dell'irrelevanza dell'errore quale requisito di esperibilità della *condictio indebiti* e cioè di SOLAZZI, *L'errore*, 140 nt. 156.

⁽⁶⁴⁾ Così SCHWARZ, *Die Grundlage*, 45 nt. 69.

⁽⁶⁵⁾ Cfr., sul punto, *infra* § 49.

in errore al momento della promessa, avrebbe potuto agire per la ripetizione dell'indebitato.

Invece, nella seconda ipotesi, non rilevava che il debitore avesse promesso per errore, in quanto — lo si è visto ⁽⁶⁶⁾ — si trattava di un pagamento del fideiussore *suo nomine*, che, non per il carattere non dovuto della *promissio* del debitore, ma per il mancato esercizio di un'eccezione che gli spettava si sarebbe trovato a pagare un indebitato. In effetti, qui, il testo pone nitidamente in evidenza che il *fideiussor* era *insciens*. Lo si deduce dalla proposizione finale del passo: *si modo per ignorantiam petentem exceptione non summovertit*, in cui l'espressione *per ignorantiam* ⁽⁶⁷⁾ è da considerare riferita al *non summove-rit* e non, invece, al più vicino participio *petentem* ⁽⁶⁸⁾: se il fideiussore fosse stato dunque *sciens*, avrebbe potuto paralizzare la pretesa del creditore.

Ora, nonostante, in un caso, fosse evidenziato lo stato psicologico del debitore principale e, nell'altro, quello del fideiussore, è evidente che, in entrambe le fattispecie, *solvens* era il fideiussore. Ma, allora, quale sarebbe l'errore veramente rilevante ai fini dell'esperibilità della *condictio*? Sembra potersi osservare che, se, nelle due ipotesi celsine, autore del pagamento era comunque il garante, legittimato alla *condictio* era, nella prima variante, il debitore e, nella seconda, il garante. Si potrebbe, a questo punto, congetturare che il problema della *inscientia* sull'esistenza del debito si ponesse non necessariamente in relazione alla figura del *solvens*, ma piuttosto in relazione alla persona cui spettava l'azione per la ripetizione. In effetti, se il più delle volte il problema non sorgeva, in quanto autore del pagamento e attore della *condictio* coincidevano, sembra ritenere logico che, quando tale coincidenza veniva a mancare, rivestisse importanza ai fini dell'esperibilità del-

⁽⁶⁶⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽⁶⁷⁾ Come si è già — *supra* § precedente — accennato, non è da accogliere l'opinione di HARKE, *Argumenta Iuventiana*, 132, secondo il quale tale locuzione costituirebbe un indizio del carattere insitico dell'intera frase finale. Peraltro, in mancanza di altri dati chiarificatori, non è dato sapere se il *per ignorantiam* sia da intendere nel senso che il debitore ignorasse il carattere indebitato del pagamento, oppure nel senso che ignorasse il suo potere di opporre l'eccezione alla pretesa del creditore.

⁽⁶⁸⁾ In tale senso — acutamente — KASER, *Celsus*, 143 nt. 4.

l'azione la situazione psicologica dell'attore e non, invece, quella del *solvens*.

Per concludere questa lunga esegesi, quanto qui più importa focalizzare di un passo che pone così numerosi problemi interpretativi, è soprattutto la distinzione tra *solutio indebiti alieno nomine* e *solutio indebiti suo nomine* e, correlativamente, la differente soluzione dei due casi, per cui, nel primo, legittimato a *condicere* era il garantito, nel secondo il garante; si tratta, infatti, di una distinzione, che sembra, davvero, costituire la *divisio* centrale su cui poggia la soluzione della questione dell'*indebitum solutum* del *fideiussor* ⁽⁶⁹⁾.

40. *Il pagamento del fideiussore dopo la stipulazione di un pactum de non petendo.*

Anche Giuliano prospettava un caso di indebito pagato dal fideiussore ⁽⁷⁰⁾:

D.12,6,32,1 (Iul. 10 *dig.*): *Fideiussor cum paciscitur, ne ab eo pecunia petatur, et per imprudentiam solverit, condicere stipulatori poterit et ideo reus quidem manet obligatus, ipse autem sua exceptione tutus est. nihil autem interest, fideiussor an heres eius solvat: quod si huic fideiussori reus heres extiterit et solverit, nec repetet et liberabitur* ⁽⁷¹⁾.

È questo uno dei tanti testi in cui la critica interpolazionistica ha creduto di riconoscere l'intervento dei giustinianeî, nel

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *infra* §§ seguenti e, in particolare, § 45.

⁽⁷⁰⁾ Su questo passo studiato dalla critica più in relazione al tema dei *pacta tacita* und zur *Aushilfsfunktion der exceptio doli*, in ZSS, 90, 1973, 235 nt. 79) che in rapporto all'*indebitum condicere* e, in tale caso, più che altro al fine dell'indagine sull'errore del *solvens*, cfr. GLÜCK, *Commentario*, 637, § 834, che ravvisa nella testimonianza un caso di errore di diritto e SCHWARZ, *Die Grundlage*, 40, 71, che, oltre a considerare il passo per l'inciso *per imprudentiam*, lo inserisce — opportunamente — tra quelli che descrivono un caso di indebito pretorio. Si vedano, per una rapida menzione del testo, anche KIPP, *Über dilatorische und peremptorische Exzeptionen*, in ZSS, 42, 1921, 345 nt. 2 e MANNINO, *L'estensione*, 37.

⁽⁷¹⁾ Cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, 342, § 162.

senso che il giurista classico avrebbe parlato di *sponsor* e non di *fideiussor*; ma la tesi non ha trovato suffragio in dottrina, né sembra essere stata in alcun modo argomentata ⁽⁷²⁾.

Un creditore concluse con un fideiussore un patto con cui convenne di non pretendere da lui l'adempimento della prestazione (*cum paciscitur, ne ab eo* ⁽⁷³⁾ *pecunia petatur*); tuttavia, inavvertitamente (*per imprudentiam*), il fideiussore pagò egualmente il debito per cui era garante ⁽⁷⁴⁾. Giuliano non dubitava che egli potesse ripetere la somma versata (*condicere stipulatori potest*).

Mentre il garante era comunque liberato e sarebbe, quindi, stato protetto da un'eccezione (*ipse autem sua exceptione tutus est*), l'*exceptio pacti conventi*, con cui avrebbe potuto opporsi ad ogni iniziativa processuale del creditore, il garantito rimaneva obbligato (*ideo reus quidem manet obligatus*). Infatti il *pactum de non petendo* estingueva il vincolo obbligatorio esclusivamente nei confronti del paciscente. Invero gli effetti di tale *pactum* si trasmettevano anche all'erede di colui che l'aveva stipulato (*nihil autem interest, fideiussor an heres eius solvit*). La questione dell'ambito di efficacia del patto *de quo* e, in particolare, se il fatto che la pattuizione fosse trasmissibile all'erede, ma non al debitore principale, la qualificasse quale *pactum in rem* ovvero *in personam* ⁽⁷⁵⁾, nonchè il problema se tale distinzione fra *pacta* fosse classica o solo postclassica, esor-

⁽⁷²⁾ Rimane qui del tutto isolata la critica di BESELER, *Romanistische Studien*, in TR, 10, 1930, 224; *contra*, per esempio, SCHWARZ, *Die Grundlage*, 40.

⁽⁷³⁾ Ancora BESELER, *Romanistische Studien*, in TR, 10, *ibidem* ha ritenuto — ma l'opinione è inaccettabile — insiticio l'*ab eo*, in quanto grammaticalmente non corretto (il fideiussore soggetto della finale negativa è, infatti, soggetto anche della principale), sostenendo che originariamente nel testo vi sarebbe stato *a se*.

⁽⁷⁴⁾ Il solito BESELER, *Romanistische Studien*, in TR, 10, 224 ha posto in evidenza che sintatticamente la prima frase sarebbe impossibile per la presenza di *paciscitur* e di *solverit* in due frasi tra loro coordinate; invece, secondo SCHWARZ, *Die Grundlage*, 40, l'inconveniente si eliminerebbe, sostituendo *si ad et*. Seppure la presenza del *solverit* sia anomala, entrambi i rilievi paiono infondati; mi sembra piuttosto che l'uso di tempi diversi dipenda dalla circostanza che il fideiussore avrebbe prima concluso il *pactum* (tempo presente) e poi avrebbe pagato (tempo futuro anteriore); del resto il passo presenta anche nella frase successiva un'alternanza tra futuro e presente (*poterit/manet*).

⁽⁷⁵⁾ In tale secondo senso cfr. WÄCKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum*, 235.

bitano dai confini dell'indagine che si sta conducendo. Quanto qui rileva è soprattutto il fatto che si tratta di un indebito *ope exceptionis* ⁽⁷⁶⁾, nel senso che il pagamento è non dovuto non a causa dell'inesistenza dell'obbligazione, ma perché il *solvens* avrebbe potuto opporre alla pretesa del creditore un'*exceptio pacti conventi*.

Nel passo Giuliano proseguiva, prospettando un caso particolare. Se, infatti, si fosse verificato che l'erede del fideiussore coincidesse con il debitore stesso (*si huic fideiussori reus heres extiterit*), allora il principio di trasmissibilità dal lato attivo del *pactum* non sarebbe più stato applicabile. Il *solvens* era il debitore principale stesso, per cui egli, anche in caso di morte del fideiussore, pur essendone l'erede, non avrebbe tratto giovamento dalla stipulazione del patto e sarebbe, quindi, rimasto obbligato. Se, dunque, l'erede fosse coinciso con tale debitore, questi avrebbe conseguito la liberazione solo dopo avere pagato al creditore; inoltre l'erede stesso, una volta effettuata la *solutio*, non avrebbe potuto agire per la ripetizione (*nec repetet et liberabitur*).

Indipendentemente dai problemi di trasmissibilità dell'effetto estintivo del *pactum de non petendo*, il testo giuliano è significativo nella sua parte iniziale. In una fattispecie in cui il fideiussore pagò un debito già estinto in seguito alla conclusione del *pactum* col creditore, il giurista non dubitava che potesse *condicere* lo stesso garante, che aveva pagato. Il passo, dunque, conferma quanto era già emerso dalla seconda fattispecie del testo di Celso ⁽⁷⁷⁾, ovvero che era il fideiussore a ripetere, se avesse effettuato la *solutio indebiti* in adempimento della sua obbligazione di garanzia e, quindi, rifacendosi alla distinzione celsina, se avesse pagato *suo nomine*.

Tuttavia non sfugge che il caso descritto da Giuliano si distingue dagli altri finora considerati e da quelli che restano ancora da considerare in tema di pagamento indebito del fideiussore ⁽⁷⁸⁾. Risulta, infatti, che qui il garante non pagò una

⁽⁷⁶⁾ Per altre fattispecie cfr. *supra* § 8, § 9 e § 38.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. *supra* § 38.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. *supra* §§ 37 ss. e *infra* §§ successivi. Si veda, però, l'analoga fattispecie di D.12,6,59, su cui *infra* § seguente.

somma che non era affatto dovuta al creditore e non si trovò, quindi, ad adempiere un'obbligazione inesistente. Anzi. Anche in seguito al *pactum de non petendo*, l'accipiente era effettivamente creditore della somma pagata, ma — ed è questo l'aspetto che si vuole evidenziare — non lo era più nei confronti del garante, bensì nei confronti del debitore principale. Era, quindi, un caso di indebito soggettivo *ex persona debitoris*, in cui chi non è debitore paga quanto è dovuto da un terzo ⁽⁷⁹⁾.

41. *Il pagamento del fideiussore iure liberatus.*

Anche un passo papiniano prospettava un'ipotesi di indebito soggettivo *ex persona debitoris*, in cui il fideiussore pagò senza essere obbligato ad un soggetto che era effettivamente creditore della somma:

D.12,6,59 (Pap. 2 def.): *Si fideiussor iure liberatus solverit errore pecuniam, repetenti non oberit: si vero reus promittendi per errorem et ipse postea pecuniam solverit, non repetet, cum prior solutio, quae fuit irrita, naturale vinculum non dissolvit, nec civile, si reus promittendi tenebatur.*

Il fideiussore, ignorando di non essere più tenuto ad adempiere la prestazione, pagò al creditore e pagò — secondo la distinzione celsina ⁽⁸⁰⁾ — *suo nomine*. Si trattava di verificare se il *solvens* avrebbe potuto ripetere l'indebito. Papiniano, affermando *repetenti non oberit* ⁽⁸¹⁾, risolveva la *quaestio iuris* nel senso di credere il garante legittimato ad agire per la ripetizione.

Invero ha trovato ampio suffragio l'opinione, per cui qui il termine *fideiussor* sarebbe stato introdotto dai compilatori in

⁽⁷⁹⁾ Sulla distinzione indebito *ex re* ed indebito *ex persona*, cfr. *supra* § 1.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. *supra* §§ 37-38.

⁽⁸¹⁾ BESELER, *Romanistische Studien*, in TR, 8, 1928, 322 ha considerato l'inciso un'abbreviazione di mano compilatoria e ha ritenuto il testo da integrare con *quod reus promittendi tenebatur* e con *suo enim nomine solvisse videtur*; anche SCHWARZ, *Die Grundlage*, 97, muovendosi nella medesima prospettiva interpolazionistica, condivide tale rilievo.

luogo di *sponsor* ⁽⁸²⁾. Papiniano non avrebbe parlato di *fideiussor iure liberatus*, bensì avrebbe scritto *sponsor tempore*, con riferimento alla *lex Furia* e alla liberazione che lo *sponsor* otteneva al trascorrere del termine di due anni dalla scadenza del debito, per il quale aveva prestato la sua garanzia.

Tuttavia il testo sembra più opportunamente potersi interpretare nel senso che il giurista non avesse voluto fare riferimento alla liberazione che derivava al garante dalla *lex Furia* ⁽⁸³⁾. Con le parole *fideiussor iure liberatus* Papiniano sarebbe semplicemente rimasto nel generico, non specificando in che modo il fideiussore avrebbe ottenuto la liberazione dal rapporto obbligatorio; si desume, però, dal contesto che si trattava di una causa di estinzione dell'obbligazione riferentesi solo alla persona del garante ⁽⁸⁴⁾.

Ora, per quanto riguarda la *solutio* del *fideiussor* la fattispecie sembra essere molto simile a quella descritta da Giuliano in D.12,6,32,1 ⁽⁸⁵⁾, con la differenza che Papiniano non specificava quale fosse la causa di estinzione dell'obbligazione del fideiussore. È nel prosieguo del passo che il caso papiniano si diversifica ulteriormente dall'ipotesi giuliana: infatti, successivamente, anche il debitore principale pagò per errore (*per errorem et ipse postea pecuniam solverit*).

L'obbligato principale, però, a differenza del garante, non avrebbe potuto agire per la ripetizione. Solo il primo pagamento, quello del fideiussore, sarebbe stato senza effetto, in quanto non estingueva né un vincolo obbligatorio naturale, né uno civile, dal momento che il debitore era effettivamente ob-

⁽⁸²⁾ È lo stesso LENEL, *Palingenesia*, I, 811, § 48 a dubitare della genuinità del termine *fideiussor*; si pongono nello stesso ordine di idee anche LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*, Berlin, 1907, 73 nt. 1; SIBER, *Naturalis obligatio*, Leipzig, 1925, 34; BESELER, *Romanistische Studien*, in TR, 8, 322 e SCHWARZ, *Die Grundlage*, 97.

⁽⁸³⁾ Così HASENBALG, *Die Bürgschaft*, 139 ss.; non sospettano della classicità di *fideiussor iure* né BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino, 1955, 38 nt. 28, né DIDIER, *Les diverses conceptions*, 246. Menziona solo incidentalmente il passo anche PALMA, *Civile, incivile, civiliter, inciviliter. Contributo allo studio del lessico giuridico*, in Index, 12, 1983-1984, 284 nt. 18.

⁽⁸⁴⁾ In questo senso — persuasivamente —, per esempio, HASENBALG, *Die Bürgschaft*, 140.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. *supra* § precedente.

bligato (*cum prior solutio, quae fuit irrita, naturale vinculum non dissolvit, nec civile, si reus promittendi tenebatur*)⁽⁸⁶⁾.

Si può, allora, identificare una netta distinzione tra il pagamento del fideiussore e quello del debitore. Il primo non estingueva nessun rapporto obbligatorio e la soluzione sarebbe stata la medesima sia per il caso in cui il debitore fosse stato obbligato naturalmente, sia per quello in cui fosse stato vincolato da un'obbligazione civile. Infatti, ai fini della ripetizione, rilevava solo il fatto che l'obbligazione di garanzia, gravante sul fideiussore, si fosse in precedenza estinta: per tale motivo il suo pagamento era ripetibile. La seconda *solutio*, invece, consentiva al garantito di estinguere l'obbligazione nei confronti del creditore e, per questo motivo, risultava un pagamento non ripetibile.

Anche in questo passo si profilava la questione dell'errore del *solvens*. Infatti, nel passo, Papiniano faceva menzione di due errori, quello del fideiussore e quello del debitore. Il primo caso, invero, non crea alcun problema: il fideiussore era in errore, perché non era a conoscenza della circostanza di essere già *iure liberatus*. Più complesso risulta comprendere in che cosa consistesse l'errore del *reus*. Se, come si arguisce *a contrario* dal testo, il suo pagamento serviva ad estinguere un *vinculum naturale* oppure uno *civile*, è immediato domandarsi in che cosa consistesse l'*inscientia*.

Che l'inciso *per errorem* sia da attribuire ai postclassici, è stato dichiaratamente sostenuto dalla critica⁽⁸⁷⁾. Del resto l'opinione sembrerebbe trovare conferma nell'interpretazione che i Basilici hanno dato del testo papiniano:

⁽⁸⁶⁾ Secondo BURDESE, *La nozione classica*, 28, 38 nt. 28 e ALBANESE, *Papiniano e la definizione di obligatio in J.3.13.pr.*, in SDHI, 50, 1984, 174 il passo costituirebbe uno dei pochi casi in cui nel *Corpus Iuris* giustiniano si parla espressamente di *obligatio* contemporaneamente *civilis et naturalis*, per cui il punto sarebbe da ritenere interpolato; pur non credendosi all'ipotesi compilatoria, non si nega che sia anomala la menzione del *vinculum naturale*, ma — a mio avviso — forse l'espressione avrebbe la funzione di porre in rilievo che sul garante non gravava nessun tipo di obbligazione, né naturale, né civile. Sulla particolare predilezione di Papiniano per l'immagine del *vinculum* si vedano, ad ogni modo, MARCHI, *Le definizioni romane dell'obbligazione*, in BIDR, 29, 1919, 32 nt. 2 e ancora ALBANESE, *Papiniano, ibidem*.

⁽⁸⁷⁾ In tale senso SCHWARZ, *Die Grundlage*, 97.

B.24,6,59: Ἐὰν ἐγγυητῆς ἐλευθερωθεῖς τῷ νόμῳ καταβάλῃ, ἀναλαμβάνει. Εἰ δὲ καὶ ὕστερον ὁ ἐναγόμενος καταβάλῃ, οὐκ ἀναλαμβάνει: ἡ γὰρ τοῦ ἐγγυητοῦ καταβολὴ τὸ χρέος οὐκ ἔλυσεν.

Il testo bizantino sembra essere più lineare e breve rispetto al passo del Digesto. In particolare, nella seconda parte, non si ritrova la precisazione dell'estinzione di un'obbligazione naturale o civile; manca, altresì, il corrispondente della specificazione finale *si reus promittendi tenebatur*. Inoltre — ed è quanto qui maggiormente rileva — i Bizantini non fanno menzione di alcun errore dell'ἐναγόμενος, precisando soltanto che il debitore pagava e non poteva ripetere (καταβάλῃ, οὐκ ἀναλαμβάνει). Peraltro, pur in assenza del *per errorem*, il ragionamento del giurista sembra risultare perfettamente coerente e, anzi, evita il problema dell'interpretazione di tale locuzione; da ciò si potrebbe trarre un argomento che gioca a favore della non genuinità della stessa in D.12,6,59.

In effetti risulta difficile attribuire un preciso significato al *per errorem*, di cui, alla luce di quanto constatato, conviene sospettare. Infatti il debitore avrebbe magari potuto ignorare che già il fideiussore aveva effettuato la *solutio* al medesimo creditore; ma se anche così fosse stato, ciò non avrebbe assunto alcuna rilevanza, perché comunque il pagamento del fideiussore era il pagamento di chi non era debitore. Quindi, data la ripetibilità del primo adempimento, il secondo sarebbe risultato comunque quello dovuto, indipendentemente dallo stato psicologico del *solvens*.

Invero, l'ipotesi dell'aggiunta compilatoria sembra risultare più verosimile alla luce di quanto è emerso a proposito di D.12,6,47 (Cels. 6 *dig.*)⁽⁸⁸⁾. Infatti da questa testimonianza celcina è risultato che, ai fini dell'esperibilità della *condictio indebiti*, rilevasse non sempre l'errore dell'autore del pagamento, ma piuttosto quello di colui che esercitava l'azione. Quindi, in presenza di due pagamenti effettuati in due momenti diversi, sembra non improbabile che importasse l'errore del primo *solvens* e non già quello del secondo, il quale, non essendo attore

(88) Cfr. *supra* § 39.

della *condictio*, avrebbe anche potuto essere *sciens*, senza perciò rendere il rimedio processuale inapplicabile.

Si arriva così al profilo del passo che maggiormente interessa, ovvero la *ratio* della soluzione papiniana. Ebbene, essa sembra potersi riconoscere nell'estinzione del vincolo obbligatorio. Ci si imbatte così in un argomento che, per certi versi, è già stato esaminato⁽⁸⁹⁾ e che si rivela interessante ai fini dello studio della legittimazione attiva a *indebitum condicere*: il tema del rapporto tra *solutio indebiti* ed estinzione dell'obbligazione. Infatti, nella fattispecie *de qua*, sembra esistere una stretta connessione tra i due istituti, dal momento che Papiniano, con la frase *prior solutio ... naturale vinculum non dissolvit, nec civile, si reus promittendi tenebatur*, motivava la soluzione del caso e, quindi, cercava di illustrare la sostanziale distanza tra le due ipotesi di pagamento. La circostanza che il fideiussore potesse ripetere, mentre al debitore principale l'azione non sarebbe spettata, sembra dipendere dal fatto che il primo, se anche la *solutio* fosse stata *debiti*, non avrebbe conseguito la liberazione e, pertanto, il vincolo obbligatorio in capo a lui non si sarebbe comunque estinto.

Ma, allora, ecco potersi desumere, *a contrario*, uno spunto utile allo studio della legittimazione a *condicere*. In ogni caso di pagamento indebito, occorre domandarsi chi sarebbe stato liberato, se quel medesimo pagamento fosse stato debito. In sostanza, prendendo spunto dal passo *de quo* e procedendo nell'esegesi dei testi in materia, ci si propone di verificare se la giurisprudenza classica abbia considerato altri casi in cui il *solvens* coincideva con il soggetto che, se il pagamento fosse stato dovuto, avrebbe conseguito la liberazione, con la conseguenza dell'inapplicabilità della *condictio indebiti*. Si tratta, allora, di comprendere se la soluzione data a tali fattispecie dai giureconsulti potesse dipendere dall'applicazione di un criterio che, a mio avviso, può dirsi dell'estinzione del vincolo obbligatorio, per cui attore della *condictio indebiti* doveva essere colui che, se quella stessa *solutio* fosse stata dovuta, non avrebbe conseguito la liberazione.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. *supra* § 28 e § precedente.

42. *Il pagamento del garante intervenuto in una cautio legatorum servandorum causa.*

Significativo, ai fini dell'indagine sulla *solutio indebiti* del fideiussore, sembra anche un passo di Africano:

D.12,6,38,3 (Afric. 9 *quaest.*): *Legati satis accepi et cum fideiussor mihi solvisset, apparuit indebitum fuisse legatum: posse eum repetere existimavit* ⁽⁹⁰⁾.

Il giurista riferiva qui un'opinione del suo maestro e cioè di Giuliano, il cui nome viene menzionato dalla parte iniziale del frammento 38. La fattispecie delineata nella breve testimonianza riguardava un *fideiussor* ⁽⁹¹⁾ che pagò un indebitum, in particolare un *indebitum legatum*.

Si tratta primariamente di intuire quali altri elementi caratterizzavano il caso, descritto nel testo solo sommariamente ⁽⁹²⁾. Il fideiussore era, verosimilmente, un garante intervenuto in una *cautio legatorum servandorum causa*, prestata dall'erede, o più in generale dall'onerato; infatti, come è noto, tale stipulazione pretoria veniva prestata nei casi di legati obbligatori sottoposti a condizione o a termine in favore del legatario, qualora questi temesse che l'erede dissipasse il patrimonio ereditario nel periodo intercorrente tra l'adizione dell'eredità e il giorno del verificarsi della condizione o del sopraggiungere del termine ⁽⁹³⁾. Che fosse la *cautio legatorum servandorum causa* la ragione dell'intervento del garante, risulta evidente dalla presenza stessa di un garante in una fattispecie in materia di legato, nonché, soprattutto, dall'esordio del passo, *Legati satis*

⁽⁹⁰⁾ Si veda D.12,6,38 *pr.*: *Frater a fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei solvit: (...), quam Iulianus probaret, (...)*.

⁽⁹¹⁾ Cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, 34, § 121.

⁽⁹²⁾ Sembra probabile che la testimonianza di Giuliano non ci sia qui pervenuta per intero, come — opportunamente — mette in evidenza A. D'ORS, *Las Quaestiones*, 454: « la opinión de Juliano (*existimavit*) que refiere Africano es excesivamente evidente para no ser parte de una cuestión más compleja, que no se nos ha conservado ».

⁽⁹³⁾ Cfr., tra altri, FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi*, Milano, 1889, 408 ss.

accepi, dove l'espressione *satis accipere* è da considerare quale omologa di *satisdare* ⁽⁹⁴⁾.

Il fideiussore pagò, quindi, in adempimento della garanzia prestata per l'onerato. Emerse, però, che il legato era indebitato. Il testo non specifica, invero, di che cosa si trattasse, per cui si possono solamente fare congetture, come quella che il testamento fosse inefficace e lo fossero, quindi, anche i legati in esso contenuti ⁽⁹⁵⁾. Peraltro non solo rimane non precisata la ragione del carattere indebitato del pagamento, ma anche il momento in cui il pagamento stesso divenne indebitato: se, cioè, il legato fosse originariamente non dovuto e il fideiussore, ciononostante, pagò *per errorem* oppure se la disposizione patrimoniale fosse divenuta indebita in un momento successivo a quello in cui il garante aveva pagato. Quello che può dirsi con una certa attendibilità è solo che il *fideiussor*, quando adempì, era in buona fede ⁽⁹⁶⁾.

In questa prospettiva Africano richiamava l'autorità di Giuliano per risolvere la questione se la ripetizione fosse possibile e, in caso di risposta affermativa, a chi competesse l'esperimento dell'azione. Giuliano non pareva avere dubbi sul fatto che chi avrebbe potuto esperire la *condictio* dovesse essere il fideiussore.

Ora, l'esperibilità della *condictio* nel caso di specie induce inevitabilmente a domandarsi come questa soluzione si concili con il principio di irripetibilità del legato *per damnationem* ⁽⁹⁷⁾. Infatti, poiché interveniva una *cautio servandorum legatorum causa*, il legato cui Africano faceva riferimento era necessariamente ad effetti obbligatori. Inoltre l'uso nel testo dell'espressione *solvisset* induce ad escludere che il giurista pensasse ad un legato *sinendi modo*, che non era certamente un legato di

⁽⁹⁴⁾ Cfr. s.v. *Satis*, in VIR, V, col. 251, II.B, 2.c, lin. 27 ss.

⁽⁹⁵⁾ La Glossa considera possibile che si trattasse di un indebitato parziale in applicazione della *lex Falcidia*, ma anche di un legato totalmente indebitato in quanto indicato in un testamento *inofficiosum, ruptum o irritum*. Per la prima delle due ipotesi — forse la più verosimile — cfr. A. D'ORS, *Las Quaestiones*, 455.

⁽⁹⁶⁾ Così — correttamente — KASER, *Celsus*, 149.

⁽⁹⁷⁾ Su tale principio chiaramente enunciato in Gai.2,283 si rimanda a quanto accennato *supra* § 1 e § 24.

dare. Ne deriva, quindi, che l'oggetto del pagamento *de quo* non poteva che essere un legato *per damnationem*.

Ma, allora, come mai Africano ammetteva che tale legato fosse ripetibile? Sebbene la questione non sembri essere stata considerata in letteratura ⁽⁹⁸⁾, è da riconoscere che si tratti di un nodo interpretativo da risolvere. Ebbene, si è già detto che il pagamento del legato era qui complicato dalla prestazione di una *cautio* e che il fideiussore non era altri che il garante personale del promittente, per cui si trovava a *solvere* in luogo dell'onerato, in quanto aveva assunto l'obbligazione di garanzia. Ne consegue che, nel momento in cui pagava, il fideiussore eseguiva sì la medesima prestazione che avrebbe dovuto eseguire il debitore principale, ma adempiva, con tale comportamento, la sua personale obbligazione accessoria. Per tale ragione non avrebbe avuto senso negargli la ripetizione. L'accordata esperibilità della *condictio* sarebbe, quindi, dipesa proprio dall'intervento della *cautio* e, quindi, in sostanza, dal ruolo di colui che effettuò la *solutio*. Insomma, se il pagamento fosse stato fatto dall'erede, la ripetizione sarebbe stata esclusa alla luce del principio di irripetibilità dei legati; viceversa, dato che fu il garante a pagare, l'azione sarebbe spettata al fine di recuperare la prestazione indebita effettuata in adempimento dell'obbligo di garanzia, indipendentemente da quale fosse l'oggetto del pagamento. Del resto sembra evidente che sarebbe stato contraddittorio applicare un principio, quale quello di irripetibilità dei legati — che si giustifica nell'ambito del particolare rapporto intercorrente tra erede e legatario — in un caso in cui ad adempiere non era l'erede in persona, ma solo chi si era assunto l'onere di rafforzare la promessa dell'erede.

Ora, se si raffronta la testimonianza *de qua* con D.12,6,47, la decisione giuliana sembra essere perfettamente in linea

⁽⁹⁸⁾ In effetti SCHULZ, *Condictio indebiti*, 20 (che, tra l'altro, indica erroneamente il passo con D.12,6,38,4, anziché con D.12,6,38,3), pur rimanendo incerto sul punto, considera possibile che nel testo sia caduto un *non* prima di *posse*, tuttavia non motiva tale ipotesi alla luce del principio di irripetibilità dei legati, ma alla luce del problema del carattere non accessorio della *sponsio*; su tale tesi proposta dall'autore in relazione a D.12,6,47 si veda *supra* § 39 e sulla circostanza che, in D.12,6,38,3 il *solvens* fosse uno *sponsor* e non un *fideiussor*, cfr. *infra* questo §.

con la fattispecie descritta da Celso nella seconda parte del passo, quella del pagamento *suo nomine* ⁽⁹⁹⁾. Infatti, benché il testo africano non lo specificasse, pare potersi credere che si trattasse di un pagamento *suo nomine* ⁽¹⁰⁰⁾, in quanto il garante non pagò spontaneamente, in veste di terzo, come fece il fideiussore nella prima parte del frammento celsino, bensì si desume dal passo che il suo pagamento era in adempimento dell'obbligo di garanzia assunto, caso che probabilmente costituiva l'ipotesi più frequente ⁽¹⁰¹⁾.

Rimane un ultimo rilievo da fare. Il carattere probante della testimonianza *de qua*, nel senso della legittimazione a *condicere* del fideiussore che pagava l'indebito in luogo del debitore principale, potrebbe tuttavia essere posto in dubbio da un interrogativo legittimo. Infatti anche qui si è sospettato che il passo non descrivesse il comportamento di un *fideiussor*, ma di uno *sponsor* ⁽¹⁰²⁾. Giuliano-Africano avrebbero fatto riferimento alla *cautio legatorum servandorum causa*, la quale come ogni *satisdatio*, avrebbe comportato che il promittente desse come garanti personali degli *sponsores*. I compilatori avrebbero manipolato il passo in questione, sostituendo *fideiussor* a *sponsor*, in un periodo in cui le diversità tra le varie forme di *adpromissio* erano definitivamente scomparse e la *fideiussio*, che perpetuava il regime della *fideiussio* classica, costituiva l'unica stipulazione passivamente accessoria nota ⁽¹⁰³⁾. Si tratta qui di

⁽⁹⁹⁾ Cfr. *supra* § 38.

⁽¹⁰⁰⁾ In questo senso — opportunamente — SCHULZ, *Condictio indebiti*, 19, secondo il quale il testo deve essere indubbiamente interpretato nel senso che il pagamento fosse stato effettuato *suo nomine*. In tale senso anche GLÜCK, *Commentario*, 666, § 835, che esplicitamente avvicina la decisione di Africano alla seconda fattispecie di D.12,6,47. Citano velocemente il passo anche CERAMI, *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano*, in Iura, 22, 1971, 137 nt. 36; DIDIER, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, in RIDA, 19, 1972, 253 nt. 35, 271 e IDEM, *Les diverses conceptions*, 229.

⁽¹⁰¹⁾ In tale senso — acutamente — SCHULZ, *Condictio indebiti*, 19: « dass der fideiussor "suo nomine" gezahlt hat, da dies aber das normal ist ».

⁽¹⁰²⁾ Si tratta di una possibilità ventilata da LENEL, *Africans Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie*, in ZSS, 51, 1931, 53; SCHULZ, *Condictio indebiti*, 19; KASER, *Ius gentium*, 43 e FLUME, *Zu den römischen Bürgerschaftsstipulationen*, 95.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. *supra* § 36.

un'ipotesi solo possibile ⁽¹⁰⁴⁾ che, se fosse verosimile, farebbe certamente cadere il riferimento del passo al fideiussore ⁽¹⁰⁵⁾.

Peraltro, se anche Giuliano non avesse trattato della *solutio* di un fideiussore, ma avesse specificato che, ad essere legittimato ad ottenere la restituzione del pagamento indebito, effettuato in adempimento del suo obbligo di garanzia, era lo *sponsor*, i termini del problema non sarebbero cambiati di molto. Infatti, sotto questo profilo, la figura dello *sponsor* e quella del *fideiussor* si sarebbero presentate analoghe, giacché entrambi i soggetti, prestando la garanzia, si trovavano ad assumere l'obbligazione di eseguire in proprio la prestazione ⁽¹⁰⁶⁾. Proprio dal fatto di pagare in adempimento di una loro obbligazione, quindi, per conto proprio, sarebbe derivata la legittimazione degli stessi a *condicere*, qualora la prestazione da loro effettuata fosse stata indebita.

43. *Il pagamento del fideiussore dopo l'estinzione parziale del debito.*

Anche Ulpiano proponeva un interessante caso di *indebitum solutum* del fideiussore:

D.12,6,25 (Ulp. 47 *ad Sab.*): *Cum duo pro reo fideiussissent decem, deinde reus tria solvisset et postea fideiussores quina, placuit eum qui posterior solvit repetere tria posse: hoc merito, quia tribus a reo solutis septem sola debita supererant, quibus persolutis tria indebita soluta sunt.*

Nella fattispecie descritta due fideiussori si obbligarono

⁽¹⁰⁴⁾ La tesi interpolazionistica della sostituzione del *fideiussor* allo *sponsor* risulta qui, a mio avviso, molto più attendibile rispetto a quanto sembrasse la stessa in relazione sia a D.12,6,32,1 che a D.12,6,59 (cfr. *supra* §§ 40-41), in quanto sembra ricevere suffragio dall'impressione che il passo sia stato riaccurciato, sebbene ciò non tolga che le parti conservate siano, in sé considerate, genuine.

⁽¹⁰⁵⁾ Però, nel senso che non esisterebbero prove concrete della manipolazione del testo si veda, di recente, A. D'ORS, *Las Quaestiones*, 454 e nt. 1131.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. BURDESE, *Manuale*, 553; sul regime della *sponsio*, della *fidepromissio* e della *fideiussio* e, in particolare, sui punti in cui la disciplina delle tre forme di garanzia coincideva, cfr. TALAMANCA, *Fideiussione*, 329 ss.

per dieci (*Cum duo pro reo fideiussissent decem*). In seguito, dopo che il debitore principale aveva già adempiuto parzialmente il debito, pagando tre, ognuno dei due versò cinque al creditore (*postea fideiussores quina*) ⁽¹⁰⁷⁾.

Si profilava il consueto interrogativo in relazione al soggetto che avrebbe potuto esperire la *condictio indebiti*. Ulpiano riferiva un'opinione che probabilmente costituiva la soluzione comune in fattispecie di questo genere: colui cui spettava l'azione era il fideiussore che pagò per secondo (*placuit eum qui posterior solvit repetere tria posse*).

Per meglio capire il pensiero ulpiano, è essenziale soffermarsi brevemente sull'oggetto della ripetizione e, quindi, sul *petitum* della *condictio*. Infatti potrebbe rivelarsi tutt'altro che inutile cercare di determinare da dove risulti il tre corrispondente alla somma pagata in eccesso. È, peraltro, da notare che la descrizione ulpiana della fattispecie, riportando numeri che sembrano corrispondere a semplici proporzioni aritmetiche, fa pensare ad un esempio di scuola, più che ad un caso effettivamente verificatosi nella prassi, anche se la *quaestio* teorica potrebbe sì essere stata immaginata, ma potrebbe anche essere legata ad una vicenda avvenuta nella realtà.

Tribus a reo solutis septem sola debita supererant sta a significare che il debito consisteva in sette, dal momento in cui il debitore ebbe pagato una rata dello stesso. A questo punto, ognuno dei due garanti pagò cinque, con la conseguenza che si estingueva sì il debito di sette, ma risultava però una somma di tre versata in eccedenza. La *pecunia* indebita, quindi, equivaleva a tre, dovendosi sottrarre ai sette dovuti i dieci pagati dai due garanti.

Si tratta, a questo punto, di capire la *ratio* della soluzione ulpiana. Dal passo risulta evidente che il debitore principale non avrebbe potuto ripetere. Per quanto riguardava i fideiussori si trattava di vedere chi dei due potesse agire con la *condictio* oppure se entrambi potessero conseguire tutela con tale

⁽¹⁰⁷⁾ Il testo non è stato di frequente oggetto delle attenzioni della critica e chi se ne è occupato non sembra avere svolto su di esso un'esegesi approfondita: cfr. VOIGT, *Ueber die conditiones*, 653; GEIB, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*, Tübingen, 1894, 71; DAJČZAK-SOKALA, *Ulp. 12,5,4,3*, in TR, 58, 1990, 130 nt. 11.

mezzo processuale. Teoricamente se entrambi avessero potuto *condicere*, ciascuno avrebbe agito per uno e mezzo nei confronti dell'accipiente. Ma non era questa la soluzione che il giurista riferiva.

Egli affermava *qui posterior solvit repetere tria posse*, lasciando chiaramente intendere che a ripetere fosse uno solo dei due garanti e, in particolare, fosse colui che pagò per secondo. Per quanto mi consta, allora, il criterio per individuare, in questa fattispecie, chi fosse legittimato alla *condictio indebiti* sembra essere il fattore cronologico⁽¹⁰⁸⁾. In effetti la *regula iuris* è più che logica: i due fideiussori, nel caso di specie, non pagarono contemporaneamente. Dopo la *solutio* del debitore, il primo garante adempì al suo obbligo di garanzia e adempì rettificamente; infatti pagò cinque, laddove il debito, per cui aveva garantito, ammontava a sette: il suo pagamento era dovuto. Solo in un secondo momento ebbe luogo la *solutio indebiti*, quando il secondo garante pagò a sua volta cinque; erano i suoi cinque a risultare parzialmente indebiti e precisamente il pagamento non dovuto equivaleva a tre. Non sembra potersi dubitare che si giustificasse così la legittimazione di quest'ultimo a *indebitum condicere*.

Sorge, a questo punto, un altro interrogativo, ovverosia quello relativo alla situazione psicologica dei due fideiussori nel momento in cui pagarono. Ulpiano non menzionava l'errore dei *solventes*, né faceva cenno ad uno stato di *ignorantia* degli stessi. Se in altre testimonianze tale circostanza poteva facilmente desumersi dal contesto⁽¹⁰⁹⁾, in D.12,6,25 la situazione si presenta differente. Considerando primariamente la posizione del primo garante, non sembra possibile arguire dal passo se costui fosse o meno a conoscenza dell'avvenuto pagamento parziale effettuato dal debitore principale. Invero è inevitabile osservare che, se anche tale primo garante fosse stato a cono-

⁽¹⁰⁸⁾ Già a proposito di *solutio indebiti* del *procurator* si è considerato un caso (D.12,6,67,2) in cui la *condictio* competeva a chi pagò per ultimo, cfr. *supra* § 16; invece, nel caso di D.12,6,59 (cfr. *supra* § precedente), Papiniano parlava sì di *prior solutio*, chiamando in gioco l'elemento cronologico, ma in quell'ipotesi la soluzione della fattispecie dipendeva esplicitamente, oltre che dalla priorità della *solutio* del fideiussore, dall'estinzione del rapporto obbligatorio di cui il fideiussore era parte.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr., per esempio, D.12,6,47, su cui *supra* §§ 37-38.

scenza della *solutio* del debitore, ciò non avrebbe influito sul pagamento dei suoi cinque, pagati debitamente; infatti la questione della presenza o dell'assenza dell'*error* si sarebbe prospettata solo in relazione alla persona che avrebbe ripetuto l'indebito ⁽¹¹⁰⁾.

Diversa era, invece, la situazione del secondo fideiussore. È da presumersi che egli fosse in errore, visto che l'*inscientia* avrebbe costituito un requisito necessario ai fini dell'esperibilità della *condictio indebiti*, ma sembra dovere rimanere sul piano delle mere congetture la questione inerente all'oggetto di tale *inscientia*. Infatti il secondo fideiussore avrebbe ben potuto ignorare l'esistenza della *solutio* parziale del debitore principale, e, quindi, la circostanza che costui avesse versato tre al creditore. Però lo stesso avrebbe anche potuto essere in errore sul pagamento dell'altro garante, pensando col pagamento di cinque di essere tenuto ad adempiere alla sua obbligazione di garanzia, solo parzialmente estinta dalla *solutio* del *dominus*. Dunque dal contesto non può che arguirsi che il secondo fideiussore fosse in errore, ma non rispetto a che cosa egli lo fosse, rimanendo nel dubbio quale dei due pagamenti già avvenuti egli ignorasse ed essendo astrattamente possibile che li ignorasse ambedue.

44. *Il pagamento del debitore all'insaputa della solutio del fideiussore.*

È utile, ai fini dello studio della *solutio indebiti* del fideiussore, considerare una nota testimonianza ulpiana ⁽¹¹¹⁾, benché

⁽¹¹⁰⁾ A proposito della *inscientia* del *solvens* e dei casi in cui il *solvens* non coincideva con l'autore del pagamento, si veda *supra* § 39 e § 41. Più in generale, cfr. *infra* § 49.

⁽¹¹¹⁾ Il passo, che qui si considererà solo per gli aspetti che ineriscono all'indagine *in fieri*, è stato ampiamente studiato a proposito della responsabilità del mandatario, del *dolo proximum*, nonché a proposito del *beneficium cedendarum actionum*: cfr. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin, 1887, 33; DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata in diritto romano*, in BIDR, 18, 1906, 271 s.; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen, 1913, 184; BINDING, *Culpa. Culpa lata und culpa levis*, in ZSS, 39, 1918, 24; ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. La misura della responsabilità nell'actio depositi*, in *Studii sul diritto*

si tratti di un passo al di fuori del titolo *De conditione indebiti* e faccia parte di quello *Mandati vel contra*:

D.17,1,29,3 (Ulp. 7 disp.): *Hoc idem tractari et in fideiussore potest, si, cum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit quod solvere eum non oportebat. et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori: cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur.*

Un fideiussore pagò per il debitore, senza, però, avvertirlo (*cum solvisset, non certioravit reum*), per cui il debitore pagò a sua volta al creditore (*sic deinde reus solvit quod solvere eum non oportebat*). L'orientamento dottrinario che avanza forti sospetti sulla genuinità del passo, attribuendo alla mano dei compilatori l'intero testo o la maggior parte di esso⁽¹¹²⁾, è considerato superato dalla critica romanistica più recente che ritiene il passo ulpiano di una chiarezza esemplare⁽¹¹³⁾. La testimonianza si sarebbe, infatti, inserita in un più ampio discorso sull'onere di informazione, che gravava tanto sul garante quanto sul debitore principale circa l'avvenuto pagamento del debito da parte di uno di essi.

romano delle obbligazioni (cur. Albertario), Pavia, 1922, 98 nt. 3; SACHERS, *Zur Lehre von der Haftung*, 476 s.; SCHWARZ, *Die Grundlage*, 64; WATSON, *Contract of Mandat*, 213; FREZZA, *Le garanzie*, I, 170 s. e 182 s.; ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, 194; WESENER, *Die Durchsetzung*, 345; MAC CORMACK, *The Liability of the Mandatary*, in *Labeo*, 18, 1972, 159; IDEM, *Culpa*, in *SDHI*, 38, 1972, 179, 185; KLAMI, *Teneor mandati*, 26 ss.; DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, I, Bari, 1983, 116; MAC CORMACK, *Juristic Use of the Term Dolus: Contract*, in *ZSS*, 100, 1983, 532; LITEWSKI, *La responsabilité du mandataire*, in *Index*, 12, 1983-1984, 117; PROVERA, *Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*, in *Studi Sanfilippo*, 4, Milano, 1983, 617; VOCI, *Diligentia, custodia, culpa*, in *SDHI*, 56, 1990, 50 nt. 41, 55; MANFREDINI, *Misericordia ductus*, in *RIDA*, 39, 1992, 226.

⁽¹¹²⁾ La testimonianza non è passata indenne al vaglio, per esempio, di LENEL, *Palingenesia*, II, 421, § 130; GRADENWITZ, *Interpolationen*, 33; SCHWARZ, *Die Grundlage*, 64 e FREZZA, *Le garanzie*, I, 171.

⁽¹¹³⁾ Così — condivisibilmente — PROVERA, *Riflessioni*, 617 e in tale senso anche, per esempio, MAC CORMACK, *The Liability*, 159; LITEWSKI, *La responsabilité*, 117, i quali sono maggiormente inclini ad accogliere la genuinità del testo.

Nel caso di specie il creditore aveva finito per ricevere il doppio di quanto gli fosse effettivamente dovuto; si trattava di vedere se il fideiussore avrebbe potuto rivalersi sul debitore con l'*actio mandati contraria*. Ma Ulpiano lo escludeva, adducendo a motivazione di tale soluzione il comportamento scorretto del fideiussore (*si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli*). Quest'ultimo, infatti, aveva provveduto al pagamento di quanto dovuto al creditore, omettendo di informare il debitore di avere portato ad esecuzione l'incarico affidatogli. Ne derivava che il garante stesso avrebbe sopportato una perdita patrimoniale doppiamente ingiusta, in quanto, dall'altra parte, il creditore avrebbe finito per conseguire il doppio di quanto effettivamente spettantegli⁽¹¹⁴⁾.

Il rimedio individuato da Ulpiano per ovviare a tale situazione era la cessione della *condictio indebiti* dal debitore al fideiussore (*cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur*). Peraltro la questione del ricorso al rimedio che va sotto il nome non romano di *beneficium cedendarum actionum*, così come il problema dell'applicazione del meccanismo per cui il fideiussore avrebbe rinunciato all'*actio mandati* a condizione che il debitore gli avesse ceduto *in iure* la *condictio indebiti*⁽¹¹⁵⁾, coinvolgono ambiti ultranei rispetto all'analisi che si vuole qui condurre.

Quanto del passo ulpiano rileva ai fini dell'indagine in corso è piuttosto un profilo che non ha ricevuto approfondimenti in sede di critica, ovvero la questione della legittimazione alla *condictio* nel momento precedente a quello in cui il giurista riconosceva applicabile il meccanismo del *beneficium cedendarum actionum*. Risulta evidente che, prima della cessione, l'azione competesse non al fideiussore, bensì al debitore. La legittimazione alla *condictio* di quest'ultimo, anziché del fideiussore, richiama quanto si è detto a proposito di D.12,6,25⁽¹¹⁶⁾. L'altro passo ulpiano, riportando il caso di un

⁽¹¹⁴⁾ In tale senso — persuasivamente — ancora PROVERA, *Riflessioni*, 617.

⁽¹¹⁵⁾ Si rimanda, al riguardo, ancora all'esautistica analisi di PROVERA, *Riflessioni*, 619.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. *supra* § precedente.

debito già parzialmente estinto in seguito al pagamento del debitore principale, nonché in seguito al pagamento di un altro fideiussore, prevedeva la legittimazione alla *condictio* di *qui posterior solvit*. Ulpiano individuava, così, in caso di più pagamenti di un unico debito garantito, quale criterio per distinguere a chi competesse conseguire la restituzione dell'eccedente, il tempo del pagamento. L'azione per la restituzione dell'indebito spettava, infatti, a chi pagò per ultimo e, cioè, a colui la cui *solutio* risultò in eccesso rispetto alla somma dovuta, nel frattempo già totalmente o parzialmente versata da altri.

Così si verificava anche in D.17,1,29,3: la soluzione per cui la *condictio* spettava al debitore non dipendeva dal fatto che il fideiussore pagò *alieno nomine* ⁽¹¹⁷⁾, bensì — a mio modo di vedere — dalla semplice circostanza che il debitore era colui che, pagando per ultimo, pagò indebitamente.

45. *Le risultanze delle fonti considerate.*

Si tratta, a questo punto, di sintetizzare il discorso relativo alla *solutio indebiti* del fideiussore, volto a verificare, in definitiva, come fosse inteso dalla giurisprudenza romana l'intervento di tale figura nel pagamento non dovuto e, in particolare, quali fossero i casi, in cui lo stesso fosse ritenuto il legittimato attivo alla *condictio*:

a) L'indagine ha preso le mosse da D.12,6,47, testimonianza celsina in cui si ritrova una distinzione molto significativa, quella tra *solutio nomine alieno* e *nomine suo*. Invero il caso del fideiussore che pagava *nomine suo* pare potersi identificare come la più normale delle due ipotesi. Il garante, pagando a proprio nome, non faceva altro che adempiere al proprio obbligo fideiussorio assunto nei confronti del debitore principale. E, come è noto, in diritto classico il fideiussore, così come lo *sponsor* e il *fidepromissor*, non assumevano una garanzia per il fatto del terzo, bensì assumevano l'obbligo di eseguire in proprio la prestazione. Se, quindi, questa *solutio* era o si rivelava indebita, è logico ritenere che la *condictio* spettasse al fideiussore stesso.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. *supra* § 37.

Diverso era, invece, il pagamento *alieno nomine* del fideiussore, di cui proprio Celso, in D.12,6,47, attestava l'esistenza. Invero il caso del fideiussore che pagava per conto altrui non sarebbe facilmente spiegabile, se non si interpretasse tale *solutio* come quella del garante in qualità di terzo, presumendo, rispetto alla fideiussione stessa, l'esistenza di un incarico ulteriore da parte del debitore a pagare. Ne risultava che legittimato a *indebitum condicere* sarebbe stato non già il fideiussore-*solvens*, bensì — come, del resto, si è già constatato per il caso del pagamento indebito del *procurator* e del tutore ⁽¹¹⁸⁾ — colui per conto del quale il pagamento era stato effettuato.

Ora, la distinzione celsina sembra costituire il cardine di qualsiasi discorso in tema di pagamento indebito del fideiussore. Infatti, si è constatato che i passi giurisprudenziali qui considerati siano da qualificare come casi di pagamento indebito *suo nomine*, da cui si desume, peraltro, la conferma di come, nella prassi, l'ipotesi di pagamento *alieno nomine* fosse ben più rara.

b) In D.12,6,38,3 si apprende che Giuliano, citato da Africano, riconosceva, così come Celso nella prima fattispecie di D.12,6,47, la legittimazione a pretendere la restituzione di un legato non dovuto al garante-*solvens*, intervenuto in una *cautio legatorum servandorum causa*.

c) Due fattispecie di indebito *ex persona*, una ancora di Giuliano (D.12,6,32,1) e l'altra di Papiniano (D.12,6,59), riconoscevano al *fideiussor* la possibilità di ripetere quanto erroneamente pagato: l'una, in quanto il garante aveva concluso un *pactum de non petendo*, per cui la causa di estinzione del debito avrebbe avuto effetto nei suoi confronti, se anche non nei confronti del debitore principale, l'altra, in quanto il fideiussore, genericamente liberato dal vincolo, pagando, non avrebbe mai potuto estinguere alcun vincolo obbligatorio.

d) Interessanti sono, infine, due casi riportati da Ulpiano. In D.12,6,25 il giurista descriveva una triplice *solutio* allo stesso creditore (del debitore principale, del primo fideiussore, del secondo fideiussore), riferendo che, nel caso di un obbligo di

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. *supra* capp. II e III.

garanzia che gravasse su due fideiussori, la soluzione, presumibilmente opinione comune in giurisprudenza, fosse nel senso di riconoscere legittimato a *condicere qui posterior solvit*. Analogamente, in D.17,1,29,3, lo stesso giurista confermava che, se la *solutio* proveniva da più parti, attore della *condictio* era colui che pagò per secondo ovvero, in quest'ipotesi, il debitore principale, cui il fideiussore non aveva riferito di avere già provveduto ad adempiere.

Per trarre delle considerazioni di carattere generale da questa non sempre uniforme casistica, è necessario, a mio avviso, tenere bene distinti i due profili, quello della *solutio alieno nomine* e quello della *solutio suo nomine*.

Da un lato, la prima, probabilmente più particolare e forse meno frequente, comportava che il *fideiussor*, nel momento in cui pagava, operasse quale terzo e non già come garante. Non sorprende, al riguardo, la soluzione che Celso dava ad essa, ovvero la legittimazione a *condicere* del debitore principale. Se, infatti, quest'ultimo non era qui il *solvens*, era però colui per cui conto il pagamento era effettuato. Si noti che la decisione sembra rivelarsi perfettamente coerente, sotto questo profilo, con i risultati delle esegesi in tema di *procurator* e di *tutor*. In effetti si è constatato, in questi casi, che i giuristi identificavano nel *dominus* e nel pupillo i soggetti cui di regola spettasse l'azione di ripetizione, sebbene tali soggetti non fossero gli autori materiali del pagamento. Analogamente, nell'ipotesi della *solutio alieno nomine* del fideiussore, attore della *condictio* non era l'autore del pagamento, ma il debitore per conto del quale il pagamento era stato effettuato.

Dall'altro lato, la fattispecie di pagamento del fideiussore più ricorrente nelle fonti, e cioè quella della *solutio suo nomine*, consente di fare altri significativi rilievi. Infatti, nonostante il punto non abbia mai costituito — per quanto mi consta — *ius controversum* e, anzi, i giuristi sembrano avere sempre risolto in modo conforme il caso (nel senso di legittimare alla *condictio* il fideiussore), è evidente che il tema sia completamente estraneo al caso del pagamento per conto altrui.

Prima facie la decisione dei giuristi sembra trovare piena giustificazione nella circostanza che in un rapporto, che strutturalmente è da considerare bilaterale, il fideiussore era proprio l'autore del pagamento, per cui era normale che fosse lui a

indebitum condicere. Se si riesce così a chiarire perché la soluzione fosse condivisa in giurisprudenza, né sembrasse incontrare attriti di alcun genere, rimane da identificare in che cosa il pagamento del fideiussore *suo nomine* si differenziasse non solo da quello del *fideiussor alieno nomine*, ma anche da quello del *procurator* e del tutore. E soprattutto si tratta di determinare quale fosse la *ratio* per cui, nel primo caso, ripetesse il *solvens*, mentre, negli altri, non era il *solvens a condicere*.

La risposta sembra da individuarsi nella funzione stessa dell'obbligazione di garanzia che il fideiussore si assumeva. Infatti questi, nel momento in cui si obbligava per rafforzare il fondamento dell'aspettativa del creditore alla prestazione, è vero che si obbligava in favore di un altro, ma è soprattutto vero che si assumeva l'obbligo personalmente, con la conseguenza che il creditore aveva la possibilità di soddisfarsi sul suo patrimonio. Egli, quindi, era sì responsabile per un debito altrui, ma lo era sulla base di un'obbligazione sua propria, caratterizzata dall'accessorietà a quella principale. Alla luce di ciò sembra perfettamente logico che, nel caso di indebito, il soggetto che agiva per la ripetizione dovesse essere lo stesso garante.

In particolare, quanto qui si vuole sostenere troverebbe un preciso riscontro nella già citata affermazione di Papiniano, per cui in un caso di indebito *ex persona* e, più esattamente, nell'ipotesi in cui l'adempimento proveniva da chi non era debitore (D.12,6,59)⁽¹¹⁹⁾, il giurista motivava la soluzione con le parole: *prior solutio ... naturale vinculum non dissolvit, nec civile*. In quella fattispecie, in effetti, il pagamento del garante non avrebbe comunque estinto alcun vincolo, mentre avrebbe avuto questo effetto l'adempimento del vero debitore.

Ma, allora, la soluzione papiniana potrebbe generalizzarsi e si potrebbe congetturare che la *condictio* spettasse a chi con il proprio pagamento non estinguesse nessun *vinculum*, che avrebbe, invece, estinto, se il *vinculum* stesso fosse stato esistente.

Questo principio sembra combinarsi e intrecciarsi con un'altra regola, che si desume dalle fonti analizzate. Infatti, da

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. *supra* § 41.

altre particolari fattispecie considerate (D.12,6,25 e D.17,1,29,3), che descrivono un rapporto che presenta più pagamenti — del *reus* e di due diversi fideiussori oppure uno del fideiussore e uno del *reus* — Ulpiano riteneva legittimato alla ripetizione *qui posterior solvit*. Si procedeva così all'applicazione di un criterio cronologico, pienamente equo, dato che il primo pagamento sarebbe stato dovuto e avrebbe estinto il vincolo, mentre il secondo, in seguito all'estinzione dell'obbligazione, non avrebbe potuto svolgere alcuna funzione, per cui risultava ripetibile.

Se, invece, come si desume da D.12,6,47 e D.12,6,38,3, la *solutio* fosse stata unica e l'autore del pagamento fosse stato il garante, sarebbe stato quest'ultimo a *condicere* nei confronti dell'accipiente. Infatti, se l'obbligazione stessa fosse stata esistente, il fideiussore, pagando, avrebbe estinto l'obbligazione principale e avrebbe, quindi, ottenuto la liberazione.

Non sfugge, tuttavia, che non solo il garante, ma anche il garantito avrebbe conseguito la liberazione in seguito all'adempimento del debito. Invero ciò accadeva, in quanto — come è noto — la stipulazione di garanzia aveva per oggetto la stessa prestazione dell'obbligazione principale. Ciò non toglie, però, che la funzione del pagamento del garante era quello di estinguere il vincolo che gravava su di lui, ovvero quello dell'obbligazione accessoria, mentre la liberazione del debitore principale ne era una mera conseguenza.

In definitiva, alla luce di queste considerazioni, è da riconoscere che, in tema di pagamento indebito del fideiussore *suo nomine*, i giuristi riconoscevano di regola la legittimazione del fideiussore a *condicere*. Sembra, inoltre, verosimile credere che spesso le soluzioni giurisprudenziali al riguardo si ispirassero ad un criterio generale, che si può denominare « dell'estinzione del vincolo obbligatorio »: in base ad esso l'attore della *condictio* sarebbe stato di regola colui, in capo al quale il vincolo obbligatorio non si sarebbe estinto, se il pagamento fosse stato dovuto.

Giuffrè, Editore

CAPITOLO V
I PRINCIPI APPLICATIVI
DELLA *CONDICTIO INDEBITI*
NELL'EVOLUZIONE INTERPRETATIVA
DELLA GIURISPRUDENZA

46. *La « Kondiktionswürdigkeit » dell'indebitum solutum nel caso di intervento di terzi.*

Dopo avere completato l'analisi delle fonti, è arrivato il momento di dare risposta ai quesiti da cui ha preso le mosse questa ricerca, condotta entro « la forêt sauvage de la *condictio classique* » ⁽¹⁾.

L'obiettivo dell'indagine era stato inizialmente messo a fuoco in modo da determinare, nell'ambito del pensiero giurisprudenziale classico, in che termini si profilasse, nella prospettiva dell'attore e in quella del convenuto, la « Kondiktionswürdigkeit » dell'obbligazione di restituire un pagamento indebito, domandandosi, in particolare, chi potesse esperire la *condictio indebiti* e chi, correlativamente, dovesse essere con quest'azione convenuto.

Peraltro, rilevato che tale studio non avrebbe portato molto lontano ove condotto in relazione ai casi di *indebitum solutum* in un rapporto bilaterale, in cui la ripetizione non poteva che essere accordata all'autore del pagamento e rivolta nei confronti di chi aveva ricevuto il pagamento, è apparso più significativo analizzare quelle fattispecie in tema di *indebitum*

⁽¹⁾ È questa l'espressione che van Oven ha posto come titolo del suo articolo (citato *supra* nt. 5 p. 3) in tema di *condictio*, tema caratterizzato dalle infinite discussioni della vastissima letteratura; ma fu PEROZZI, *Le obbligazioni*, 100 nt. 1, che per primo parlò di « selva selvaggia dell'argomento delle *condictiones* »; sul punto cfr. anche SANTORO, *Studi*, 181 e GUARINO, *Diritto privato romano*⁸, Napoli, 1988, 854 nt. 94.3, il quale ultimo non ritiene la locuzione affatto esagerata.

condicere, in cui non fosse così scontato determinare chi avrebbe dovuto agire per la ripetizione e chi sarebbe stato tenuto a restituire. Si sono perciò individuate le fonti in materia di *solutio indebiti* nell'ambito di rapporti caratterizzati dalla presenza di un *alius*, oltre al *solvens* e all'*accipiens*, rapporti cioè o strutturalmente trilaterali o eventualmente tali in seguito all'intervento di un terzo nel momento solutorio.

Che la questione della ripetizione da parte e nei confronti di un *alius* si fosse profilata ai giuristi dell'età classica in forma generale e non necessariamente vincolata ad un singolo istituto, nell'ambito del quale si parlasse proprio di esperibilità della *condictio*, è attestato, in particolare, da due passi che si ponevano il problema in chiave astratta, ovvero D.12,6,5 (Ulp. 16 *ad Sab.*) e D.12,6,49 (Mod. 3 *reg.*)⁽²⁾. Si è, infatti, visto che, da un lato, sebbene Ulpiano facesse riferimento ad un caso concreto di pagamento di un legato *per damnationem*, la sua precisazione aveva verosimilmente una portata più ampia e che, dall'altro, l'astrattezza dell'enunciazione di Modestino non consente di dubitare del carattere generale della stessa. Peraltro, come si è detto, mentre Ulpiano ammetteva tranquillamente che a ripetere potesse essere un soggetto diverso da chi aveva pagato l'indebitto, Modestino sembra escludere categoricamente che la *condictio* fosse esperibile nei confronti di una persona diversa da quella che aveva accettato il pagamento. Ma, ciò posto, come spiegare, nelle due fattispecie tra loro speculari, l'applicazione di un diverso criterio interpretativo?

Ora, è vero che, nel tentativo di rispondere a questa domanda, l'indagine è stata condotta su fattispecie tra loro molto eterogenee, cioè la delegazione, il pagamento tramite *procurator*, tramite *tutor* e tramite fideiussore, per cui potrebbe forse obiettarsi che la ripetizione dell'indebitto avrebbe potuto essere regolata diversamente in ogni differente fattispecie, a seconda della disciplina particolare dei singoli istituti. Tuttavia non può negarsi che tutti questi rapporti siano assimilabili sotto il profilo dell'intervento di un *alius* nel momento solutorio.

Non sfugge che, in certi rapporti negoziali, la trilateralità dipendeva dalla struttura del rapporto stesso, come nella dele-

⁽²⁾ Cfr. *supra* § 2.

gazione. Invece, in altri che si sono denominati rapporti « trilaterali deboli », la trilateralità non era determinata dalla struttura, ma era prodotta in modo meramente eventuale, quando, per esempio, a pagare o a riscuotere un pagamento fosse stato un *procurator* oppure un tutore, fattispecie che furono tra loro assimilate, in quanto costituivano ipotesi di pagamento nell'interesse altrui. Così poteva verificarsi che fosse un fideiussore ad intervenire nel momento solutorio, benché, come si è visto, il rapporto fideiussorio si presentasse *stricto iure* come bilaterale, dal momento che il fideiussore adempiva un'obbligazione che si era personalmente assunto. Tuttavia poteva accadere che il rapporto si presentasse anche qui come trilaterale, nel momento in cui il fideiussore pagasse *alieno nomine* nell'interesse del debitore principale, operando, quindi, in qualità di terzo e non già di garante.

Conviene vedere, a questo punto, quali siano i principi comuni che l'esegesi dei passi sembra avere consentito di identificare, senza che sia necessario soffermarsi eccessivamente sui risultati emersi dai singoli capitoli, giacché essi sono già stati sintetizzati in precedenza nelle conclusioni relative ad ogni parte della trattazione.

Primariamente è da precisare che la soluzione giurisprudenziale delle fattispecie considerate non sembra essersi ispirata assolutamente al principio della rappresentanza⁽³⁾. Infatti, pensando al caso di pagamento del debito da parte di un terzo, è evidente che, se tale *solutio* esplicava l'effetto di estinguere l'obbligazione, ciò non comportava che l'obbligazione si estinguesse prima in capo al *solvens* e poi in capo al *dominus*: la conseguenza sarebbe stata comunque quella della liberazione immediata del *dominus*. Peraltro, in questo caso, non si sarebbe mai potuto parlare di integrazione della fattispecie negoziale con una parte in senso sostanziale e una in senso formale, con ciò potendosi ritenere esclusa ogni ipotesi di rappresentanza.

Partitamente si tratta, quindi, di identificare le più fre-

⁽³⁾ Si prende qui definitiva posizione rispetto a quanto accennato in tema di rappresentanza *supra* in § 12 e § 28.

quenti soluzioni casistiche che la giurisprudenza applicava alle diverse *sedes materiae* considerate.

Invero, in tema di delegazione ⁽⁴⁾, la disciplina giuridica dell'*indebitum solutum* non sembra allontanarsi da quella che era presumibilmente la regola applicabile nella generalità dei rapporti bilaterali e cioè quella per cui fosse il *solvens* a ripetere nei confronti dell'*accipiens*. Come si è, infatti, rilevato, la particolare struttura del rapporto delegatorio è tale per cui la *solutio* viene sì effettuata materialmente dal delegato al delegatario, ma essendo stata compiuta per ordine del delegante, è come se tale prestazione si intenda fatta dal delegato al delegante e dal delegante al delegatario. Proprio il carattere fittizio della *datio* giustificava allora la soluzione, condivisa dai giuristi, per cui a ripetere dovesse essere chi giuridicamente pagava l'indebitum nei confronti di chi giuridicamente lo riceveva: quindi, se era il rapporto di provvista ad essere viziato, il delegato-*indebitum solvens* agiva nei confronti del delegante-*indebitum accipiens*; altrimenti, nel caso di vizio del rapporto di valuta, era il delegante-*indebitum solvens* ad agire nei confronti del delegatario-*indebitum accipiens*.

Diversamente, in tema di pagamento o riscossione dell'indebitum da parte del *procurator* e del tutore ⁽⁵⁾, dall'esame delle fonti considerate è emerso che, nell'ipotesi in cui tali soggetti pagassero, ma anche in quella in cui accettassero il pagamento, il legittimato attivo o passivo alla *condictio* era colui per conto del quale il pagamento veniva effettuato o riscosso. Nel caso del *procurator*, a parere di alcuni giuristi ⁽⁶⁾, purché l'adempimento o la riscossione fossero stati oggetto di un incarico oppure successivamente ratificati, avrebbe potuto agire per la ripetizione (o sarebbe stato convenuto) non il *solvens* (o l'*accipiens*), bensì sempre il *dominus negotii*. Parimenti, nel caso analogo del tutore, secondo Giuliano in D.12,6,6,3 (Paul. 3 *ad Sab.*) ⁽⁷⁾ e Papiniano in D.12,6,57 *pr.* (3 *resp.*) ⁽⁸⁾ avrebbe

⁽⁴⁾ Cfr. *supra* cap. I.

⁽⁵⁾ Si vedano *supra* capp. II e III.

⁽⁶⁾ Si tratta, tra quelli qui considerati, di uno degli argomenti più studiati dai *prudentes*: per una sintesi si rinvia *supra* § 25.

⁽⁷⁾ Cfr. *supra* § 14 e § 27.

⁽⁸⁾ Cfr. *supra* § 28.

potuto ripetere (o — benché non vi siano fonti che esplicitamente lo confermino — sarebbe stato tenuto a restituire) il pupillo, purché *tutore auctore* o *pubes factus*.

Per quanto concerne l'intervento di un fideiussore ⁽⁹⁾, una soluzione simile alle precedenti, e cioè la legittimazione di un *alius* a *condicere*, veniva data da Celso, in D.12,6,47 (6 *dig.*) ⁽¹⁰⁾, in relazione al pagamento indebito *alieno nomine* e, quindi, al caso in cui il garante pagasse in qualità di terzo. Viceversa, come risulta da vari passi di giuristi diversi ⁽¹¹⁾, per l'ipotesi più normale e frequente di *solutio suo nomine* la bilateralità del rapporto imponeva che a *condicere* fosse sempre il fideiussore nei confronti del creditore.

Proprio da questo particolare ambito d'indagine è sembrato possibile inferire un ulteriore parametro di riferimento, che probabilmente i giuristi avevano presente nel risolvere controversie in materia di pagamenti non dovuti, e cioè quello che si potrebbe sinteticamente definire come « criterio dell'estinzione dell'obbligazione ». Papiniano, in D.12,6,59 (2 *def.*) ⁽¹²⁾, afferma che *solutio ... naturale vinculum non dissolvit, nec civile*, lasciando intendere cioè che l'attore della *condictio* sarebbe stato comunque da identificare in colui, in capo al quale, se la prestazione fosse stata dovuta, il vincolo obbligatorio si sarebbe estinto.

Ancora il fecondo terreno della fideiussione sembra, a mio parere, autorizzare ad individuare un ulteriore principio atto a risolvere la questione della legittimazione attiva alla *condictio*. Se, come riferisce Ulpiano in D.12,6,25 (26 *ad ed.*) ⁽¹³⁾ e in D.17,1,29,3 (7 *disp.*) ⁽¹⁴⁾, venivano effettuati due pagamenti — di due diversi fideiussori oppure uno del fideiussore e uno del debitore principale — a ripetere sarebbe stato *qui posterior solvit*, vale a dire colui che effettuava il pagamento per secondo. In effetti, se si riflette sulla fattispecie, mentre il primo pagamento era dovuto ed estingueva il vincolo obbligatorio, il

⁽⁹⁾ Cfr. *supra* cap. IV.

⁽¹⁰⁾ Cfr. *supra* §§ 37 ss.

⁽¹¹⁾ Si rimanda qui alla sintesi del § 45.

⁽¹²⁾ Cfr. *supra* § 41.

⁽¹³⁾ Cfr. *supra* § 43.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *supra* § 44.

secondo, in seguito alla precedente estinzione dell'obbligazione, risultava essere l'unico indebitato.

47. *I presupposti di applicabilità della condictio indebiti. La datio.*

Una volta verificato dalle fonti che non sempre a *condicere* fosse l'*indebitum solvens* e non sempre a essere chiamato a ripetere fosse l'*indebitum accipiens*, per arrivare a comprendere *in nuce* la difformità interpretativa tra Ulpiano, in D.12,6,5 (16 *ad Sab.*), e Modestino, in D.12,6,49 (3 *reg.*), sembra opportuno ampliare lo spettro d'indagine, che finora è stato circoscritto alla fattispecie dell'*indebitum solutum* nel caso di intervento di terzo e, alla luce di quanto emerso dall'analisi dei testi, considerare, una per una, quelle particolari condizioni, la cui presenza era necessaria per la ripetibilità dell'indebitato.

Si è visto ⁽¹⁵⁾ che l'obbligazione *ex indebitum soluto* era tutelata non con un'azione tipica, ma con l'impiego di una generica *condictio*. Sulla base della relativa *formula* si ordinava al giudice di condannare la parte convenuta, se fosse risultato che essa era tenuta a trasferire (*dare oportere*) al dante causa una *certa pecunia* o una *certa res*. Ma, dato che la *formula* non nominava la fonte dell'obbligazione, era ancora del giudice il compito di verificare quale fosse la pretesa dell'attore diretta ad un *certum dare oportere*. In questo quadro si inserisce l'opera dei *prudentes*, che si trovarono a tratteggiare i contorni materiali del dovere di restituzione, per focalizzare in quali casi fosse possibile *condicere* e in quali non fosse ammesso. Così non solo i giuristi tardo-repubblicani cominciarono ad applicare, in sede di interpretazione del *ius civile*, la *condictio* anche nel caso di debiti aventi natura non contrattuale ⁽¹⁶⁾, ma poi la giurisprudenza classica, più in generale, intraprese a disegnare progressivamente i contorni delle singole fattispecie applicative di quest'azione.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *supra* § 1.

⁽¹⁶⁾ Sulla pretesa diretta ad un *certum dare oportere* derivante da un contratto, come, per esempio, un mutuo o una *stipulatio*, cfr., da ultimo, GIUFFRÈ, *Studi sul debito*, 10 ss.

Secondo la ricostruzione generalmente più condivisa dalla critica romanistica, i presupposti necessari per l'esperibilità della *condictio indebiti* sarebbero stati tre: la *datio*, la *causa condicendi* e l'errore del *solvens* ⁽¹⁷⁾. Prendendo le mosse dalla *datio*, innumerevoli sono le discussioni che essa ha suscitato quale presupposto applicativo della *condictio* ⁽¹⁸⁾; ma su di esse non è qui possibile soffermarsi se non per due particolari aspetti che toccano direttamente il tema dell'*indebitum solutum*.

Quanto al primo aspetto, se la critica moderna è pressoché concorde nell'intendere la *datio* in senso tecnico quale atto traslativo di proprietà ⁽¹⁹⁾, è tuttora dibattuta la questione dell'astrattezza o della causalità dell'attribuzione patrimoniale *pro soluto*. In effetti, sebbene *primo visu* sembri trattarsi di un problema ricollegabile più a riflessioni proprie della dogmatica moderna che a quelle dei giuristi romani, è importante accennare brevemente ad una questione solo parzialmente emersa nel corso dello studio fin qui condotto, ma che pare, a questo punto, essenziale per meglio comprendere in quale modo operasse, nel pensiero dei *prudentes*, la *datio pro soluto*. Secondo una parte della letteratura, infatti, presupposto per l'esperibilità della *condictio indebiti* sarebbe stata una *datio sine causa* ⁽²⁰⁾. L'orientamento in questione trova il suo fondamento soprattutto in

D.12,7,1 *pr.* (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Est et haec species condictio-
tionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis
indebitum. qui autem promisit sine causa, condicere
quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obli-
gationem.*

⁽¹⁷⁾ Cfr., per tutti, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, 594 ss.

⁽¹⁸⁾ Merita di essere menzionata, seppure oramai superata, l'opinione di DONATUTI, *Le causae*, in particolare 94 ss., per cui la *condictio indebiti* si fonderebbe sulla volontà delle parti coinvolte nella *indebiti solutio*. Sul punto cfr., da ultimo, KUPISCH, *Arricchimento*, 431 nt. 21.

⁽¹⁹⁾ Cfr., da ultimo, PELLECCHI, *Contributo*, 80 ss. Sul punto cfr. *supra* § 13 e *infra* § 47.

⁽²⁰⁾ Cfr., per esempio, SANFILIPPO, *Condictio*, 76 s.; GUARINO, *Rec. a Sanfilippo*, 259 s.; BURDESE, *Manuale*, 501 ss.

Il passo, con cui esordisce il titolo *De condictione sine causa*, è stato spesso attribuito alla mano di Triboniano ⁽²¹⁾.

Si voglia, però, per un momento credere alla genuinità del testo ⁽²²⁾. Con riferimento alla prima fattispecie descritta da Ulpiano, se si fosse trattato di una *promissio* di dare — così come di altri negozi astratti —, gli effetti del negozio si sarebbero prodotti pur in mancanza di una *causa dandi* e il *promissor* avrebbe potuto ristabilire l'equilibrio patrimoniale, aspettando la *condictio sine causa*.

Il passo ulpiano avrebbe poi menzionato — ed è quanto qui maggiormente importa — anche il pagamento indebito, in sanzione del quale era ovviamente esperibile la *condictio indebiti*, che sarebbe stata, secondo il giurista, una *species* di quella *sine causa*; e, se così fosse, si dovrebbe dedurre l'astrattezza dell'attribuzione patrimoniale *de qua*.

Ora, è vero che, anche se non esisteva l'obbligazione da adempiere, la *solutio* avrebbe comportato comunque l'acquisto della proprietà per l'accipiente ⁽²³⁾. Tuttavia da ciò non deriva necessariamente l'astrattezza della *solutio*. Infatti, poiché risulta ormai persuasivamente dimostrato che la *datio pro soluto*

⁽²¹⁾ Così già PFLÜGER, *Ueber die condictio*, 98 ritiene che il passo sia da attribuire ai compilatori, che l'avrebbero formulato « als Einleitung zur Darstellung einer neugebildeten Klasse von Kondiktion »; BESELER, *Unklassische Wörter*, 34; IDEM, *Beiträge*, 6, 361 e WOLF, *Causa stipulationis*, 40 ss., a cui si rimanda per altre indicazioni della letteratura. Ritiene interpolata tutta la parte finale da *qui autem ad obligationem* BENIGNI, *La condictio*, 328; giudica non autentico il termine *indebitum* e vedrebbe al posto del *quis* un *quod* BETTI, *Sul valore dogmatico*, 86. Considera insiticia la frase finale a partire da *qui autem* PERNICE, *Labeo*, 3.1, 203 nt. 5; si limita a ritenere non autentico l'esordio del frammento — *Est et haec species conductionis* — HONSELL, *Rec. a Wolf*, in *ZSS*, 92, 1975, 331. Da ultimo giudica insiticio il riferimento al pagamento dell'indebito CANNATA, *Il diritto romano*, 57 nt. 8.

⁽²²⁾ In tale senso già TRAMPEDACH, *Die condictio*, 144 nt. 2, ammettendo la classicità del passo, con esplicito riferimento, però, solo al fatto che manchi, nel testo, la qualifica *incerti*, pur parlandosi di *condicere ... ipsam obligationem*. Considera la sostanza del passo classica anche SCHWARZ, *Die Grundlage*, 48, 204, 208, 217, ritenendo, però, che Triboniano abbia modificato il testo al fine di ricomprendere nella *condictio sine causa promissi* la *condictio indebiti*, che per i classici sarebbe stata una *condictio sine causa dati*; critico sulla coerenza del discorso di Schwarz è, però, WOLF, *Causa*, 41 nt. 22.

⁽²³⁾ Sul punto cfr., da ultimo, KUPISCH, *Arricchimento*, 426.

trovava la sua causa nell'accordo sul pagamento ⁽²⁴⁾, è noto che tale accordo non presupponeva, come ulteriore requisito, che alla base dell'obbligazione esistesse un preesistente rapporto giuridico concretamente efficace ⁽²⁵⁾. Invero, ove non esistesse l'obbligazione da adempiere (che appunto non era la *causa solvendi*, ma solo un presupposto per la realizzabilità della *causa solvendi* stessa), tale inesistenza non incideva sull'acquisto di proprietà: l'attribuzione si realizzava egualmente, dando poi luogo alla *condictio indebiti*, con cui venivano rimossi, sul piano economico, gli effetti del trasferimento.

Per conciliare la causalità dell'attribuzione patrimoniale *pro soluto* con il *principium* del titolo 12,7, si è da taluno formulato un complesso ragionamento ⁽²⁶⁾. La *datio* sarebbe stata *ab origine* causale, per cui avrebbe presentato sia una causa di attribuzione (*causa solvendi*) che una causa di giustificazione (*causa retinendi*) ⁽²⁷⁾. Tuttavia, inizialmente, la *causa solvendi*, anche in presenza dell'errore del *solvens*, avrebbe costituito una *iusta causa traditionis* e non avrebbe perciò fatto sorgere la pretesa della restituzione ⁽²⁸⁾. In seguito nel momento in cui fu ammesso l'esperimento della *condictio* attribuendosi rilevanza all'errore, il trasferimento avrebbe continuato ad essere considerato causale e, quindi, sarebbe rimasta presente la causa di attribuzione, ma con ciò sarebbe venuta meno la causa di giustificazione, per cui la pretesa di restituzione sarebbe sorta in virtù dell'esistenza di una *causa dandi* e in assenza di una *causa retinendi*. In sostanza il principio del trasferimento causale avrebbe costituito un residuo storico dell'antico regime della *solutio indebiti* ⁽²⁹⁾.

Non è in questa sede possibile prendere posizione su questa interpretazione — raffinata e rigorosamente articolata —

⁽²⁴⁾ Si veda CANNATA, *Il diritto romano*, 77, a cui si rimanda anche per un'indagine storica sulla causa della *traditio* solutoria a partire dalla giurisprudenza romana, attraverso i glossatori, fino ai diritti europei.

⁽²⁵⁾ TALAMANCA, *Istituzioni*, 436.

⁽²⁶⁾ Così KUPISCH, *Arricchimento*, 430 ss.

⁽²⁷⁾ Sull'opportunità di parlare, piuttosto che di assenza di *causa retinendi*, di presenza di una *causa condicendi*, si veda *infra* § seguente.

⁽²⁸⁾ Così KUPISCH, *Arricchimento*, 432.

⁽²⁹⁾ Così KUPISCH, *Arricchimento*, *ibidem*.

che presuppone, però, la discussione e l'approfondimento di questioni estremamente complesse, come non solo quella delle ragioni per cui il pagamento dell'indebitato fosse in grado di trasferire la proprietà, nonostante, per la mancanza dell'obbligazione da adempiere, difettasse il presupposto di realizzabilità della relativa *causa solvendi*, ma soprattutto l'analisi di tutto quel *mare magnum* di problemi inerenti alla *iusta causa traditionis* e al ruolo della *iusta causa* nella *traditio*. Forse — e senza con ciò volere professare un ritorno agli eccessi del metodo interpolazionistico — pare, a questo punto, preferibile sostenere l'orientamento secondo il quale la menzione dell'indebitato in D.12,7,1 *pr.* sarebbe stata più probabilmente insitica⁽³⁰⁾. E ciò fondamentalmente, oltre che per la convinzione che la *solutio* fosse causale, sulla base di un triplice riscontro.

In primo luogo, è da rilevarsi che i passi collocati sotto il titolo 12,6, a differenza di quelli contenuti nel 12,7, non attesterebbero mai l'uso del termine *causa* in relazione alla *condictio indebiti*⁽³¹⁾. Ciò confermerebbe l'inverosimiglianza di un'interpretazione per cui l'inesistenza dell'obbligazione da adempiere sarebbe stata concepita dai *prudentes* come assenza di causa e la mancanza del debito sarebbe stata messa in rapporto con l'espressione *sine causa*.

In secondo luogo, il titolo 12,7, in rapporto agli altri titoli dedicati alle *condictiones*, si presenta assai povero di frammenti. La circostanza potrebbe trovare spiegazione nel fatto che, in età giustiniana, non erano più in uso atti astratti di trasferimento della proprietà, per cui i compilatori si sarebbero trovati con ben poco materiale di interesse da collocare nella *sedes* corrispondente⁽³²⁾. Ma, allora, sembra lecito congetturare che i compilatori, nel denominare e classificare le diverse *condictiones*⁽³³⁾, di fronte ad una *condictio sine causa* che ap-

⁽³⁰⁾ Si condivide così, in particolare, l'opinione di CANNATA, *Il diritto romano*, 57 nt. 8.

⁽³¹⁾ Sul punto si vedano anche WUNNER, *Der Begriff causa und der Tatbestand der condictio indebiti*, in *Romanitas. Revista de Cultura Romana (Lingua, Instituições e Direito)* Annales. I, t. 1, a. 9, v. 9, Rio de Janeiro, 1970, 469 e KUPISCH, *Arricchimento*, 431.

⁽³²⁾ Così CANNATA, *Il diritto romano*, 57 nt. 11.

⁽³³⁾ Cfr. *supra* § 1.

pariva ai loro occhi priva di una propria funzione ⁽³⁴⁾, avrebbero fatto rientrare nella categoria *sine causa* anche la *condictio indebiti*, a cui peraltro avevano dedicato il titolo precedente al 12,7.

In ultimo, l'eliminazione della frase *vel si solverit quis indebitum* nulla toglierebbe al significato di D.12,7,1 *pr.*, in quanto il pensiero ulpiano risulterebbe coerentemente riferito solo alla sanzionabilità della *promissio sine causa*.

Essendo, quindi, — a mio parere — più convincente la tesi della causalità dell'attribuzione patrimoniale, vi è una seconda questione che riguarda sì la *datio* in generale, ma che presenta rilievo anche per quanto riguarda l'ambito d'indagine della presente ricerca. Infatti è stato opportunamente posto in luce come sia discutibile attribuire alla giurisprudenza classica la formulazione di una teoria unitaria sui presupposti dell'azione ⁽³⁵⁾: l'approfondimento della prospettiva storica impone inevitabilmente di evitare generalizzazioni. Infatti, risulterebbe attestato che esistesse in giurisprudenza anche un orientamento minoritario, secondo il quale la *condictio* sarebbe stata esperibile indipendentemente dalla *datio*, purché qualcosa si trovasse *ex iniusta causa apud aliquem* ⁽³⁶⁾. Ciò emergerebbe, in particolare, da D.12,5,6 (Ulp. 18 *ad Sab.*) ⁽³⁷⁾, in cui Sabino e Celso avrebbero condiviso l'opinione dei *veteres*, che non ritenevano la *datio* presupposto necessario all'esperibilità della *condictio* ⁽³⁸⁾.

⁽³⁴⁾ È comunque da tenere presente che una parte della letteratura ritiene ancora la *condictio sine causa* una creazione da attribuire interamente ai compilatori: cfr., per tutti, MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1995, 519.

⁽³⁵⁾ Così risulterebbe dall'approfondita analisi di SANTORO, *Studi*, 478.

⁽³⁶⁾ In tale senso SANTORO, *Studi*, 189 ss.

⁽³⁷⁾ *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.*

⁽³⁸⁾ Santoro, nell'*op. ult. cit.*, arriva a definire anche i limiti entro i quali si sarebbe mossa l'elaborazione giurisprudenziale nel formulare i presupposti applicativi della *condictio* e li individua, in particolare, nella resistenza dei giuristi ad estendere l'esperibilità dell'azione a fattispecie in cui mancasse il requisito della *datio*. Ciò sarebbe desumibile dall'ipotesi molto peculiare (p. 397 ss.), in cui un soggetto percepiva in malafede i frutti della cosa in suo possesso e, nonostante il suo stato psicologico, ne acquistava la proprietà in seguito alla *consumptio*. La regola tradizionale *praedoni fructus condici posse*, di cui in D.12,6,55 (Pap. 6 *quaest.*) (su cui si veda, da ultimo, an-

Nonostante le critiche che sono state rivolte a quest'opinione ⁽³⁹⁾, il particolare merito che — per quanto direttamente interessi in questo ambito — sarebbe da attribuire a tale interpretazione è di avere posto in evidenza le molte crepe di una costruzione dogmatica troppo rigida sui presupposti della *condictio*. Infatti ammettere che, secondo un certo risalente orientamento giurisprudenziale, la *datio* non avrebbe costituito un requisito imprescindibile ai fini dell'applicabilità della *condictio*, pone in luce un importante aspetto diacronico dell'argomento che merita di non essere trascurato.

In effetti, le fonti attestano fattispecie eterogenee che, pur diverse dalla *datio*, erano in grado, per via indiretta, di operare il trasferimento della proprietà e davano, pertanto, luogo alla *condictio*: tali erano la *delegatio*, la *consumptio nummorum* e la *commixtio*, l'usucapione, l'*acceptilatio*, la costituzione di un usufrutto e forse anche di un diritto di abitazione e, infine, pur con maggiori perplessità, la prestazione di opere ⁽⁴⁰⁾. Sembra verosimile, allora, credere che, nel pensiero giurisprudenziale, si sia verificato un progressivo ampliamento delle ipotesi in cui esisteva un idoneo presupposto dell'azione di ripetizione non coincidente con la *datio*, ma ad essa equiparato.

Ora, considerando quanto direttamente emerso nel corso delle esegesi dei testi in cui il pagamento indebito avveniva all'interno di un rapporto trilaterale, si rileva che, per esempio, la *datio al pupillo sine tutoris auctoritate*, secondo l'opinione

che l'approfondita esegesi di CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000, 267 ss.), secondo la quale il *dominus* poteva agire per la ripetizione dei frutti, sarebbe stata, in giurisprudenza, interpretata restrittivamente — con mero riferimento ai frutti naturali — in modo da limitare la possibilità di *condicere* in assenza di un *negotium contractum* tra le parti. Del resto l'intervento della *consumptio* avrebbe impedito ai *prudentes* di ricondurre la fattispecie in questione alla figura del *furtum* e di considerare, quindi, applicabile la *condictio ex causa furtiva*, che, invece, prescindeva dalla *datio*.

⁽³⁹⁾ Cfr. A. D'ORS, *Replicas Panormitanas IV*, 1 ss., che rileva che « la exigencia de una *datio* es común a toda la jurisprudencia clásica » e che nella fattispecie di D.12,5,6 sarebbe da ravvisare una *datio ex eventu*: sulla particolare classificazione dei diversi tipi di *dationes* che davano luogo alla *condictio* (oltre alla *datio mutui*, la *datio ob rem*, la *datio ob causa*, di cui farebbe parte il pagamento dell'indebito e la c.d. *datio ex eventu*) si veda anche IDEM, *Derecho*, 454 ss., §§ 388 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cfr., per tutti, SANTORO, *Studi*, 185 nt. 9.

diversa da quelle dei *quidam*, legittimava alla ripetizione (Gai.3,91) ⁽⁴¹⁾. Gaio, infatti, sembra attestare che, mentre inizialmente la *datio* all'impubere, in mancanza dell'interposizione tutoria, non avrebbe fatto nascere l'obbligazione da indebito, in prosieguo di tempo si formò al riguardo un *dissensus prudentium*, che vide poi prevalere, nell'età in cui il giurista antonino scrive, proprio l'opinione opposta, per cui l'autore del pagamento avrebbe potuto esperire la *condictio*.

Parimenti, come si è visto a proposito del passo giuliano relativo al pagamento effettuato dal *procurator* con danaro del *dominus* ⁽⁴²⁾, se fosse mancata la legittimazione ad alienare del *procurator* stesso, la ripetibilità sarebbe stata comunque accordata. Naturalmente *condicio sine qua non* era che intervenisse la *consumptio nummorum* a convalidare *ex post* la *datio*.

Inoltre, come è emerso ampiamente dall'esegesi dei passi in tema di delegazione, alla *datio* sarebbe stata equiparata la *delegatio*, come risulta non solo dalla frase *solvit enim et qui reum delegat* di D.16,1,8,3 (Ulp. 29 *ad ed.*) ⁽⁴³⁾, ma anche dalle risultanze delle esegesi di altri passi ⁽⁴⁴⁾, in cui l'azione di ripetizione veniva concessa a chi, pur non essendo il datore materiale, era colui che giuridicamente aveva pagato l'indebito. Infatti, nel caso di vizio del rapporto di provvista, era il delegato, essendo colui che giuridicamente aveva effettuato una prestazione indebita, ad esperire la *condictio* contro il delegante; così, quando ad essere viziato era non il rapporto di provvista, ma quello di valuta, per cui ad avere giuridicamente pagato un indebito era il delegante, l'azione competeva a quest'ultimo contro il delegatario.

In definitiva la *datio* non avrebbe affatto mantenuto, con il trascorrere del tempo, sempre il medesimo rilievo e forse si potrebbe parlare di un orientamento giurisprudenziale che venne via via arricchendo le ipotesi in cui la *datio* fungeva da presupposto della *condictio* per la ripetizione dell'indebito; in altri termini erano proprio i giuristi, quando riconoscevano me-

⁽⁴¹⁾ Cfr. *supra* § 34.

⁽⁴²⁾ Cfr. *supra* § 14.

⁽⁴³⁾ Cfr. *supra* § 8.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. *supra* § 11.

ritevolezza di tutela, che pervenivano a qualificare entro il concetto di *datio* le nuove fattispecie, che progressivamente si andavano prospettando nella molteplicità della realtà sociale.

48. (Segue): *la causa condicendi*.

Il secondo presupposto che si ritiene necessario per la « *Kondiktionswürdigkeit* » dell'obbligazione di restituire è il venire meno dell'assetto di interessi concretato nella *datio*. Benché si tratti solo di categorie giuridiche generali, sotto le quali i moderni sono portati a considerare e a formulare i fenomeni giuridici, molto si è discusso sulla qualificazione da utilizzare al proposito: taluno ha parlato di assenza della *causa retinendi* ⁽⁴⁵⁾, altri di mancanza della causa di giustificazione ⁽⁴⁶⁾.

Al riguardo si è però obiettato che parlare di assenza di *causa retinendi* rappresenta il risultato di una valutazione positiva di un fenomeno, che sarebbe più opportuno valutare negativamente ⁽⁴⁷⁾. In effetti il venire meno dell'assetto di interessi comporta il nascere in capo al *solvens* di un interesse alla ripetizione. Soprattutto sembrerebbe più conforme al modo di procedere dei giuristi romani considerare la vicenda dal lato dell'attore piuttosto che da quello del convenuto. Ne deriva che, benché si tratti solo di un diverso « *Gesichtspunkt* », più che

⁽⁴⁵⁾ Cfr. SCHWARZ, *Die Grundlage*, 212 ss.; in tale senso anche SANFILIPPO, *Condictio*, 55 ss.

⁽⁴⁶⁾ Si veda KUPISCH, *Arricchimento*, 425 ss. La ricostruzione di Kupisch dei presupposti sostanziali della *condictio* è articolata: da un lato, secondo l'autore, vi sarebbe la mancanza della causa di giustificazione (o *causa retinendi* o *causa remota*), dall'altro la presenza di una causa di attribuzione (o *causa dandi* o *causa proxima*) che si profilerebbe diversamente nella *condictio indebiti* rispetto alle ipotesi applicative della *condictio sine causa*, *ob rem* e *ob turpem causam*; infatti la prima presupporrebbe un « *Versprechengeschäft* », ovvero un atto che promette un'attribuzione, che avverrà in un momento futuro, successivo a quello della conclusione del negozio; le seconde, invece, presupporrebbero un « *Handgeschäft* », caratterizzato dal fatto che la conclusione del negozio e l'attribuzione patrimoniale sarebbero concomitanti sul piano temporale. Tuttavia le rigide categorie appena descritte, sebbene presentino senza dubbio un valore conoscitivo e descrittivo utile alla comprensione dell'istituto, mi sembrano difficilmente rintracciabili nel pensiero dei giuristi romani.

⁽⁴⁷⁾ Così — in modo convincente — TALAMANCA, *Rec. a Schwarz*, 172 s.

parlare di assenza di *causa retinendi*, sarebbe forse preferibile parlare di *causa condicendi*: questo sarebbe stato il secondo requisito, la cui presenza sarebbe stata necessaria per l'esperibilità della *condictio*.

Almeno inizialmente, quale ragione sufficiente a giustificare in capo all'accipiente la ripetizione della cosa in sua proprietà, si può credere che la giurisprudenza classica identificasse l'inesistenza dell'obbligazione. Tuttavia, come la critica romanistica ha già posto in luce⁽⁴⁸⁾, a partire da Celso (D.12,6,47)⁽⁴⁹⁾ si riconobbe come tale anche il caso di esistenza di un'obbligazione paralizzabile da un'*exceptio perpetua*. Ciò emerge, in particolare, anche da altri passi che si sono direttamente considerati e cioè da D.16,1,8,3 (Ulp. 29 *ad ed.*)⁽⁵⁰⁾, in cui la delegante, non avendo opposto l'eccezione *ex senatusconsulto Velleiano* in grado di paralizzare la pretesa di colui che le chiedeva di prestare garanzia, era legittimata a *condicere*, e da D.44,5,1,11 (Ulp. 76 *ad ed.*)⁽⁵¹⁾, in cui il liberto poteva ripetere quanto pagato in adempimento di un'obbligazione paralizzabile con l'*exceptio si non onerandae libertatis causa promissum est*. Così in D.12,6,32,1 (Iul. 10 *dig.*)⁽⁵²⁾ il fideiussore poteva chiedere la restituzione di quanto pagato, poiché aveva nei confronti del creditore, con il quale aveva concluso un *pactum de non petendo*, l'*exceptio pacti conventi*. Sarebbe, del resto, da attribuire allo stesso Ulpiano, in D.12,6,26,3 (Ulp. 26 *ad ed.*)⁽⁵³⁾ — *Indebitum autem solutum accipimus non solum* — l'assimilazione esplicita dei due tipi di indebitum e, quindi, l'avvicinamento della *solutio* in adempimento di un'obbligazione paralizzabile alla *solutio* in adempimento di un'obbligazione inesistente. Proprio questo passo rappresenterebbe, infatti, lo stadio finale di un'evoluzione cominciata con Celso, che, per la prima volta, avrebbe riconosciuto come *causa condicendi* l'obbligazione esistente, ma paralizzabile da un'eccezione. Il passo di D.12,6,26,3, allora, sarebbe il riscontro concreto del fatto che

⁽⁴⁸⁾ Si veda, per esempio, SCHWARZ, *Die Grundlage*, 31 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *supra* § 38.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *supra* § 8.

⁽⁵¹⁾ Cfr. *supra* § 9.

⁽⁵²⁾ Cfr. *supra* § 40.

⁽⁵³⁾ Cfr. *supra* § 8.

l'indebito *ope exceptionis* non solo avrebbe dato luogo alla ripetizione, ma sarebbe stato fatto rientrare a tutto tondo nel concetto di *indebitum solutum*.

Peraltro, che l'indebito *ope exceptionis* non esaurisca le fattispecie di indebito pretorio, sembra potersi desumere da D.12,6,61 (Scaev. 5 *resp.*)⁽⁵⁴⁾, in cui Scevola riteneva ripetibile un pagamento che risultava dovuto secondo il *ius civile*, ma non dovuto sulla base dei principi che regolavano la *bonorum venditio* secondo il *ius honorarium*. Nonostante manchi nelle fonti una testimonianza esplicita in tale senso, sembra possibile — a mio avviso — qualificare anche la fattispecie scevoliana come indebito pretorio, intendendo quest'ultimo non solo come indebito *ope exceptionis*, ma in un'accezione più ampia di *solutio indebiti* secondo il diritto pretorio. In questo caso però il rimedio esperibile non sarebbe stato la *condictio*, ma un'azione utile *ad exemplum* della *condictio indebiti*. Sembra costituire un indebito pretorio in questo senso anche il pagamento di legati di D.12,6,5 (Ulp.16 *ad Sab.*)⁽⁵⁵⁾, in cui la ripetibilità, esclusa dal *ius civile* in ragione di un'antica *regula iuris*, era ammessa in via utile dal *ius honorarium*.

In una direzione diversa da quella ora considerata, si può individuare anche un'altra estensione giurisprudenziale del concetto di indebito. Infatti, in D.12,6,65,9 (Paul. 17 *ad Plaut.*), Paolo ammetteva l'esperibilità della *condictio* anche al caso diverso dall'indebito oggettivo e cioè dal *quod omnino non debetur*. Sarebbe stato proprio Paolo il primo ad avere cura di precisare esplicitamente che potesse considerarsi indebito non solo ciò che veniva pagato in adempimento di un'obbligazione inesistente, ma anche *quod alii debetur, si alii solvatur* (indebito soggettivo *ex latere accipientis*) e *si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat* (indebito soggettivo *ex latere solventis*).

In effetti risulta evidente che, mentre la maggior parte dei passi considerati si riferisce all'ipotesi di pagamento in adempimento di un'obbligazione inesistente, alcune fattispecie di quelle analizzate costituiscono casi di indebito soggettivo, in

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *supra* §§ 30 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. *supra* § 2.1.

cui il pagamento o era effettuato da chi non era debitore — così come in tema di fideiussione secondo D.12,6,32,1 (Iul. 10 *dig.*)⁽⁵⁶⁾ e D.12,6,59 (Pap. 2 *def.*)⁽⁵⁷⁾ — o era effettuato a favore di chi non era interamente creditore del *solutum*, come in tema di tutela secondo D.12,6,61 (Scaev. 5 *resp.*)⁽⁵⁸⁾. Peraltro la minore frequenza di casi di indebito *ex persona* oggetto di discussione giurisprudenziale sembra costituire un argomento a favore di quanto appena detto e cioè nel senso che i casi di *quod omnino non debetur* costituissero originariamente l'unica ipotesi prevista e che sarebbe stata solo l'elaborazione giurisprudenziale ad estendere col tempo il concetto di *causa condicti*.

L'impostazione della presente ricerca, orientata all'analisi dei casi di *indebitum solutum* con intervento di un terzo, impone, a questo punto, di domandarsi in che cosa si differenzi la trilateralità delle fattispecie considerate dalla trilateralità dell'indebito soggettivo. Ora, è ovvio che l'indebito soggettivo presenta inevitabilmente un rapporto a tre, ma è altrettanto vero che, in tale ipotesi, a ripetere nei confronti dell'*accipiens* era di regola il *solvens*, senza che sorgessero problemi sull'eventuale ruolo del terzo. Infatti, nell'indebito *ex latere solventis*, ad apparire terzo era il vero debitore, che non veniva affatto coinvolto nella vicenda della *condictio* esperibile dal non debitore nei confronti di chi aveva ricevuto il pagamento; parimenti, nell'indebito *ex latere accipientis*, ad apparire terzo era il vero creditore, anch'egli estraneo sia alla pretesa del *solvens* di riavere quanto pagato, sia all'obbligo di restituzione dell'accipiente-non creditore. È questa la ragione per cui, per gli obiettivi che questa indagine si pone, le fattispecie di indebito soggettivo hanno presentato qui particolare interesse solo quando, come in D.12,6,61, la soluzione del caso fosse nel senso di legittimare in via utile proprio il terzo estraneo al rapporto e, quindi, per esempio, i creditori direttamente depauperati per non avere percepito quanto loro dovuto.

È utile accennare ora alla distinzione tra indebito sogget-

⁽⁵⁶⁾ Cfr. *supra* § 40.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. *supra* § 41

⁽⁵⁸⁾ Cfr. *supra* §§ 30 ss.

tivo *ex persona solventis* e il caso di debito, pagato da un terzo per conto e nell'interesse del debitore. In entrambi i casi, protagonisti della fattispecie sono il debitore, il creditore e chi paga in luogo del debitore. Il problema di distinguere le due ipotesi fu concretamente avvertito da Paolo, che probabilmente dovette chiedersi che senso avesse che l'*accipiens* restituisse, per poi dovere ricevere il pagamento da un altro:

D.12,6,44 (Paul. 14 *ad Plaut.*): *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est.*

Secondo Paolo, dunque, non si trattava di indebito, se l'acquirente percepiva quanto gli spettava. La circostanza che il pagamento fosse effettuato per mezzo di un terzo non implicava, di per sé, che si trattasse di un pagamento non dovuto⁽⁵⁹⁾. Peraltro questa testimonianza è da raffrontare con quella di D.12,6,65,9, tratta dal diciassettesimo libro del medesimo commentario *ad Plautium*, in cui sempre Paolo scriveva: *Indebitum est ... si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat*. Ne deriva che, se anche si volesse concedere che il testo di D.12,6,44 sia stato scorporato dai compilatori dall'originario contesto⁽⁶⁰⁾, è possibile affermare che, se il *solvens*

⁽⁵⁹⁾ Mette in evidenza che, in questo caso, il creditore non percepì nessun indebito von VANGEROW, *Lehrbuch*, III, 408, § 625; precisa — condivisibilmente — che la frase *qui suum recepit* non sia da intendere nel senso che al proprietario fu data la cosa propria, bensì nel senso che il pagamento fu effettuato per conto del vero debitore GLÜCK, *Commentario*, 599, § 829, condividendo un'opinione già di DONELLO, *Opera omnia*, tom. III, lib. XIV, cap. XIII, 695; in tale senso si veda anche PACCHIONI, *La L. 48 (49) Dig. II.5 ed il requisito dell'animus negotia aliena gerendi nell'actio negotiorum gestorum contraria*, in BIDR, 3, 1890, 44 ss.; citano il passo anche MAIER, *Regreß wegen Zahlung fremder Schulden, wenn nicht nomine debitoris gezahlt ist?*, in ZSS, 50, 1930, 486-487; HÄEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen*, 120; WACKE, *Die Zahlung mit fremdem Geld*, in BIDR, 79, 1976, 63 nt. 57 e STURM, *Julian D.24.1,39 neu erklärt*, in ZSS, 79, 1962, 138 nt. 79. A torto, a mio avviso, considera il passo « ganz einfach falsch » BESELER, *Beiträge*, 6, 374 e ritiene il contenuto un principio triboniano BENIGNI, *La condictio*, 321.

⁽⁶⁰⁾ La collocazione palinogenetica non è molto d'ausilio per capire quale fosse la fattispecie di riferimento dell'affermazione paolina, in quanto il passo viene posto da LENEL, *Palinogenesia*, I, 1167, § 1197 sotto la rubrica *De stipulationibus et liberationibus*.

fosse stato un terzo in errore, credendo di essere lui l'effettivo debitore, allora la ripetizione gli sarebbe stata accordata. Se, invece, mancava l'errore, il pagamento era dovuto.

Nello stesso senso pare da interpretare un altro testo dello stesso giurista:

D.12,6,8 (Paul. 6 *ad Sab.*): *Quod nomine mariti, qui solvendo non sit, alius mulieri solvisset, repetere non potest. adeo debitum esset mulieri* ⁽⁶¹⁾.

È questo il caso della moglie che riceve un pagamento per conto del marito da parte di un terzo. Esso era dovuto, perché fu pagato da un terzo per conto del marito, ma — come nel caso precedente — anche qui sembra potersi desumere *a contrario* che, se il terzo avesse pagato alla *mulier* non per conto del vero debitore, ma per errore, nella convinzione di essere lui l'effettivo debitore, si sarebbe trattato di indebito.

Da questi due testi, a mio modo di vedere, si potrebbe inferire che la linea di confine fra indebito *ex persona solventis* e adempimento del terzo sia da individuarsi nello stato psicologico del *solvens*: se questi avesse creduto erroneamente di essere l'effettivo debitore, avrebbe pagato un indebito; se, invece, avesse operato per conto altrui, avrebbe adempiuto una prestazione dovuta. Ma, allora, potrebbe anche affermarsi che l'ipotesi particolare di adempimento del terzo, arricchita dal fatto che il terzo credeva erroneamente di essere *debitor*, sia da qualificare come indebito soggettivo.

Si potrebbe a questo punto congetturare che forse proprio da Paolo sia provenuto un consistente stimolo ad ampliare il concetto di *causa condictendi*. Infatti, visto che si individuava già una *causa condictendi* nel caso in cui alla base della *datio* non vi era alcun vincolo obbligatorio, a Paolo si potrebbe attribuire il merito di essersi domandato, nel quattordicesimo libro *ad Plautium* e nel sesto *ad Sabinum*, se si potesse parlare di

⁽⁶¹⁾ Secondo LENEL, *Palingenesia*, I, 1270, § 1744 — che ritiene possibile (cfr. nt. 3) che il passo, anziché del sesto libro paolino *ad Sabinum*, facesse parte del settimo, riguardante interamente il *ius dotium* — l'oggetto del pagamento effettuato sarebbero stati beni dotali. Sul passo si vedano APATHY, *Procurator*, 86 nt. 74 e STURM, *Julian D.24,1,39*, 138 nt. 76.

inesistenza dell'obbligazione anche nel caso di adempimento di un terzo che ignorava di non essere il debitore. Lo stesso giurista sarebbe, perfino, giunto, nel diciassettesimo libro *ad Plautium* (D.12,6,65,9), a decidere esplicitamente che, nel concetto di indebito, fosse da ricomprendere non solo l'ipotesi del pagamento del non debitore, ma anche — estendendo ancora di più la gamma di fattispecie — l'ipotesi del pagamento fatto al non creditore.

49. (Segue): *l'errore del solvens*.

Per lungo tempo la discussione in dottrina sulla necessità o meno dell'*inscientia* ai fini dell'esperibilità della *condictio indebiti* ha assunto toni alquanto accesi. Se in un primo momento si richiedeva che l'errore fosse scusabile, escludendosi così l'errore di diritto⁽⁶²⁾, in prosieguo di tempo si sostenne che anche l'errore di diritto potesse legittimare alla ripetizione⁽⁶³⁾.

Poi ci fu il ripudio di ogni tesi precedente e la decisa proclamazione del carattere insitico della menzione dell'errore in ogni testo classico, in quanto l'*error* avrebbe costituito un presupposto essenziale dell'obbligo di restituzione solo nel diritto giustiniano⁽⁶⁴⁾.

Una posizione di compromesso è stata assunta da chi, invece, ha ritenuto che l'errore fosse presente nella maggior parte dei casi di *solutio indebiti*, senza però, allo stesso tempo, costituire un requisito essenziale dell'obbligazione da indebito⁽⁶⁵⁾. La linea portante di tale tesi sarebbe costituita dalla di-

⁽⁶²⁾ Cfr., per tutti, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* [trad. it. Fadda-Bensa], II, Torino, 1925, 653 e nt. 13, § 426.

⁽⁶³⁾ Così VASSALLI, *Iuris et facti ignorantia*, 27 ss. e VOCI, *L'errore*, 130 ss.

⁽⁶⁴⁾ L'idea di BESELER, *Juristische Miniaturen*, Aalen, 1987 [rist. Leipzig, 1928], 124 ss. e *Miscellanea Graecoromana*, in Studi Bonfante, 2, Milano, 1930, 69 nt. 7 fu ampiamente sviluppata da SOLAZZI, *L'errore*, 99 ss. (su cui, però, già GROSSO, in SDHI, 6, 1940, 413 ss. e KADEN, in ZSS, 61, 1941, 473 ss. erano critici); IDEM, *Ancora sull'errore*, 55 ss. e IDEM, *Le condictiones*, 1 ss. Sembra aderire alle posizioni di Solazzi ARCHI, *Variazioni*, 335, in particolare 344. *Contra* si veda la risposta a Solazzi di VOCI, *In tema di errore*, 82 ss.

⁽⁶⁵⁾ SANFILIPPO, *Condictio*, specie 97 s.

mostrazione che l'obbligazione da indebito sorgerebbe non dall'atto e dal momento della *solutio*, ma dal momento (non sempre con quello coincidente) della mancanza della *iusta causa retentionis* (66), da cui la conclusione che l'errore del *solvens* non doveva considerarsi quale un requisito essenziale per il sorgere dell'obbligazione.

Quali problemi crei un'interpretazione di questo genere è già stato opportunamente posto in evidenza (67) non solo per i delicati interrogativi che pone (come quello relativo all'appiglio concettuale in base al quale la giurisprudenza postclassica sarebbe arrivata a rovesciare la costruzione dogmatica e avrebbe richiesto, quindi, come essenziale la presenza dell'errore) (68), ma soprattutto perché dalle fonti sembra emergere che fosse il *datum sine debitum*, e non il semplice *retentum sine causa*, a determinare l'obbligo della restituzione (69).

Peraltro tali polemiche sembrano essere state sopite dalla convincente dimostrazione del fatto che l'errore, in diritto classico, fosse un requisito indispensabile dell'obbligazione da indebito (70) e, più precisamente, un requisito negativo e non positivo, nel senso che la prova della *scientia* del *solvens* sarebbe stata a carico del convenuto (71). Per *condicere* cioè il *solvens* avrebbe dovuto provare sul piano processuale solo la circostanza del pagamento e la presenza di una valida *causa condicendi*, mentre la sua *inscientia* sarebbe risultata presunta.

La « querelle » pare ormai risolta in modo definitivo, tanto che può definirsi senz'altro maggioritaria l'opinione secondo cui l'*error solventis* costituisca il terzo presupposto necessario per agire per la ripetizione dell'indebito.

Dopo avere sommariamente riferito gli esiti del lungo e

(66) SANFILIPPO, *Condictio*, 87 ss.

(67) Così GUARINO, *Rec. a Sanfilippo*, 244 ss.

(68) GUARINO, *Rec. a Sanfilippo*, 249.

(69) GUARINO, *Rec. a Sanfilippo*, 260.

(70) SCHWARZ, *Die Grundlage*, 65 ss., con cui concordano anche TALAMANCA, *Rec. a SCHWARZ*, 167 s. e A. D'ORS, in RIDA, 1, 1954, 533 ss. Sul punto si veda, inoltre, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, 596 nt. 36.

(71) È questo l'orientamento ora dominante in letteratura, che considera l'errore quale « negative Anspruchsvoraussetzung » della *repetitio indebiti*, perché la *scientia* del *solvens* avrebbe avuto l'effetto di paralizzare la *condictio*: cfr., per tutti, SCHWARZ, *Die Grundlage*, 96 ss.

travagliato dibattito tra gli studiosi in relazione al requisito dell'errore, sembra possibile, alla luce delle esegesi svolte, aggiungere una considerazione. Sul punto ci si era soffermati solo incidentalmente, ma è emerso in particolare da un testo, e cioè da D.12,6,47 (Cels. 6 *dig.*) ⁽⁷²⁾, che l'errore non andasse dimostrato in capo al *solvens*. Infatti si è constatato che Celso valutava lo stato di ignoranza non in capo al fideiussore, autore materiale del pagamento, bensì in capo a colui per conto del quale il pagamento era stato effettuato.

Ora, sebbene si tratti di una soluzione casistica di cui non si trova altro così esplicito riscontro, è però lampante la logicità della stessa. Infatti, nel caso in cui il *solvens* si identificava con il soggetto legittimato ad esperire la *condictio*, ai fini dell'esperibilità dell'azione sarebbe importato senza dubbio lo stato di *inscientia* del *solvens*-attore. Ma la situazione si sarebbe presentata in termini diversi nel caso di un rapporto « trilaterale debole », come quello in cui, intervenendo un fideiussore nel pagamento, autore di quest'ultimo e attore della *condictio* non coincidessero. In tale caso che importanza avrebbe rivestito lo stato psicologico dell'autore del pagamento? Soprattutto, considerando l'inversione dell'onere della prova sullo stato psicologico del *solvens*, sarebbe risultato paradossale per il convenuto dovere provare lo stato di *scientia* di chi non era parte del giudizio.

Parimenti, anche il pensiero di Papiniano riportato in D.12,6,59 (Pap. 2 *def.*) ⁽⁷³⁾ sembra potersi meglio interpretare alla luce di queste considerazioni. Infatti, nel caso di due distinti pagamenti sembrava essere rilevante, ai fini dell'esperibilità dell'azione di ripetizione, solo l'errore del fideiussore, che era *solvens* e attore della *condictio* e non, invece, quello del debitore principale, il quale, pur *solvens*, ma non attore della *condictio*, avrebbe benissimo potuto essere *sciens*, senza produrre alcuna conseguenza sull'applicabilità del rimedio processuale; ma da ciò si potrebbe trarre forse un indizio del fatto che, nel testo *de quo*, l'inciso *per errorem* riferito allo stato psi-

⁽⁷²⁾ Si veda, in particolare, *supra* § 39.

⁽⁷³⁾ Cfr. *supra* § 41.

cologico del debitore principale fosse anche attribuibile alla mano compilatoria.

Si potrebbe, a questo punto, sostenere non solo che la soluzione celsina fosse la più ragionevole, ma anche che essa fu probabilmente condivisa dai suoi successori. In effetti, nelle altre numerose fattispecie considerate in cui un *alius* pagava per conto del presunto debitore, non si fa di regola cenno alcuno all'errore, per cui non risulta possibile verificare se l'errore stesso fosse da individuare in capo al *solvens* o in capo all'*alius*. Ma allora, oltre che dalla ragionevolezza della decisione di D.12,6,47, proprio dal silenzio delle altre fonti — nonostante la cautela che deve sempre adottarsi di fronte agli argomenti *e silentio* — si potrebbe desumere che la soluzione celsina non avrebbe suscitato particolari dubbi o discussioni e sarebbe stata, in sostanza, accolta di buon grado dal resto della giurisprudenza.

Ne deriverebbe altresì che, nel caso di pagamento indebito per conto altrui, lo stato di ignoranza era, dunque, da verificare solo in capo a colui cui competeva il rimedio processuale, con la conseguenza che, sul piano processuale, l'accipiente avrebbe dovuto provare, come fatto impeditivo della *repetitio*, la *scientia* non già del *solvens*, ma dell'*alius* che esperiva l'azione.

Si può dire, in definitiva, come già per la *datio* e per la *causa condicendi*, che, anche in relazione all'errore, non è opportuno rappresentare tale requisito troppo rigidamente, in modo tale cioè da affermare che, secondo i *prudentes*, la *condictio* sarebbe stata accordata in favore dell'*indebitum solvens* solo ed esclusivamente se fosse stato *insciens*. Il citato frammento celsino dimostrerebbe, invece, che l'azione era esperibile a condizione che il legittimato attivo — e non necessariamente il *solvens* — avesse ignorato il carattere non dovuto della *solutio*.

50. *La condictio indebiti quale sanzione dell'obbligazione di restituzione dell'id quod pervenit.*

Nonostante la massima prudenza con cui è d'obbligo tentare di proporre delle conclusioni nell'ambito del tormentato

argomento delle *condictiones*, sembrerebbe lecito sostenere che i presupposti applicativi della *condictio indebiti* siano più da ricostruire nel loro profilo diacronico che da interpretare troppo dogmaticamente. La casistica giurisprudenziale presenterebbe, infatti, una gamma così varia e multiforme di fattispecie da non consentire la riduzione dei requisiti di applicazione a canoni eccessivamente rigidi. Del resto, è noto che il modo di formazione del diritto al quale i classici davano la preferenza, ovvero il cauto e lento progresso sulla scorta dei casi pratici ⁽⁷⁴⁾, non era rivolto alla creazione di un sistema normativo necessariamente unitario quanto piuttosto all'esame e alla soluzione di singoli problemi concreti nascenti dalla realtà sociale, a prescindere da aprioristiche preoccupazioni teoriche.

Peraltro, anche ad ammettere che la giurisprudenza ne intendesse i requisiti applicativi in relazione più alla risoluzione di singole fattispecie che alla formulazione di criteri immutabili e astratti, non deve meravigliare che la *condictio*, quale sanzione di un'attribuzione patrimoniale indebita, fosse ritenuta un rimedio comunque imperfetto ⁽⁷⁵⁾. Ciò si verificò non solo perché tale azione era appunto esperibile esclusivamente in presenza di determinate circostanze, ma anche perché era concepita — ed è questo il secondo profilo che qui specialmente interessa in modo strettamente intrecciato al primo — quale sanzione di un obbligo di restituzione e non dell'indebito arricchimento in quanto tale. Perciò è logico che talvolta tale caratteristica avrebbe impedito di ricostituire l'equilibrio degli interessi in gioco, dato che l'azione, sanzionando l'obbligazione di restituire la cosa oggetto dello spostamento patrimoniale, avrebbe consentito di tenere conto solo degli effetti di tale spostamento e non, invece, anche di perseguire l'arricchimento generico della parte.

Ora, come è pressoché unanimemente condiviso fra gli studiosi, la limitazione della *condictio* alla restituzione dell'*id quod pervenit* non vide mai, in età classica, un vero e proprio superamento ⁽⁷⁶⁾. Fu unicamente in età giustiniana che non

⁽⁷⁴⁾ Sono queste le celeberrime parole di SCHULZ, *I principi*, 15.

⁽⁷⁵⁾ Si vedano, al riguardo, le chiare pagine di BURDESE, *Manuale*, 505 ss.

⁽⁷⁶⁾ Sul punto si veda già *supra* §§ 4-5. Ovviamente la questione interessa qui

solo si generalizzarono i principi applicativi della *condictio*, ma si uniformò anche la funzione delle *condictiones*, che furono dirette al perseguimento dell'altrui arricchimento. In conseguenza di ciò la ripetibilità dell'indebito arrivò a costituire solo uno dei molti campi di applicazione della nozione di arricchimento, a cui si dette generica rilevanza indipendentemente dalla sua provenienza negoziale.

Tuttavia si è di recente persuasivamente sostenuto che già la giurisprudenza classica avesse elaborato, oltre alla *condictio*, anche un altro mezzo per reagire di fronte agli spostamenti patrimoniali non dovuti (77). Si ritiene, infatti, che i *prudentes* arrivarono a concepire un rimedio nella prospettiva dell'*in rem versio*: non si sarebbe trattato, però, di un'azione di ingiustificato arricchimento, ma più semplicemente di una soluzione di tipo economico, anzi contabile, che si realizzava nel fatto che un certo valore si trovava ad entrare in un certo patrimonio. Ciò avrebbe costituito un arricchimento dello stesso, il quale sarebbe venuto in considerazione nel suo concreto ammontare unicamente « per dar misura alla *taxatio* apposta (in modo espresso o no nella formula) alla *condemnatio* di un'azione » (78), che poteva anche essere la *condictio*. In tale caso il magistrato, invitando il giudice a condannare il convenuto a *dare*, una volta verificata la sussistenza delle condizioni indicate nella *formula*, avrebbe imposto che, in ogni caso, la condanna pecuniaria non superasse certi limiti.

solo nella prospettiva della sanzione dell'indebito arricchimento in relazione alla sua provenienza negoziale (con particolare riferimento alla eventuale non identità dei soggetti coinvolti nella situazione sostanziale e in quella processuale) e non, invece, nella prospettiva dell'oggetto della restituzione e, quindi, dell'ammontare della *condemnatio*, argomento che richiederebbe un approfondimento e una discussione nel quadro di un'autonoma ricerca; sul *quantum* l'accipiente era tenuto a restituire, se soccombente nella *condictio* classica, si veda, per tutti, SCHWARZ, *Die Grundlage*, 273.

(77) In tale senso CANNATA, *Il diritto romano*, 54 ss. e, in particolare, 58, ha prospettato uno dei temi di diritto romano forse più controversi in letteratura, quale appunto quello dell'arricchimento ingiustificato.

(78) Così CANNATA, *Il diritto romano*, 58 s. Nonostante l'opinione di KASER-HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 316 sembri propendere per un'interpretazione restrittiva dell'applicazione della *taxatio*, è autorevolmente sostenuta anche l'opinione per cui la *taxatio* potesse integrare, oltre che una *condemnatio incerta*, una *certa*, quale era senza dubbio la *condemnatio* dell'*actio certae creditae pecuniae*: in tale senso TALAMANCA, *Processo civile*, 37 nt. 265 e nt. 268, nonché IDEM, *Istituzioni*, 312.

Ora, proprio l'integrare la *condemnatio* con una *taxatio* avrebbe costituito l'utile « escamotage » che consentiva al pretore di tenere conto dell'aumento patrimoniale effettivamente conseguito dall'accipiente. Ne deriverebbe che, sebbene questa soluzione non si sia mai tradotta in una specifica autonoma azione di arricchimento, in determinate decisioni casistiche i *prudentes* accordarono verosimilmente proprio la *condictio* nella logica dell'*in rem versio*, con il risultato di concedere uno strumento processuale che funzionava, in un certo senso, quale un'azione di arricchimento.

Alla luce di queste riflessioni, sembra possibile precisare che, quando si parla in generale di fattispecie applicative della *condictio*, è necessario pensare a due diverse prospettive di impiego di tale rimedio processuale: da un lato la *condictio*, come verosimilmente avveniva nella maggior parte dei casi e sicuramente nelle ipotesi più risalenti nel tempo, poteva venire impiegata in funzione restitutoria della diminuzione patrimoniale; dall'altro, ad un certo punto la stessa azione avrebbe cominciato ad essere esperita per il solo fatto che un certo valore fosse entrato a fare parte di un certo patrimonio, indipendentemente dalla provenienza negoziale dell'arricchimento risultante. In quest'ultimo caso, però, pur trattandosi sempre di *condictio*, l'azione si sarebbe delineata sotto il diverso profilo dell'*in rem versio*.

Ora, tornando alle fattispecie applicative della *condictio indebiti*, pare opportuno vagliare i risultati dell'indagine, condotta sull'*indebitum solutum* nel caso di intervento di un terzo, nella prospettiva di una duplice lettura del rimedio della *condictio*. Quasi si trattasse del « Pudelkern » dell'intera ricerca, sembra possibile affermare che la legittimazione di un *alius* a *condicere*, così come il chiamare un *alius* a restituire, potrebbero, in sostanza, interpretarsi come un tentativo di apertura del sistema verso una più adeguata sanzione dell'obbligazione *ex indebiti solutione*. Infatti, dalle fonti esaminate risulta come spesso la ripetizione fosse accordata a chi non era l'autore del pagamento o contro chi non ne era l'accipiente materiale e, sebbene questo profilo non riguardi l'oggetto della ripetizione, è difficile negare che esso comportasse una tutela più diretta e anche più equa del soggetto che sopportava lo spostamento patrimoniale. E proprio la legittimazione di un *alius* a ripetere o

a restituire potrebbe spiegarsi alla luce dell'esigenza di impiegare un criterio più libero e flessibile di quello che la giurisprudenza precedente aveva costruito con riferimento alla *condictio* in genere e potrebbe, quindi, essere riconsiderata nella prospettiva della *in rem versio*, cioè in quella logica per cui la *condictio* avrebbe potuto non solo eliminare gli effetti dello spostamento patrimoniale non dovuto, ma anche perseguire un più generico arricchimento dell'accipiente. Dunque, se la condanna del convenuto *in id quod pervenit*, e non *in quantum locupletior factus est*, fosse rimasta una costante di tutta l'età classica, proprio l'individuare un *alius* quale legittimato attivo o passivo alla *condictio* avrebbe potuto consentire di disporre di una chiave utile per arrivare al definitivo superamento della tipicità delle ipotesi applicative della *condictio* e alla generalizzazione di quest'ultima come sanzione della « Bereicherung in sonstiger Weise », che si verificherebbero in età giustiniana.

In definitiva, cercando ora di riunire e intrecciare tra loro tutti i fili dell'indagine, si potrebbe tentare una ricostruzione del corso dell'elaborazione giurisprudenziale sull'ambito applicativo della *condictio indebiti*. Da una parte, i giuristi avrebbero ampliato i presupposti applicativi della *condictio* ⁽⁷⁹⁾, dall'altra, con la logica dell'*in rem versio*, avrebbero via via anche ammesso una funzione della stessa *condictio* diversa da quella meramente restitutoria.

Invero questi due aspetti non sono che due profili di uno stesso fenomeno. Infatti, sia una « dilatazione » del concetto di *datio*, sia una « evaporazione » del vincolo di restituire solo l'*id quod pervenit* possono collocarsi nella logica della sanzione dell'arricchimento ingiustificato indipendentemente dalla sua provenienza negoziale.

In un simile quadro la soluzione giurisprudenziale « *alius solvit alius repetit* » risulta inserirsi a pieno titolo. Infatti legittimare un terzo diverso dal *dans* alla ripetizione (così come chiamare un terzo diverso dall'*accipiens* a restituire) sembra porsi nella prospettiva della « dilatazione » del concetto di *datio*, in quanto implica abbandonare il rigido criterio applicativo della *condictio* a favore o contro i soggetti coinvolti dalla *datio*,

(79) Cfr. *supra* §§ 47 ss.

a vantaggio di una soluzione processuale volta a chiamare in causa i portatori di un interesse sostanziale meritevole di tutela. Allo stesso tempo, riconoscere che un *alius* agisca per la ripetizione (o ne fosse convenuto) si colloca nella prospettiva della « evaporazione » del vincolo di restituire solo *l'id quod pervenit*, in quanto comporta, sotto il profilo dell'oggetto della restituzione, che si conceda tutela a favore del soggetto effettivamente depauperato (o contro quello effettivamente arricchitosi) e non ci si limiti, invece, a considerare chi aveva materialmente effettuato il pagamento (o chi l'aveva materialmente percepito).

51. *Ulpiano e Modestino: due logiche a confronto.*

51.1. È così giunto il momento di chiudere il cerchio, tornando a riflettere sul problema interpretativo che ha costituito il punto di avvio di questo lavoro, ovvero il confronto tra le due testimonianze di Ulpiano e di Modestino, le quali sembrerebbero attestare i termini in cui si prospettava, in giurisprudenza, il problema della determinazione della legittimazione alla *condictio indebiti* non solo con riferimento a singoli istituti, ma anche su un piano più generale ⁽⁸⁰⁾:

D.12,6,5 (Ulp. 16 *ad Sab.*): *Nec novum, ut quod alius solverit alius repetat. nam et cum minor viginti quinque annis inconsulte adita hereditate solutis legatis in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est.*

D.12,6,49 (Mod. 3 *reg.*): *His solis pecunia condictitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit.*

Per cercare di intendere in profondità il significato dei due frammenti qui ritrascritti, può essere fecondo di risultati tentare di rappresentare da un punto di vista storico quale fosse, al riguardo, la posizione dei due giuristi di età severiana rispetto a quel pensiero giurisprudenziale precedente che è gra-

⁽⁸⁰⁾ Cfr. *supra* § 2.

dualmente affiorato proprio nei diversi criteri di risoluzione casistica emersi nel corso delle esegesi condotte ⁽⁸¹⁾.

51.2. Soffermando *in primis* l'attenzione sulla fattispecie ulpiana di D.12,6,5 e, quindi, sul piano della legittimazione attiva alla *condictio indebiti*, è evidente che, nel caso ivi descritto, le parti del rapporto inerente alla *datio* non coincidessero con quelle del rapporto di ripetizione; infatti il legatario non aveva ricevuto il pagamento da chi poi avrebbe esperito l'azione, ma dall'erede apparente. Se ne potrebbe, allora, desumere che, con riferimento alla fattispecie discussa in D.12,6,5, Ulpiano non intendesse deciderla applicando lo schema logico senz'altro più consolidato — e più restrittivo — della restituzione di quanto dato, bensì quello forse meno risalente — ma più generale — dell'arricchimento (non proveniente da un negozio intervenuto tra le parti).

Peraltro, che, in giurisprudenza, la soluzione ulpiana non costituisse un'innovazione, ma si collocasse sulla scia di un orientamento di pensiero già esistente, pare attestato non solo dall'espressione *Nec novum* con cui il passo esordisce, ma soprattutto da testimonianze precedenti a quella ulpiana, nelle quali si riscontra come non di rado a ripetere potesse essere un soggetto diverso dal *solvens*.

Ora, con tutte le riserve del caso, sembra utile presentare una ricostruzione storica delle linee evolutive del pensiero giurisprudenziale antecedente rispetto alla presa di posizione di Ulpiano, così come risulta dalle più significative testimonianze incontrate.

Sulla base di alcune attestazioni che si potrebbero definire ispirate alla logica restitutoria, già a partire da Labeone — come mostra D.12,6,6 *pr.* (Paul. 3 *ad Sab.*) ⁽⁸²⁾ — i giuristi si sarebbero trovati ad affrontare problematicamente fattispecie « trilaterali » di *indebitum solutum* nell'ambito di diverse materie.

A quanto pare, però, solo con Giuliano — come risulta da D.12,6,6,3 in tema di intervento di un *procurator* e di un tuto-

⁽⁸¹⁾ Cfr., per una sintesi, *supra* § 46.

⁽⁸²⁾ Cfr. *supra* §§ 13.

re ⁽⁸³⁾ — sarebbe cominciato ad emergere con una certa chiarezza l'orientamento secondo cui legittimata alla *condictio* poteva essere anche una persona diversa dal *solvens*.

Lo stesso Giuliano, in D.39,5,2,4 (Iul. 60 *dig.*) e, citato da Ulpiano, in D.44,4,7,1 (Ulp. 76 *ad ed.*) ⁽⁸⁴⁾, non pare rimanere ancorato al criterio risolutivo tipico in materia di delegazione, per cui a ripetere, in caso di vizio del rapporto di provvista, doveva essere sempre il delegato (*solvens*) nei confronti del delegante (*accipiens*) e, in caso di vizio del rapporto di valuta, il delegante (*solvens*) nei confronti del delegatario (*accipiens*). Infatti, nell'ipotesi in cui contemporaneamente i due rapporti causali della fattispecie delegatoria concretassero una *solutio indebiti*, il giurista sosteneva che a potere agire era il delegato nei confronti del delegatario, mostrandosi incline a derogare — ove necessario — a quel principio, per cui la *condictio* doveva spettare sempre al *solvens* nei confronti dell'*accipiens*.

Tra le decisioni di maggior rilievo si segnala, peraltro, anche quella di D.12,6,57 *pr.* (Pap. 3 *resp.*) ⁽⁸⁵⁾, in tema di tutela, in cui Papiniano si sarebbe trovato a ribadire in termini generali la legittimazione a *condicere* di un soggetto diverso dal *solvens*, enunciando un principio che, nonostante qualche applicazione, forse in giurisprudenza incontrava ancora resistenza.

Peraltro, forse uno dei primi avvertimenti dell'esigenza di un superamento della logica restitutoria sembra individuabile addirittura in Proculo, stando a quanto si legge in D.12,6,53 (Proc. 7 *epist.*) ⁽⁸⁶⁾. Nel passo, se si vuole credere alla genuinità sostanziale della parte finale, il giurista avrebbe, infatti, avvertito l'opportunità di una forma di tutela più equa, che consentisse di difendere le ragioni di chi in concreto avesse subito la diminuzione patrimoniale. In altri termini Proculo, sebbene non sembri essere arrivato ad ammettere l'operatività dell'*in rem versio*, avrebbe in certo qual modo intravisto una soluzione nuova e precorso i tempi, dichiarando *benignius* e *utilius* uno

⁽⁸³⁾ Cfr. *supra* § 14 e § 27.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. *supra* § 10.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. *supra* § 28.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. *supra* § 5.

strumento di tutela *recta via* del soggetto effettivamente depauperato.

Un'altra soluzione, che sembra collocarsi nella logica dell'*in rem versio*, è quella di D.46,3,66 (Pomp. 6 *ex Plaut.*)⁽⁸⁷⁾. Nel testo, se si accoglie l'interpretazione proposta, la concessione di un'azione *in quantum locupletior factus est* contro il pupillo, che *sine tutoris auctoritate* aveva delegato a pagare il non dovuto, parrebbe rappresentare una forma efficace di sanzione dell'indebito arricchimento, volta alla ricostituzione del giusto equilibrio degli interessi in gioco.

Anche Scevola, D.12,6,61 (Scaev. 5 *resp.*)⁽⁸⁸⁾, nonostante alcuni dubbi interpretativi che il passo crea, sembra avere previsto una forma di tutela che supera la logica restitutoria: l'azione per la ripetizione veniva accordata non ai tutori che avevano pagato, né al pupillo per cui conto si era pagato, ma ai creditori del patrimonio ereditario, che risultavano essere i soggetti effettivamente depauperati da una *solutio*, che, secondo il diritto pretorio, non aveva tenuto conto delle loro pretese.

Sarebbe stato comunque Ulpiano a dare, per la prima volta, una definitiva rilevanza generale ad un problema in precedenza emerso solo con riferimento a singoli ed eterogenei istituti, esplicitando, appunto in D.12,6,5, che la ripetizione da parte di un *alius* non fosse per nulla inusuale. Ammettendo che il giurista severiano si fosse trovato ad enunciare una soluzione già diffusa nella prassi, ciò proverebbe che la logica restitutoria poteva talvolta essere decisamente inadeguata a risolvere fattispecie di *indebitum solutum* con intervento di terzi. Del resto, se tale limite non si appalesava nell'ambito di rapporti bilaterali in cui un soggetto pagava e uno riceveva il pagamento indebito, era piuttosto nei casi di intervento di un *alius* nel rapporto solutorio che ad un certo punto dovette essere sentita l'esigenza di ricercare una nuova *ratio decidendi*, atta a superare la rigidità dello schema restitutorio.

51.3. Spostando ora l'attenzione sul frammento di Mode-

⁽⁸⁷⁾ Cfr. *supra* § 4.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. *supra* §§ 30 ss.

stino e, quindi, sul piano della legittimazione passiva, non sembra potersi negare che esso ribadisca al riguardo il criterio risolutivo più tradizionale. Infatti, secondo tale giurista, l'azione di ripetizione sarebbe stata esperibile sempre e soltanto nei confronti degli effettivi accipienti, e non, invece, nei confronti di coloro che dal pagamento avevano derivato qualche vantaggio. Non sfugge così che la soluzione prospettata dall'ultimo grande giurista severiano risulti ancora ispirata saldamente alla logica restitutoria tipica della *condictio*. Pertanto, pur restando sul piano delle congetture, potrebbe essere lecito inferire dal passo di Modestino che, ancora sul finire dell'età classica, il superamento dello schema logico restitutorio, volto ad ammettere stavolta quale legittimato passivo alla *condictio* un soggetto diverso dall'*accipiens*, non fosse da tutti condiviso.

Sembra utile, anche a questo proposito, rappresentare sinteticamente le testimonianze di maggiore rilievo, che avrebbero preceduto al riguardo il principio enunciato da Modestino.

Più o meno esplicitamente tutti i passi considerati in tema di *procurator-accipiens* — D.12,6,6,1-2 (Paul. 3 *ad Sab.*)⁽⁸⁹⁾, D.12,4,14 (Paul. 3 *ad Sab.*)⁽⁹⁰⁾, D.12,6,57,1 (Pap. 3 *resp.*)⁽⁹¹⁾, D.46,8,22 *pr.* (Iul. 52 *dig.*)⁽⁹²⁾ e D.47,2,81,5 (Pap. 12 *quaest.*)⁽⁹³⁾ — riconoscono nel *dominus*, in presenza di *iussum* o ratifica, l'unico legittimato passivo alla *condictio indebiti*, sebbene il materiale accipiente dell'indebito fosse stato il *procurator*. Sulla medesima linea di pensiero si potrebbe ritenere che, anche nel caso di pagamento al tutore, a dovere essere convenuto fosse il pupillo, benché si tratti di materia in cui l'assenza di fonti specifiche sul punto impedisce di trasformare simile congettura in affermazione definitiva.

Risulta comunque evidente che, anche con riferimento all'*alius-accipiente*, i testi esaminati prevedono la legittimazione passiva alla *condictio* di un soggetto diverso dall'accipiente. Tuttavia qui le fonti non sembrano mai attestare — come, in-

⁽⁸⁹⁾ Cfr. *supra* §§ 18-19.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. *supra* § 20.

⁽⁹¹⁾ Cfr. *supra* § 23.

⁽⁹²⁾ Cfr. *supra* § 21.

⁽⁹³⁾ Cfr. *supra* § 22.

vece, sembra accadere per il caso dell'*alius-solvens* — un più estensivo uso della *condictio*, volto anche al perseguimento di un arricchimento che non provenisse da un negozio intervenuto tra le parti. Del resto Modestino, con l'affermazione di D.12,6,49 — almeno per quanto del suo pensiero è pervenuto per tramite dei compilatori giustinianeî — mostrava di essere alieno da qualunque preoccupazione di ricostituzione del giusto equilibrio degli interessi in gioco, restando fermo nella convinzione che gli accipienti dovessero essere gli unici possibili convenuti dell'azione di ripetizione.

In sostanza, tale giurista, precisando che legittimati passivi alla *condictio* potevano essere solo gli *accipientes*, non solo avrebbe dimostrato di preferire continuare ad aderire al più tradizionale e rigido concetto di *condictio*, volta unicamente a rimuovere gli effetti di un indebito spostamento patrimoniale, ma avrebbe anche fatto un passo indietro rispetto ad altre opinioni giurisprudenziali, secondo le quali, in alcuni casi, in giudizio poteva essere convenuto anche un soggetto diverso da colui che aveva ricevuto il pagamento.

51.4. In conclusione si potrebbe, quindi, affermare che, in tema di legittimazione attiva alla ripetizione, il caso di D.12,6,5, pur concernente una fattispecie particolare, sembra essere risolto applicando un criterio di uso comune e verosimilmente di generale applicazione, il quale — come si arguisce tanto dall'impiego dell'espressione *Nec novum*, quanto dalle testimonianze precedenti — non doveva affatto apparire sorprendente ad Ulpiano.

Invece, in tema di legittimazione passiva alla *condictio*, il passo di D.12,6,49 di Modestino, che — sulla base del testo riportato dai compilatori giustinianeî — non è possibile riferire ad una precisa fattispecie, sembra presentare solo una generica ipotesi applicativa, il cui dato testuale, stringato ed astratto, non rende possibile desumere che la relativa soluzione fosse diffusa e comunemente accettata dal resto della giurisprudenza. Peraltro, altrove sembra emergere che soluzioni diverse da quella di Modestino, e meno vincolate ad una prospettiva così rigida, fossero comunque attestate.

Si può, pertanto, affermare che, se, da un lato, Ulpiano in certo qual modo contribuì a dare una consistente spinta verso

l'abbandono della logica restitutoria sotto il profilo della legittimazione attiva, dall'altro lato, per quanto riguarda l'ipotesi speculare dell'*alius-accipiens*, l'ultimo corifeo della grande giurisprudenza severiana avrebbe, invece, scelto di continuare ad aderire alla logica restitutoria tipica della *condictio*, volta a perseguire solo la ripetizione dell'*id quod pervenit* nei confronti di chi l'avesse materialmente ricevuto. Se ne potrebbe desumere che, benché la soluzione « *alius solvit alius repetit* » abbia verosimilmente trovato già una certa significativa diffusione nell'ambito del dibattito giurisprudenziale, un definitivo superamento della logica restitutoria, perlomeno per tutta l'età classica, probabilmente non si ebbe mai.

Giuffrè, Editore

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE

I. FONTI PREGIUSTINIANEE		7,2,3,2	19 nt. 46
		12,1,19,1	186 nt. 102
<i>Gaii Institutiones</i>		12,4	7; 26; 110; 113
		12,4,3,7	210 nt. 57
2,83	184	12,4,9 <i>pr.</i>	50 nt. 64
2,283	13; 82	12,4,9,1	45 ss.; 55; 66
3,91	7; 186 ss.; 249	12,4,14	105 nt. 97; 109
4,17b-18	5 nt. 7		ss.; 118; 119; 120
			nt. 143; 130 ss.;
<i>Epitome Ulpiani</i>			143; 268
		12,5	7
2,2	36 nt. 25	12,5,6	247
24,33	13 nt. 29	12,6	6; 7; 20; 26; 37;
			38; 89; 139; 140;
<i>Fragmenta Vaticana</i>			183; 246
		12,6,2,1	12 nt. 24; 130
266	53 nt. 69; 181		nt. 175
	nt. 88	12,6,3	12 nt. 24
		12,6,4	12 nt. 24; 130
			ss.
II. FONTI GIUSTINIANEE		12,6,5	11 ss.; 139 nt.
			202; 174 nt. 75;
<i>Institutiones</i>			182; 238; 242;
			252; 264 ss.
3,14,1	7	12,6,6	77; 102; 138; 139
3,27,7	13 nt. 29	12,6,6 <i>pr.</i>	77 ss.; 87; 102;
			104; 105; 130
<i>Digesta</i>			ss.; 140; 198 nt.
			11; 265
3,5,3,4	32 nt. 19	12,6,6,1	102; 103 ss.; 105;
3,5,5,11	85 nt. 48		106; 110; 113;
4,4,22	17 ss.		130 ss.; 141; 268
4,4,25 <i>pr.</i>	174; 175 nt. 76;	12,6,6,2	89; 102; 104 nt.
	179		95; 106; 107 ss.;
5,2,8,16	12 nt. 24		110; 113; 127;
5,2,21,1	13 nt. 29		130 ss.; 142; 198
5,3,17	13 nt. 29		nt. 11; 268

12,6,6,3	86 ss.; 94; 101; 102; 130 ss.; 140; 149; 151 ss.; 181; 190; 240; 265	12,6,60 12,6,61	139 nt. 203 160 ss.; 176 ss.; 190; 252; 253; 267
12,6,7	139 nt. 202	12,6,65,9	9; 252; 254; 256
12,6,8	139 nt. 202; 255	12,6,67,1	149; 157 ss.; 190
12,6,10	139 nt. 202	12,6,67,2	98 ss.; 141; 149; 227 nt. 108
12,6,12	139 nt. 202	12,7	7; 245; 246; 247
12,6,13	139 nt. 202	12,7,1 <i>pr.</i>	243 ss.
12,6,14	139 nt. 202	13,1,1	94 nt. 68
12,6,15	139 nt. 202	13,1,18	93 ss.; 140
12,6,16	139 nt. 202	13,6,3 <i>pr.</i>	33 nt. 19
12,6,18	139 nt. 202	14,6,9,1	79 nt. 32
12,6,21	139 nt. 203	16,1,8,3	24; 51 ss.; 58; 67; 249
12,6,25	225 ss.; 230; 232; 235; 241	16,1,24,2	54
12,6,26,3	53; 181; 204 nt. 34; 251	16,2,4	134
12,6,32,1	213 ss.; 217; 225 nt. 104; 232; 251; 253	17,1,29,3	229 ss.; 233; 235; 241
12,6,38	221	23,4,3	136
12,6,38 <i>pr.</i>	221 nt. 90	24,1,3,12	19 nt. 46
12,6,38,3	221 ss.; 232; 235	26,1,1 <i>pr.</i>	148 nt. 4
12,6,38,4	223 nt. 98	26,7,27	152 nt. 14
12,6,44	254	26,8,1 <i>pr.</i>	32 nt. 19
12,6,47	53 nt. 68; 198 ss.; 219; 223; 224 nt. 100; 227 nt. 109; 231 ss.; 241; 251; 258; 259	26,8,5 <i>pr.</i>	32 nt. 19
12,6,49	20 ss.; 238; 242; 264 ss.	26,8,9,2	185 nt. 100; 185 nt. 101
12,6,51	13 nt. 29	29,1,36,2	12 nt. 24
12,6,53	35 ss.; 66; 69; 266	31,76,9	13 nt. 29
12,6,55	247 nt. 38	35,3,1,9	13 nt. 29
12,6,57 <i>pr.</i>	152 nt. 15; 153; 154 ss.; 181; 183; 190; 240; 266	35,5,31	79 nt. 32
12,6,57,1	109 nt. 111; 125 ss.; 142; 145; 268	39,5,2,3	64 nt. 103
12,6,59	216 ss.; 225 nt. 104; 227 nt. 108; 232; 234; 241; 253; 258	39,5,2,4	58 ss.; 67; 266
		42,5,6,2	171 nt. 71; 172 ss.; 190
		42,8,24	168 ss.; 190
		43,24,11,7	152 nt. 14
		44,4,7 <i>pr.</i>	64 nt. 103
		44,4,7,1	58 ss.; 67; 266
		44,5,1,9	56
		44,5,1,10	56
		44,5,1,11	56 ss.; 67; 251
		46,2,13	42 ss.; 66
		46,3,12,4	90 nt. 60
		46,3,49	90 nt. 60; 184 nt. 96

46,3,66	28 ss.; 44; 66;	24,6,49	21
	69; 267	24,6,53	40 s.
46,3,87	84	24,6,59	219
46,8,22 <i>pr.</i>	112 nt. 120; 114	24,6,61	179
	ss.; 143; 268		
47,2,43 <i>pr.</i>	111 nt. 116		
47,2,57,4	152 nt. 14		
47,2,67,3	184 nt. 96		
47,2,81,5	119 ss.; 143; 268		
47,2,81,6	120		
47,2,81,7	96 ss.; 113; 121		
49,17,9	19 nt. 46		
50,17,157 <i>pr.</i>	152 nt. 14		
50,17,180	24; 49 nt. 63		

Codex

4,5,4	13 nt. 29
4,5,6	92 nt. 63
6,30,22,5	166 s.

III. FONTI BIZANTINE

Basilicorum libri

24,6,6,3	88
24,6,47	207 ss.

IV. FONTI MEDIOEVALI

Glossa ordinaria

<i>gl.</i> 'solventes'	
<i>ad</i> D.12,6,6,3	88 nt. 55
<i>gl.</i> 'habere'	
<i>ad</i> D.12,6,67,1	158 nt. 33
<i>gl.</i> 'tutores'	
<i>ad</i> D.12,6,61	163 nt. 44
<i>gl.</i> 'indebitum'	
<i>ad</i> D.12,6,38,3	222 nt. 95

V. FONTI MODERNE

Codice civile italiano

art. 2033	10 nt. 22
art. 2036	10 nt. 22

Giuffrè, Editore

INDICE DEGLI AUTORI

(In corsivo vengono indicati i luoghi in cui l'opera è citata per la prima volta e, quindi, per esteso)

- ALBANESE *75 nt. 18; 123 nt. 156; 148 nt. 2; 218 nt. 86*
- ALBERTARIO *31 nt. 16; 39 nt. 37*
- ALONSO *4 nt. 5; 23 nt. 1; 24 nt. 2, 4; 29 nt. 11; 36 nt. 28; 44 nt. 52; 49 nt. 63; 51 nt. 65; 62 nt. 94; 78 nt. 27; 85 nt. 48; 96 nt. 74; 105 nt. 97; 107 nt. 106; 109 nt. 112; 110 nt. 115; 120 nt. 142; 126 nt. 163; 128 nt. 166, 169; 198 nt. 10*
- ANGELINI *72 nt. 5; 73 nt. 8, 9, 10, 12; 74 nt. 17; 84 nt. 45, 46; 94 nt. 69; 105 nt. 97; 106 nt. 103; 107 nt. 106; 108 nt. 108; 110 nt. 115; 111 nt. 118; 115 nt. 130, 131; 116 nt. 134; 119 nt. 141, 142; 120 nt. 143; 122 nt. 152; 124 nt. 158; 125 nt. 160; 126 nt. 163; 145 nt. 208*
- ANKUM *16 nt. 40; 97 nt. 77; 170 nt. 66; 171 nt. 67; 172 nt. 71; 210 nt. 57*
- APATHY *4 nt. 5; 9 nt. 19; 38 nt. 35; 72 nt. 5; 79 nt. 31; 80 nt. 34; 82 nt. 42; 83 nt. 43; 88 nt. 53; 89 nt. 57; 90 nt. 61; 92 nt. 62; 95 nt. 70; 96 nt. 74, 75; 120 nt. 142; 132 nt. 181; 195 nt. 5; 255 nt. 61*
- ARANGIO-RUIZ *72 nt. 5, 7; 229 nt. 111*
- ARCHI *2 nt. 5; 3 nt. 5; 46 nt. 56; 51 nt. 65; 62 nt. 94; 256 nt. 64*
- ASTOLFI *46 nt. 56*
- ASTUTI *3 nt. 5; 34 nt. 23*
- BARON *6 nt. 9*
- BECK *14 nt. 32*
- BEHRENDTS *72 nt. 5; 82 nt. 42; 104 nt. 94; 106 nt. 102; 107 nt. 106; 108 nt. 108; 126 nt. 163; 131 nt. 177; 132 nt. 180*
- BENEDEK *3 nt. 5*
- BENIGNI *46 nt. 56; 62 nt. 94; 244 nt. 21; 254 nt. 59*
- BERTOLINI *77 nt. 24; 94 nt. 69; 96 nt. 75; 111 nt. 115; 197 nt. 10*
- BESELER *2 nt. 5; 29 nt. 11; 49 nt. 63; 51 nt. 65; 62 nt. 94; 78 nt. 28; 94 nt. 69; 104 nt. 96; 107 nt. 106; 110 nt. 115; 115 nt. 127; 120 nt. 144; 122 nt. 151; 160 nt. 38; 170 nt. 66; 172 nt. 71; 175 nt. 76; 214 nt. 72, 73, 74; 216 nt. 81; 217 nt. 82; 228 nt. 111; 244 nt. 21; 254 nt. 59; 256 nt. 64*
- BETANCOURT *171 nt. 66; 172 nt. 71*
- BETTI *9 nt. 21; 30 nt. 13, 14; 43 nt. 46; 51 nt. 65; 56 nt. 76; 59 nt. 88; 62 nt. 94; 102 nt. 90;*

- 103 nt. 91; 120 nt. 145; 128 nt. 166; 181 nt. 86; 198 nt. 10; 244 nt. 21
- BINDING 228 nt. 111
- BIONDI 97 nt. 77; 163 nt. 46
- BLANK 170 nt. 65
- BONFANTE 72 nt. 5; 164 nt. 50
- BONIFACIO 12 nt. 24; 23 nt. 1
- BORTOLUCCI 199 nt. 16; 203 nt. 31
- BOSSOWSKI 2 nt. 5; 62 nt. 94
- BRANCA 74 nt. 14, 15
- BRETONE 72 nt. 5
- BRIGUGLIO 195 nt. 5
- BÜRGE 170 nt. 65
- DE BUJÁN 148 nt. 2
- BUND 148 nt. 2
- BURDESE 16 nt. 40; 46 nt. 56; 51 nt. 65; 62 nt. 95; 72 nt. 5; 73 nt. 9; 78 nt. 29; 97 nt. 76; 105 nt. 97; 107 nt. 106; 110 nt. 115; 115 nt. 130; 120 nt. 143; 163 nt. 46; 171 nt. 69, 70; 175 nt. 76; 217 nt. 83; 218 nt. 86; 225 nt. 106; 243 nt. 20; 260 nt. 75
- BUTI 36 nt. 26
- CAMACHO DE LOS RÍOS 75 nt. 18
- CANNATA 8 nt. 16; 29 nt. 11; 33 nt. 22; 85 nt. 48; 88 nt. 54; 105 nt. 97; 107 nt. 106; 110 nt. 115; 115 nt. 128; 120 nt. 143; 152 nt. 15; 154 nt. 18; 155 nt. 23; 198 nt. 10; 244 nt. 21; 245 nt. 24; 246 nt. 30; 261 nt. 77, 78
- CARDILLI 248 nt. 38
- CENDERELLI 72 nt. 5; 73 nt. 8; 86 nt. 48; 97 nt. 77; 123 nt. 154
- CERAMI 51 nt. 65; 224 nt. 100
- CHAUDET 4 nt. 5
- CHIUSI 148 nt. 2
- CLAUS 72 nt. 5; 75 nt. 18; 88 nt. 55; 94 nt. 69; 95 nt. 72; 105 nt. 97; 107 nt. 106; 110 nt. 115; 115 nt. 130; 116 nt. 132, 134; 117 nt. 137; 120 nt. 143
- COPPOLA 160 nt. 38
- CORBINO 75 nt. 18
- CORIAT 17 nt. 42
- COSENTINI 76 nt. 24; 81 nt. 39
- COSENTINO 51 nt. 65; 126 nt. 163; 198 nt. 10
- CRIFO 148 nt. 2
- CRUZ 99 nt. 79; 126 nt. 163
- DAJCZAK-SOKALA 226 nt. 107
- DERNBURG 46 nt. 56
- DESANTI 148 nt. 2
- DÍAZ-BAUTISTA 198 nt. 10
- DIDIER 198 nt. 10; 217 nt. 83; 224 nt. 100
- DIÓSDI 170 nt. 65; 213 nt. 70
- DONATUTI 3 nt. 5; 15 nt. 39; 18 nt. 43; 20 nt. 48; 29 nt. 11; 36 nt. 26, 27; 38 nt. 35; 39 nt. 37; 46 nt. 56; 51 nt. 65; 72 nt. 5; 74 nt. 18; 78 nt. 29; 79 nt. 31; 80 nt. 33, 34; 81 nt. 38; 88 nt. 55; 92 nt. 63; 94 nt. 69; 104 nt. 96; 107 nt. 106; 109 nt. 112; 110 nt. 115; 115 nt. 127; 120 nt. 143; 154 nt. 20; 158 nt. 33; 160 nt. 38; 163 nt. 47; 164 nt.

- 50; 165 nt. 51; 166 nt. 54; 167 nt. 57; 198 nt. 10; 199 nt. 16; 201 nt. 24; 243 nt. 18
- DONELLO *21 nt. 51; 88 nt. 55; 254 nt. 59*
- DUQUESNE *56 nt. 76; 57 nt. 79, 80*
- DULCKEIT *14 nt. 32*
- EHRHARDT *78 nt. 28; 105 nt. 97; 107 nt. 106; 175 nt. 76*
- ENDEMANN *23 nt. 1; 29 nt. 11; 43 nt. 47; 44 nt. 51; 51 nt. 65; 56 nt. 76; 62 nt. 94; 128 nt. 166*
- ERRLEBEN *2 nt. 5*
- EVAN-JONES *162 nt. 43*
- FABER *39 nt. 37; 170 nt. 66*
- FABRE *56 nt. 78*
- FARGNOLI *12 nt. 24; 14 nt. 32; 54 nt. 71; 173 nt. 73; 174 nt. 75; 182 nt. 91; 203 nt. 31*
- FEENSTRA *195 nt. 5*
- FERRETTI *50 nt. 64*
- FERRINI *221 nt. 93*
- FINAZZI *97 nt. 77*
- FITTING F. *93 nt. 66; 95 nt. 69; 105 nt. 97; 107 nt. 106; 113 nt. 123; 120 nt. 143; 197 nt. 10*
- FITTING H. *33 nt. 20*
- FLUME *3 nt. 5; 34 nt. 23; 82 nt. 40; 87 nt. 50, 52; 96 nt. 74; 104 nt. 94; 107 nt. 106; 110 nt. 115; 131 nt. 177; 133 nt. 182; 155 nt. 23; 195 nt. 5; 198 nt. 10; 206 nt. 45; 207 nt. 47, 48, 49; 224 nt. 100*
- FRANCIOSI *148 nt. 2*
- FRESE *120 nt. 143*
- FREZZA *160 nt. 37; 196 nt. 7; 229 nt. 112*
- GARCÍA VASQUEZ *72 nt. 5*
- GASPART-JONES *4 nt. 5*
- GAUDEMET *3 nt. 5*
- GAY *3 nt. 5*
- GEIB *226 nt. 107*
- GIARO *162 nt. 43; 170 nt. 66*
- GIFFARD *2 nt. 5; 3 nt. 5; 34 nt. 23; 48 nt. 62*
- GIGLIO *72 nt. 5*
- GIUFFRÈ *4 nt. 5; 242 nt. 16*
- GLÜCK *15 nt. 38; 21 nt. 50; 88 nt. 55; 93 nt. 66; 113 nt. 123; 154 nt. 21; 197 nt. 10; 213 nt. 70; 224 nt. 100*
- GOMEZ-IGLESIAS *148 nt. 2*
- GOMEZ ROYO *4 nt. 5*
- GRADENWITZ *46 nt. 56; 63 nt. 99; 228 nt. 111, 112*
- GRELLE *148 nt. 2*
- GROSSO *9 nt. 21; 256 nt. 64*
- GUARNERI-CITATI *44 nt. 50; 46 nt. 56*
- GUZMÁN *148 nt. 2*
- HACKL *14 nt. 32; 174 nt. 75; 261 nt. 78*
- HAEBERLIN *23 nt. 1; 29 nt. 11; 43 nt. 47; 49 nt. 63; 51 nt. 65; 62 nt. 94; 254 nt. 59*
- HALLEBEEK *51 nt. 65*
- HAMZA *75 nt. 18*

- HARKE *84 nt. 45; 198 nt. 10; 200 nt. 18; 203 nt. 31; 205 nt. 36; 210 nt. 57; 212 nt. 67*
- HASENBALG *201 nt. 24; 217 nt. 83, 84*
- HAUSMANINGER *210 nt. 57*
- HAYMANN *94 nt. 69; 105 nt. 97; 107 nt. 106; 110 nt. 115; 119 nt. 142*
- HOFSTETTER *75 nt. 18*
- HONORÉ *3 nt. 5; 162 nt. 43*
- HONSELL *244 nt. 21*
- HORAK *198 nt. 10*
- HUSCHKE *13 nt. 32*
- HUVELIN *39 nt. 37; 126 nt. 163*
- DI IORIO *3 nt. 5; 34 nt. 23*
- JAKOBS *23 nt. 1*
- JOHNSTON *160 nt. 38; 161 nt. 41; 162 nt. 43; 163 nt. 45, 48; 164 nt. 50; 170 nt. 66; 171 nt. 69; 172 nt. 71*
- KADEN *3 nt. 5; 256 nt. 64*
- KASER *1 nt. 4; 3 nt. 5; 4 nt. 5; 5 nt. 6; 11 nt. 24; 14 nt. 32; 23 nt. 1; 29 nt. 11; 43 nt. 45; 46 nt. 56; 47 nt. 59; 62 nt. 94; 72 nt. 5; 81 nt. 36, 39; 170 nt. 65; 174 nt. 75; 195 nt. 5; 198 nt. 10; 199 nt. 16; 200 nt. 17, 18, 19, 21, 22; 201 nt. 25, 26; 202 nt. 27, 29, 30; 203 nt. 31, 33; 205 nt. 38; 206 nt. 44; 209 nt. 51, 52, 54; 210 nt. 55, 56; 212 nt. 68; 222 nt. 96; 224 nt. 102; 243 nt. 17; 257 nt. 70; 261 nt. 78*
- KIPP *3 nt. 5; 213 nt. 70*
- KLAMI *198 nt. 10; 229 nt. 111*
- KNÜTEL *148 nt. 2*
- KOHLHAAS *135 nt. 188*
- KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI *2 nt. 5; 46 nt. 56; 48 nt. 60, 61; 51 nt. 65; 56 nt. 76; 62 nt. 94; 63 nt. 99; 93 nt. 66; 111 nt. 115*
- KRAMPE *37 nt. 32; 39 nt. 37*
- KRELLER *172 nt. 71*
- KRENZ *72 nt. 5*
- KRÜGER *62 nt. 94*
- KÜBLER *170 nt. 65*
- KUNKEL *160 nt. 37; 170 nt. 66; 172 nt. 71*
- KUPISCH *4 nt. 5; 6 nt. 9; 7 nt. 14; 16 nt. 40; 17 nt. 42; 23 nt. 1; 34 nt. 23; 78 nt. 29; 113 nt. 124; 243 nt. 18; 244 nt. 23; 245 nt. 26, 28, 29; 246 nt. 31; 250 nt. 46*
- KUPISZEWSKI *51 nt. 65*
- LABRUNA *29 nt. 11; 32 nt. 18; 33 nt. 19, 21; 148 nt. 2; 184 nt. 97; 185 nt. 98, 101, 102*
- LAMBERTINI *160 nt. 37*
- LASPENRES *160 nt. 38; 163 nt. 44; 169 nt. 63; 171 nt. 71*
- LENEL *5 nt. 7; 17 nt. 42; 20 nt. 47; 29 nt. 11; 35 nt. 24; 43 nt. 43; 48 nt. 61; 49 nt. 63; 51 nt. 65; 56 nt. 76, 78; 57 nt. 81; 59 nt. 87; 61 nt. 93; 77 nt. 25; 98 nt. 78; 104 nt. 94; 106 nt. 100; 110 nt. 113; 114 nt. 125; 117 nt. 135; 119 nt. 140; 131 nt. 176; 134 nt. 185; 135 nt. 188, 189, 190, 191; 136 nt. 193; 138 nt. 199, 201; 154 nt. 19; 157 nt.*

- 30; 171 nt. 71; 176 nt. 78; 198 nt. 11; 213 nt. 71; 217 nt. 82; 221 nt. 91; 224 nt. 102; 229 nt. 112; 254 nt. 60; 255 nt. 61
- LEVY 95 nt. 71; 96 nt. 73, 75; 121 nt. 149, 150; 122 nt. 152; 123 nt. 153; 124 nt. 158; 160 nt. 38; 172 nt. 71; 217 nt. 82
- LIEBS 4 nt. 5; 16 nt. 40; 94 nt. 69; 96 nt. 74; 126 nt. 164
- LITEWSKI 229 nt. 111
- LOMBARDI 198 nt. 10; 205 nt. 36
- LONGO 8 nt. 17; 75 nt. 18
- VON LÜBTOW 3 nt. 5; 23 nt. 1; 34 nt. 23; 39 nt. 37; 78 nt. 29; 175 nt. 76
- MAC CORMACK 72 nt. 5; 229 nt. 111, 113
- MAGDELAIN 4 nt. 5; 12 nt. 27; 173 nt. 73
- MAIER 254 nt. 59
- MANFREDINI 229 nt. 111
- MANNINO 195 nt. 5; 198 nt. 10; 201 nt. 25; 204 nt. 33; 206 nt. 44; 207 nt. 50; 209 nt. 52; 213 nt. 70
- MANTOVANI 1 nt. 3; 5 nt. 7; 48 nt. 62; 135 nt. 188; 139 nt. 204
- MANTELLO 36 nt. 26; 39 nt. 37
- MARCHI 12 nt. 24; 218 nt. 86
- MARRONE 247 nt. 34
- DE MARTINO 75 nt. 18
- MASI DORIA 56 nt. 78
- MASIELLO 95 nt. 69; 160 nt. 37
- MASCHI 148 nt. 2
- MAYER-MALY 198 nt. 10; 209 nt. 52
- MAYR 2 nt. 5; 48 nt. 60
- MEDICUS 51 nt. 65; 119 nt. 142
- DE MEDIO 170 nt. 66; 228 nt. 111
- METRO 5 nt. 6
- MEUMANN 2 nt. 5
- MEYLAN 72 nt. 5
- MITTEIS 197 nt. 10; 205 nt. 38
- MÜLLER-EHLEN 12 nt. 24; 13 nt. 30
- MURGA 3 nt. 5
- NEGRI 14 nt. 36; 97 nt. 77
- NICOSIA 75 nt. 18; 97 nt. 77
- NIEDERLÄNDER 3 nt. 5; 29 nt. 11; 34 nt. 23
- NÖRR 75 nt. 18
- OLDE KALTER 4 nt. 5
- ORESTANO 9 nt. 21; 72 nt. 7; 75 nt. 18; 155 nt. 25
- D'ORS A. 2 nt. 5; 3 nt. 5; 4 nt. 5; 37 nt. 33; 48 nt. 62; 53 nt. 68; 107 nt. 106; 112 nt. 118; 113 nt. 123; 123 nt. 155; 165 nt. 53; 182 nt. 90; 221 nt. 92; 222 nt. 95; 225 nt. 105; 248 nt. 39
- D'ORS X. 165 nt. 53
- VAN OVEN 3 nt. 5
- PACCHIONI 254 nt. 59
- PALMA 59 nt. 87; 63 nt. 99; 64 nt. 101; 217 nt. 83
- PAOLI 14 nt. 32
- PELLECCHI 4 nt. 5; 48 nt. 62; 243 nt. 19

- PÉREZ ÁLVAREZ *100 nt. 85*
- PERNICE *14 nt. 35; 29 nt. 11; 49 nt. 63; 62 nt. 94; 110 nt. 115; 111 nt. 117; 128 nt. 166; 244 nt. 21*
- PEROZZI *11 nt. 24; 29 nt. 11; 205 nt. 39; 237 nt. 1*
- PFERSCHÉ *2 nt. 5*
- PFLÜGER *2 nt. 5; 48 nt. 61; 49 nt. 63; 62 nt. 94; 198 nt. 10; 244 nt. 21*
- PIKA *4 nt. 5; 93 nt. 66; 94 nt. 68; 95 nt. 72; 96 nt. 76; 110 nt. 115; 123 nt. 157*
- PLATSCHECK *160 nt. 37*
- PLESCIA *75 nt. 18*
- PRINGSHEIM *8 nt. 15; 170 nt. 66; 198 nt. 10; 205 nt. 38, 39*
- PROVERA *73 nt. 8; 75 nt. 18; 229 nt. 111, 113; 230 nt. 114, 115*
- PUGLIESE *75 nt. 18*
- QUADRATO *72 nt. 5, 6, 7; 73 nt. 11; 75 nt. 18; 76 nt. 22; 111 nt. 115; 115 nt. 130*
- RESCIGNO *10 nt. 22*
- RICCOBONO *39 nt. 37; 62 nt. 94; 64 nt. 100; 74 nt. 18; 75 nt. 21*
- ROBBE *2 nt. 5*
- DE ROBERTIS *148 nt. 2; 229 nt. 111*
- ROMANO *63 nt. 99*
- ROTONDI *203 nt. 32; 228 nt. 111*
- SACCONI *23 nt. 1; 29 nt. 11; 48 nt. 60; 51 nt. 65; 53 nt. 67; 56 nt. 76; 57 nt. 82; 61 nt. 92; 62 nt. 94; 64 nt. 102*
- SACHERS *107 nt. 106; 110 nt. 115; 123 nt. 156; 198 nt. 10; 203 nt. 31; 229 nt. 111*
- SANFILIPPO *2 nt. 5; 11 nt. 24; 16 nt. 40; 29 nt. 11; 74 nt. 18; 78 nt. 29; 99 nt. 81; 243 nt. 20; 256 nt. 65; 257 nt. 66*
- SALPIUS *128 nt. 166*
- SANTORO *4 nt. 5; 237 nt. 1; 247 nt. 35, 36; 248 nt. 40*
- SARGENTI *8 nt. 17; 74 nt. 16; 78 nt. 29*
- SCAPINI *75 nt. 18*
- SCARANO USSANI *198 nt. 10; 209 nt. 52*
- SCHERILLO *29 nt. 11; 136 nt. 194; 174 nt. 74*
- SCHIEMANN *4 nt. 5*
- SCHIRMER *159 nt. 37; 160 nt. 38; 163 nt. 47; 165 nt. 51; 167 nt. 59; 168 nt. 60, 61; 172 nt. 72; 177 nt. 80*
- SCHRAGE *5 nt. 5*
- SCHULZ *1 nt. 1; 3 nt. 5; 14 nt. 33; 92 nt. 64; 138 nt. 200; 160 nt. 37; 176 nt. 77; 191 nt. 112; 198 nt. 10; 199 nt. 16; 201 nt. 26; 205 nt. 38, 40; 206 nt. 41, 42, 43; 207 nt. 46; 223 nt. 98; 224 nt. 100, 101, 102; 260 nt. 74*
- SCHWARZ *3 nt. 5; 8 nt. 18; 9 nt. 19, 20; 13 nt. 30; 25 nt. 7; 29 nt. 11; 37 nt. 29, 32; 39 nt. 36, 37; 44 nt. 48, 51, 52; 45 nt. 53; 48 nt. 60, 61; 51 nt. 65; 62 nt. 94; 78 nt. 29; 92 nt. 63; 94 nt. 69; 99 nt. 82; 105 nt. 97; 107 nt. 106; 110 nt. 115; 111 nt. 116, 117, 118; 112 nt. 120; 114 nt. 125; 115 nt. 130; 116 nt. 134;*

- 117 nt. 136, 137; 118 nt. 139; 120 nt. 144; 121 nt. 146; 122 nt. 152; 123 nt. 156; 126 nt. 163; 128 nt. 166; 154 nt. 20; 167 nt. 57; 182 nt. 90; 198 nt. 10; 199 nt. 15; 201 nt. 26; 205 nt. 36, 37; 211 nt. 64; 213 nt. 70; 214 nt. 72, 74; 216 nt. 81; 217 nt. 82; 218 nt. 87; 229 nt. 111, 112; 244 nt. 22; 250 nt. 45; 251 nt. 48; 257 nt. 70, 71; 261 nt. 76
- SEIDL *39 nt. 37*
- SEILER *34 nt. 23; 84 nt. 45; 105 nt. 97; 107 nt. 106*
- SERAFINI *160 nt. 38; 170 nt. 63, 64*
- SERRAO *72 nt. 5; 100 nt. 83; 105 nt. 97; 107 nt. 106; 111 nt. 115; 115 nt. 129, 130; 120 nt. 143; 145 nt. 209, 211*
- SHANBACHER *37 nt. 30; 198 nt. 10*
- SIBER *29 nt. 11; 32 nt. 18; 217 nt. 82*
- SIMONIUS *3 nt. 5*
- SITZIA *148 nt. 2*
- SOLAZZI *2 nt. 5; 6 nt. 9; 7 nt. 12, 13; 11 nt. 24; 13 nt. 30; 15 nt. 37, 39; 17 nt. 42; 29 nt. 11; 39 nt. 37; 45 nt. 53; 46 nt. 56; 72 nt. 5; 73 nt. 13; 74 nt. 18; 99 nt. 80; 110 nt. 115; 111 nt. 117; 115 nt. 130; 120 nt. 143, 145; 126 nt. 163; 128 nt. 166; 148 nt. 2; 160 nt. 38; 161 nt. 39, 41, 43; 163 nt. 45; 164 nt. 50; 170 nt. 63, 65; 171 nt. 66; 203 nt. 31; 211 nt. 63; 256 nt. 64*
- SÖLLNER *3 nt. 5*
- SOTTY *4 nt. 5*
- SOUBIE *138 nt. 199*
- SPENGLER *160 nt. 37*
- STANOJEVIC' *3 nt. 5*
- STELLA MARANCA *198 nt. 10; 205 nt. 39*
- STOLMAR *105 nt. 97; 108 nt. 108; 111 nt. 115; 173 nt. 73*
- STURM *4 nt. 5; 29 nt. 11; 32 nt. 17; 254 nt. 59; 255 nt. 61*
- TALAMANCA *1 nt. 2; 2 nt. 5; 3 nt. 5; 9 nt. 20; 13 nt. 32; 23 nt. 1; 25 nt. 7, 8; 29 nt. 11; 34 nt. 23; 36 nt. 27, 28; 44 nt. 47; 47 nt. 59; 51 nt. 65; 54 nt. 72; 58 nt. 85, 86; 62 nt. 94; 64 nt. 103; 75 nt. 20; 100 nt. 84; 120 nt. 142; 155 nt. 26; 161 nt. 40; 162 nt. 43; 163 nt. 46; 165 nt. 52; 171 nt. 68, 69, 70; 174 nt. 75; 185 nt. 99; 186 nt. 104; 187 nt. 105; 188 nt. 106, 107, 108; 195 nt. 5; 197 nt. 8; 204 nt. 33, 35; 209 nt. 51, 52, 53; 210 nt. 57, 58, 59; 211 nt. 60; 225 nt. 106; 245 nt. 25; 250 nt. 47; 257 nt. 70; 261 nt. 78*
- THIELMANN *51 nt. 65; 62 nt. 94*
- THOMAS *29 nt. 11; 62 nt. 94; 119 nt. 142*
- TRAMPEDACH *2 nt. 5; 48 nt. 61; 62 nt. 94; 110 nt. 115; 244 nt. 22*
- VACCA *192 nt. 115*
- VALIÑO *175 nt. 76*
- VANDENBOSCHE *160 nt. 38; 167 nt. 59; 171 nt. 66; 172 nt. 71*
- VON VANGEROW *169 nt. 63; 254 nt. 59*
- VASSALLI *44 nt. 50; 256 nt. 63*
- VIGNERON *46 nt. 56; 198 nt. 10*

- DE VILLA *46 nt. 56*
- DE VISSCHER *2 nt. 5; 48 nt. 61*
- VOCI *2 nt. 5; 3 nt. 5; 6 nt. 9; 8 nt. 15; 12 nt. 24; 13 nt. 30; 14 nt. 34; 17 nt. 42; 95 nt. 72; 119 nt. 142; 119 nt. 142; 136 nt. 192; 148 nt. 2; 229 nt. 111; 256 nt. 63, 64*
- VOET *163 nt. 44; 183 nt. 93*
- VOGT *51 nt. 65*
- VOIGT *2 nt. 5; 226 nt. 107*
- WACKE *3 nt. 5; 16 nt. 40; 46 nt. 56; 62 nt. 94; 72 nt. 5; 75 nt. 18; 148 nt. 2; 195 nt. 5; 198 nt. 10; 213 nt. 70; 214 nt. 75; 254 nt. 59*
- WALDSTEIN *4 nt. 5; 56 nt. 76, 78; 57 nt. 82*
- VAN WARMELO *95 nt. 69*
- WATSON *23 nt. 1; 72 nt. 5; 75 nt. 18; 198 nt. 10; 203 nt. 31; 229 nt. 111*
- WESENER *174 nt. 75; 198 nt. 10; 203 nt. 31; 205 nt. 38; 229 nt. 111*
- WEYLAND *23 nt. 1*
- WIEACKER *160 nt. 37*
- WIMMER *23 nt. 1*
- WINDSCHEID *256 nt. 62*
- WOLF *4 nt. 5; 14 nt. 32; 46 nt. 56; 48 nt. 61, 62; 56 nt. 76; 244 nt. 22*
- WOLFF *4 nt. 5*
- WOLFFENSTEIN *2 nt. 5*
- WOLLSCHLÄGER *171 nt. 66*
- WUBBE *41 nt. 38*
- WUNNER *246 nt. 31*
- ZANNINI *148 nt. 2, 5; 188 nt. 109*
- ZIMMERMANN *2 nt. 5*

Giuffrè, Editore

Giuffrè, Editore

STAMPATO CON I TIPI
DELLA TIPOGRAFIA
«MORI & C. S.p.A.»
VARESE

Giuffrè Editore

Giuffrè, Editore