

CHRISTIAN EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum. Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht* [«Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen Bd. 54»], Duncker & Humblot, Berlin 2007, pp. 472.

1. – La monografia, presentata da Christian Emunds come dissertazione di dottorato nel ‘Sommersemester’ 2005 presso l’‘Albert-Ludwigs-Universität’ di Friburgo, condotta sotto la guida del Prof. Joseph Georg Wolf e pubblicata nel 2007 come ‘Band 54’ all’interno dell’ormai storica collana ‘Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen’, consta di un’introduzione, di sei capitoli e di un indice delle fonti.

2. – Nell’introduzione (‘Einleitung’, pp. 15-40) Emunds prende le mosse dal diritto positivo e, in particolare, dal § 267 del Codice civile tedesco, che disciplina la prestazione del terzo e dispone che, purché il debitore non sia tenuto personalmente ad adempiere, un terzo può effettuare la prestazione senza che sia necessario il consenso del debitore. E’ però prevista dal secondo comma della disposizione la possibilità per il creditore di rifiutare la prestazione, se il debitore si oppone ad essa. Complementare alla disposizione del § 267 nella disciplina della prestazione del terzo è – evidenzia l’Autore – il § 362 che, disciplinando l’adempimento e introducendo così la materia della terza sezione sull’estinzione dei rapporti obbligatori, stabilisce che l’obbligazione si estingue nel momento in cui viene effettuata la prestazione al creditore. A lasciare aperta la via all’adempimento del terzo è, nella disposizione, proprio l’uso della forma verbale passiva, «wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird», che pone in evidenza come il rapporto obbligatorio si estingua non quando il debitore effettua la prestazione dovuta, bensì quando la prestazione dovuta viene adempiuta nei confronti del creditore.

Nella normazione italiana la disciplina di questo caso di anomalia 'soggettiva' della prestazione *ex latere solventis* non è affatto diversa da quella del § 267 del BGB. Infatti in entrambe le disposizioni viene fatto chiaro riferimento alla volontà del debitore, nonostante l'art. 1180 del nostro codice civile parli esplicitamente di irrilevanza della volontà contraria del debitore, mentre nel § 267 venga utilizzata l'espressione «Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich» e quindi venga – forse meno puntualmente, ma con lo stesso risultato pratico – prevista la non necessità del consenso del debitore¹. Parimenti sono in ambedue presenti sia il limite del carattere personale della prestazione, per cui la prestazione non è liberatoria, se il creditore ha interesse a che venga effettuata personalmente dal debitore, sia il comma relativo all'eventuale opposizione del debitore, nel cui caso il creditore può – e non deve – rifiutare l'adempimento². Ma esiste un'evidente differenza linguistico-terminologica. Infatti l'Autore, benché nel capitolo I abbia occasione di precisare che, nelle fonti romane, i termini più diffusi per designare l'oggetto della sua indagine sono 'solutio' e 'solvere', poi, in piena adesione alla terminologia del codice e della dottrina tedesca, si esprime costantemente nel corso del lavoro parlando di 'Drittleistung'. Invece l'art. 1180 del nostro codice civile, riportando la norma sotto la sezione I intitolata 'Dell'adempimento in generale', qualifica l'istituto come adempimento del terzo. Pertanto è ovvio che per il giurista italiano sia abituale fare riferimento non già alla prestazione del terzo, bensì all'adempimento del terzo e quindi alla condotta attuativa della prestazione. Altra espressione utilizzata nel diritto positivo italiano per indicare l'attività solutoria del debitore è quella di 'pagamento del terzo' che, se nel linguaggio comune presuppone che si tratti di obbligazioni di *dare* e in particolare di obbligazioni pecunarie, è invece nella normazione in tutto e per tutto equiparabile alla locuzione 'adempimento del terzo'³. Quanto in questa sede importa mettere in rilievo è peraltro solo che, per indicare la 'Drittleistung', saranno qui di seguito utilizzate indifferentemente le tre espressioni 'adempimento del terzo', 'pagamento del terzo', 'prestazione del terzo'.

Allo studio di questo tema ha offerto un importante contributo un lavoro dell'inizio del secolo scorso. Infatti Paul Kretschmar, in una monografia dedicata all'adempimento, individua la diretta derivazione dell'attuale figura dell'adempimento del terzo dal diritto romano arcaico⁴. In particolare, Kretschmar evidenzia che l'adempimento del terzo è, in diritto tedesco, considerato un vero adempimento, sebbene, più che un adempimento, costituisca un particolare modo di estinzione dell'obbligazione a carattere satisfattorio. Il fatto che questa puntualizzazione non sia presente nel codice civile tedesco sarebbe, secondo Kretschmar, un portato del diritto romano e, in particolare, dell'antica idea di *solutio* nel suo si-

¹ Sull'adempimento del terzo nel diritto positivo italiano, definito come inesattezza soggettiva ammessa dal legislatore in deroga alla regola fondamentale dell'esatto adempimento ex art. 1218 c.c. e ritenuto quindi un'inesattezza patologicamente irrilevante, si veda, da ultimo, il lavoro monografico di TURCO, *L'adempimento del terzo. Art. 1180*, Milano 2002, cui si rinvia per un quadro della letteratura civilistica sul tema.

² Sul confronto della norma italiana con la corrispondente del BGB, anche con riferimento alla questione se pure il diritto italiano preveda un diritto eminentemente potestativo ad adempiere il debito altrui a favore del terzo, cfr. ancora TURCO, *L'adempimento del terzo* cit. 16.

³ Sul punto si veda NICOLÒ, *Adempimento (Diritto civile)*, in *ED.* 1 (1958) 554.

⁴ KRETSCHMAR, *Die Erfüllung*, Leipzig 1906.

gnificato etimologico di 'scioglimento' del responsabile dalle catene che lo legavano. La *solutio* era infatti vista in origine come liberazione dell'obbligato da una posizione di effettivo assoggettamento materiale alla signoria del creditore, *solutio* che richiedeva, in quanto tale, l'intervento di un terzo. Indipendente dal contenuto dell'obbligazione, essa costituiva, quindi, un atto formale di estinzione dell'obbligazione. Questa tesi ha avuto grande eco nella letteratura successiva, che ancora oggi tende a considerare la prestazione del terzo come un residuo della *solutio* intesa quale liberazione dalla prigionia, atto che non poteva che essere opera di un terzo⁵ (p. 19).

A critica di Kretschmar rimase sostanzialmente isolata la voce di Mitteis, che nel recensire il lavoro, tacciò tale tentativo ricostruttivo di eccessiva speculazione e di poca plausibilità, ritenendo che l'efficacia estintiva del pagamento del debito altrui si sia sviluppata autonomamente dall'evoluzione storica della *solutio*⁶. Secondo Mitteis infatti questa efficacia avrebbe potuto per esempio derivare dalla consapevolezza che la condizione del debitore contrario o *insciens* veniva migliorata dalla prestazione del terzo, come emerge da un testo di Gaio, D. 3.5.38: Gai. 3 *de verb. obl.*, che esplicitamente lo attesterebbe: *naturalis enim simul et civilis ratio suavit alienam condicionem ... ignorantis et invita nos facere posse*.

Ed è proprio da questo passo di Gaio che parte l'indagine di Emunds. Infatti l'unica testimonianza che sembra dare conto del perché la prestazione del terzo *pro ignorante et invito domino* abbia effetto liberatorio è D. 3.5.38, che insieme a D. 46.3.53 costituisce – a giudizio dell'Autore – uno dei testi più fecondi sul tema dell'effetto liberatorio della prestazione del terzo. Se D. 3.5.38 espone il principio generale, D. 46.3.53: Gai. 5 *ad ed. prov.* riprende tale regola nello specifico ambito del *receptum argentarii*, ma entrambi i testi pongono in evidenza come l'effetto liberatorio del pagamento non dipenda né dalla persona del terzo, né dalla volontà o dalla consapevolezza del debitore.

A questo punto vengono disegnati i confini dell'indagine (p. 23). Il fine non vuole essere quello di verificare o confutare la teoria di Kretschmar, bensì quello di esaminare le fonti classiche in tema di prestazione del terzo, da cui la tesi di Kretschmar si diparte, e di considerare sia quelle testimonianze, in cui viene enunciata la regola dell'effetto liberatorio della prestazione del terzo per il debitore, sia quelle in cui tale regola trova applicazione o la cui applicazione viene negata. Un'ulteriore delimitazione dell'ambito dell'indagine si ritrova, là dove l'Autore focalizza nell'ambito della giurisprudenza classica quattro tipi di prestazione del terzo liberatoria per il debitore. Il primo tipo si ha quando il terzo è stato indicato dal debitore tramite *delegatio*, il secondo quando il terzo è obbligato in ragione del suo ufficio o per un specifico rapporto giuridico e quindi quando intervengono il

⁵ Vengano citati dall'Autore: BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Milano 1958, 291 s.; BRANCA, *Adempimento (Diritto romano e intermedio)*, in *ED.* 1 (1958) 549; LONGO, *Pagamento (Diritto romano)*, in *MNDI.* 12 (1965) 318; KASER, *Das römische Privatrecht*, 1, München 1971², 636 e 171 ss.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990, 775 s. e 3 nt. 10; peraltro è da rilevarsi che la manualistica italiana recente risulta più prudente sul tema e, in sede di esame dell'adempimento del terzo, non accenna al legame tra *solutio* arcaica e adempimento del terzo: cfr. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 635 ss., che pure accenna ad una qualche connessione, ai fini dell'estinzione dell'obbligazione, tra la *solutio* arcaica nel significato originario di liberazione dell'ostaggio, e il principio del *contrarius actus*, e anche BURDESE, *Manuale del diritto privato romano*, Torino 1993⁴, 593; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1994², 541; GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 2001², 803; VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 2004⁶, 293.

⁶ MITTEIS, *Rec. a Kretschmar*, in *ZSS.* 30 (1909) 440 s.

procurator omnium rerum, il *curator* e il *tutor* o quando è stato stipulato un *mandatum solvendi* o disposto un legato con effetto liberatorio. Un terzo tipo di prestazione si ha quando il terzo è obbligato accanto al debitore nei confronti del creditore, come accade per il garante o per il debitore solidale in un'azione adiettizia, nel *constitutum debiti alieni* o nel mandato di credito. Il quarto tipo di prestazione del terzo è infine quella che viene eseguita contro la volontà del debitore o in mancanza della volontà del debitore. Oltre a porsi l'obiettivo di capire se quest'ultimo tipo di prestazione del terzo venisse nelle fonti classiche distinto o meno dagli altri tipi di prestazione del terzo prima menzionati, è proprio la prestazione in presenza di un debitore *insciens* o *invitus* quella che l'Autore sceglie come oggetto dell'indagine e quindi l'esame della fattispecie del terzo che adempie il debito altrui spontaneamente, senza esserne obbligato, né esserne autorizzato, né pensare di esserlo stato. Decidendo di muoversi in questo ambito, Emunds delimita poi ulteriormente l'ambito della ricerca, precisando di non volere esaminare tutte le fonti in materia, ma di concentrare l'attenzione su quelle che toccano alcune questioni fondamentali della prestazione del terzo.

3. — Il capitolo I ('Die Drittleistung als *solutio*', pp. 41-67) comincia con l'analisi delle espressioni *solvere* e *solvere pro alio*. Da un lato, i termini *solutio* e *solvere* sono nelle fonti quelli più diffusi per indicare l'adempimento del terzo. Proprio dalla circostanza che altri termini o le perifrasi sono rari, l'Autore desume un primo argomento a sostegno dell'idea che il diritto classico qualificasse l'adempimento del terzo non come autonoma causa di estinzione, ma come *solutio* del debitore. Quindi viene analizzato il significato di *solvere*, un verbo che sarebbe andato perdendo con il tempo il suo generico significato originario. Esso avrebbe indicato in diritto classico non più ogni tipo di liberazione del debitore dall'obbligazione, bensì la causa consueta necessaria per la sua liberazione e cioè la prestazione del dovuto (p. 45 e nt. 28).

Dall'altro lato, l'espressione *solvere pro alio* nel contesto della frase gaiana di D. 3.5.38, *solvendo quisque pro alio liberat eum*, non indica un'autonoma forma di *solutio*, ma fa riferimento ad un atto che viene posto sullo stesso piano della prestazione del debitore (p. 49). Dopo avere distinto la preparazione del terzo da altre fattispecie che con essa possono presentare elementi in comune e cioè dal *concursum causarum*, dalla *datio in solutum*, nonché dall'*aliud pro alio solvere*, l'Autore arriva ad evidenziare che l'adempimento del terzo è adempimento del debito altrui, ma allo stesso tempo adempimento di quanto dovuto, che produce l'effetto liberatorio rispetto al creditore.

4. — Obiettivo del II capitolo ('Drittleistung und Klagenkauf', pp. 68-108) è l'indagine sugli effetti del pagamento in capo al terzo e quindi sulla possibilità che il terzo possa riavere dal debitore quanto ha pagato. Il pagamento ha senz'altro l'effetto di liberare il debitore, ma il terzo può avere azione contro il debitore a seconda di quale sia il rapporto sottostante tra lui e il debitore stesso (p. 68). In alcuni determinati casi il terzo, per assicurarsi il regresso, può farsi cedere dal creditore le azioni contro il debitore ricorrendo al *beneficium cedendarum actionum*. Ma il modello di cessione non viene dai Romani dogmaticamente formulato e, per giustificare la sopravvivenza dell'azione, i giuristi ricorrono all'espedito di ritenere che sia stata conclusa una vendita del credito al terzo: il denaro riscosso dal creditore viene considerato prezzo del credito ceduto al terzo. Ancora alla fine dell'epoca classica viene nettamente distinta la *solutio* dall'acquisto dell'azione, in quanto le fonti lasciano intuire che, se fin dall'inizio non interviene l'accordo nel

senso della cessione delle azioni, non può esserci il regresso del terzo sul debitore. Quindi il terzo che adempie può ogni volta scegliere se esperire un'*actio negotiorum gestorum* oppure ottenere la cessione delle azioni, nonostante le fonti sembrino limitare il ricorso a questa seconda soluzione (cfr. per esempio CI. 8.42.5 del 238 d. C., D. 20.6.1 pr.: Pap. 11 *resp.* e CI. 5.58.1 del 201). Infatti, sebbene tre passi (D. 20.4.19: Scaev. 5 *resp.*, D. 24.1.32.5: Ulp. 33 *ad Sab.* e D. 30.57: Ulp. 33 *ad Sab.*) attestino casi in cui il terzo, che non è obbligato nei confronti del creditore come fideiussore, né in solido con il debitore, può esercitare il regresso solo tramite il *beneficium cedendarum actionum* (pp. 87-107), il pagamento del terzo – secondo l'Autore – è da avvicinare, piuttosto che al modello di cessione legata all'*emptio venditio* dell'azione, al modello della *solutio*.

5. – Nel capitolo III ('Drittleistung und Deckungsverhältnis', pp. 109-178) si passa all'indagine sul rapporto tra debitore e terzo, il cd. 'Deckungsverhältnis', con particolare riferimento all'interrogativo se l'effetto liberatorio del pagamento venga in qualche modo influenzato dal rapporto tra debitore e terzo. Dopo un breve *excursus* sull'*actio mandati in factum concepta*, viene prospettato il caso in cui il rapporto tra terzo e debitore sia una *negotiorum gestio*: vengono quindi analizzati il requisito dell'*utilitas*, il caso dell'opposizione del debitore, nonché l'ipotesi di pagamento del terzo su incarico di un quarto soggetto (pp. 117-133). Se si tratta di una gestione d'affari altrui, il terzo può agire con un'*actio negotiorum gestorum* contro il debitore per rifarsi delle spese sostenute, ma tale azione è da escludersi se il terzo ha pagato contro gli interessi e la volontà del debitore o ha pagato nel proprio interesse o su incarico di una quarta persona. Ma, a prescindere dal rapporto sottostante, il creditore ha il diritto alla prestazione, che non può essere mai ripetuta dal terzo. Infatti, per il creditore la prestazione del terzo è semplicemente una *solutio*, che è nettamente da distinguersi, sia nei presupposti sia negli effetti, dalla *negotiorum gestio*. Dalla separazione tra *solutio* e rapporto sottostante emerge quindi non solo che per il creditore la prestazione è in ogni caso *solutio* e di essa non può essere richiesta alcuna ripetizione, ma anche che il terzo opera sostanzialmente a proprio rischio, perché può esercitare il regresso solo tramite l'*actio negotiorum gestorum* od eventualmente tramite l'*actio mandati in factum*.

Che la *solutio* non dipenda dal rapporto sottostante, è confermato anche dai passi in cui tale rapporto coincide con la *donatio* (pp. 135-159). Infatti il terzo che opera *donandi animo*, non può chiedere al creditore la restituzione di quanto pagato. Fanno eccezione alcuni casi di adempimento del terzo in contrasto con il divieto di donazioni tra coniugi, come emerge in particolare da D. 24.1.7.7: Ulp. 31 *ad Sab.* e da D. 24.1.21 pr.: Ulp. 32 *ad Sab.*: in essi viene ammesso l'esperimento della *condictio*, ma l'Autore dimostra che qui il fondamento dell'azione è da rinvenire non già in una lacuna del rapporto sottostante, bensì nel divieto di donazione.

A questo punto Emunds aggiunge un breve *excursus* sulla tesi di Kaser⁷ (pp. 164-178), secondo la quale la prestazione del terzo sarebbe da tenere distinta dalla prestazione di un rappresentante che opera con pieni poteri. La differenza consisterebbe nel fatto che, mentre il pagamento del terzo in nome proprio ha ef-

⁷ KASER, *Stellvertretung und 'notwendige Entgeltlichkeit'*, in *ZSS.* 91 (1974) 201 e *Das römische Privatrecht* cit. 2, 440 s. nt. 4.

fetto liberatorio come adempimento del terzo, il pagamento in nome del debitore secondo la sua volontà equivale in tutto e per tutto all'adempimento del debitore. Emunds nega però che una forma particolare di 'stellvertretende' *solutio* sia desumibile nei passi che Kaser prende a fondamento di essa (D. 46.3.87: Cels. 20 *dig.* e D. 12.6.6 pr.: Paul. 3 *ad Sab.*) o in altri testi in materia (D. 46.3.56: Paul. 62 *ad ed.*, D. 50.17.180: Paul. 17 *ad Plaut.*, CL. 2.18.16 del 252 e D. 17.1.12.5: Ulp. 31 *ad ed.*). In effetti è persuasivo che la distinzione non abbia ragion d'essere, poiché l'effetto liberatorio del pagamento in nome del debitore non sembra affatto dipendere dai poteri che sono stati dati all'incaricato, per cui anche chi paga dopo essere stato a ciò incaricato dal debitore, paga come terzo. Anche sulla base di ciò Emunds ribadisce che per il creditore è irrilevante il rapporto sottostante: egli riceve con la *solutio* del terzo tutto quanto gli spetta.

6. — Nel capitolo IV ('*Pro alio und alieno nomine solvere als Tatbestand der Drittleistung*', pp. 179-294) viene direttamente confrontata la *solutio* del terzo con la *solutio* del debitore. Infatti non solo medesimo è l'effetto e cioè la liberazione, ma anche medesima è la fattispecie: il pagamento del terzo è sia una prestazione corrispondente al debito, perché sussiste l'*animus solvendi* di chi paga, sia una prestazione di quanto dovuto, perché il suo oggetto coincide esattamente con il contenuto dell'obbligazione. Tuttavia non può negarsi che differente sia, per il debitore e per il terzo, il rapporto con il debito, che per il terzo è ovviamente qualcosa di estraneo, come emerge dalle fonti che qualificano la *solutio* del terzo come adempimento di un debito altrui. Viene quindi approfondito il significato dell'espressione *pro alio solvere*, che — secondo l'Autore — è da intendersi come 'in luogo di', 'nell'interesse di' o 'a vantaggio di' un altro. Invece l'ablativo *nomine alieno* può tradursi con 'a causa di' o 'in considerazione di' o 'secondo il volere di'. *Solvere alieno nomine* non è quindi da intendersi come un pagamento in nome altrui con effetto di rappresentanza, ma nel senso di un pagamento di un debito altrui, là dove il terzo ha la piena consapevolezza che si tratta di un'obbligazione altrui. Pertanto *pro alio solvere* e *alieno nomine solvere* secondo l'Autore sono da considerarsi locuzioni equivalenti e da contrapporsi rispettivamente a *pro se solvere* e *suo nomine solvere*.

L'Autore, a questo punto, circoscrive l'indagine a quei passi in cui le suddette espressioni vengono usate in contrapposizione e, in particolare, concentra l'attenzione a due ambiti che, vicini tra loro, gli sembrano rappresentativi: quello delle azioni adietizie, in cui l'avente potestà o il *dominus* adempiono un debito altrui, e quello della fideiussione, in cui il fideiussore paga come terzo il debito principale (pp. 187-237). Procedendo quindi all'esegesi dei due gruppi di passi (per le azioni adietizie: D. 14.1.1.24: Ulp. 28 *ad ed.*, D. 46.3.59: Paul. 2 *ad Plaut.*, D. 13.5.2: Iul. 11 *dig.*, D. 13.5.1.8: Ulp. 27 *ad ed.*, D. 13.5.2: Iul. 11 *dig.*; per la fideiussione: D. 46.1.69: Tryph. 9 *disp.*, D. 15.3.15: Ulp. 2 *disp.*, D. 46.1.51.1: Pap. 3 *resp.*, D. 46.3.37: Iul. 2 *ad Urs. Fer.* e D. 12.6.47: Cels. 6 *dig.*), l'Autore evince che, anche chi è tenuto per un debito altrui, possa adempiere questo debito come terzo. I giuristi distinguono, in realtà, nettamente la prestazione di chi è personalmente obbligato in solido dalla prestazione del terzo come adempimento di un debito altrui. Nella materia fideiussoria questa separazione si ha già nella prima età classica, mentre per le azioni adietizie è riscontrabile solo a partire da Giuliano. Ma quanto più importa è che in entrambi i due gruppi di testimonianze vengano adottate le espressioni *pro alio solvere* e *alieno nomine solvere*: esse sono quindi attestate sia in un'accezione tecnica in relazione alla prestazione del terzo, sia in un'accezione atecnica in relazione alle prestazioni di chi è obbligato in solido. Sarebbe possibile — a giudizio di Emunds — individuare sul piano storico una ragione di

questa commistione terminologica, ipotizzando che dai casi di *solutio* con effetti nei confronti di altri soggetti sia stata progressivamente distinta la fattispecie dell'adempimento del terzo. Ed è proprio nel momento in cui si verificò questa graduale differenziazione che i giuristi sarebbero arrivati ad elaborare l'adempimento del terzo come categoria autonoma nell'ambito della materia (p. 279).

7. — Nel capitolo V ('Vertretbare und unvertretbare Leistungen', pp. 295-336) viene affrontato il tema dell'oggetto della prestazione del terzo e, in particolare, l'importante questione se possano essere efficacemente adempiute da un terzo solo le prestazioni di *dare* o anche quelle di *facere* (p. 298). In letteratura sono state sostenute entrambe le opinioni: c'è chi ha categoricamente escluso l'adempimento del terzo per prestazioni di *facere* e *non facere*⁸ e chi invece l'ha ammesso per ogni tipo di prestazione, a meno che il contenuto della prestazione sia legato alla persona del debitore e quindi l'adempimento dipenda dalle particolari conoscenze o capacità del debitore⁹. Nell'ambito di quest'ultimo orientamento, che è senz'altro quello oggi dominante, da alcuni viene precisato che per i contratti verbali vige una limitazione ulteriore, per cui la prestazione del terzo è ammessa solo in formule espresse in forma attiva, mentre il terzo non può adempiere nelle *stipulationes* aventi ad oggetto un *feri*¹⁰. Dopo aver evidenziato che il caso-tipo di adempimento del terzo si ha con il pagamento, l'Autore esamina le due costituzioni giustiniane (CI. 8.37.13 del 530 e CI. 8.37.15 del 532), che riferiscono l'importante riforma sulla fungibilità e l'infungibilità delle prestazioni. Occupandosi di *stipulationes in faciendo*¹¹, Giustiniano elimina infatti la distinzione tra prestazioni fungibili e infungibili e ammette la trasmissibilità di ogni prestazione, da cui deriva che, purché le parti siano in accordo, il terzo può adempiere qualsiasi prestazione. Proprio questa riforma potrebbe essere — evidenzia l'Autore — la ragione del fatto che, ad eccezione di D. 46.3.31: Ulp. 7 *disp.*, non sarebbero stati conservati nel Digesto testi in tema di prestazione del terzo in caso di obbligazioni di *facere*. I compilatori avrebbero giudicato le testimonianze giurisprudenziali superate e, là dove non le avessero omesse, le avrebbero adattate alla nuova regolamentazione (p. 300). Approfondendo poi la questione dell'intrasmissibilità delle obbligazioni di *facere*, l'Autore si concentra sull'esegesi di D. 45.1.38 pr. (pp. 307-313): Ulp. 49 *ad Sab.* e critica chi, come Kaser¹², ritiene il passo significativo per riconoscere la personalità della prestazione come elemento distintivo tra obbligazioni aventi ad oggetto un *facere* e quelle aventi ad oggetto un *feri*: dal passo non sarebbe arguibile che la personalità della prestazione costituisca un limite all'ammissibilità dell'adempimento del terzo. Questa testimonianza, in sostanza, non sarebbe determinante al fine di sostenere che, in ogni caso in cui il contenuto della prestazione

⁸ SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, Napoli 1931, 36.

⁹ SIBER, *Römische Privatrecht*, Berlin 1928, 271, KASER, *Das römische Privatrecht* cit. 1, 636, HONSELL, *Römisches Recht*, Berlin-Heidelberg-New York 2004⁶, 107, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit. 752.

¹⁰ KASER, *Die Stipulationsklausel 'quanti ea res erit'*, in *ZSS.* 90 (1973) 184 ss., KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in *ZSS.* 100 (1983) 340 ss.

¹¹ Che Giustiniano si riferisca qui solo alle prestazioni oggetto di *stipulationes in faciendo* e non invece a tutte le prestazioni di *facere*, è un punto che non sembra essere stato approfondito dall'Autore, ma del resto è presumibile che la regola fosse effettivamente estesa a tutte le obbligazioni di *facere*, essendo difficile comprendere come mai essa possa essere stata ristretta in giurisprudenza solo alle *verborum obligationes*: sul punto cfr. TALAMANCA, *Obbligazioni (storia)*, in *ED.* 29 (1974) 32 nt. 208.

¹² KASER, *Das römische Privatrecht* cit. 1, 636.

non sia legato alla persona del debitore, il terzo possa adempire con effetto liberatorio.

Concludono il capitolo V due brevi *excursus* sulla infungibilità delle obbligazioni *in faciendo* e *in non faciendo*, arguibile da D. 46.3.31 pr., con cui Emunds ridimensiona un po' l'idea, comunemente diffusa in letteratura, che l'adempimento del terzo sia in alcuni casi ammesso per le prestazioni *in faciendo*. Infatti nelle fonti mancano testimonianze attestanti che in diritto classico fosse ammessa la prestazione del terzo nell'ambito delle obbligazioni che vincolavano ad un *facere* o a un *non facere*. In particolare Ulpiano, in D. 46.3.31.1, chiarirebbe non solo l'esclusione concreta dell'adempimento del terzo nelle obbligazioni di *facere* e di *non facere*, ma esporrebbe anche un tentativo di teorizzazione di età tardoclassica della questione, specificando che questa limitazione avviene nell'interesse del creditore. In effetti tali prestazioni, se adempiute dal terzo in luogo del debitore, hanno un diverso valore e quindi per il creditore non risulta affatto indifferente chi sia l'autore della prestazione. In realtà Emunds non manca di rilevare l'esistenza di qualche eccezione. Infatti, in D. 46.3.31, Ulpiano lascia intendere come il consenso del creditore possa liberare il debitore (pp. 318 ss.) e analogamente lo stesso giurista, in D. 46.3.98.6 Ulp. 49 *ad Sab.*, evidenzia l'effetto liberatorio della prestazione di un subappaltatore in una *stipulatio operis faciendi* o in una *locatio conductio operis* (pp. 320 s.).

8. — Nell'ultimo capitolo, il VI ('Drittleistung *invito debitore*', pp. 337-448), si tirano infine le fila delle questioni impostate nel corso del lavoro. Vengono così esaminati quattro passi che, centrali nella materia della prestazione del terzo *invito debitore*, darebbero un'idea ben definita di come la discussione sulla prestazione del terzo sia stata portata avanti nel corso di oltre due secoli. Viene innanzitutto esaminato I. 3.29 pr., in cui Giustiniano, nell'introdurre la materia dell'estinzione delle obbligazioni, evidenzia come chiunque possa effettuare il pagamento, sia che si tratti del debitore sia di un altro per lui (*utrum ipse qui debet an alius pro eo*). Anche D. 46.3.91: Lab. 6 *pith. a Paulo epit.* ha un ruolo chiave nella materia della prestazione del terzo. Labeone infatti nega la liberazione nell'ipotesi in cui il debitore sia contrario all'adempimento del terzo e smentisce la regola *debitor tuus potest invitus a te solvi*, attribuendo al debitore un diritto di veto contro ogni forma di liberazione. Il giurista augusteo, in sostanza, lascia intendere di ritenere la liberazione del debitore una conseguenza dell'adempimento dell'obbligato e quindi di volere lasciare al debitore un diritto di autodeterminazione. Come emerge dallo stesso passo, Paolo però si discosta dall'orientamento dell'illustre antesignano, sostenendo che la volontà del debitore non rivesta alcun ruolo: il debitore viene liberato anche se inconsapevole e persino se il pagamento avviene contro la sua volontà (p. 381). La stratificazione delle due opinioni consente quindi di intuire la presenza di un *ius controversum* sulla questione della misura in cui l'estinzione dell'obbligazione possa essere subordinata al volere del debitore.

In questa prospettiva, fondamentali sono i due passi di Gaio, già anticipati dall'Autore nella premessa, D. 3.5.38: Gai. 3 *de verb. obl.* e D. 46.3.53: Gai. 5 *ad ed. prov.* In essi viene formulato in termini ancora più espliciti come ogni terzo possa adempire per il debitore con effetto liberatorio (p. 387). Gaio utilizza in senso tecnico l'espressione *pro alio solvere*, chiarendo che l'effetto liberatorio non dipende dalla persona del terzo, né dalla consapevolezza o dal volere del debitore ed evidenziando come la volontà del debitore non debba essere protetta come tale, ma nella misura in cui ciò porti alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti. Così il giurista pone in rilievo che la liberazione del debitore non peggiora la sua condi-

zione, bensì la migliora. Tale principio, sebbene non abbia un fondamento giuridico formale, si ispira — secondo il giurista — alla *naturalis simul et civilis ratio*, una duplice *ratio*, che, se in un primo tempo era stata considerata interpolata dalla letteratura, è oggi da ritenersi genuina ed è da Emunds intesa come 'naturale' giustizia riconosciuta anche dal *ius civile* e ispirata quindi sia al diritto naturale sia a quello civile. Nella prospettazione dell'Autore, Gaio si sarebbe allora trovato a confutare Labeone, proprio in relazione a quanto da quest'ultimo sostenuto in D. 46.3.91, e a smentire l'esclusione dell'effetto liberatorio in presenza del veto del debitore. Proprio la nota di Paolo, riferita nello stesso D. 46.3.91, attesterebbe come l'idea che, ai fini della liberazione dal vincolo, la volontà del debitore non assuma rilevanza, sia alla fine prevalsa in età tardoclassica e abbia definitivamente sanato il contrasto giurisprudenziale.

È a questo punto che l'Autore torna alla tesi di Kretschmar, concludendo che la ricostruzione, per cui l'adempimento del terzo sarebbe direttamente disceso dalla figura arcaica della *solutio* vista come liberazione del debitore dall'assoggettamento materiale al creditore, non trova supporto nelle fonti. A prescindere dalla questione di più ampio raggio se la *solutio* classica abbia un qualche legame con lo scioglimento dal vincolo del debitore responsabile di età arcaica, dai testi non è dato arguire nessun elemento nel senso che la prestazione del terzo si basi su di un adempimento legato alla responsabilità del debitore e quindi non è riscontrabile nessun rapporto di continuità tra lo scioglimento del vincolo di responsabilità e l'adempimento del terzo. Tuttavia Emunds riconosce a Kretschmar il grande merito di avere contribuito a risvegliare l'interesse su questo tema e su quelli che sono i rapporti tra la prestazione di un terzo non obbligato e la prestazione dovuta dal debitore.

L'Autore accenna, a questo punto, ad una *pars construens* (pp. 442-448). Sulle orme di Wollschläger¹³, egli ritiene di individuare le radici storiche dell'adempimento del terzo nel caso di assenza del debitore e nel soccorso altrui che questa situazione tipicamente esige sul piano sociale. In sostanza, l'effetto liberatorio dell'adempimento del terzo discenderebbe dallo stesso motivo giuridico-politico, da cui dipende la *negotiorum gestio*. A sostegno di tale ipotesi giocano sia la circostanza che la prestazione del terzo rappresenta la fattispecie più diffusa nella casistica della *negotiorum gestio*, sia che essa è attestata già in Labeone in D. 3.5.42: Lab. 6 *post. epit. a. Iav.*, sia il fatto che l'effetto liberatorio dell'adempimento è fuori discussione (pp. 443). Emunds ritiene in definitiva merito di Gaio l'aver superato la costruzione labeoniana e l'aver considerato l'effetto liberatorio della prestazione del terzo non più dipendente dai principi della *negotiorum gestio*, con il risultato di una chiara separazione individualizzante tra *solutio* e rapporto sottostante. Ciò, se anche non implica necessariamente che Gaio abbia elaborato una teoria in tema di prestazione del terzo, trasmette il chiaro messaggio di un forte interesse teorico del giurista nei confronti di questo istituto e della sua costruzione giuridica. Proprio attraverso Gaio la regola avrebbe acquisito una forma astratta e sarebbe confluita nelle Istituzioni giustiniane in I. 3.29 pr. Con la frase *solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante*, Gaio riassume i casi di mancato consenso e, non attribuendo rilevanza all'opposizione del debitore, dà con questa soluzione un contributo decisivo allo sviluppo dogmatico della prestazione di terzo.

9. — La serietà d'impostazione e la qualità espositiva dell'opera circoscrivono

¹³ WOLLSCHLAGER, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Köln 1976, 79.

e, al tempo stesso, facilitano il compito del recensore. La chiarezza con cui è scritto, supportata dalla limpida formulazione dei problemi e dal frequente riepilogo dei risultati parziali raggiunti consente di non perdere mai la linea argomentativa del testo e di comprendere problematiche di estrema complessità. Anche se talvolta capita di riscontrare qualche marginale lacuna nelle indicazioni bibliografiche in merito ai passi giurisprudenziali¹⁴, il volume è destinato a costituire un importante punto di riferimento per i futuri approfondimenti della materia, né l'Autore si esime dal prendere chiara posizione rispetto alla letteratura precedente, come più volte nei confronti di Kaser o discutendo la tesi di Müller-Ehlen sulla volontà di estinzione di un debito altrui (*excursus* pp. 284-294) o la ricostruzione di De Robertis sui limiti della convinzione che nelle obbligazioni di lavoro la persona sia insostituibile (*excursus* pp. 331-336). Se è da formularsi, un rilievo può essere accennato sulla struttura complessiva dell'opera, in cui i singoli capitoli risultano concepiti come brevi monografie a trattazione autonoma, mentre il diretto collegamento alla premessa è evidenziato solo nell'ultimo capitolo, là dove, tra l'altro, all'interessante spunto ricostruttivo legato alla *negotiorum gestio* avrebbe forse potuto essere riservata, nell'economia complessiva dell'opera, una rilevanza maggiore. Inoltre la strutturale testimonianza di D. 3.5.38 avrebbe meritato una più chiara contestualizzazione nel complesso dell'opera gaiana. Infatti la *melior condicio*, cui è ispirata in questo brano la soluzione gaiana, ha una rilevanza pratica fondamentale e può ben costituire la *ratio* dell'efficacia estintiva dell'adempimento del terzo, ma sarebbe stato da ventilare il dubbio che possa trattarsi di una considerazione di natura prettamente economica e che abbia solo sintetizzato una radice giuridica più articolata e complessa, anche se – a giustificazione – è da ricordare che una tendenza semplicistica è attribuita al Gaio didatta delle *Institutiones* e non invece al Gaio autore delle opere monografiche¹⁵.

Tradizionale è l'impostazione del lavoro che, avendo come punto di partenza il riferimento al diritto positivo tedesco, effettuato nella premessa, si concentra poi – con padronanza di un serio metodo esegetico, discussione sull'affidabilità dei testi e sforzo ricostruttivo del pensiero giurisprudenziale classico – sulle fonti romane. Esso sembra quindi distaccarsi da quella che risulta essere la più recente tendenza della romanistica tedesca, che l'indissolubile legame nelle cattedre d'insegnamento con il diritto attuale spinge sempre più verso una inscindibile connessione tra i due ambiti anche sul piano scientifico. Sembra opportuno menzionare a tale proposito uno dei dibattiti più recenti sulla prospettive della romanistica europea¹⁶, da cui emergono fundamentalmente due orientamenti sul futuro

¹⁴ Per esempio sul centrale passo gaiano di D. 3.5.38 non sono considerati alcuni autori, che hanno fatto riferimento, seppure in modo più o meno incidentale, alla testimonianza: MICHEL, *Du neuf sur Gaius?*, in *RIDA*. 38 (1991) 213 nt. 35, TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*. 80 (1977) 295 nt. 213, GIUFFRÈ, *Studi sul debito tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli 1999², 37 nt. 25, FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. 2.1. Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino 2003, 557 e nt. 176.

¹⁵ Sulle contrastanti valutazioni dell'opera di Gaio, definito dalla letteratura romanistica ora come un 'modesto pedagogo', ora come 'grande giurista', si rinvia alle due fondamentali miscelanee: *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli 1966 e *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese, 4-5 maggio 1978 in onore di S. Romano*, Milano 1981; da ultimo, sul serio interesse di Gaio per le tematiche di fondo del *ius civile*, quale è ben attestato dall'ampio spettro della sua produzione scientifica, si veda CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di 'res cottidianae'*, in *BIDR*. 40-41 (1998-1999, ma 2005), pp. 61 ss.

¹⁶ STOLFI (cur.), *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo. Atti del convegno, Torino 26-27 maggio 2005*, Torino 2006.

di una disciplina 'esposta e di frontiera, collocata in un terreno incerto'¹⁷. Se pure è stato coloritamente sostenuto che sarebbe «del tutto inutile che ci si mascheri da quello che non siamo, promettendo ciò che non possiamo, non sappiamo e non dobbiamo dare e che, in fin dei conti, neppure serve granché, al fine di tentar di rimediare un posticino, magari in seconda fila, al grande banchetto della modernità e biascicando il neolinguaggio del 'performante'/'performato'¹⁸», in un altro intervento, contenuto nello stesso volume, è stato evidenziato come il diritto romano debba inevitabilmente portare le proprie conoscenze e le proprie competenze al chiarimento delle radici storiche degli istituti moderni¹⁹. Sintetizzando così il ben più complesso travaglio della ricerca romanistica all'esordio del nuovo secolo, è possibile rilevare che in tale confronto Emunds, con la sua ricerca, ha saputo collocarsi con maturità in una posizione di avveduto equilibrio.

IOLE FARGNOLI