

14  
14-C-478

**STANISLAO CUGIA**

dell'Università di Ferrara  
Professore pareggiato nell'Università di Napoli

# L' ADIECTUS SOLUTIONIS CAUSA,

DIRITTO ROMANO CLASSICO - GIUSTINIANEO - COMUNE

Inv. čís.: 554

Sign: 435



NAPOLI

**Depositario: Lorenzo Alvano, LIBRAIO - EDITORE**

Via Università, 26 - S. Marcellino, 1  
1919

157-35

B

DIRITTI D' AUTORE RISERVATI

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA  
PRÁVNICKÉ FAKULTY U.  
STAVY FOND 04712  
Č. inv.:

Koupi od *M. Vasini*  
Darom od \_\_\_\_\_  
v *Jan* za Kčs 35.-  
Inv čis: 33. 154  
Sign:

IN MEMORIA  
DI  
GERMANO MANINI E BRUNO PISA  
STUDENTI FERRARESI MORTI IN GUERRA

STRACCA, *De adiecto* nel *Tractatus illustrium*, Venetiis 1584, Tom. VI. pars. I fol. 383 sgg. — DONELLUS *comm. j. c.* lib. XVI, c. 10 § 31 sgg. — RUDELIUS *Dis de adiecto* Altdorf. 1692 (non ho potuto trovarlo) — MAIANSIUS, *Disputationes iuris civilis*, vol. I disp. VIII. *De adiecto solut. c.* pag. 142 Lugduni Batavorum 1852—BRANDIS *ueber den sol. c. ad.* nel *Neues Rheinisches Museum f. I.* vol. 5 p. 257 sgg.

Notevoli anche nei trattati d'indole generale: VANGEROW, *Lehrb. der Pand.* 7, III vol. p. 165 sgg. — FERRINI, nell' *Enciclopedia giur. ital.* vol. XII p. I p. 574 sgg. e p. 709 sgg.

I. Fui indotto a studiare l'*adiectus solutionis causa* occasionalmente, a proposito di altre ricerche sull'invalidità parziale dei negozi giuridici. E' noto empiricamente che Giustiniano in molti casi salva, almeno in parte, il negozio giuridico dai classici ritenuto nullo totalmente; ma in merito non si è fatto alcuno studio sistematico. Io ho raccolto molti passi su quest'argomento e credo che la generalizzazione del D. 24.1.5,2 espressa a proposito delle donazioni tra coniugi costituisca anche il criterio direttivo giustiniano nella invalidità parziale dei negozi giuridici.

Ulp. 32 ad Sabin. D.24.1.5,2.

Generaliter tenendum est, quod inter ipsos aut qui ad eos pertinent aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere: quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, nec do-

nationem impediri, si separari possit, cetera valere, id quod donatum sit non valere.

Ritengo per fattura giustiniana il passo, ma ne rimando la dimostrazione al mio studio, riservandomi di sfruttarlo al momento opportuno per il presente lavoro. Aggiungerò solo che, esaminando appunto i frammenti sull'invalidità parziale della stipulazione, ho dovuto aprire una larga parentesi sull'«adiectus» e in particolare sul rapporto giuridico che intercede tra l'*ad.* e le parti contraenti nell'interpretazione del D. 45.1.141,3.

II. Gaius 2 de verb. obl. D. 45.1.141,3.

Si ita fuero stipulatus 'mihi aut Titio?' et tu mihi daturum te spondeas, secundum omnium opinionem ad interrogatum te respondere, quia constat mihi soli adquiri obligationem, [Titio autem dumtaxat recte solvitur].

Gaio ritiene valida la stipulazione soltanto o anche l'*adiectio*? Il passo a prima impressione è equivoco (1). Per chi

(1) Cfr. la GLOSSA ad h. l. k (solvitur). « Si in responsione fuerit insertus, vel forte sufficit in interrogatione ». Lo STRACCA (IV 5.2) osserva che ha risposto all'interrogazione per quanto riflette l'essenza e l'effetto dell'obbligazione non però la persona di Tizio, che fu omessa e cita il D. 46.3.59. Ma in questo si presume che le parti permangano nella stessa volontà non così per il cit. fr. Nella stipulazione uno dei contraenti non può senza l'altro dare *formam seu conditionem*: dunque è vera l'opinione di BARTOLO che l'*adiectus* non s'intende ripetuto; però la stipulazione non è viziata perchè l'alternativa è tra le persone non tra le cose. Non vi sarebbe diversità nella sostanza dell'obbligazione. Ma l'osservazione di BARTOLO giusta intrinsecamente e forse adattabile al diritto classico non mi sembra che sia sorretta dal passo se non si vogliono ritenere interpolate le ultime parole: Titio ecc. Il BRANDIS, l. c. p. 257, opina che l'*ad.* non debba esser inserito nella risposta perchè lo stipulante acquistava il diritto non ostante l'«adiectio». « Sebbene l'aggiunta del terzo si sarebbe potuto considerare (nel D. 45.1.141,3) del tutto superflua

ricordi il rigoroso formalismo dei classici può esser di Gaius l'affermazione assoluta che *tutti* i giureconsulti ritenessero in questo caso la congruenza formale tra la domanda e la risposta, sebbene il *promissor* alla domanda *mihi aut Titio* avesse risposto *promitto tibi* omettendo il *Titio*? Dubito molto sulla genuinità del passo sebbene esso si presenti sotto forma limpida e piana, fatta eccezione dell'ultima sgrammaticatura, *solvitur* in luogo di *solvi*. Ma appunto quest'ultima frase sgrammaticata provoca l'assurdo della validità dell'*adiectio* non ostante l'omissione di essa nella risposta. Poteva un giureconsulto classico ammettere un'accettazione tacita, sebbene parzialmente, della domanda nella *stipulatio*? Se il «promissor» avesse risposto semplicemente: *promitto*, l'accettazione potrebbe ritenersi espressa per l'intera formula *mihi aut Titio*; ma poichè ha risposto soltanto *tibi*, volendo ritenere valida l'*adiectio*, non c'è altra via d'uscita che l'espedito accennato dalla Glossa, che basti cioè inserire nella domanda l'«adiectus», cadendo così nell'assurdo per il diritto classico che si possa consentire tacitamente da parte del promissore, sia pure in una modalità della stipulazione, quale l'«adiectio s. c.». L'ultima frase del passo, che non può costituire l'enunciazione del principio generale che si possa pagare all'«adiectus», perchè sarebbe un'osservazione inopportuna nè potrebbe d'altra parte applicarsi al Tizio in questione, si riferisce dunque al caso proposto in cui si è omesso nella risposta il «Titio». Essa per ciò facilmente è fattura giustiniana. Il dubbio ora consiste nello stabilire se l'interpolazione derivi dal venir meno del formalismo nella

pure i giureconsulti romani furono più accurati e la interpretarono in modo che producesse effetti giuridici almeno tra i contraenti». Come se i contratti non producessero di regola effetti tra i contraenti!

stipulazione nel diritto giustiniano, o se, più tosto, non sia provocata da una concezione dell'«*adiectus*» dei Bizantini diversa da quella classica. Dubbio che richiede una revisione della struttura del rapporto giuridico tra l'a. e i contraenti la stipulazione.

III. Poco o nulla si sa dell'origine storica dell'«*adiectus* s. c.». La stessa espressione è usata una sola volta nel «*corpus iuris civilis*», mai nelle altre fonti antegiustiniane. La si trova solo in Marcian. 4 regul. 46.1.23: *quia solutionis tantum causa adiectus est* (1).

Molto usate isolatamente sono i vocaboli «*adiectio*». (Gai. 2 de verb. obl. D. 45.1.141 passim. Ulp. 48 ad Sab. D. 45.3.11 e gli esempi potrebbero moltiplicarsi) «*adiectus*» (Papin. 28 quaest. D. 46.3.95,7). E ribadite frequentemente sono le antitesi ad es. tra la «*actio ex stipulatu*» e la «*solutio*» (Ulp. 48 ad Sab. D. 45.3.11); tra la «*stipulatio*» e la «*solutio*» (Ulp. 48 ad Sab. D. 45.3.13: *utrumque consistet et in domini persona stipulatio in extranei solutio*); tra l'«*obligatio*» e la «*solutio*» (Gai. 2 de verb. obl. D. 45.1.141,3: *mihi soli adquiri obligationem Titio autem dumtaxat recte solvitur*; Paul. 15 quaest. D. 46.3.98,5: *tantum enim solutionis capax est fructuarius hoc casu, non etiam obligationis*; Ulp. 52 dig. D. 45.1.56,3: *obligationi magis quam solutioni*

(1) Espressioni molto affini: Paul. 15 quaest. D. 46.3.98,5: *solutionis tantum causa adhibetur Titius*; Julian. 52 dig. D. 45.1.56,2: *solu. c. personam filii adprehendisse intellegatur*; Papin. 28. quaest. D. 46.3.95,5: *solutionis gratia filii personam adiectam*. Esempi di altre espressioni ancora: Jul. 53 dig. D. 46.1.16 pr.; Sempronii vero persona in hoc solum interposita... ut solvi ei ante litem contestatam et ignorante vel invito Titio possit. Ulp. 30 ad Sab. D. 46.3.12,1: *cuius stipulationi nomen insertum est*. J.3.19.4: *plane solutio etiam in extranei personam conferri potest*.

*applicatur*). Se dunque non si ha una prova materiale dedotta dalle fonti che «*adiectio*» o «*adiectus solutinis causa*» sia l'espressione tecnica dei classici tuttavia lo si può presumere, anche perchè è facile sottintendere il «*solutionis causa*» nei termini «*adectio*» o «*adiectus*» per se stanti e che sono usati frequentemente nei testi classici. Si può intanto affermare fin da ora con sicurezza che i classici rilevano che lo scopo dell'«*adiectio*» si esaurisce nella «*solutio*», nel senso che l'aggiunto ha la sola potestà di ricevere il pagamento, considerata come una «*res facti*» (1). E' ben noto che mentre per i classici la *stipulatio* «*mihi et Titio*» è nulla in rapporto a Tizio perchè contro la regola «*nemo alii stipulari potest*»; invece la «*stipulatio mihi aut Titio*» è pienamente valida. Ma per Tizio non prende consistenza la stipulazione (2) ossia il diritto di credito egli non ha quindi neanche la «*petitio*» (3). Egli ha soltanto la «*solutio*» in senso stretto cioè la capacità di liberare il debitore con la ricevuta effettiva della prestazione dovuta e non in altro modo (4). Il debitore facendo il pagamento all'autorizzato esercita un diritto che gli deriva dal contratto, ed è perciò liberato per volontà del creditore non dell'autorizzato che può essere anche un incapace.

Questo mezzo semplicissimo escogitato certamente dalla tecnica dell'antica «*iusprudentia*» aveva tuttavia in sé il potere di soddisfare ai più svariati bisogni della vita pratica

(1) Su questo concetto vedi infra.

(2) Ulp. 48 ad Sab. D. 45.3.11.

(3) Ulp. 27 ad ed. D. 13.5.7,1.

(4) Paul. 11 ad Sab. D. 46.3.10: *Cui recte solvitur is etiam novare potest excepto eo si mihi aut Titio stipulatus sum nam Titius novare non potest licet recte ei solvitur*. Contro il FERRINI Pand. n. 497.

e del commercio, supplendo così alle deficienze e alle lacune del sistema giuridico romano, specialmente nell'epoca classica.

IV. La figura dell' « adiectus » a traverso il diritto comune è giunta fino ai codici moderni. Ma mentre nelle fonti giuridiche romane « l'adiectus » lo si trova applicato alla sola stipulazione e solo in un caso, a quanto io so, alla « dotis dictio »: Marcellus 7 dig. D. 23.3.59:.... 'decem tibi aut Titio doti erunt' (1), quindi sempre in atti formali (2), nel diritto comune poco per volta è usato in qualsiasi convenzione. Ma quest'uso dev'esser sorto molto tardi. È vero che già lo STRACCA (3) lo definisce: « adiectus in iure nostro accipitur pro eo qui ex conventionem ad recipiendam solutionem constituitur »; ma per lui la « conventio » non è che la stipulazione. Lo si rileva esplicitamente dalle stesse sue parole (4) « adiectus est qui in conventionibus ex partium voluntate vel *promissoris* vel *creditoris* vel suo comodo alternative solutioni adiicitur ». Ed egli tratta sempre dell'« adiectus » costituito con l'antica formula romana « promittis mihi aut Titio? » sebbene non rispettata più nel suo rigoroso formalismo e, come cercherò di dimostrare,

(1) La *dotis dictio* col valore formale dei classici non esiste più nel periodo bizantino perciò è evidente che il « promiserit » iniziale è interpolato in luogo di « dixerit ». Nel caso poi della stipulatio delle « operae » del liberto D. 38.1.10-12 l'« adiectus » non può ricevere le *operae*, perchè queste sarebbero diverse cambiando la persona di chi le riceve.

(2) In alcuni casi tuttavia lo si trova in un patto ma che poi è riversato nella stipulazione ad es. Afric. 7 quaest. D. 23.4.23: «... pactus est... dos sibi aut post mortem suam illi aut illi filiis... reddatur: deinde haec ita fieri stipulatus est ».

(3) I. n. 15.

(4) I. n. 31 cfr. anche MAJANSIUS n. 1 che parla sempre di « stipulatio ». Il MAJANSIUS spagnuolo morì nel 1781.

con un valore sostanziale diverso. Si noti dunque che, sebbene l'« adiectio » per se non sia una formalità, era tale nel dir. romano e, affermerei anche per il diritto comune, in quanto era costituito con la formula della stipulazione: « promittis mihi aut Titio » ?

L'« adiectus » è stato accolto nei codici moderni e può naturalmente costituirsi in qualsiasi contratto: così è per l'art. 1241 del cod. civ. italiano.

V. Nei sistemi dei giureconsulti classici l'« adiectio » è trattata in rapporto alla « stipulatio » e se, anche sotto la rubrica « de solutionibus », o altre rubriche ancora a proposito sempre della « stipulatio » (1). Notevole tuttavia Ulp. 30 ad Sab. D. 46.3.12 che forse sotto la rubrica « De emptione et venditione De pretii solutione » (2) parla dell'« adiectus », sempre però applicato alla stipulazione, in antitesi al « verus procurator », come una delle persone alle quali può *esser fatto il pagamento*. È un gran passo nella sistematica, perchè in un sistema giuridico perfetto l'« adiectus » deve trovare la sua collocazione nella trattazione del pagamento in genere, come è appunto nei codici moderni e quindi nel cod. civ. art. 1241. « Il pagamento dev'essere fatto al creditore od a persona autorizzata a riceverlo dal creditore me-

(1) Le trattazioni più diffuse si trovano ad es. in Gai, de verb. oblig. lib. 2 de diversis stipul. (D. 45.1. 141 — D. 46.3.106 e D. 45.2.15 e si estende anche nel seguente l. 3 de stipulatione serv. D. 45.3.28) e in Paulus l. 15 quaest. de stipulationibus, comincia dal D. 46.3.98,4-8. Notevole anche Paul. 74 ad ed. (de Stip. D. 447.44,4) perchè considera l'adiectio come una modalità della stipul. Cfr. ad es. Iulian 52 dig. De verb. obl. D. 45.1.56) e 54 dig. de solutio, et lib. D. 46.4.34 p. Ga. III 103\* è dubbio. Ed è inutile diffondersi più oltre su questo punto.

2) Cf. LEN. Pal. II p. 1127 che dà in forma dubitativa le rubriche sopra trascritte.

desimo dall'autorità giudiziaria o dalla legge». La formula del codice comprende dunque tra le altre figure delle persone autorizzate a ricevere il pagamento, anche quella dell' « adiectus » del dir. romano e comune, e che io, adottando la stessa espressione esatta della legge, chiamo: autorizzato dal contratto a ricevere il pagamento. Infatti l'autorizzato in questo caso è tale non per volontà del solo creditore ma in forza del contratto ed è quindi irrevocabile per volontà di una sola delle parti. L'« adiectus » se cade nella nostra legge sotto il concetto dell'autorizzazione a ricevere il pagamento, non lo esaurisce, perchè vi possono essere altri autorizzati che sono contenuti nella formula dell'art. 1241. Il sistema accolto dal codice civile è, a tratti più larghi, delineato già nel DUARENUS (1) che nel tit. de solutionibus Cap. V. cui solutio fiat, enumera i casi in cui si può pagare a persona diversa del creditore. Ma è perfezionato e in parte già formulato nel padre della sistematica moderna; nel DONELLO, discepolo del resto del DUARENUS. Nel libro XVI *Commentatorium iuris civilis* cap. X sotto la rubrica: « In personis solventis et accipientis quis solvere et cui solvi possit ad iustam liberationem § 10 » dopo aver insegnato che non si può pagare se non al creditore, egli prosegue: « Ceterum si quod debetur solvitur alii quam cui debetur, quamvis nomine creditoris nulla liberatio est, sed hoc in alio, cui nomine creditoris solvitur, sic accipiemus, nisi alius iste pro creditore habeatur, ut dum illi solvitur perinde sit, quasi solvatur creditori l. si ita stipulatus sq. de solut (2). *Qui in solutione habeantur pro creditore eorum duo sunt genera. Quidam in rerum administratione pro dominis habentur iure:*

(1) Opera omnia p. 812 Hanoviae 1607.

(2) D. 46.3.59 Paul. 2 ad Plant.

*quidam domini voluntate* Le figure degli autorizzati per volontà del creditore che Ulpiano nel D. 46.3.12 comincia a raggruppare ma incompletamente, almeno per quanto ci riferiscono i digesti, sono dal DUARENUS aumentate e dal DONELLO completate « Voluntas haec ad eam rem duplex est quaedam solutionem praecedat (cioè lo *iussus et mandatum*) quaedam sequitur (cioè la *ratihabitio* di un pagamento fatto *ignorante vel invito creditore*)... *Jubet mandatve creditor alii solvi dupliciter. Aut enim iussum confert in eum cui solvitur dum ei potestatem facit pecuniae debitae exigendae et accipiendae: aut confert in debitorem, dum ei potestatem facit pecuniae debitae exigendae et accipiendae: aut confert in debitorem, dum ei potestatem facit alii solvendi* » (1). Dei primi tre specie; nei liberi il *procurator* nei servi l'« actor » nelle persone in « potestate » quelle a cui il « dominus » o il « pater » concesse il peculio. Il mandato può esser dato anche al debitore. « Sciendum est autem id permitti debitori a creditore dupliciter: *alias extra stipulationem, alias ipsa stipulatione. Extra stipulationem cum iam obligato debitore simpliciter iubet eum creditor alii solvere. Stipulatione ipsa cum stipulatur creditor sibi aut Titio dari* » (2). Nel DONELLO dunque non solo è sistemata meravigliosamente tutta questa materia, ma è ingerme anche la formula dell'art. 1241 cod. civ., riprodotta naturalmente dal codice francese « *quidam... iure* (cioè i tutori e i curatori) *quidam domini voluntate* ». In esso non è compreso l'autorizzato dal giudice nè posso determinare, in questo studio, del resto incompleto, quando questa figura sia stata raggruppata alle altre. Arrischio tuttavia la

(1) Lib. XVI c. § 12.

(2) eod. § 19.

congettura che questa terza specie di autorizzato sia stata raggruppata con le altre due, per opera della giurisprudenza cautelare nel diritto comune. In non pochi pratici trovo accennato al pericolo che si può incorrere pagando al minore o al pupillo, anche con l'intervento del tutore, ma senza il decreto del giudice, perchè in certi casi il pupillo può ottenere la «in integrum restitutio» non ostante il pagamento avvenuto essendo presente il tutore. Il pericolo è evitato se precedette l'autorizzazione del giudice. Così lo SCHILTER (1): «Tutoribus recte solvi, ut debitor liberetur caret controversia: sed *cautius* solvitur iudicialiter praesertim si debitor metuit, ne tutor solutam pecuniam in rem pupilli vertat, aut saltem probationis onus evitare velit». Così anche per il caso che si sia pagato a un terzo per coazione del giudice si è liberati (2). Certo ricadono sotto l'art. 1241 i diversi casi enumerati dal DONELLO, eccezion fatta naturalmente di quelle figure venute meno con la schiavitù quali il servo le persone con peculio ecc. Ne è esclusa la delegazione che nel cod. civ. è considerata nella 2ª sez. di questo capo IV (lib. III tit. IV). Non vi è dubbio però che quest'articolo comprende l'autorizzato a ricevere il pagamento sia da mandato sia dal contratto (3),

(1) *Praxis iur. rom. in foro germ.* Francof. 1713 lib. 48 § 37. Cf. CARPZOW, *Iurisp. For. Rom. Saxon* Part. II. Const. 11. Defin. 45 «Quae restitutio cessat. si decretum iudicis de solvendo intervenerit». Vedi anche lo spagnuolo GOMEZ, *Variae resolut.* vol. II cap. 14, n. 4 p. 527 Napoli 1718: «Si vero debitor solvitur minori cum auctoritate tutoris vel curatoris ipso iure remanet liberatus, sed restituitur minor si pecunia sit deperdita...».

(2) Cf. eod. § 35.

(3) Es. in una compra-vendita si conviene che il compratore possa pagare il prezzo oppure a Tizio.

che corrisponde *in parte* all'«*adiectus*» romano perchè questo era costituito solonella stipulazione e nella «*dotis dictio*» in modo formale, mentre nel nostro codice può esser costituito in qualsiasi contratto e quindi anche senza formalità.

Ora è appunto necessario precisare qual rapporto giuridico si costituisca tra l'autorizzato e le parti contraenti.

VI. Se prendiamo lo spunto dai nostri civilisti moderni (1) troviamo che quasi unanimi essi definiscono il nostro autorizzato per un mandatario. Alcuno però come ad es. il DE RUGGERO (2) parla di un autorizzato, seguendo l'esatta espressione della legge. E secondo me quest'espressione del nostro codice, ripetuta anche nell'art. 30 del cod. comm., a proposito del mediatore incaricato di un'operazione, dev'essere mantenuta rigorosamente, perchè corrisponde all'esatta struttura del rapporto giuridico e serve di guida a liberare la dottrina da errori tradizionali, specialmente da quello di considerare l'autorizzato dal contratto quale un mandatario. Quest'errore è tradizionale: dalla letteratura giuridica italiana, francese, tedesca contemporanea risalendo alle meno recenti e agli scrittori di diritto comune, es. tra gli altri lo stesso DONELLO nei luoghi sopra citati, sebbene alcune volte con distinzioni e suddisdizioni come vedremo ad es. lo STRACCA e gli autori da lui citati, si ripete costantemente che è un mandatario. Non mancano tuttavia opinioni in contrario che secondo me, contro la tradizione, o ne intuiscono la vera struttura o colgono l'istituto nella sua nuova essenza (3) bizantina. L'antico «*adiectus*» che nelle mani dei giurecon-

(1) Risparmio la lunga bibliografia che potrebbe farsi a questo proposito.

(2) *Istit.* vol. II, p. 166.

(3) Es. il VANGEROW l. c.

sulti classici costituiva un mezzo semplicissimo con il quale come già accennai, si sofferiva praticamente a tante lacune del diritto quali ad es. alla mancanza del contratto a favore dei terzi, e di un infinito numero di istituti civili e commerciali, poco per volta nel corso della storia con l'evolversi di nuovi istituti, con il venir meno di antichi principi, trasforma l'antico carattere non solo ma perde anche molto del suo valore pratico. Non è mancato infatti chi lo ha ritenuto addirittura nei nostri tempi senza valore pratico (1). Ma se quest'affermazione è esagerata non si può negare che oramai nella pratica non ha più l'antico uso frequente.

Per questo forse non è stato nel nostro tempo ancora oggetto di studio. Ma anche nella dottrina antica è stato poco studiato, se ne eccettui le opere dello STRACCA (2) e del MAJANSIUS.

Eppure sia sotto il profilo storico sia sotto quello dottrinario ritengo interessante approfondire le ricerche sull'adiectus». Non per nulla lo STRACCA osserva «*Quippe vix mercatura posset exerceri si adiecti constitui non possent*» e «*quam magno negotiatorum commodo id sit statutum nemo est qui non videt*» (3) E al tempo dello STRACCA quanti nuovi istituti specialmente commerciali erano già in vigore. La lettera di cambio, la polizza di carico, il titolo al portatore hanno già un proprio profilo nella scienza giuridica di quei tempi. Ora «l'adiectus» il quale per chi solo superficialmente voglia pensarvi può *praticamente* avere la funzione di

(1) BAEHR *Jahrb. f. D.* VI p. 150 oss. 17 contro ARNDTS «*Krit. Vyschr*» V. p. 171.

(2) Già lo Stracca *Proem.* «*Quotidianus frequensque est adiecti tractatus praecipue inter mercatores, et de hoc quidem adiecto apud veteres Iuris consultos compliores quaestiones eleganter tractantur. Apud recentiores vero nulla pene mentio*».

(3) I, n. 26.

questi istituti disparatissimi può essere un semplice mandatario? Eppure la tradizione lo ripete macchinalmente da tempi antichissimi, e la tradizione si radica profondamente in tre passi del *corpus iuris*, nei quali si afferma in modo generale ed assoluto che lo «*stipulator*» ha contro l'*ad. l'«actio mandati»*. Dirò subito che al contrario io ritengo che se l'*«adiectus»* può essere un mandatario ciò non è tuttavia in linea di principio generale nè deriva dalla costituzione dell'*adietto*. Occorre dunque una revisione critica di questi frammenti che sarà feconda di risultati storici e dottrinari se si svolgerà tenendo presente anche gli scrittori di diritto comune. Perchè le interpolazioni che io credo di scorgere in quei frammenti sono vivificate dalle nuove dottrine, specialmente dei dottori e dei commentatori. Ed esse sono dimostrate dalle stesse interpretazioni e dalle nuove dottrine che sui testi classici edificano gli antichi scrittori di diritto comune, dottrine che se ripugnano al pensiero giuridico classico trovano però il loro germe nelle sovrastrutture giustiniane. E' questo uno dei casi in cui il diritto giustiniano sovrapponendosi al diritto classico serve d'introduzione al diritto comune. L'interpolazione alterando il pensiero classico non resta lettera morta ma diventa feconda di ulteriori progressi.

VII. — Dimostrati interpolati i passi nei quali si afferma in generale che contro l'*«adiectus»* lo «*stipulator*» ha l'*«actio mandati»* vedremo altre interpolazioni causate dalle nuove concezioni bizantine dell'*«adiectus»*, ritornando anche sul D. 45. 1. 141, 3. La dimostrazione poi che l'*«adiectus»* non è sempre tenuto con l'*«actio mandati»*, sebbene in alcuni casi possa esserlo, che cioè dall'*«adiectio»* non derivi necessariamente il mandato sarà convalidata da alcuni cenni sui modi con cui nella dottrina si è voluto ricostruire il man-

dato nell' *a.* Si potrà da ultimo affermare con più convinzione l'infondatezza della generalizzazione bizantina esponendo brevemente la funzione pratica dell' « adiectio » nel diritto romano e comune.

VIII. — § 1. Scaevola l. 13. tertio quaest. D. 45. 1. 131, 1.

Qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur, quamvis fundus Titio traditus (1) sit, nihilo minus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur (2): [nam interest eius, quia mandati actione fundum recepturus sit a Titio. sed si donationis causa Titium interposuit, dicetur traditione protinus reum liberari].

Scaevola affermerebbe, secondo il testo, che lo *stipulator* ha sempre per principio generale l' « actio mandati » contro l' « adiectus », quando questi abbia ricevuto il pagamento, appunto per ottenerne la restituzione; farebbe eccezione il solo caso in cui lo « stipulator » interpose l' « adiectus donationis causa ». Alcune interpolazioni del fr. sono ovvie e sono già state dimostrate. Scaevola non poteva parlare di una promessa di evizione e forse probabilmente egli scrisse: « statisdatio s. m. » Nè poteva parlare di un « fundus traditus » ma « mancipatus ». Tutto questo è ovvio ed è inutile insistervi. Io trovo sorprendente, innanzi tutto, l'ultima affermazione. Se teniamo fermo il concetto classico che l' « adiectus » non acquista alcun diritto dalla stipolazione ma solo la potestà di ricevere il pagamento come « res

(1) Mancipatus (Scaev.)

(2) Ut sibi satis secundum mancipium detur Scaev. (f) — Pernice.

Lo SCHLOSSMANN, su l. 16 D de cond. c. data nella *Ztschr. S. S.* vol. 29 ritiene per classica l'espressione del testo: indicherebbe lo scopo dell'azione per l'attore (p. 333).

facti » e con ciò di liberare il debitore, egli di fronte alla « stipulatio » è un estraneo, un terzo.

Il rapporto giuridico, « l'obligatio » nascente dal contratto è per « l'adiectus » una « res inter alios acta ». Viceversa potrà, anzi dovrà esistere un rapporto giuridico tra lo « stipulator » e « l'adiectus » o tra il « promissor » e l' « adiectus » ciò che avverrà molto più di rado, che provoca l' « adiectio », ma al di fuori della « stipulatio », e questo rapporto intercedente tra l' « adiectus » e uno dei contraenti costituisce per l'altra parte contraente, una « res inter alios acta ». Lo « stipulator » ad esempio non vorrà « l'adiectio » per un' « elegantia iuris » ma per uno scopo pratico che egli consegue mediatamente con questo mezzo giuridico ric collegandolo eventualmente anche con altri rapporti giuridici. Se, ad esempio, lo « stipulator » è debitore dell' « adiectus » egli può autorizzarlo a ricevere il pagamento perchè poi se lo ritenga a saldo del suo credito. L' « adiectio » in questo caso ha la *funzione pratica* di una delegazione o anche di una cessione di un credito, ma non può confondersi con queste figure; sebbene praticamente raggiunga gli stessi scopi. Essa per lo stipulante è collegata col motivo di voler estinguere un suo debito verso « l'adiectus » e quindi con il rapporto di debito esistente e con la cessione della prestazione all'autorizzato, ma tutti questi elementi costituiscono motivi o scopi che restano estranei alla « stipulatio » e per il « promissor » sono una « res inter alios acta ». Rispettivamente possono esistere altri rapporti tra lo stip. e il prom., ad esempio può esservi un'intesa perchè questi paghi all' « adiectus » in certe determinate condizioni: ma anche in questo caso l'intesa resta estranea alla « stipulatio », e con più forte ragione sarà una « res inter alios ac-

ta » di fronte all' « adiectus ». Queste intese, dato che il « promissor » aveva la facoltà di scegliere tra lo « stipulator » e l' « ad. » a chi pagare dovevano anzi essere molto frequenti in Roma, se si pensa agli esempi che ci adducono i classici. Spesso si parla di un « adiectus » furioso o pupillo. Il pagamento, poichè l'« adiectus » non acquista il credito ma è solo di fatto autorizzato a ricevere, prestato a questi incapaci era valido anche « sine curatore » e « sine tutoris auctoritate ». Io ritengo che in questi casi lo « stipulator » mirasse spesso a beneficiare questi incapaci ma, o dovendo assentarsi o per qualsiasi altra ragione non potendo curare direttamente l'affare nè forse volendosi affidare al tutore o al curatore tanto più che nel diritto classico non esisteva la rappresentanza diretta nella cura e nella tutela, ricorresse a persona di fiducia, alla quale, ad esempio, versava la somma che voleva prestare agli incapaci e poi ne stipulava il pagamento a se o all' incapace, indicando al promissor le circostanze in cui avrebbe dovuto poi ad essi fare la prestazione. Del resto, non manca la formula con la quale lo stipulator riservava a se tale facoltà di scelta: « Decem mihi aut Titio utrum ego velim dare spondes » (1)? Rimandando le discussioni ulteriori sulle interpolazioni della parte finale del passo ritengo anch' io che non si possa negare la costituzione di un « adiectus » anche con questa formula, che presenta il vantaggio di riservare colla stessa stipulazione allo « stipulator » il diritto di decidere del se il « promissor » dovrà pagare all' « adiectus », mentre con la semplice formula « promittis mihi aut Titio »? la scelta era lasciata al « promissor » e lo stipulante poteva influire solo con intese basate sulla fiducia in quello riposta. Più larga ancora era la for-

(1) Papin. 27 quaest. D. 45.I.118,2 Cf. FERRINI, l. c. p. 709.

mula « mihi aut cui ego volam reddantur restituantur stipulatus est » (1) la quale praticamente assumeva la funzione di un credito all'ordine. Del resto un'intesa molto comune dovette esser quella che l'« adiectus » dovesse rimanere nella stessa condizione perchè il « promissor » potesse validamente pagare a lui (2), tanto che già Iulianus ritenne che « tacite inesse haec conventio stipulationi videtur 'si in eadem causa maneat' » African. 7 quaest. D. 46.3.38 pr. (3). Che questo insegnamento sia dovuto a Iulian. è dimostrato dall' « ait » senza soggetto e in cui normalmente Africano sottintende il suo maestro.

L' autorizzazione praticamente ha dunque i suoi scopi e motivi che possono esser dati anche da rapporti giuridici già esistenti o da costituirsi (p. e. io autorizzo Tizio a ricevere la prestazione perchè voglio depositarla presso di lui) tra lo « stipulator » e l'« adiectus » o tra quest'ultimo e il « promissor », o anche tra' due contraenti: ma questi motivi restano estranei alla stipulazione, e l' « adiectio » perfetta senza il concorso della volontà dell' autorizzato, non è fonte per lui di alcun diritto. L' « adiectio » non è che un' autorizzazione valida astrattamente da qualsiasi causa che non sia la *solutionis causa*, la quale sola ed esclusivamente ne determina lo scopo nei rapporti tra i contraenti e l' autorizzato e ne precisa i limiti. Essa resterà inefficace quando l' adietto non accetti il pagamento. L' autorizzazione in genere può esser data unilateralmente; nel contratto è data dal creditore di fronte al debitore e perchè è norma del con-

(1) Scaev. 18 dig. D. 32.37,3.

(2) Si eccettua il caso dell'usufrutto D. 46.3.95,6

(3) Al frammento si ricollega secondo il Pfaff la clausola « rebus sic stantibus nei *Festgabe für Unger* p. 223 segg. 1898.

tratto è irrevocabile da parte del creditore senza il consenso del debitore.

Troppo rigida era ancora nel periodo classico il predominio della regola « alteri nemo stipulari potest » perchè i classici non accentuassero energicamente che l'« adiectus » non acquista diritti e che quindi la causa dell'« adiectio » si esaurisce tutta per l'*ad.* nella potestà di ricevere il pagamento « in hoc solum ut ei... solvi... possit ». La « solutio » è definita in questo senso *res facti* (1) Paul l. 9 ad Plaut. D. 35.1.44 pr. « ... quia quae facti sunt non trans-eunt ad dominum quemadmodum si mihi aut servo Titii stipulatus sim, non Titio sed servo eius dare possum ». E come nella « datio condicionis implendae causa », la condizione non si può ritenere adempiuta se non si dà materialmente alla persona in essa indicata così è nell'« adiectio », sia questo lo schiavo o un incapace. (2) Per ciò si può pagare all'« adiectus » anche se è incapace perchè il pagamento è fatto per volontà del creditore e il diritto si acquista a questo. Certo questa concezione è molto sottile e la delimitazione tra il fatto è il diritto, anche in questo campo non sempre è perspicua e in certe ipotesi può addirittura sembrare artificiale. Se ad esempio il creditore non vuol ripetere la prestazione dall'« adiectus » ma o glie la vuol donare, o per altra causa, vuole che resti definitivamente sua, sarà molto facile lo scambiare il fatto col diritto, e affermare che l'« adiectus » ha acquistato un diritto dal contratto. Sarà quindi naturale che si consideri il rapporto giuridico tra l'« adiectus » e lo « stipulator », estraneo alla

(1) Cfr. STRACCA, l. c. I 26.

(2) Cfr. D. eod. Per le deviazioni anche a questo riguardo nell'epoca bizantina vedi infra.

stipulazione, come causa materiale della stessa stipulazione. Si scontrerà quest'errore scivolando inavvertitamente dalla stipulazione con l'autorizzazione dei classici, nel contratto a favore dei terzi. Io posso autorizzare Tizio a ricevere il pagamento perchè voglio fargli una donazione. Nella stipulazione classica la donazione in questo caso può costituire solo un rapporto giuridico tra me stipulante e Tizio « adiectus », essa varrà come un mio semplice motivo o scopo personale della stipulazione con l'« adiectio » ma estraneo a queste giuridicamente. La stipulazione avrà una causa materiale sua propria ed unica tra me e il debitore: questi mi promette cento perchè io glie li ho dati o glie li darò a mutuo, perchè me li deve per un corrispettivo o prestato o futuro, perchè me li vuol donare ecc. L'« adiectio » è perfetta in quanto si è usata la formalità richiesta: per essa il debitore si può liberare prestando all'autorizzato, che riceve di fatto la prestazione, ma il diritto si acquista a me. Io ottengo per mezzo dell'« adiectio » che di fatto i cento pervengano nel potere dell'autorizzato, ma questi cento diventeranno proprietà di lui solo se è preceduta o seguirà alla consegna materiale, oppure sia ad essa contemporanea una mia promessa di donare o altra « iusta causa traditionis ». In forza dell'« adiectio » per sè stessa secondo il concetto classico l'autorizzato all'atto in cui riceve il pagamento viene a trovarsi in una posizione di fatto. Non si dimentichi che però il fatto per sè stesso poteva esser costituito da un negozio astratto dal quale l'adietto poteva anche acquistare un diritto; come ad es. la *mancipatio*. Il rapporto giuridico che eventualmente si potrà ricollegare ad esso, resta ad ogni modo, anche per la stessa natura della

stipulazione estraneo a questa, e quindi al «promissor», per il quale è una «res inter alios acta».

Tuttavia nel passo citato si afferma il contrario. «Prometti di dare il fondo a me o a Tizio»? La causa materiale della stipulazione non è detta espressamente nel fr. ma secondo il contesto potrebbe anche essere una compra nel senso empirico, nel senso cioè che lo «stipulator» abbia già sborsato un corrispettivo, o che vi sia l'intesa tra le parti che lo sborserà. Non si confonda questo contratto con la compra vendita e neanche con la promessa di comprare.

Con la «stipulatio», contratto unilaterale e di stretto diritto, resta obbligato il solo «promissor», e natura ben diversa tra di loro hanno le azioni che nascono dalla «stipulatio» e dalla compra vendita. Con una «stipulatio» si può raggiungere praticamente ma solo isolatamente alcuno degli scopi empirici della compra vendita: io posso promettere cento a Tizio perchè c'è l'intesa che egli mi consegnerà il fondo Corneliano. Empiricamente con questa stipulazione si raggiunge lo scopo di obbligare me a pagare il prezzo del fondo. Tuttavia, non solo quest'obbligo sorge e può esser fatto valere indipendentemente dal diritto a favore del «promissor», di ottenere la consegna della cosa, diritto, che con quella stipulazione non viene neanche ad esistenza; ma anche l'azione con cui lo stipulante può pretendere i cento è ben diversa da quella che deriva dalla vendita a favore del venditore. Questi domanda i cento dovutigli come prezzo, con l'«actio venditi» nella quale l'obbligazione di dar cento consta di un «dare» e di un «facere», perchè di buona fede, l'azione cioè mira ad un «incertum». Nella «stipulatio» al contrario perchè di stretto diritto l'obbligo di dar cento mira ad un «certum», quindi l'attore ha diritto solo ad un

«dare». A rigor di termini non si potrebbe quindi parlare di una «stipulatio venditionis causa», e infatti nelle fonti non si trova mai nè quest'espressione nè l'altra «stipulatio emptionis causa». Notevole è però Ulp. 7 disput. D.45.1.52,1 «Si quis vacuum possessionem tradi promiserit... non nudum factum haec stipulatio continebit, sed causam bonorum», che necessariamente fa pensare allo scopo cui mira il compratore nella vendita. Questa stipulazione mira quindi allo stesso scopo empirico della compra ma naturalmente con effetti giuridici diversi, e nel senso empirico potrebbe dirsi una «stipulatio venditionis causa», nel senso cioè che causa materiale di essa è che lo stipulator abbia sborsato o sborserà un corrispettivo. Causa materiale che non ostacola la validità della stipulazione anche se non avverata, e potrà farsi valere soltanto o con l'«exceptio doli» o con una «condictio». Ad ogni modo per il classico l'obbligo di «dare», nel passo in esame, mirava al trasferimento della proprietà per mezzo di una «mancipatio» e che doveva essere accompagnato con una «santidatio secundum mancipium» (1). Questa consisteva in una «stipulatio» con la quale il mancipante si assumeva l'obbligo legale che derivava dalla mancipazione, dell'«auctoritas», e aveva lo scopo formale di far intervenire «sponsores» e «fidepromissores»: era dunque una garanzia per l'evizione. (2) Ad essa fu sostituita la

(1) Cfr. LENEL, *das Edictum* 2<sup>a</sup> ed. ted. § 290 sgg.

(2) L'obbligo della garanzia derivante da quello di dare è accentuato contro lo SCHLOSSMANN dallo SCIALOJA, *La l. 16 Dig. de c. c. d. 12, 4* nel *Bull. I. di dir. r.* Vol. XIX p. 181 «..... per convincersi che realmente i giureconsulti romani nello stretto obbligo di dare hanno riconosciuto l'obbligo, non solo di compiere gli atti necessari al trapasso della proprietà, ma di fare effettivamente acquistare la proprietà e di garantirla: obbligo che non fu invece imposto al venditore».

«duplae stipulatio» che accompagnava il contratto obbligatorio di compra vendita.

Tornando alla fattispecie del passo. In esecuzione della stipulazione: «prometti di dare il fondo a me o a Tizio?» il debitore dà il fondo a Tizio ma non garantisce per l'evizione, non presta cioè la «duplae stipulatio» secondo i Bizantini. Nell'ultimo periodo si afferma che se io interposi Tizio a scopo di donazione, il debitore sarà subito liberato da ogni responsabilità per la evizione della cosa, e quindi dall'obbligo di prestare la «duplae stipulatio», non appena abbia consegnato il fondo a Tizio.

Si conclude dunque in un senso assolutamente contrario alle mie premesse: perchè, non ostante la donazione sia stata fatta da me a Tizio autorizzato e quindi sia per il «promissor» una «res inter alios acta», quest'ultimo è liberato dalla responsabilità per l'evizione di fronte a Tizio donatario.

Secondo me nel frammento si confonde appunto il rapporto di donazione tra «stipulator» e «adiectus» esteriore, alla stipulazione, con la causa materiale di quest'ultima, per modo che l'«adiectio» s'intende fatta «donationis causa» dallo stipulante e dal «promissor» contemporaneamente colla stessa stipulazione. Non si confonderebbe perciò il caso in esame con l'altro prospettato anche nella dottrina, del compratore che abbia donato la cosa a un terzo. Si è voluto, infatti, discutere se il compratore donante possa agire contro il venditore quando la cosa sia stata evitta al donatario. Non vi è alcun passo delle fonti che presti una base nel diritto romano a quelli che negano che il compratore possa agire. Il D.21.2.71 di Paul. 16 quaest. citato dal POTHIER che, pur troppo, è per la negativa dev'essere escluso.

Il testo, evidentemente rimaneggiato, propone il caso di un padre che abbia costituito in dote per la figlia un fondo comprato. Evitto il fondo al marito si riconosce nel padre interesse ad agire, sebbene non sia più proprietario, e perchè un giorno potrà riavere la dote (siamo in tema di «dos profecticia») e perchè gli interessa di aver la figlia dotata, e si conclude: «quod magis paterna affectio inducit». Dobbiamo escludere il passo dalla nostra questione perchè la dote di fronte al marito non è donazione, ed anche perchè nel testo non si nega che il marito in persona non abbia azione contro il venditore (1). Anzi secondo ACCURSIO, ripreso dal CUIACIO, lo stesso padre sarebbe responsabile dell'evizione di fronte al genero. Il TROPLONG (2) ripudiando l'opinione del POTHIER osserva che l'interesse del donante consiste nell'affetto verso il donatario. Si potrebbe rilevarlo che chiunque abbia acquistato una proprietà, abbia il diritto di disporne come meglio creda. Il donante ha interesse a che l'atto di disposizione della cosa sua abbia effetto duraturo. Se il compratore ha donato la cosa non ha con ciò l'obbligo di assistere impassibile all'annientamento dell'atto di disposizione! Ma è tanto repugnante al principio più elementare dell'indebitamento arricchimento il negare al compratore donante l'azione per l'evizione, contro il venditore che non vale la pena d'intrattenersi oltre su tale questione. Non mi sfugge però che il WINDSCHEID pur ammettendo che il compratore donante abbia l'azione, ritiene che «diversamente decide nel caso della stipulazione se il creditore ha donato la cosa la l. 131 § 1 D.45,1». (3) Il WINDSCHEID generalizza erro-

(1) Quest'ultima osservazione è del CUIACIO *op. om.* vol. V. p. 1125.

(2) *Vente* p. 134.

(3) *Pandette* (ital.) § 391 n. 31.

neamente, doveva dire « stip. » con « adiectio ». Ma nel nostro passo ripeto l'azione è negata perchè assumendo a causa della « stipulatio » la donazione il « promissor » è parte di fronte all' « adiectus ». Lo stipulante non può agire perchè avendo donato perde l'azione di mandato: il suo è un contratto a favore del terzo senza interesse. Si deve concedere l'azione allo stipulante che doni ad un terzo la cosa acquistata, per la stessa ragione che la si riconosce al compratore. Anzi la stipulazione, contratto rigoroso non tollera meno della compra vendita l'affermazione contraria.

Io vo anche più oltre e ritengo che se non si fosse trattato di una « stipulatio » con « adiectio donandi causa » anche tra « promissor » e « adiectus » lo stesso Giustiniano avrebbe concesso l'azione persino al donatario in persona, almeno « ex iure cesso ». « L'idea che la tutela giuridica contro terze persone sia limitata alla proprietà, agli *iura in rem* e al possesso giuridico, idea che si adatta sicuramente all'antico diritto romano non corrisponde al nuovo: questo ha aggiunto come nuova base di esso l'interesse e su questa base ha attribuito a colui che a stregua della natura del suo diritto è protetto solo in modo relativo, a mezzo di diverse azioni, una tutela contro terze persone. Questo è uno dei progressi più degni di nota che in genere sia da rilevare per il diritto romano, solo che esso non si presenta all'occhio nella stessa misura di parecchi altri, poichè esso si è compiuto impercettibilmente e i giuristi romani stessi non giunsero ad averne coscienza..... All'antica giurisprudenza la tutela contro terze persone di titolari di diritti meramente obbligatori sarebbe sicuramente sembrato un dar di cozzo contro i più elementari principi del diritto: essa li conosceva solo nella forma della « in rem actio », nel di-

ritto sulle cose, nel diritto di famiglia, nel diritto ereditario.... In relazione del cambiamento di cui sopra, questo è avvenuto tanto poco per opera della giurisprudenza romana quanto della moderna: entrambe si sono contentate di designare i singoli casi in cui si appalesa il cambiamento senza porre in chiaro in via di principio l'intima potente trasformazione del diritto che si è compiuta e così oggi siamo tuttora sotto l'impero della tradizionale regola romana antica che il titolare di un diritto di obbligazione sia senza tutela contro terze persone mentre in realtà il diritto nuovo si è pur da essa liberato » (1). Al FADDA si deve l'esegesi accurata dei testi nei quali in tema di danni è data l'azione al conduttore contro il terzo: « O direttamente contro il terzo o « ex iure cesso » colle azioni del locatore potrà provvedere al suo interesse il conduttore. La tutela adunque non gli manca, ma è variamente regolata a stregua delle specialità del sistema romano. Però questo è comune a tutte le forme di tutela che non si può valersene contro il terzo se non quando nel contratto stesso non siavi il mezzo di risarcimento. Talechè in generale si può dire quel che il DERNBURG (Pand. II, parag. 131 e 134) diceva dell'azione aquiliana che chi ha solo ragioni obbligatorie in ordine ad una cosa ha azione contro il terzo che fu danneggiato e non può in altro modo essere risarcito.... A questo principio così logico e così equo ad un tempo conduce tutta la valutazione del diritto romano. E questo principio ritengo sia regolatore anche per il diritto moderno (2) ». Se non si fosse trattato di una stipulazione *cum adiectione* Giust. avrebbe dato l'azione al

(1) IHERING, *Ann.* XXIII, 287 trad. FADDA, *rapporti del conduttore coi terzi in tema di danni*, nella *Giurisp.* vol. 43 p. 116-117.

(2) L. c. p. 131-133

donatario direttamente contro il debitore secondo la tendenza del diritto romano nuovo dimostrata dall'esegesi acutissima del FADDA. Il donatario eserciterebbe l'azione non quale successore del donante nel diritto alla garanzia per l'evizione, perchè questo è un diritto personale del donante contro il debitore, ma « ex capite proprio ». Il donatario risente un danno dal fatto dell'evizione e poichè il donante non ne è responsabile, l'azione personale s'appunta contro l'autore della lesione cioè il venditore. Già il CUIACIO a proposito del donatario scrisse « quia lucrativae rei possessor id est donatarius ab evictionis actione ipsa iuris ratione defenditur (1) ».

Giustiniano infatti nega nel passo di Scaevola l'azione al donante e al donatario contro il promissor perchè secondo la sua concezione, la *donatio* all'adietto è causa della stipulazione conclusa. Il *promissor* parte della « stipulatio donandi causa » all'« adiectus » viene ad esser una parte di fronte a questo, e per ciò è liberato da ogni responsabilità per la evizione della cosa. Che questa sia la configurazione bizantina lo dimostra anche nel D. 7. 1. 25 pr.

§ 2 — Ulpian 18 ad Sabin. D. 7. 1. 25 pr.

Sed et sit quid stipuletur sibi aut Stichus servo fructuario, donandi causa [dum vult fructuario praestitum, dicendum, si ei solvatur fructuario adquiri].

Un classico non poteva assolutamente dire che lo stipulante concluda la stipulazione allo scopo di donare ad un terzo! Tizio stipula allo scopo di donare allo schiavo Stico « adiectus », colla volontà che la donazione sia acquistata all'usufruttuario di lui! Non potrebbe essere reso più evidente che qui la donazione che lo stipulante vuol fare allo « adiectus » è concepita come causa della stipulazione tra il

(1) Vol. V. col. 1194.

creditore e il debitore. Lo stipulante invece di acquistare per sè vuol donare a Stico. Ma se egli stipula anche il promissore « promittit donandi causa ».

Entriamo a gonfie vele nel mare del contratto a favore di terzi, anzi di una donazione a favore del terzo.

Del frammento ha già rilevato le incongruenze formali il BERGER (1) senza però additarne gli assurdi sostanziali secondo il diritto classico. « Lo *stipuletur* è senza soggetto » Egli confessa di non aver capito il passo se non leggendo i Basilici. Come soggetto si dovrebbe sottintendere il « si quis donaturus fructuario » della l. 24 precedente. E per il BERGER « Stichus » in questo caso non è che un organo perchè riceve la prestazione destinata al suo fruttuario. Ma il BERGER non s'accorge della stranezza che appunto l'usufruttuario dell'« adiectus » quindi nella qualità di « adiectus », acquista il diritto dalla stipulazione « si solvatur ei »! Per me questo è l'indice più sostanziale dell'interpolazione. Secondo il BERGER, sulle orme del resto del LENEL (2) e del SALKOWSKI sarebbe giustiniana la regola che la donazione fatta al servo fruttuario si acquista al « dominus » o all'usufruttuario a seconda che è fatta in contemplazione dell'uno o dell'altro. Io rilevo nel passo anche « il vult praestitum » che sa di bizantino. Ma per la mia tesi mi pare che dal frammento si possa dedurre quest'affermazione: per Giustiniano nella stipulazione l'« adiectus » partecipa per volontà delle parti della « causa stipulationis » e conseguentemente acquista il diritto dalla stipulazione direttamente, quando gli sia

(1) *Streifzüge durch das römische Sklavenrecht* III. p. 96 dell'estratto dal *Philologus* LXXIII N. F. XXVII 1914.

(2) Cf. *Pal.* II. Ulp. fr. 2587.

fatto il pagamento: questo almeno nella « stipulatio donandi causa » all'« adiectus » (1).

§ 3. — Guadagnato questo risultato sarà più facile l'interpretazione del penultimo periodo del frammento « nam interest eius »...

Se il « promissor » ha consegnato il fondo senza garanzia per l'evizione a Tizio, « adiectus non donationis causa » lo stipulante potrà agire contro di lui per ottenere la garanzia: infatti egli ha interesse, perchè potrà sempre recuperare il fondo con l'azione del mandato. E' questo uno dei frammenti che afferma dunque in modo generale che contro l'« adiectus » lo stipulante ha l'« actio mandati »: esso anzi interessa perchè espone una dottrina generale sul rapporto dell' « adiectus » con lo stipulante. « L'adiectio » è interposta per regola generale a causa di mandato, per eccezione a causa di donazione: nel primo caso lo stipulante può pretendere la restituzione del pagamento fatto all'« adiectus » con l'« actio mandati », nel secondo caso non può pretenderla. Ma da qual fonte deriva il mandato? Vedremo più oltre le diverse costruzioni tentate nella dottrina.

Per me è evidente che come la « donatio » è assunta a

(1) Lo SCHLOSSMANN, l. c. p. 335, pur credendo alla genuinità del passo non sa spiegare questa mancanza d'interesse nel caso della donazione all'*ad.* Egli dà due interpretazioni al *don. c. int.* O il creditore ha aggiunto Tizio con l'intenzione di donargli il fondo nel caso che il debitore glielo presti, o perchè una donazione destinata dal promissore allo stipulante, a sua scelta possa essere eseguita con prestazione allo stipulante o all'aggiunto. Ritene impossibile la prima interpretazione, perchè la donazione dello stipulante a Tizio dipenderebbe dall'eventuale decisione del debitore. La seconda sarebbe la esclusione della *condictio* in connessione con la *lex Cincia*. Resterebbe sempre oscura la mancanza dell'interesse.

causa della « stipulatio » così è del mandato. Per Giustiniano lo « stipulator » quando non voglia donare all'« adiectus » può tentare l'« actio mandati » contro l'« adiectus » per ottenere il pagamento a lui fatto dal debitore, e il mandato deriva dallo stesso stipulazione con l'« adiectio »; è un mandato presunto, « ex lege »: non vi è altra via d'uscita. Questa costruzione trova una conferma nella tendenza bizantina a costruire con presunzioni di contratti. L'esempio tipico è quello della stipulazione nella costituzione della dote. Ma poichè il mandato è presunto nella stipulazione con l'« adiectio », il mandato diventa a sua volta una causa della stipulazione ed esso sta a dimostrare anche l'interesse che ha lo stipulatore per l'« adiectio ».

Al classico non poteva passare per la mente la questione dell'interesse nella fattispecie prospettata, innanzitutto perchè lo stipulante ha ancora il diritto immediatamente in forza della stipulazione a causa del pagamento difettoso fatto all'aggiunto. Avendo il creditore diritto a un *dare*, cioè alla proprietà e alla garanzia non si può dubitare del suo interesse alla garanzia. Nè questo può essere rappresentato dall'« actio mandati » perchè, caso mai con essa, egli potrebbe ottenere la consegna del fondo anche prima di intentare l'azione contro il debitore. D'altra parte il debitore obbligato in forza della rigorosa stipulazione non può giovare dei rapporti intercedenti tra stip. e *ad.* estranei al contratto.

Questione possibile per il classico era il determinare se il « mancipio accipiens » avendo diritto in forza del suo credito, oltre che alla « mancipatio », anche alla « satis datio s. m. » potesse tentare ancora l'azione della stipulazione contro il debitore che pure aveva già mancipato il fondo. Certo il giureconsulto non poteva intendere che con

L'azione del contratto lo stipulante avrebbe ottenuto direttamente la *satisfatio*. Nella procedura classica in cui la condanna è sempre pecuniaria ciò era impossibile. Il giudice nel caso concreto, doveva decidere il *quanti era res est*, l'azione mirava ad una *certa res*: la coazione come sempre era indiretta per ottenere la esecuzione della prestazione effettivamente dovuta. Non mi pare che scopra l'America lo SCHLOSSMANN che insiste nel rilevare come con le parole *ut sibi* « si esprime soltanto lo scopo al quale mira il creditore e che spera di raggiungere con il proporre l'azione, ma che non potrebbe mai raggiungere con una sentenza di condanna ». Sono insostenibili le conseguenze che Egli vuol dedurre a sostegno della sua tesi che il *dare* non significa l'obbligo di trasferire la proprietà e di garantirla. Infatti da quel concetto vuole poi derivarne che la promessa dell'evizione a cui mirava il creditore, non avrebbe avuto nulla a che fare con la « stip. duplae » o la « satisf. s. man. » perchè la prima mirava a garantire da un'evizione eventuale le seconde invece da una concreta (1).

Poichè dalla « stipulatio fundum dare » derivava anche l'obbligo di prestare la « satisfatio », Scaevola per il quale l'« adiectus » non acquistava diritti, pure et simpliciter avrà concessa l'azione allo « stipulator ». Come appunto fa Julianus nel D. 46.3.33.

Dunque se una questione poteva sollevarsi dal classico non era quella dell'interesse, ma o quella della proponibilità dell'azione dalla « stipulatio fundum dare » nel senso esposto o quest'altra. Ammesso che da quella « stipulatio » derivasse quell'obbligo, se nell'atto del pagamento il creditore non l'aveva richiesta, se ne doveva dedurre necessariamente una rinuncia da

(1) L. c. p. 334.

parte sua. Ma se il « promissor » aveva mancipato la cosa allo « adiectus », poichè questi non ha che la potestà di ricevere il pagamento doveva escludersi che vi fosse stata una rinuncia alla « satisfatio ». Lo « stipulator » avrebbe quindi conservato l'azione della stip. contro il « promissor » per ottenere la « satisfatio » a complemento della prestazione dovuta. Il testo genuino non poteva quindi contenere l'aggiunta « nam interest » che ritengo giustineanea. Si ricordi anche che Scaevola ha anzi la caratteristica della concisione, della brevità sorprendente, e non si diffonde a giustificare le sue decisioni. È questo un carattere generale delle opere di Scaevola, non solo dei responsi, ma anche dei digesti, che del resto contengono responsi, e delle « quaestiones » (1). Come già Julianus afferma puramente e semplicemente che lo stipulante ha l'azione contro il « promissor » qualora sia evitto il fondo dato all'« adiectus », senza distinguere se vi sia o no un interesse dello « stipulator » e astraendo da ogni rapporto estraneo alla stipulazione, come fanno tutti i classici per i quali l'« adiectio » è solo ed esclusivamente « solutionis causa », così dovette fare Scaevola: affermando « pure et simpliciter ».

Julian. 52 dig. D. 46.3.33.

Qui sibi aut Titio fundum dari stipulatus est quamvis fundus Titio datus fuerit, tamen si postea evictus est, habet actionem quemadmodum, si hominem stipulatus esset et promissor statuliberum Titio dedisset isque ad libertatem pervenisset.

§ 3. Col « nam interest eius quia » Giustiniano viene a dare al passo un altro significato.

(1) Cfr. KRIPP, *Geschichte der Quellen* 3. ed. p. 134; BONFANTE, *Storia del dir. rom.* 2ª ed. p. 681.

Dal suo modo di esprimersi risulta che l'«*actio mandati*» rappresenta per il creditore l'interesse immediato più tosto per l'azione dal contratto e quindi per il contratto, che per la *satisfactio*. L'adietto ha acquistato la proprietà del fondo perchè nella stipulazione a suo favore il creditore aveva un interesse cioè il mandato. Ma l'azione della stipulazione per ottenere la garanzia per l'evizione compete al creditore infatti l'interesse è suo, perchè egli con l'azione di mandato otterrà la proprietà del fondo. L'«*actio mandati*» assume una funzione duplice e contraddittoria, mentre rappresenta l'interesse dello stipulante alla «*stipulatio cum adiectione*» serve anche a dimostrare che quest'ultima però non è un contratto a favore dei terzi, perchè l'«*adiectus*» in quanto ha ricevuto la prestazione deve restituirla al creditore.

Tutto ciò deriva dal fatto che i compilatori da una parte non tengono più fermo con la stessa rigidità dei classici il concetto che il pagamento prestato all'«*adiectus*» sia una «*res facti*», alla quale possono però ricollegarsi rapporti di diritto, dall'altra vogliono indagare il rapporto estraneo alla stipulazione intercedente tra lo stipulante e l'«*adiectus*» elevandolo a causa della stipulazione, per dimostrare che questa non è un contratto a favore dei terzi qualora l'«*adiectus*» acquisiti da essa un diritto. E per essi questa causa è in generale cristallizzata nel mandato che nasce «*ipso iure*» dalla «*stipulatio cum adiectione*». Così in questa si ha una stipulazione a favore del terzo ma che non è contraria al divieto «*alteri stipulari*» perchè lo stipulante ha un *interesse*, è una *stipulatio* di dare *procuratori suo*. D'altra parte non può dirsi un contratto a favore dei terzi perchè l'«*adiectus*» deve restituire la prestazione. Ma la realtà s'impone alcune

volte anche ai Bizantini che debbono riconoscere come non sempre l'«*adiectus*» sia un mandatario.

Essi stabiliscono l'eccezione, e restano inavvertitamente nel campo esclusivo dei contratti a favore dei terzi; non rispettando, più, neanche nelle apparenze il principio oramai soltanto teorico del divieto, «*alteri stipulari*». Oltrepassano anche la limitazione ad essi cara del divieto espressa col «*nisi eius, nisi sua interest* (1)».

Così assume un valore generale l'affermazione che «*l'adiectus*» è un mandatario. La generalizzazione sorprende però gli stessi compilatori che s'affrettano a fare un'eccezione: l'«*adiectus*» non è mandatario quando l'«*adiectio*» sia «*donationis causa*». La mano inetta dimentica però con tutto il resto, che questa è una stipulazione a favore dei terzi che non s'attaglia più al concetto dell'interesse nel senso bizantino. Non solo: si considera come causa dell'«*adiectio*» in questo caso la sola donazione, mentre nel primo caso la stipulazione conterrà due cause: una materiale della stipulazione tra le parti l'altra «*mandati*» in rapporto all'«*adiectus*». In questo modo è abbozzata una figura oscillante e a doppia faccia dell'«*adiectio*» che svisa quella semplice dei classici e ne strozza la funzione pratica. Anche per un classico «*l'adiectus*» poteva essere un mandatario ma al di fuori della stipulazione, per un contratto concluso separatamente da questa tra lo stipulante e l'«*adiectus*».

E come si può affermare che solo nel caso della donazione

(1) Sul contratto a favore dei terzi ricordo soltanto i nostri FERRINI nel *Enciclopedia Ital.* vol. XII 1<sup>a</sup> p. 708 sgg. e l'opera magistrale del PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi* 2<sup>a</sup> ed. Torino. Cfr. ivi lettera ricchissima. Non si dimentichi TARTUFARI, *Contr. a fav. di terzi* Verona 1889.

l'autorizzato non è tenuto a restituire? Se io ho venduto il fondo di Mevio a Tizio, come era possibile nel diritto classico, e poi da Mevio stipulo il fondo a me o a Tizio: se il debitore consegna il fondo all'autorizzato non sarà tenuto a restituirlo perchè suo a causa della compera. Il prisma del mandato serve dunque contemporaneamente a negare teoricamente e a imprimere alla « stipulatio cum adiectione » il carattere del contratto a favore dei terzi. L'erroneità della nuova dottrina delineata nel D. 45.1.131,1 è sentita dagli stessi compilatori che in altri passi abbozzano un altro concetto: l'autorizzazione può avvenire perchè lo stipulante può aver promesso una penale all'autorizzato. È il ripiego che consigliavano i classici per salvare la stipulazione a favore del terzo.

Questo concetto dell'« adiectus » quale mandatario è stato accolto nel diritto comune, che lo ha sfruttato per scopi svariati. A mano a mano che questi assumevano un profilo proprio in nuovi istituti si abbandonò l'artificio dell'« adiectio » e si elaborò l'esatta costruzione del singolo istituto. È interessante dare un cenno su alcune dottrine sull'« adiectio » nel diritto comune che si addentellano specialmente al D. 45.1.131,1 confermando le interpolazioni dalle quali secondo me è stato alterato. Anche nel diritto comune il concetto dell'« adiectus » quale mandatario o come dicevano essi del « procurator » è usato per distinguere la stipulazione 'cum adiectione' da quella a favore del terzo, ma nello stesso tempo è sfruttato molte volte per trasformarla in contratto a favore del terzo.

§ 4. Ho già riportato (1) il concetto dell'« adiectus » che dà

(1). Cf. sopra.

lo STRACCA « adiectus est qui in conventionibus ex partium voluntate vel promissoris vel creditoris vel suo commodo alternative solutioni adiicitur ». Contro Paolo CASTRENSE (1) che negava la possibilità di un « adiectus suo commodo » perchè non si dovrebbe parlare di un « adiectus, quia apud eum remansura sit pecunia » e, per me, CASTRENSE sebbene in termini inesatti mantien fermo il concetto classico che l'« adiectus » non può acquistare diritti immediatamente dalla stipulazione, lo STRACCA espone ed accoglie la dottrina dell'ARETINO. « Inquit enim Aret. adiectus similis est procuratori ut patet in D.46.3.32 ecc. quem ad modum ergo potest constitui procurator in rem suam et ibi Bar. C. de act. et obl. ita et adiectus in rem suam constitui poterit legi etiam in Pau. Parisio (2) ». E cita anche Cav. Ruy vol. 1 n. 209 il quale non solo accetta l'ARETINO ma aggiunge « adiectus in rem suam factus intellegitur quando interest illius ut adiecto solvatur et quod solutum apud eum remaneat et subiicit in adiectum in rem suam *transferuntur actiones utiles* quemadmodum transferuntur in procuratorem in rem suam ». L'« adiectus suo commodo » acquista dunque persino le azioni dalla stipulazione: come si può negare il contratto a favore dei terzi? Ma è proprio al nostro D.45.1.131,1 che si ricollega specialmente questa teorica. Lo STRACCA riconfermandosi seguace dell'ARETINO e della maggioranza, prosegue « haec sententia probatur in l. Iulianus in § qui fundum de verb. obl. (D.45.1.131,1) considerando principium illius § et finem in illis verbis sed si donationis causa..... et hoc sensisse videtur Bar (tolum) in

(1) Cfr. STRACCA l. c. n. 38 sgg.

(2) Che lo STRACCA chiama suo maestro.

eo § sub. num. 4 sensisse videntur alii doctores ibidem dum quaerunt qua actione ab adiecto repetatur et illum qui donationis causa adiicitur ».

L'« adiectio donationis causa » è però una donazione condizionale. Poichè Tizio aggiunto tace « praesumitur adsensisse donationi » e perciò non si può pagare all'erede dell'« adiectus ». Accoglie in parte la dottrina dell'Imola, riferendo due passi: appunto il D.7.1.25 p. e il D.45.1.131,1 « In illis verbis traditione protinus reum liberari quasi traditione secuta in persona adiecti perfici donationem Iuris consultus senserit et in casu in quo fiat traditio, donatio ergo censetur facta in casu proposito si designatae personae solveretur (1) ». « Nam si stipulatori solverit tamquam non existente condicione evanuit donatio ». In questo caso è in facoltà dello stipulante l'eseguire la donazione « adstringi namque posse non videtur non impleta condicione hoc est non secuta traditione in ipsius adiecti persona quae mihi visa sunt vera et in subtilitate iuris potius quam naturali ratione consistere » (2).

Per lo STRACCA la donazione è condizionale sol quando l'adiectus è « absens »; viceversa se egli è presente all'atto della stipulazione acquista subito il diritto. Come si è lontani dal diritto romano!

A questo doveva condurre la nuova concezione bizantina attuata con le alterazioni dei testi classici: ma fu benefica. La limitazione del contratto a favore di terzi ai casi in cui lo stipulante abbia un interesse, mantenuto ancora per forza di tradizione è sorpassata nella « stipulatio cum adiectione », che può elevarsi addirittura a un contratto di donazione a

(1) L. c. III 104.

(2) L. c. III 105.

favore del terzo che acquista persino l'azione: e questo si ottiene con lo sfruttare il concetto dell'« adiectus » quale procuratore.

E questo concetto del 'procurator' quale causa della stipulazione connessa con altre cause opera beneficamente sostituendo praticamente figure infinite e svariatissime di negozi giuridici. Naturalmente è abbandonata ancora più esplicitamente che nel periodo bizantino la rigida concezione del pagamento quale « res facti » sebbene la s'insegni ancora e la si tenga ferma nei casi in cui è ancora utile. Quando l'« adiectus » è « habilis ad acquisitionem » si può dare « alteri repraesentanti eius personam et non requisita eius voluntate, secus cum non est habilis. Nam tunc in eum merum factum videtur ponderatum ideo tunc non potest solvi domino sine eius voluntate » (1) In casi in cui l'« adiectus » è aggiunto « commo creditoris », al 'mandatum ad exigendum' è opportuno collegare un altro mandato ad agendum. Lo STRACCA consiglia come buona cautela di dare un mandato speciale « ad agendum all'adiectus ». È consuetudine dei « mercatores » che usino degli adietti nei chirografi « ut puta promittitur Titio Anconae aut Maevio centum solvere in oppido Antuegnae, cum Maevius petitionem non habeat bona cautela est ut procurator Maevius constituatur ad agendum cum ea potestate quae creditori expedire videbitur » (2).

IX-§ 1 — Paulus l. 15 quaest. D.46.3.98,5.

Qui stipulatus 'sibi aut Titio', si hoc dicit 'si Titio non solveris, dari sibi, videtur condicionaliter stipulari. et ideo etiam sic facta stipulatione: 'mihi decem aut quinque Titio

(1) L. c. III 53.

(2) L. c. n. 48.

'dari' quinque Titio solutis liberabitur reus a stipulatore. [quod ita potest admitti, si hoc ipsum expressim agebatur ut quasi poena adiecta sit in persona stipulantis, si Titio solutum non esset. at ubi simpliciter 'sibi aut Titio' stipulatur, solutionis tantum causa adhibetur Titius et ideo quinque ei solutis remanebunt reliqua quinque in obligatione.] contra si quinque illi decem stipulatus sim; quinque Titio solutis, non facit conceptio stipulationis, ut a me liberetur: porro si decem solverit, [non] quinque repetet, [sed mihi per mandati actionem decem debentur].

Se un bello spirito avesse preso da un bussolotto a cacciare i diversi periodi che compongono questo passo e li avesse infilzati l' uno dietro l' altro, non avrebbe forse raggiunto un aggroviglio di contraddizioni più disperato di quello che esso presenta.

Alla prima affermazione che la formula « mihi aut Titio » può aver anche un valore condizionale come nell' esempio « mihi decem aut quinque Titio » con il risultato che se il debitore paghi cinque a Tizio sarà liberato, segue l' affermazione che però la condizione deve essere espressa, e conseguentemente si abbia quasi una clausola penale aggiunta nella parte della formula che contiene lo stipulante. Quindi nella formula 'mihi decem aut quinque Titio' pagati cinque a Tizio si dovranno sempre gli altri cinque. Con un « contra », che parrebbe dovesse servire a introdurre un esempio in cui pur non pagando il tutto il debitore resti liberato, si passa invece alla stipulazione prometti cinque a me o (l'aut evidentemente è stato omissso) dieci a Tizio, nella quale pagati cinque a Tizio il debitore non sarà liberato, e se pagherà dieci non ripeterà cinque ma saranno dovuti a me dieci *per* (sic.!) « mandati actionem! »

Qual' è il costrutto di questo bizzarro passo? Sia di consolazione il ricordare che lo STRACCA (1) lo ha qualificato « non minus elegans quam subtilis utilis et difficilis ». Tenterò di esporre il costrutto che ne ho ricavato dopo molti stenti, ed esporrò ingenuamente come da una ricostruzione io sia quasi inavvertitamente scivolato in un' altra diversa che mi sembra la più sostenibile.

Confesso che la mia prima impressione fu che nel passo Paolo ammettesse la validità della stipulazione in cui s'indicasse una somma diversa per lo stipulatore e per l' « adiectus », rispettivamente, o maggiore o minore senz' alcuna distinzione. Questa possibilità avrebbe dato anche alla stipulazione « cum adiectione » dei classici, specialmente quando si stabilisse per lo « stipulator » e l' « adiectus » un « locus solutionis » diverso, (e la circostanza che Paolo appunto nel § seguente tratta di esso accogliendolo, mi confortava nell' affermativa), una funzione pratica che corrisponde a meraviglia a quella della lettera di cambio del diritto comune. Infatti con questa stipulazione 'prometti a me cento in Roma o novanta a Tizio in Atene?' sostanzialmente si potrebbe avere due somme eguali, la differenza de' dieci starebbe a dimostrare la spesa del trasporto della somma da Atene a Roma e più ancora la differenza del valore del danaro nelle diverse piazze; il così detto cambio.

Nelle fonti non mancano cenni sul valore diverso che può avere il denaro nelle diverse piazze I. 4. 6.33c: «ratio... utilitatis quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret. quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur, veluti vino oleo frumento, quae per singulas regiones di-

(1) L. c. II n. 37.

versa habent pretia: sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub isdem usuris fenerantur». Gai. 9 ad ed. D.13.4.3 « quia scimus quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini olei frumenti: pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus usuris ». Ammettendo dunque che la differenza delle somme rappresentasse all'ingrosso la differenza del cambio sarebbe stato salvo il principio che nell'obbligazione e nell'«adiectio» l'oggetto dev'essere lo stesso. È vero che nelle fonti non si parla di compera di monete che veramente costituisce l'operazione del cambio, ma di prestito di somme di denaro: questa però per la nostra tesi è un particolare insignificante. Seguendo questa tendenza i miei dubbi si aggiravano sulla genuinità del periodo « quod ita ecc. » e sull'ultima parte 'non facit'; cioè Paolo avrebbe ammesso la validità della stipulazione « quinque mihi aut Titio decem » e quindi liberato il debitore con il pagamento dei cinque, contrariamente al testo attuale. A forza di scomporre e ricomporre il mosaico del passo dopo lunghissimo tempo, mi è parso però di trovare il filo logico del ragionamento di Paolo, che corregge modificandoli sostanzialmente i risultati de' miei tentativi anteriori.

§ 2 Paolo tien fermo ancora il principio che l'oggetto della stipulazione non può esser diverso da quello dell'«adiectio», principio che è conseguenza necessaria dell'altro per il quale l'«adiectus» non acquista diritti dalla stipulazione ma solo una potestà di fatto. Paolo non parla nel presente § del «locus diversus solutionis».

Fatte queste premesse, se ben si considera, essendosi indicate somme diverse nella stipulazione e nell'«adiectio» ne

deriva che se tutt'e due fossero «in obligatione» per il principio in 'summis in stipulationibus quod minimum est sequimur', la maggiore dovrebbe scomparire. Ma essendovi due persone diverse e non corrispondendo l'oggetto della «stipulatio» a quello dell'«adiectio» resta almeno dubbio che l'«adiectus» sia stato apposto all'obbligazione e quindi l'«adiectio» sia nulla. Se poi nell'«adiectio» con somma maggiore voglia ritenersi che la differenza in più rappresenti l'interesse subiettivo per lo stipulante a che si paghi l'autorizzato si ricade ancora nel contratto a favore dei terzi. Tutti risultati da respingersi per il classico.

Considerando bene il passo mi pare che il filo logico della questione di Paolo sia dato dalla stipulazione « cum adiectione » con somme diverse. E il ragionamento si svolge in forma antitetica, dando rilievo agli effetti che il pagamento della somma minore produce sul debitore. Questa trama semplicissima è contorta ed arruffata dalla sovrapposizione di un'altra, con la quale si vuol rilevare anche il rapporto tra lo stipulante e l'autorizzato.

Paolo è una mente critica e costruttrice. Egli colloca nel l. 74 ad ed. D.44.7.44,4 l'«adiectio» tra le «causae obligationum», cioè tra le modalità della stipulazione, ma tien ferme le regole e la struttura dell'«adiectio» classica. Però nel caso della stipulazione 'prometti di dar dieci a me o a Tizio cinque?' sebbene contenga due somme diverse egli fa questa costruzione, appunto nel testo in esame. Chi stipula a sè o a Tizio può anche volere una condizione; può cioè volere che si dia a sè qualora non si paghi a Tizio. Questo si può ammettere appunto nella stipulazione: 'prometti dieci a me o cinque a Tizio', la quale si ritiene stipulazione condizionale. La condizione dunque non deve esser espressa con la forma «si»

perchè in questo caso Paolo non avrebbe detto « videtur condicionaliter stipulari » nè avrebbe potuto addurre come esempio appunto la formula « mihi decem aut quinque Titio ». Si tratta dunque di una costruzione del giureconsulto, che partendo dall'affermazione che il 'mihi aut Titio' può in alcuni casi, in dipendenza da determinate circostanze desunte dal contenuto dello stesso contratto, aver valore condizionale, ritiene che la stipulazione con somma maggiore per lo stipulante minore per l'autorizzato sia condizionale, abbia cioè lo stesso valore che se si fosse detto; 'se non pagherai cinque a Tizio prometti di darmi dieci?' La stipulazione che sarebbe nulla perchè contraria al principio « alteri stipulari nemo potest », è salvata ritenendola condizionale. La stipulazione 'prometti dieci a me o cinque a Tizio?' non è dunque nulla perchè si designa una somma diversa nell'«adiectio» cioè un oggetto diverso, producendo in conseguenza l'acquisto di un diritto di obbligazione per l'autorizzato, ma valida perchè è una stipulazione con la condizione che si darà *se non si pagherà* all'autorizzato.

Lo stesso Paolo afferma l. 74 ad. ed. D.44.7.44,5. « Si ita stipulatus sim: 'si fundum non dederis centum dare spondes?' sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus ». (1) Quindi considerando la stipulatione 'mihi decem ecc.' come condizionale i cinque restano in «exsolutione», anche in questo caso il pagamento è considerato come un fatto. Con quella condizione si mira solo all'avvenimento che il debitore dia di fatto a Tizio come se si fosse apposta la condizione di gettare in mare. È poi indifferente se in conseguenza del fatto Tizio acquista il diritto. Ma naturalmente

(1) Cfr. lo stesso Paolo D.17.1.46, forse alterato.

se il debitore ha pagato i cinque a Tizio la condizione negativa è mancata e il debitore resta liberato « quia non committitur stipulatio ».

L'artificio della condizione è un mezzo costruttivo di Paolo per salvare la stipulazione con somma maggiore per lo stipulante e minore per l'«adiectus». L'aggiunta «quod ita» sconvolge questa prima parte: se la condizione doveva essere espressa Paolo non poteva dire «videtur» ecc. nè addurre come esempio la formule 'mihi decem aut Titio quinque' (1). Inopportuno poi l'accenno alla 'quasi poena'! I dieci, cioè la differenza in più promessa allo stipulante rappresenta una penale, cioè quell'interesse che ha lo stipulante a che il promissore dia i cinque a Tizio. I dieci dati allo stipulante equivalgono ai cinque non prestati a Tizio perchè rappresentano i cinque più l'interesse dello «stipulator» a che Tizio abbia i cinque. Ma anche qui cadiamo nel contratto a favore dei terzi: nella «stipulatio cum adiectione» non può venire in considerazione l'interesse a che si dia a Tizio perchè questi non acquista, e non può acquistare diritti.

Intanto la teorica generale dell'«adiectio» delineata nel D.45.1.131,1 soffre qui una modificazione che trova lo stesso spunto sebbene con diversa espressione, nel D.45.1.118,2 che presto vedremo (2). Se nella stipulazione vi è la quasi penale ed è rilevato l'interesse per lo stipulante a che si paghi all'«adiectus» diventa, ripeto, un contratto a favore dei terzi.

(1) Cfr. STRACCA II 39 « licet enim hic expressa condicio adiecta non sit sat est enim de partis intentione constare » però richiede che sia espressa la penale. La condizione sarebbe sottintesa nella pena.

(2) Cfr. n. XI.

Non solo l'«adiectus» acquisterà definitivamente la prestazione ricevuta e non sarà più tenuto con l'«actio mandati». L'insufficienza dell'affermazione generale che l'«adiectus» sia un mandatario è stata dunque per necessità di cose sentita dagli stessi compilatori, che la riconoscono ora implicitamente nel testo. Interpolato è dunque il terzo periodo: «quod ita... non esset».

§ 3. — Interpolato è anche il seguente «at ubi... in obligatione». Paolo, ho detto, salva la stipulazione 'mili decem aut Titio quinque' ritenendola condizionale; i Bizantini invece parlano di una stipulazione in cui formalmente sia espressa la condizione. Cade quindi l'affermazione di Paolo che nella stipulazione dieci a me o cinque a Tizio il debitore resti liberato pagando cinque. Essi perciò proseguono: ma quando stipuli «simpliciter» (la quale espressione si contrappone non al videtur condicionaliter ma al «si hoc expressum» dei Bizantini) a sè dieci o cinque a Tizio, pagati cinque a Tizio si dovranno ancora i restanti cinque al creditore. Confesso che ho molto tentennato nel disconoscere la classità di questo periodo. Ho pensato: non si può forse autorizzare a ricevere solo una parte del pagamento? Con una tale stipulazione sarebbe come se si consentisse al debitore di scindere la prestazione in più prestazioni, di render cioè divisibile l'obbligazione a sua volontà. Ma, ben considerando, secondo il formalismo classico nella stipulazione è inconcepibile un'«adiectio» parziale. L'«adiectio» è un modo d'essere del pagamento è una modalità che deve colpire l'oggetto della prestazione nella sua integrità. Se si indica l'intero nell'obbligazione ed una parte nella autorizzazione non si può parlare più di parte ma di due interi. E così è delle somme di danaro: queste devono essere secondo

i classici identiche nell'«obligatio» e nell'«adiectio», se sono diverse, come ho già detto, essendovi indicate due persone diverse nasce il sospetto che non sia più in 'solutione', ma in «obligatione» onde la nullità almeno dell'«adiectio» quale «stipulatio» a favore del terzo. Si ricordi che i classici erano molto rigorosi con la formalità dell'«adiectio», e che bastava un semplice sospetto d'incertezza sul se si fosse voluto applicare l'adietto al diritto perchè la si dichiarasse nulla.

Per Giustiniano è venuta meno in gran parte la rigidità formalistica, e, forse con senso più pratico, egli ammette le somme diverse ma non sa giustificarle. Ma che Paolo non abbia scritto i due periodi da me indicati come sospetti mi pare che trapeli anche dal nesso de' due ultimi periodi. Il «contra», ho già accenato, preannuncia che si vuol contrapporre all'esempio addotto uno assolutamente diverso anche negli effetti. Invece al rilievo che 'ubi simpliciter ecc.' pagati cinque 'remanebunt reliqua quinque in obligatione' si contrappone una formula diversa, ma, con grottesca energia si accentua che non resta liberato. Per le considerazioni sopra esposte a me sembra che, logicamente, Paolo al secondo periodo facesse seguire quest'ultimo che però nella fine è a sua volta ancora manipolato.

§ 4— In quest'ultimo periodo il classico passa alla stipulazione con somma minore per lo stipulante maggiore per l'autorizzato: 'prometti di dare cinque a me o dieci a Tizio?' Ho già esposte le ragioni per le quali i classici non ammettono somme diverse per lo «stipulator» e l'«adiectus». Ma là dove la stipulazione con somma minore per l'autorizzato è salvata perchè ritenuta condizionale, quella con somma maggiore deve essere annullata almeno per quanto riflette l'«adiectio».

Sarebbe un non senso il dire: 'se non darai dieci a Tizio prometti di darmi cinque'?

2 L'«adiectio» con somma maggiore resta quindi irrimediabilmente nulla, perchè costituisce un contratto a favore dei terzi, resta però valida la stipulazione per quanto si riferisce a' miei cinque. E che avverrà se, non ostante la nullità dell'autorizzazione, il debitore paghi cinque all'autorizzato? Paolo risponde « non facit CONCEPTIO stipulationis ut a me liberetur », *Stando alla formula della stipulazione*, è un'espressione che accentua il rigore della formalità dello « ius civile », ma lascia intravedere un'altra via d'uscita. È probabile che Paolo aggiungesse anche « ipso iure »; cioè il debitore prestando i cinque all'autorizzato non è liberato « ipso iure » perchè ha pagato ad uno che non era autorizzato validamente essendo nulla « l'adiectio ». Io quindi potrei, a rigor di termini, intentare l'azione contro di lui, a questa mia azione il debitore potrebbe però opporre l'eccezione di dolo. Egli ha pagato all'autorizzato perchè l'ho voluto anch'io nella stipulazione; nè può dirsi che quegli abbia acquistato la proprietà della prestazione perchè essa gli è stata fatta appunto quale ad autorizzato. D'altra parte se io pretendessi i miei cinque dal creditore, non tenendo conto dei cinque prestati all'autorizzato, sarei a mia volta tenuto con la « condictio indebiti » per questi ultimi, appunto perchè essi varrebbero come dati a me indebitamente. Se poi il debitore paga dieci all'autorizzato potrà intentare la « condictio indebiti » contro di me ma per soli cinque. È ovvio che gli altri cinque me li doveva in forza della stipulazione che è valida. Questo era il responso di Paolo secondo me, responso basato sempre sul concetto classico che l'«adiectus» non acquista diritti, sebbene, con il ripiego del-

l'«exceptio doli». di fatto viene ad esser salvata anche l'«adiectio» con somma maggiore, ma nei limiti della somma minore stipulata. Giustiniano altera il passo trasformandone il contenuto. Per lui anche l'«adiectio» con somma maggiore è pienamente valida; per ciò se il debitore paga cinque all'autorizzato non sarà liberato, e se paga dieci non ripeterà cinque ma mi saranno dovuti dieci per mezzo dell'azione di mandato. È chiaro che l'«adiectus» con somma maggiore si trasforma in un contratto a favore di terzi, perchè di essa non si può dire che non sia « in obligatione ».

211 Anche in questo caso « l'adiectus » con il pagamento acquista un diritto immediatamente dalla stipulazione, ma poichè il diritto gli deriva dalla « stipulatio mandati causa » sarà tenuto con l'azione dal mandato a restituirla al creditore. L'« actio mandati » servirebbe dunque a dimostrare che il contratto non è a favore del terzo. Viceversa essa è richiamata a giustificare anche l'acquisto dei dieci all'«adiectus». Che importa infatti al « promissor » che l'«adiectus» debba restituire i dieci al creditore? In base alla stipulazione egli sarebbe tenuto a dargli solo cinque; non dovrebbe esser tenuto per gli altri cinque perchè dovuti a un terzo. Ma secondo la concezione di Giustiniano potrebbe sostenersi che essendo il mandato una causa della stipulazione, anche il debitore l'ha voluto, e quindi in sostanza ha voluto a traverso l'autorizzato dare anche i restanti cinque al creditore (1).

(1) Il BRANDIS *l. c.* p. 284 scrive « se il debitore ha pagato dieci a Tizio non può ripetere cinque dal creditore col pretesto che questi non sarebbero stati in obligatione, ma il pagamento rimane integro perchè fu conforme alla convenzione (ma è questo che si deve dimostrare!) e l'adiectus deve restituire l'intero importo ». Ma per il classico il mandato, caso mai esistesse, intercederebbe solo tra stipulante e adietto.

O, meglio ancora, si può pensare alla stipulazione a favore del « procurator » nella quale l'interesse per lo stipulante è rappresentato appunto dal mandato.

In quest'ultima parte è dunque interpolato il *non* e la finale *sed ecc.* Si osservi la stranezza del « non quinque repetet ». È una contraddizione che non ha alcuna relazione con quanto è detto prima: chi l'ha affermato che potrà ripetere i cinque? La frase resta campata in aria. Ma se si sopprime il *non*, il « quinque repetet » segue logicamente il « solverit » e ci ridà l'opinione di Paolo conforme alle premesse classiche, e contemporaneamente si spiega la mancanza del suo nesso logico. Il quale si ha concettualmente quando si pensi che i Bizantini contraddicono Paolo. Grossolanamente sgrammaticata la finale *per mandati actionem* con quel repentino cambiamento di soggetto.

La ricostruzione del passo da me tentata presenta una grande semplicità e simmetria nella questione trattata da Paolo, che consta di due parti antitetiche. La stipulazione 'prometti dieci a me o a Tizio cinque' è valida perchè si ritiene concepita in questo modo 'se non pagherai cinque a Tizio prometti di dar dieci a me?'; perciò se il debitore paga cinque a Tizio è liberato. Al contrario per la stipulazione: 'prometti cinque a me o a Tizio dieci' se il debitore paga cinque a Tizio, a rigor di termini, non resta liberato perchè l'«adiectio» è nulla (ma è liberato tuttavia «ope exc.»); se poi paga dieci (indifferentemente a me o a Tizio) ripeterà cinque. Nel D. 45.1.131,1 l'«actio mandati» è stata dimostrata intrusione bizantina per la confusione che essi fanno del rapporto tra «stipulator» e «adiectus» con la causa della stipulazione; nel presente D. 46.3.98,5 l'«actio mandati» appare egualmente bizantina perchè essa è data in occasione di un'«adiectio»

che ha per oggetto una somma maggiore di quella della stipulazione. Ma anche in questo caso l'azione è data forse perchè il mandato è causa della stipulazione. Nei due casi l'autorizzato acquista un diritto: nei due casi però si accentua che egli è tenuto in generale a restituire la prestazione allo « stipulator » perchè mandatario, come per dimostrare che la 'stipulatio' non è a favore del terzo. Ma contemporaneamente ci si presenta la «stipulatio cum adiectione» con l'altra faccia del prisma vale a dire di un contratto a favore dei terzi bell' e buono. E questo contratto è valido perchè lo stipulante si fa promettere a favore del suo procuratore.

§ 5—Il concetto della 'quasi poena', accennato nel passo per giustificare la stipulazione con somma maggiore per il creditore nel diritto comune ha dato origine a questa teorica. L'obbligo di dare a Tizio adietto la somma minore è una 'mixture facti' « unde huius obligationis idem videtur iudicium quod in obligatione facti l. liber homo de verb. obl. (D. 45, l. 118,2) ». Essendovi cioè l'interesse per la *poena* non si può parlare di una frode del divieto del diritto canonico alle *usurae* (1). E' evidente che si considera l'«adiectio» come una stipulazione a favore del terzo.

Per l'«adiectio» con somma maggiore della stipulazione lo STRACCA osserva che « prima fronte » sembrerebbe che avendo il debitore pagati i cinque a Tizio dovesse esser liberato, perchè essendo le due somme in *obligatione* si reputa promessa la minore « Sed dicta regula locum habet ubi eadem solvi debent decem ant quindecim at in proposito casu diversis, mihi scilicet aut Titio haec Bar(tolus) post Glos-

(1) STRACCA, l. c. II n. 47.

sa in eo § et facti quod dixi paulo superius, subiicit Bar. illam rationem reddi posse, quia in alternativa summarum ideo minimum in obligatione deductum videtur, quia inter summas non cadit affectio. Non enim considerari potest in eadem persona, sed *ubi affectio caderet utrumque esset in obligatione* ».

Ed è interessante il vedere come BARTOLO nel caso di somma maggiore per l'«adiectus» scorge un interesse eventuale per il debitore: io potrei più volentieri dare dieci a Tizio che cinque allo stipulante «vel propter affectionem quam habeo ad personam adiecti»: o perchè risenta un vantaggio prima di restituire i dieci. Lo stipulante, quando siano pagati cinque all'autorizzato può chiedere gli altri cinque con l'azione del mandato «quia interest sua ut solvantur procuratori». Si potrebbe pure pensare in questa ipotesi ad un «adiectus donationis causa».

X. — I. 3. 19. 4.

Si quis alii, quam cuius iuri subiectus sit, stipuletur nihil agit, plane solutio etiam in extranei personam conferri potest (veluti si quis ita stipuletur 'mih i aut Seio dare spondes?'), ut obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen Seio etiam invito eo recte possit, ut liberatio ipso iure contingat, [sed ille adversus Seium habeat mandati actionem.]

Questo è il terzo ed ultimo passo che afferma in generale che «l'adiectus» è un mandatario dello stipulante. Il § contiene, dopo la nota regola della nullità della stipulazione *alteri*, un'esposizione semplice e piana della stipulazione con l'«adiectio» che Giustiniano accoglie nella sua codificazione. È un testo elementare e classico e da esso non si possono rilevare, immediatamente, criteri sostanziali d'interpolazioni. Un criterio formale potrebbe esser dato da un

troppo frequente alternarsi di soggetti che ha termine con il «sed ille». Ma dopo quanto è stato osservato sui passi di Scaevola e Paulus, rileviamo che in questo si ha la generalizzazione dell'«a. mandati» la quale deriva dalla stessa stipulazione, e che da ultimo, trattandosi nel titolo della nullità delle stipulazioni, e più specialmente nello stesso § di quella della «stipulatio alteri», questa generalizzazione può avere anche l'ufficio di caratteristica differenziale tra l'«adiectio» e il contratto a favore dei terzi. Tutti indizi di fattura bizantina dal *sed* alla fine.

Il concetto bizantino dell'«adiectio» quale «stipulatio alteri» è corroborato dalle ulteriori interpolazioni dei testi classici in rapporto all'interesse, alla «mutatio rei» al «diversus locus solutionis», agli effetti giuridici e alle formalità dell'«adiectio».

XI. — § 1 — Papin, 27 quaest. D. 45. 1. 118, 2.

'Decem mihi aut Tito, utrum ego velim dare spondes?' ex eo quod mihi dandum est, certi stipulatio est, ex eo quod illi solvendum incerti: [finge mea interesse Titio potius quam mihi solvi quoniam poenam promiseram, si Titio solutum non fuisset].

L'interesse dello stipulante a che si paghi all'«adiectus» nel passo è considerato come causa della «stipulatio» tanto più che il «poenam promiseram» fa cadere nell'equivoco che la penale sia stata promessa colla stessa stipulazione. Il rapporto del debito tra lo «stipulator» e l'«adiectus» non deve venire in considerazione nella stipulazione altrimenti si cadrà nel contratto a favore dei terzi. Certo, colla clausola

‘utrum ego velim’ si giunge all’estremo limite possibile tra l’«adiectio» e il contratto a favore dei terzi, si è proprio in «apicibus iuris». Eppure anche con questa formola si ha un’«adiectio» purchè si consideri il pagamento come fatto. «Tizio non acquista alcun credito nè le parti pensano ad attribuirglielo: solo è indicato come autorizzato a ricevere il pagamento. Il debitore si obbliga alternativamente a un dare o a un «facere» (poichè la «solutio» a Tizio si configura come un «factum» di fronte allo stipulante) a scelta del creditore, il quale pertanto agirà *certi* o *incerti* secondo l’una o l’altra alternativa. La seconda dicevamo implica un «incertum» *poichè non si determina* a priori l’interesse dello stipulante a che il pagamento avvenga nelle mani di Tizio» (1). Così bene il FERRINI rivela il concetto classico, sebbene cada in contraddizione con sè stesso quando dice: «nel caso nostro il debitore si obbliga a pagare a lui il suo debito verso lo stipulante ove questi lo esiga». Se questo avvenisse avremmo un contratto a favore dei terzi! Il rapporto tra lo «stipulator» e l’«adiectus» non si ripeterà mai abbastanza, non può esser elemento causale materiale della «stipulatio cum adiectione» nella quale ultima la causa si deve esaurire tutta nel «solutionis causa». I classici pensano al pagamento in astratto. In esso, del resto, non si presuppone necessariamente che l’interesse del creditore sia riposto in un rapporto con Tizio. Questo rapporto estraneo alla stipulazione può intercedere anche con una terza persona che non sia l’«adiectus». Sono i Bizantini che limitano l’interesse nei rapporti con l’«adiectus»

---

(1) L. c. pag. 579.

assumendolo come causa della stipulazione, trasformando in conseguenza quell’ultima in un contratto a favore dei terzi.

È forse alla contraddizione del FERRINI che si deve se il PACCHIONI (1), non ostante l’avvertimento contrario del FERRINI, tien ferma nella sua nuova edizione del *contratto a favore dei terzi* ancora l’antica opinione. «Non ci sembra azzardato che essa (la decisione di Papiniano) abbia esercitato un’influenza considerevole, offrendo l’addentellato per lo svolgimento della teoria dell’interesse nei contratti a favore dei terzi nel diritto postclassico: per essa si giunge a considerare la «stipulatio» di un «certum» a favore di un terzo che come tale era nulla, valida come «stipulatio incerti» a favore dello stipulante medesimo».

Nel passo non si parla di un dare ma di un «solvere» e l’interesse del creditore è riposto in astratto nella «solutionis causa». Certo la quistione è spinosa quando il giudice dovrà valutare il «quanti ea res erit» della formola. In base a quali elementi farà questa valutazione? Possono essi consistere anche in rapporti estranei alla stipulazione come quella della penale promessa? Caso mai, essi verranno in considerazione indirettamente, ma credo anche obbiettivamente non soggettivamente come fanno i «Bizantini» nel testo in esame. È già stato dimostrato dal BESELER che nell’«a. de eo quod certo loco» i classici tenevano conto solo dell’interesse obbiettivo o di scambio, e che i Bizantini considerano invece l’interesse soggettivo. Lo stesso credo io che valesse nel caso nostro, tanto più che l’«actio ex stipulatu» è un giudizio di stretto diritto. Ad ogni modo io credo sia avvenuto proprio il contrario di quel che vuole il PACCHIONI, che cioè

---

(1) L. c. pag. 18.

21 sono i Bizantini che con l'intrusione dell'interesse per l'«*adiectio*» quale causa della stipulazione, trasformano la «*stipulatio cum adiectione*» in contratto a favore dei terzi. Infatti i classici non si propongono alcuna questione d'interesse. Inutile è ora insistere sull'interpolazione segnata nel passo perchè è stata rilevata già da lunghissimo tempo.

§ 2—Il testo dovette naturalmente esser trascinato nella teorica del contratto a favore dei terzi e tale è per me nello stato attuale. Rientra in sostanza nella stipulazione a favore del creditore e richiama Ulp. 49 ad sab. D. 45. 1. 38, 23... *stipulatio vires habebit et si creditori meo (dari stipulatus sum) quia interest mea, ne vel poena committatur.*

Sull'interpolazione del passo ormai non si dubita.

Nel diritto comune l'«*adiectus*» nel testo di Papiniano fu ritenuto «*creditoris commodo*» e perciò revocabile. Per questo carattere RAFAELE CUMANO (1) negò all'aggiunta il carattere di «*adiectio*» forse intuendo che l'«*adiectus*» acquistava il diritto. Infatti già l'ARETINO riconosce che quando lo «*stipulator*» abbia esercitato la scelta «*tertio fit ius quaesitum*» (2).

XII — § 1 — Iulian. 54 dig. D. 46. 3. 34,2.

*Stipulatus sum decem mihi aut hominem Titio dari: si homo Titio datus fuisset, promissor a me [non Iul. ?] liberatur et [antequam homo daretur] ego decem petere possum.*

Ammettendo un oggetto diverso nell'«*adiectio*» si dà ad essa una «*substantia diversa*», (3) come dice il CUIACIO e si

(1) STRACCA, I. c. I. 31.

(2) STRACCA, III, n. 137.

(3) La ragione è detta nello stesso Iul. 51 dig. D. 45. 3. 10 «*Sed et si ita stipuletur 'Titio decem aut Maevio fundum dare spondes?' quia incertum est utri eorum adquisierit actionem, idcirco inutilis stipulatio existimanda est*» In questo caso è nulla la stipulatio perchè con-

costituisce per l'«*adiectus*» un diritto immediatamente con la stipulazione «*Sed ideo ipso iure non liberatur (cioè il promissor quando paghi al creditor la cosa diversa designata per l'adiectus) quia adiectio iure non consistit nisi fiat eiusdem rei solvendae causa: neque enim ius patitur ut alia sit obligationis alia adiectionis substantia (1)*» E questa è la ragione classica secondo me della nullità dell'«*adiectio*» con oggetto diverso: essa costituisce un diritto di obbligazione a favore del terzo, «*una stipulatio alteri*» e per ciò è nulla. Ma avrà avuto il pagamento dell'obbietto dedotto nell'«*adiectio*» l'efficacia di estinguere il debito almeno «*ope exceptionis*»? «*Per exceptionem liberatur quia quodcumque solvitur adiecto stipulatori solvi videtur... ad eum namque redit id omne quod solvitur actione mandati. Plerumque enim non adicitur nisi cui stipulator mandarit ut acciperet et ob id teneri mandati adiectus stipulatori dicitur ubique...*»

Così prosegue lo stesso CUIACIO intuendo in parte mirabilmente il concetto Giustiniano: se l'adietto acquista diritti in forza «*dell'adiectio*» ciò nonostante non si ha un «*alteri stipulari*» perchè egli è tenuto a restituirli con l'«*actio mandati*». Ma i classici non confondono il rapporto materiale tra l'«*adiectus*» e lo «*stipulator*» con la stipulazione! È il solito ritornello. I classici non potevano quindi ammettere nell'«*adiectio*» un oggetto diverso dalla stipulazione. Per il FERRINI il D. 45. 1. 141, 5, che ammette la «*mutatio rei*» è interpolato; tuttavia secondo lui vi sarebbe stata una controversia scolastica tra Sabiniani e Proculiani. I primi soltanto non a-

clusa da un *servus communis*. Il passo non rientra quindi direttamente nella nostra questione ma sostanzialmente la ragione della nullità dell'«*ad.*» è la stessa anche nel caso di «*mutatio rei*».

(1) *Op. om.* vol. I. pag. 1200.

vrebbero ammesso la « mutatio rei », ma già nel diritto classico si sarebbe riconosciuto un « exceptio doli » al debitore contro il creditore, nel caso che questi richiedesse la cosa dedotta nella stipulazione, quando quegli avesse già pagato all' « adiectus » l'altra cosa. « Dal momento che il pagamento è fatto all' « adiectus », dietro il consenso del creditore, sembra esorbitante che ciò non ostante costui possa chiedere l'altra prestazione, contro la intenzione da lui stesso chiaramente espressa nella « stipulatio » colla forma alternativa, e quindi si ammette che possa essere rimosso con una eccezione di dolo » (1). Più oltre va il PEROZZI « se non in diritto classico certo in diritto giustiniano si può promettere di pagare all' « adiectus » una cosa diversa da quella promessa allo stipulante, nel quale caso il debitore non è liberato che 'ope exceptionis' » (2). Confortato dall'intuizione spesso divinatoria del nostro PEROZZI, non ho alcuna incertezza a ritenere manipolato Iulian. D. 46. 3. 34, 2. Il classico caso mai avrebbe dovuto ammettere tutt' al più un'estinzione « ope exceptionis ». Al contrario dei giureconsulti posteriori Gaio e Paolo, dei quali il primo riconosce 'pure et simpliciter' l'estinzione « ope exceptionis » il secondo invece una volta l'estinzione « ipso iure » coll'avvertimento che il caso è discusso « (ubi quaeritur) », un'altra però in termini recisi, Iulianus, il più antico, avrebbe già fatto il salto più ardito; avrebbe ammesso l'estinzione « ipso iure », perchè questo dice il passo. Non solo il debitore è liberato ma il creditore perde anche l'azione se quegli ha pagato lo

(1) L. c. pag. 575.

(2) *Istituzioni* II. p. 523 n. 2. Però già il HELMBAC nel lessico del WEISKE vuol limitare l'espressione del passo all'estinzione « o. e. ». Ma Giustiniano è per l'estinzione « ipso iure » secondo me.

schiaivo a Tizio autorizzato. Se dovessimo credere ai digesti, contrariamente alle modificazioni che ha subito l' « adiectio » dal periodo classico al bizantino, per quanto riguarda la « mutatio rei » si sarebbe avuto un' involuzione, una restrizione. Ma gli stessi digesti nel D. 46.3.98,6, per bocca di Paolo, ci fanno sapere che Iulianus riteneva una « diversa res », anche se vi fosse una semplice « mutatio » del « locus solutionis », con la conseguenza implicita che in questo caso il debitore non restasse liberato se avesse fatto il pagamento nel luogo indicato per l' « adiectus ». Lo spirito dell' istituto classico, l'assurdo dell' involuzione per quanto riflette la « mutatio rei », le stesse notizie dei digesti, la corrispondenza del testo qual' è riferito nei digesti alla nuova concezione bizantina dell' « adiectio », mi convincono che invece di « a me liberatur », Giuliano abbia scritto 'NON liberatur et ego decem ecc.'. I Bizantini hanno soppresso il *non* e invece di cancellare l' « ego decem ecc. » l' hanno fatto precedere dall' « antequam ecc. », venendo così a dare al pagamento dell' oggetto indicato per l' « adiectus » effetto liberatorio « ipso iure », perchè se avesse estinto l'obbligo solo 'ope exceptionis', il creditore avrebbe sempre potuto agire.

§ 2. — Gai. 2 de verb. oblig. D. 45.1.141,5.

Cum 'mihi aul Titio' stipulor, dicitur aliam quidem rem in personam meam aliam in Titii designari non posse, veluti 'mihi decem aut Titio hominem': [si vero Titio ea res soluta sit, quae in eius persona designata fuerit, licet ipso iure non liberetur promissor, per exceptionem tamen defendi possit].

Che Gaio abbia riconosciuto per primo l'efficacia estintiva « ope exceptionis » al pagamento, nel caso in esame mi pare molto difficile. Gaius è più un espositore delle opinioni

altrui che un creatore geniale di nuove dottrine. Sabiniano in ritardo, qualche volta espone dottrine più in voga senza convinzione, salvando la responsabilità scientifica col confessare candidamente di non saperle giustificare. Se Julianus non aveva ancora riconosciuta la « mutatio rei », almeno con quell'effetto, è difficile che l'innovazione sia dovuta a Gaio. Tanto più che nè di Africano nè di Pomponio ci è stato tramandato alcun passo al riguardo; ciò che probabilmente non sarebbe avvenuto se i Bizantini avessero trovato in quella esposta l'opinione da essi accolta. Si osservi come il principio del testo risponde all'indole di Gaius: 'dicitur aliam...' vi si riferisce quanto si afferma comunemente. Dal *si vero* il soggetto muta. Gaius sabiniano ci dovrebbe esporre l'opinione sabiniana che noi abbiamo visto assolutamente contraria alla « mutatio rei »; ora, contrariamente alla propria indole, e con una sgrammaticatura, tanto per dar più energia al discorso, affermerebbe in proprio nome, senza giustificazione, una grave eccezione al principio espresso nella prima parte del periodo. Il mutamento di costruzione il 'licet-tamen-possit' sono indici formali che, aggiunti alle altre considerazioni mi fanno dubitare dell'aggiunta *si vero* ecc. dove forse Gaio diceva che il debitore non era liberato.

§ 3. — Paul. 74 ad ed. D. 44.7.44,4.

Accessio vero in obligatione aut personae aut rei fit. personae cum mihi aut Titio stipulor. rei, cum mihi decem aut Titio hominem stipulor: ubi quaeritur, an [ipso iure Paul. ?] fiat liberatio homine soluto Titio.

Che Paolo abbia potuto parlare di una discussione sull'effetto estintivo « ipso iure » del pagamento della cosa diversa all'adietto, mi pare impossibile dopo quanto è stato

rilevato: è dubbio se egli non ne riferì invece un'altra sull'efficacia estintiva 'ope exc'.

Mi sembra tuttavia contrario all'indole di Paolo un accenno vago ad una questione senza risolverla, come invece avrebbe potuto fare Gaius. Paulus avrebbe dovuto avere un'opinione sulla questione.

§ 4. — Paul. 15 quaest. D. 46.4.98,6.

.....liberaretur [ope exceptionis Paul.??] enim et si mihi Stichum illi Pamphilum dari stipulatus essem et Titio Pamphilum solvisset.

Al Paolo dubbioso senza una propria opinione del testo precedente, ci si contrapporrebbe qui un Paolo sicuro di quel che dice e che non ammette repliche. Il passo corrottissimo in tutto il resto sarà subito esaminato. Intanto la sicurezza con la quale si afferma l'estinzione 'ipso iure' col pagamento della cosa diversa, contraria allo spirito classico; la divergenza tra il tono del passo precedente e questo, insieme a quanto è già stato ripetuto, rende inutile l'insistere ancora sulle prove dell'interpolazione di questa parte, tanto più che dovremo esaminarla subito nel contesto di tutto il passo.

§ 5. — Dai passi esaminati risulta che i classici non ammisero la validità dell'«adiectio» con un oggetto diverso della «stipulatio». E' dubbio se con Paolo essi comincino a ritenere estinta l'obbligazione 'ope exceptionis' per il pagamento della cosa diversa all'autorizzato. Nel caso affermativo, essi avrebbero attribuito quest'effetto, come ho già accennato citando il FERRINI, all'intenzione espressa nel contratto. Questa circostanza avrebbe fatto ricadere sul creditore, qualora egli avendo il debitore pagato la cosa all'adietto, avesse intentato l'azione per richiedere l'altra dedotta nella

stipulazione, quella slealtà dalla quale trae origine l' 'exceptio doli generalis'.

E per il diritto giustiniano quale sarà l'effetto del pagamento della cosa indicata per « l'adiectus » nella « mutatio rei »? Tenderei ad ammettere l'estinzione 'ipso iure' dell'obbligazione. I passi per l'affermativa sono in prevalenza. La contraddizione è forse dovuta alla solita fretta dei commissari, che, di fronte al contenuto e alle espressioni più o meno categoriche dei giureconsulti, possono, inavvertitamente, esser stati indotti a correggere i passi in un senso più tosto che in altro, non rilevando la contraddizione in cui essi stessi cadevano. Così al 'dicitur non posse ecc.' di Gaius veniva più spontaneo contrapporre un 'per exceptionem' tanto più che Gaius forse negava puramente e semplicemente l'estinzione 'ipso iure'. Facile riuscì la soppressione del 'non' in Iulianus con la limitazione dell'antequam e quindi l'effetto 'ipso iure'. E così l'incertezza nella quale ci lascia Paulus sarà dovuta a ragioni peculiari formali del testo originale, ed essa vien meno nell'ultimo passo citato. Ma data la concezione bizantina dell'«adiectio» può ammettersi l'estinzione 'ipso iure' del pagamento nell'ipotesi prospettata. Ormai l' 'in solutione esse' non ha più il significato classico. L' «adiectus» col pagamento acquista la cosa che è dovuta allo «stipulator», è indifferente se sia pagata quella indicata nell' «adiectio», tanto, nello stesso modo diventerà del creditore, perchè gli sarà restituita coll' «actio mandati».

XIII — § 1 Paul 15 quaest. D. 46. 3. 98, 6.

Mihi Romae aut Ephesi Titio dari stipulor: an solvendo Tito Ephesi a me liberetur, videamus: nam si diversa facta sunt, ut Iulianus putat, diversa res est [sed cum prevalet causa dandi, liberatur]: liberaterur enim [ope exceptionis

Paul. ?] et si mihi Stichum, illi Pamphilum dari stipulatus essem et Titio Pamphilum solvisset. at ubi merum factum stipulor, puta insulam in meo loco aedificari aut in Titii loco, numquid, si in Titii loco aedificet, non contingat liberatio? nemo enim dixit facto pro facto soluto liberationem contingere. [sed verius est liberationem contingere, quia non factum pro facto solvere videtur, sed electio promissoris completur].

Il « diversus locus solutionis » s'intreccia nel passo con la questione della « mutatio rei » anche per il caso in cui oggetto della prestazione sia un fatto.

Stipulo che si dia a me in Roma o a Tizio in Efeso. Se il debitore paga a Tizio in Efeso è liberato? Si domanda, cioè, se nell'«adiectio» possa indicarsi un luogo di pagamento diverso da quello della stipulazione. È sempre la stessa preoccupazione dei giureconsulti che, mutando un elemento dell'obbligazione nell' «adiectio», non si abbia la stessa «substantia obligationis»; venga cioè a costituirsi per l'autorizzato un diritto di obbligazione nuovo e quindi un'infrazione al divieto « alteri stipulari ».

Infatti può sorgere il sospetto che, mutando il luogo del pagamento, si muti anche il contenuto dell'obbligazione. Ma, innanzi tutto, l'obbligo di dare in un luogo determinato consiste in un « dare » o in un « facere »?

L'obbligo di dare dieci a me in Roma si potrebbe risolvere nell'obbligo di dare più quello di viaggiare per Roma, e quindi in tale ipotesi l'obbligazione consisterebbe in un « facere ». Inoltre se per pagare a Tizio debbo recarmi ad Efeso, il fatto sarebbe diverso, e però colla «mutatio» del «locus» si avrebbero due oggetti diversi nella stipulatio e nell'«adiectio». La pregiudiziale del passo consiste nel risolvere se

L'obbligo di dare in un luogo determinato costituisca un obbligo di fare. Tale questione a sua volta presuppone un concetto ben distinto del « dare » e del « fare », quali obbiettivi dell'obbligazione. Negli scrittori moderni la distinzione si è invece affievolita. Uno degli autori più noti nel determinare l'oggetto del diritto di credito (1) in generale, parte dal concetto che la prestazione può essere o positiva o negativa, avere cioè per contenuto un « fare » o un « omettere ». Tra le positive rileva per importanza speciale quelle che mirano a procacciare la proprietà, cioè a un dare nel senso giuridico della parola. « Inoltre la prestazione positiva può avere per contenuto: il procacciare un qualunque altro diritto, il liberare da un onere reale ed obbligatorio, il consegnare una cosa a scopo di semplice detenzione di fatto o d'uso o di sfruttamento o una qualunque altra attività » (2). Evidentemente nel WINDSCHEID il dare e il fare sono accomunati nello stesso concetto generale ed assumono il valore secondario di sottospecie. E non manca chi a dirittura ritiene superfluo distinguere il « dare » dal « fare » come oggetti possibili di un obbligo. « Effettivamente però a questo scopo serve e basta una sola parola: « fare »; dare è superfluo; « prae-stare » poi, come vedremo, non significa l'oggetto di un obbligo. Codesta complicata terminologia non ha che ragioni storiche inerenti alla procedura ». Il PEROZZI è indotto a questa critica dalla sua ben nota asserzione che il famoso passo D. 44. 7. 3 di Paulus, che definisce l'obbligazione, originariamente contenesse invece la definizione dell'azione. Sarebbe stato interpolato. Ma anche volendo arrivare con

(1) WINDSCHEID, *Pand.* (ital.) vol. II § 252.

(2) PEROZZI, *Istit.* II. pag. 84.

l'Illustre Giureconsulto a tale risultato, non posso limitare il valore di questa terminologia alla procedura. Almeno per riflesso da questa si ripercuote sul diritto materiale e per il diritto romano, e, ritengo, anche per il nostro diritto positivo, sebbene il dare nel nostro codice assuma il valore anche di consegnare materialmente la cosa (1). Una delle distinzioni più comuni è quella data dal KELLER « L'antitesi a dare in questo senso (cioè di procacciare un diritto reale) è costituita dal « fare » il quale tecnicamente significa ogni atto positivo che non sia un « dare », pertanto comprende anche un dare nel senso volgare » (2). Così per il BRINZ il « fare » in contrapposto al dare significa il lavoro, il fare senza dare, la semplice forza o la manifestazione di volontà » (3). Per il BONFANTE il *facere* « è un fatto nudo che non implica il trasferimento di un diritto ». Tutte queste distinzioni per quanto abbiano del buono non ci danno il criterio necessario per risolvere la questione proposta. Un taglio netto tra il « dare » e il « fare » non esiste sempre nella pratica; anche col « dare » può collegarsi un'attività qualsiasi. Si tratta di determinare fino a qual limite possa arrivare quest'attività perchè non si possa dire oltrepassata la zona del « dare » e invasa quella del « fa-

(1) Cf. il DE CRESCENZIO *Obbligazioni* nell' *Encic. giur.* volume XII. p. 1.<sup>a</sup> pag. 156.

(2) PAND. 1861 p. 464. Tra i nostri civilisti. cf. ad es. BARASSI *Istit.* pag. 303 « Nella prestazione di dare è la cosa che dà importanza decisiva per la determinazione e il valore dell'oggetto dell'obblig. Nell'obbligazione di fare viene in considerazione l'attività personale del debitore ».

(3) *Pan.* II. p. 35.

cere (1) (in cui prevalga il « *facere* ») o del « *dare facere* »; cioè *dare un incertum*.

Nemmeno il criterio dato da Paolo mi sembra adeguato al nostro scopo: « *cum praevallet causa dandi* » accenna alla prevalenza del contenuto di dare o del rapporto di dare. In sostanza è la constatazione di quello che si deve appunto precisare. Opportuna mi sembra la distinzione dei « *doctores* ». Della nostra fattispecie essi dicono impropriamente che « *est mixtura dationis et facti* » ma che è una *datio*. « *Quia ubi factum destinatum seu paratum est ad dationem reputatur potius datio quam factum: quum datio est quid finale factum est quid preambulum* » (2). Quando l'attività è rivolta ad attuare la dazione e non costituisce altro che quel complesso di preliminari necessari a eseguire l'obbligo di trasferire la cosa, si ha un obbligo di dare. Se ad es. io vendo una partita di grano che non ho presso di me, debbo naturalmente procurarla. Dovrò forse recarmi in altri paesi, richiedere il grano, addiveneire ad altri contratti, trasportare il grano comprato per poterlo consegnare nel luogo convenuto e così via. Nonostante queste mie attività l'obbligo mio resta sempre un obbligo di dare. Ma se questi preliminari richiedono in me un'attività che eccede quella che si suole impiegare da chi comunemente conclude simili contratti, possiamo cadere in un obbligo di fare, aversi cioè l'impossibilità della prestazione in quanto essa richieda uno sforzo eccessivo per il debitore. Questo mi sembra vogliano dire i *dottori* e perciò mi

(1) Naturalmente anche nel « *facere* » i Romani comprendono un dare ma in linea subordinata, mentre il *dare un incertum* contiene in prevalenza il « *dare* ». Io uso il termine « *facere* » senz'altro e « *dare facere* ».

(2) STRACCA, II. n. 58.

sembra esatto il criterio che essi danno e che fu accolto dallo STRACCA. Nella nostra fattispecie essendo il « *locus solutionis* », quindi il fatto di recarsi a Efeso, un preambolo dell'obbligazione, questa consiste in un « *dare* » non in un « *facere* ». Non solo: consiste in un puro dare non in un « *dare facere* ». In termini classici equivale a dire che l'obbligo di pagare in Roma ad es dieci a me, ha per contenuto un « *certum* » non un « *incertum* », perchè tutti quei così detti preamboli sono indifferenti per il creditore il quale mira solo alla prestazione in quel luogo determinato. Ammesso che quell'obbligo abbia per oggetto un « *certum* » si può fare un'altra questione. Se muta il « *locus solutionis* » si potrà dire che l'oggetto della prestazione o, supposto che esso sia una somma, che la somma sia la stessa? Prometto di dare a Tizio cento in Capua, equivarrà alla promessa di dare allo stesso Tizio cento in Roma? È troppo grossolana l'osservazione che i cento prestati in Capua possono rappresentare un di più o di meno dei cento prestati in Roma, anche considerando le cose oggettivamente, cioè al di fuori degli interessi particolari di Tizio. Vi è la distanza maggiore, se il luogo del contratto è ad es. Napoli, per Roma, vi può esser il diverso valore del danaro nelle due piazze, perchè non si possa senz'altro affermare che le somme eguali apparentemente sono in realtà diverse se si debbono prestare in luoghi diversi. E questo non sfuggì ai giureconsulti classici i quali tra i casi di « *plus petitio* » enumerano anche quella « *loco* ». Il creditore che intentasse l'azione in luogo diverso da quello stabilito nella stipulazione perdeva, e per sempre, la lite, perchè era rimosso per la « *plus petitio loco* » e non poteva più intentare l'azione essendosi per la contestazione della lite estinto il suo diritto di credito. Si produceva la novazione processuale e quindi la con-

sunzione dell'azione. L'obbligazione di dare dieci in Roma è quindi diversa da quella di dare gli stessi dieci in Capua. Non si ha cioè la « eadem res ». Il BESELER (1) e il BIONDI in un suo forte lavoro sull'azione arbitraria, arrivano a conclusioni contrarie, per sostenere la loro tesi che nella formula dell' « actio de eo quod certo loco » si indicasse il « locus solutionis » espressamente e in ogni « formula in ius » almeno implicitamente, contro il COHN che lo nega (2). Se in forza della *stipulatio* 'prometti di darmi cento in Roma' ? il creditore avesse intentato l'azione invece in Napoli, e nell'« intentio » il magistrato avesse detto « s. p. N.<sup>m</sup> N.<sup>m</sup> A.<sup>o</sup> A.<sup>o</sup> decem dare oportere hoc loco » (cioè Neapoli) sembra evidente al COHN che in questo caso non si sarebbe potuto ritenere come riversato nella formula l'obbligo di dare cento in Roma, non sarebbe cioè avvenuta la consunzione processuale e quindi l'attore avrebbe potuto riproporre l'azione. Al contrario i classici ammettono in questo caso la « plus petitio », ergo conclude il COHN nella formula non si doveva indicare nè implicitamente come per tutte le azioni nè espressamente nell' « actio de eo q. c. l. » come vorrebbero il B. e il BIONDI il 'locus solutionis'. Il BESELER e il BIONDI obiettano che il « locus solutionis » è una modalità indifferente per il pagamento: quindi « Ephesi dare » e « Romae dare » sono un' « eadem res » e per ciò si ha la consunzione processuale anche se il « locus solutionis » è diverso da quello dove è intentata l'azione. Ben con ragione H. KRUEGER (3) osserva: « S'intende per se stesso che per i

(1) *Das edictum de eo quod certo loco* Leipzig 1907.

(2) *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria* Palermo 1911 p. 10 3 g s.

(3) Nella recensione del lavoro del BESELER nella *Ztschr. der S. S.* vol. XXIX p. 493.

Romani « Romae dare » e « Ephesi dare » furono obietti diversi, se fosse stato diversamente doveva intervenire non solo consunzione dell'azione come è certo, ma anche la condanna del convenuto in luogo dell'indubitata a sua volta rimozione dell'attore qualora l'attore in forza di un « dare oportere » in Efeso agisse per un « dare oportere » in Roma con *intentio pura* ». E per il KRUEGER la ragione della consunzione nel caso che si agisse in un luogo diverso di quello indicato nel contratto è riposta nella parte della formula, che si trova sempre nelle formule con cui si fanno valere le pretese obbligatorie: « qua de re agitur ». « Il pretore, con essa, rimandava alle discussioni che le parti avevano fatto « in iure » innanzi a lui e nelle quali si erano messe di accordo su di un fatto quale base della loro contestazione giuridica. Solo questo fatto si era, con la contestazione della lite, rinviato innanzi al giudice, nessun altro; ma d'altra parte era anche dedotto in giudizio l'intero fatto.

E come il fatto determinato per se stesso, così anche le pretese da esso derivanti erano riversate nello « iudicium » e quindi consumate ». Sebbene il BIONDI replichi al KRUEGER che l'obiezione si fonda su di un equivoco: « Ephesi dare » e « Romae dare » nel fatto sono prestazioni differenti, ma ai fini della consunzione processuale sono « eadem res »; mi pare che egli cada in contraddizione con sé stesso: se sono indifferenti perchè necessariamente dev'essere implicito l'« hoc loco » nell'intentio ? Questo riferimento anche implicito nella formula al « locus » mi pare che porterebbe di conseguenza in essa la considerazione dell'interesse del « locus », un « quanti interest » indefinito che muterebbe il « dare » in « dare facere »; renderebbe quindi impossibile il « certum » nella formula classica. Del resto la prova più decisiva che il « dare oportere Ephesi » costituisca un « cer-

tum» è data dalle I. 4. 6. 33 c. « si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo ut sibi detur stipulatus est *pura actione* recte agit ». Il « pura » dimostra che nell'« intentio » non era indicato il luogo. Un'altra prova che, non ostante l'aggiunta del « locus solutionis », l'obbligo di dare una somma determinata mirava ad un « certum » me la fornisce il BIONDI, il quale dimostra che l'« actio de eo quod certo loco » era data soltanto da una « stipulatio certa ». Ma anche escluso il riferimento implicito del « locus » nell'« intentio » in genere, rimane per me impregiudicata la questione se fosse espresso nella formola de 'eo quod c. l.'. Come si sarebbe potuto valutare l'« utilitas loci » se non era espresso? È questa tuttavia la ragione per la quale l'azione mirava ad un « incertum ». Premesso dunque che l'obbligo di dare dieci in Efeso ha per oggetto un « certum », non potendo essere nè un fatto, né un « dare facere », e che per conseguenza l'obbligo di dar cento in Roma è una « diversa res » di quello di dare in Efeso, torniamo al D. 46. 3. 98,6 di Paulus. Parrebbe che per Iulianus il dar cento in Roma a me fosse un *fatto* diverso dal dar cento all'autorizzato in Efeso. Paolo correggerebbe quest'opinione: non si tratterebbe di fatti diversi ma di un « dare facere », di dare un *incertum e per ciò* se Tizio paga all'autorizzato in Efeso è liberato « ipso iure », (non possiamo sottintendere l'« ope exceptionis » perchè il giureconsulto l'avrebbe detto espressamente) come sarebbe liberato se mi fossi fatto promettere ecc. Fortunatamente nei digesti troviamo un passo di Iulianus richiamato dal LENEL (1) opportunamente a questo proposito, nel quale ci si conserva l'opinione di Iulian. 63 dig. D. 46. 1. 16,2 « Sed et si reus Ro-

(1) Pal. I Inl. fr. 710.

mae constitutus Capuae dari promiserit, fideiussor Ephesi, perinde non obligatur fideiussor ac si reus sub condicione promississet fideiussor autem in diem certam vel pure promississet». Questo perchè chi ha promesso di dare in un luogo certo « aliquatenus duriori condicione obligatur quam si pure interrogatus fuisset » infatti non può pagare senza il consenso del creditore in luogo diverso (1). Perciò se il debitore si è obbligato *pure* il fideiussore con l'aggiunta del luogo, quest'ultimo non si obbliga. Nella parte riferita non si obbliga perchè il « locus » aggiunto al fideiussore è più lontano. Dunque non è che Iulianus parli di « fatti » o di un « dare facere » ma di un « dare », di un *certum*, come abbiamo dimostrato in precedenza, che è diverso per la diversità del « locus solutionis ». Si tratta cioè di somme diverse, e noi abbiamo visto le diverse ipotesi e le opinioni di Paolo al riguardo. Poichè Efeso è più lontano forse dal luogo in cui le parti concludono la stipulazione, è come se si fosse stipulato una somma maggiore per l'autorizzato o viceversa; ipotesi in cui abbiamo visto Paolo ammettere la liberazione sempre, almeno « ope exceptionis » nella prima. Sebbene aventi per oggetto somme diverse la prestazione consisteva però sempre in un dare, le parole « sed cum » ecc. alterano il pensiero di Paulus e sono evidentemente interpolate. Il « causa dandi » può significare il contenuto o il rapporto di obbligazione di dare, che in quanto prevale presuppone un « facere ». Sarebbe quindi un *incertum*, Paolo accennando al pensiero di Iulianus che forse non ammetteva l'« adiectio » neanche con somma minore, mentre egli la salvava con la costruzione della stipulazione condizionale ricordata, forse con il « facta » ac-

(1) Cfr. D. cod. § 1.

cennava alla modalità del «locus solutionis». «Diversa res» denota probabilmente l'oggetto della «datio»: la somma. Che nesso c'è poi tra il *dare fare*, l'«incertum» con la promessa di dare a me Stico o Pamfilo all'autorizzato? Questa è un'obbligazione di dare un «certum», purchè non la si voglia considerare come un'obbligazione alternativa snaturando l'«adiectio» classica. Ma noi anche per questa abbiamo visto come Paolo, forse stentatamente, abbia ammesso l'estinzione solo «ope exceptionis». Nella parte «liberaretur» ecc. vi è quindi molto probabilmente qualche rimaneggiamento, almeno la soppressione di «ope exceptionis» dopo *enim*. Malissimo scelto è poi l'ultimo esempio del «merum factum». Se io edifico nel suolo di Tizio, la proprietà dell'edificio è immediatamente sua per accessione. L'obbligo di edificare in «Titii loco» è troppo complicato per essere addotto come esempio di un'«adiectio». Ma nella prima risposta almeno si nega questa possibilità, sebbene con una ragione spropositata, col pretesto che un fatto non possa essere oggetto di una «datio in solutum». Ma il pagamento fatto all'autorizzato non è mai una «datio in solutum», non è un «rem pro re dare» altrimenti l'aggiunto sarebbe indicato per l'obbligazione. L'ultima parte fu già riconosciuta alterata dal FERRINI (1). Con essa si contraddice alla precedente risposta e si ammette l'«adiectio» che abbia per oggetto il fatto, diverso dall'obbligazione, di edificare a Tizio. La ragione della validità sarebbe che il debitore, qualora edifichi nel suolo di Tizio non fa una «datio in solutum» ma esercita semplicemente il diritto di scelta. È la prima volta che noi troviamo preso in considerazione il rapporto del debi-

(1) Cfr. C. I. C. ed. KRUEGER.

tore con lo stipulante e l'«adiectus»: si tratterebbe di un'alternativa, perciò la prestazione indicata per l'adietto può consistere anche in un fatto diverso da quello dovuto al creditore. Non poteva esser più esplicita l'affermazione che l'adietto è applicato all'obbligazione.

Infatti la prestazione indicata per l'autorizzato è considerata come dovuta alternativamente con quella indicata per il creditore, a scelta del debitore. Richiama l'«incertum» il «dare facere» che accenna nella prima parte del passo ad un'obbligazione alternativa in cui la scelta spetti al debitore.

XIV. — Ulpianus 27 ad ed. D. 13.4.2,7.

Idem Julianus tractat, an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilo minus possit intendere sibi dari oportere. et Julianus scribit liberationem non contigisse [atque ideo posse peti quod interest]. Marcellus autem et alias tractat et apud Julianum notat posse dici et si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse, quamvis invitus accipere non cogar: plane si non contigit liberatio, dicendum ait superesse petitionem integrae summae, [quemadmodum si quis insulam alibi fecisset quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. sed mihi videtur summae solutio distare a fabrica insulae et ideo quod interest solum petendum].

L'interpolazione in questo frammento non è in connessione con l'«adiectio» direttamente, ma più tosto con l'«actio de eo quod certo l.» come hanno dimostrato il BESELER e più ancora il BIONDI, al quale si devono attribuire le alterazioni da me indicate (1). L'«actio de eo q. c. l.» secondo il BIONDI avrebbe tenuto conto nel periodo classico del solo interesse del debitore, Giustiniano avrebbe invece in esso considerato

(1) L. c. p. 69.

anche quello del creditore; da questa innovazione deriverebbero diverse alterazioni dei classici. Così il BIONDI. In questo passo è poi strano, che si parli di un'azione per ottenere il semplice interesse per il mancato pagamento nel luogo dovuto, mentre è certo che *l'a. de eo q. c. l.* mirava all'intero debito. Nel contratto è stato convenuto che il pagamento debba esser fatto al creditore o all'autorizzato in Efeso. È ovvio che non avendo Tizio alcun diritto dalla stipulazione non può rinunciare alla modalità del « locus solutionis », modalità che per il creditore ha un valore sostanziale. Se perciò Tizio accetta il pagamento in luogo diverso, il debitore non è liberato, e il creditore conserva l'azione per l'intera somma. Questo diceva Giuliano con la frase « liberationem non contigisse », questo ripete Marcello con il « superesse petitionem integrae summae » parere che accoglie anche Ulpiano.

E' evidente che l'azione limitata all'interesse era impossibile nel dir. classico anche perchè essa non esisteva. I Bizantini danno invece al creditore un'azione per l'interesse se Tizio autorizzato ha ricevuto il pagamento in luogo diverso da quello indicatogli dal contratto. L'autorizzato in conseguenza acquista dalla stipulazione un diritto incompatibile con l'« adiectio » classica: il diritto cioè di poter ricevere il pagamento in un luogo diverso del convenuto. E' vero che al creditore Giustiniano concede l'azione separatamente per l'« utilitas loci », ma non si può negare che in questo passo l'« adiectus » non è più il semplice autorizzato a ricevere il pagamento come « res facti » del diritto classico. Infatti, pur non ottemperando alla modalità voluta dal contratto, libera sebbene parzialmente il debitore. Questo sarebbe stato impossibile nel periodo classico. Solo il creditore può rinunciare

alle modalità del contratto o concedere un pagamento parziale. Qualora l'« adiectus » classico si fosse arrogato una di queste facoltà il pagamento sarebbe stato nullo. Celsus 27 dig. D. 46.3.71. « Cum decem mihi aut Titio dari stipulatus quinque accipiam, reliquum promissor recte Titio dabit ». Celso implicitamente afferma che senza il consenso del creditore un pagamento parziale fatto dall'autorizzato sarebbe nullo.

XV. — Papin. 28 quaest D, 46.3.95,7.

Nam si furiosi [vel pupilli] persona adiecta sit, ita [tutori vel] curatori pecunia recte dabitur, si condicionis quoque implendae causa recte pecunia [tutori vel] curatori datur, quod quidem Labeo et Pegasus putaverunt utilitatis causa recipiendum: [idque ita recipi potest, si pecunia in rem pupilli vel furiosi versa est, quomodo si domino iussus dare servo dedisset, ut domino daret].

Papiniano accettò « utilitatis causa », per uno *ius singulare* che si potesse pagare al curatore quando l'« adiectus » fosse un furioso. La deroga al principio classico che il pagamento debba esser prestato all'autorizzato in persona, è giustificata dalle condizioni speciali in cui può trovarsi il furioso, le quali possono rendergli impossibile di ricevere anche naturalmente la « solutio ». Il passo attualmente s'ispira al principio che l'autorizzato tragga un vantaggio dal pagamento, anzi a dirittura un diritto; perchè la somma di denaro, (come se l'« adiectus » fosse applicabile ai soli crediti pecuniari !) dev'essere riversato nel patrimonio del furioso o del pupillo. Ritengo perciò insiticie le parole « tutor; pupillus » e la parte « idque... daret » con la quale oltre il versamento della pecunia si vuole istituire un parallelo tra il « tutor » e il « servus », forse ispirato al nuovo concetto bizantino della rappresentanza diretta del tutore, ma che non regge. Come non trovo

nessuna analogia tra il versare nel patrimonio dell'incapace e il dare al servo perchè dia al proprietario. Il concetto classico ci è serbato ancora in Pomp. 8 ad Sabin D. 46.3.11. « Si stipulatus fuero mihi aut pupillo dare ? promissor sine tutoris auctoritate solvendo pupillo liberatur a me » Il nostro testo è stato rimaneggiato adeguatamente a Marcellus 16 dig. D. 46.3.68 nel quale si trattava della 'datio condicionis implendae causa' che i giureconsulti classici parallelamente all' 'adiectio' ritengono debba farsi al pupillo in persona appunto perchè la prestazione è considerata *res facti* (1). Questo dice Marcello nella prima parte del passo. Si comincia poi col richiamare il « furiosus » e si conclude « et sciendum est in omnibus istis casibus tutori quidem vel curatori utiliter dependi, ipsis autem, id est furioso vel pupillo, non recte persolvi, ne datio ex illorum imbecillitate pereat ecc. » parte adulterata e indicata come tale già dal FABER (1). Il pagamento nel caso dell' « adiectio » fatto al pupillo, libera il debitore perchè tale è la volontà del creditore. Giustiniano evidentemente altera il passo, perchè il pupillo 'adiectus', secondo lui, acquista un diritto immediatamente dalla stipulazione, trasformando così l' « adiectio » in un contratto a favore dei terzi. Il BRANDIS che dimentica il D. 46.3.11 parte dall'erroneo presupposto che la « datio condicionis implendae c. » debba farsi al tutore o al curatore (3) e fa questo ragionamento. La circostanza che la pecunia debba esser versata nel patrimonio del pupillo conferma la regola

(1) Cfr. D. 35.1.44 D. 46.3.11.

(2) Cf. C. J. C. KRUEGER 11 ed.

(3) *L. c. p.* 305. Egli cita D. 35.1.13 ma anche in questo ritengo interpolate le parole « si pupillo vel » e « vel tutori ». Si noti anche l'ordine spostato nel passo.

che il pagamento debba esser fatto in persona all' « adiectus (!) » Nella 'datio c. i. c.' non si vuole quest' altro requisito perchè in essa ciò che è pagato diventa proprietà del ricevente, quindi nel caso che sia stato prestato al tutore, il pupillo ha contro di lui *Pa. tutelae*. Invece nell' « adiectio » non essendo il pupillo creditore, non avrebbe azione contro il tutore che avesse ricevuto il pagamento, d'altra parte lo stipulante non potrebbe agire contro il pupillo per ottenerne la restituzione. Il ripiego della 'in rem versio' torrebbe di mezzo ogni difficoltà.

Ma tutto ciò mi sembra insostenibile. È nota la tendenza dei Bizantini a limitare la capacità del pupillo. Questa tendenza applicata anche all' « adiectio » dimostra che per i Bizantini l' adietto acquista un diritto sebbene condizionatamente al pagamento.

XVI. — § 1. Gai. 2 de verb. obl. D.45.1.141,7.

Sed rursus mihi quidem pure aut Titio sub condicione stipulari possum. contra vero si mihi sub condicione aut Titio pure, inutilis erit tota stipulatio, [nisi in meam personam condicio extiterit], scilicet quia, nisi quod ad me vim acceperit obligatio, adiectio nihil potest valere.

L' « adiectio » nella stipulazione non solo è una formalità per se stessa e che deve esser rispettata rigorosamente, ma in quanto è una modalità della stipulazione, è assoggettata naturalmente anche agli stessi principi formali che regolano quest' ultima. È principio formale del diritto antico, applicato ancora nel periodo classico, che l'atto giuridico nel momento della sua conclusione deve poter ricevere attuazione pratica. « Se ciò non è possibile l'atto è nullo per quanto nel caso concreto l'effetto sia stato per avventura diffe-

rito » (1). Questo vuol dire la regola «*ex praesenti vires accipit stipulatio*». Conseguenza di questa regola è che, se l'effetto della stipulazione è differito per mezzo di una condizione, questa deve comprenderla nella sua integrità, non può esserne esclusa alcuna parte e tanto meno un'accessoria. È un assurdo per un negozio formale del diritto antico, il concepire che in un dato momento abbia effetto una parte, o una modalità, specialmente quale l'«*adiectio*», della stipulazione e che sia sospeso l'effetto principale del contratto, il diritto di obbligazione. L'inciso «*nisi*» ecc. segnato da me come interpolato, per me non può esser del classico perchè contrario al principio formale e rigoroso che regola la stipulazione classica in generale. Non può esser di Gaio che per me nel caso di stipulazione condizionale e di «*adiectio pura*» dovette ritenere nulla l'intera stipulazione, come risulta evidente quando si sopprime l'intero inciso.

Non ritiene nulla la sola «*adiectio*», appunto perchè sotto questo rispetto essa è tutt'uno con la stipulazione, ed è anzi l'elemento per il quale il negozio vien meno al principio formale «*ex praesenti vim accipit stipulatio*». Per Giustiniano invece può aversi l'«*adiectio*» pura in una stipulazione condizionale; solo che si attenderà l'avveramento della condizione per determinarne la validità. Questo si esprime con l'inciso «*nisi*» ecc. La fine del periodo non sta più a significare l'antico principio formale, ma la regola di diritto materiale che non può avere effetto l'accessorio se non esiste il principale. Ma che Gaio non potesse ammettere la validità della stipulatio condizionale con «*adiectio pura*» è corroborato anche dal modo con il quale egli considera la sti-

(1) FADDA, *Concetti fond. del dir. ereditario rom.* II p. 21.

pulazione sotto termine più lungo di quello dell'aggiunto. D. eod. § 6 «... immo etiam ceteriorem diem in Titii personam conferri posse, veluti 'mihi Kalendis Februariis, Titio Kalendis Ianuariis?' quo casu talem esse stipulationem intellegemus: 'si Titio Kalendis Ianuariis non dederis, mihi Kalendis Februariis dare spondes?'. Sebbene sospetto il «*non dederis*» in luogo di non «*solveris*» la costruzione può esser stata accolta da Gaio, e sta sempre a dimostrare che con questo mezzo i classici anteriori a Paolo hanno evitato l'inosservanza del principio «*ex praesenti ecc.*». Se Gaio avesse ritenuto valida la stipulazione condizionale con l'«*adiectio pura*» non sarebbe ricorso a quell'espedito per salvare il caso dell'«*adiectio*» con termine più breve. Paolo invece non trova in quest'ultima ipotesi alcuna difficoltà, sebbene riconosca che possa dubitarsi. Paul. 15 quaest. D.46.3.98,4 «*Mihi dare decem pure aut Titio Kalendis vel sub condicione, aut mihi Kalendis Ianuariis, Titio Februariis utiliter stipulor: quod si mihi Kalendis Februariis Titio Kalendis Ianuariis potest dubitari. sed rectius dicitur utiliter stipulatum: nam cum in diem sit ea quoque obligatio, etiam mihi solvi potest ante Februarias: igitur et illi solvi potest*». Per Paolo il termine non ostacola la nascita dell'obbligazione e, poichè è possibile il pagamento prima della scadenza del termine, non v'è nemmeno il divieto formale dell'«*ex praesenti ecc.*» che renda impossibile un'«*adiectio*» con termine più breve della stipulazione. Notevole che Paolo non accenna neanche alla stip. condiz. con «*adiectio pura*». Del resto lo stesso Gaio a proposito del debito principale e della fideiussione sotto condizioni diverse dice Gai. 1 verb. obl. D.46.1.70,1 «...ex diverso autem, si fideiussoris condicio prior extiterit, non tenetur, perinde ac si ab initio pure acceptus esset reo sub

condizione obligato». È una decisione ispirata ancora all'antico formalismo perchè in un sistema giuridico non formalistico, quale ad es. il nostro, nulla s'opporrebbe a sospendere l'efficacia della fideiussione fino all'avveramento della condizione apposta al debito principale. È vero però che vi è da considerare, per il diritto romano, anche la circostanza che esso non ammetteva validità parziale per il caso di fideiussione, come fa la nostra legge. Ad ogni modo anche questo passo di Gaio mi pare, sebbene indirettamente, possa prestare un argomento all'interpolazione da me rilevata. Giustiniano rimaneggia il passo ispirato anche dalla sua innovazione riguardo alla condizione 'praepostera'. (1) Nello stesso tempo l'alterazione può esser sorretta anche dal concetto che l'«adiectus» acquisti un diritto dalla stipulazione, che l'«adiectio» sia un contratto a favore di terzi.

Come indice formale dell'interpolazione si può rilevare il *nisi* ripetuto poi subito dopo. Gaiano è invece lo *scilicet quia*.

Nel diritto comune poichè «realiter idem esse obligationem pure factam vel sub condicione conceptam et impletam» (2) il passo non provoca alcuna difficoltà.

§ 2 — Ulp. 48 ad Sab. D. 45.3.11.

Sed si sibi aut Primo aut Secundo dominis suis stipulatus sit, et hic tantundem erit probandum, quod Iulianus, inutilem esse stipulationem. sed utrum adiectio inutilis est aut tota stipulatio utilis non est? puto adiectionem solam esse inutilem: eo enim, quod ait 'mihi' (3), omnibus adquisiit ex stipulatu actionem, [an ergo in ceterorum persona solutio

(1) Cfr. C.6.23.25

(2) STRACCA, II n. 23.

(3) Cf. D. 45.3.9 e 10 D. eod. 21.

locum habeat exemplo extraneae personae? el puto vel solvi eis posse, quemadmodum cum ego mihi aut Titio stipuler].

I classici osservano con scrupoloso rigore la formola 'mihi aut Titio' perchè Tizio deve poter acquistare la sola facoltà di fatto di ricevere il pagamento. Se con la posposizione dello stipulante all'«adiectus» nella domanda, o in qualsiasi altro modo possa sorgere il dubbio che l'estraneo aggiunto, invece che alla «solutio» sia stato applicato all'obbligazione, la stipulazione intera è nulla. Per ciò se uno schiavo di proprietà di due persone stipula al primo o al secondo comproprietario, la stipulazione è nulla perchè è incerto chi sia il creditore e chi l'autorizzato. Infatti per il diritto di proprietà sullo schiavo anche il secondo può acquistare la quota del credito. In questo caso è per una ragione formale che è nulla la «stipulatio»: se il servo avesse usato la formola: al primo e al secondo, la stipulazione sarebbe valida. Al contrario nella prima fattispecie è nulla perchè ha usato l'AUT esclusiva per l'«adiectio», che nel caso concreto è impossibile perchè il «dominus» acquista il diritto. Nel passo in esame lo schiavo ai domini espressi disgiuntivamente ha fatto precedere il 'mihi'. Iulianus ritiene ciò non ostante la stipulazione nulla totalmente e Ulpiano in questo primo periodo consente con lui. Questa opinione corrisponde al formalismo classico: sebbene con il 'mihi' abbia voluto acquistare l'obbligazione, mi pare che nominando poi disgiuntivamente tutti i comproprietari ne derivi una contraddizione che rende incerto quale dei singoli debba essere il creditore e quale l'autorizzato secondo l'intenzione del servo. Di qui la nullità. Ulpiano subito contraddirebbe se stesso, si correggerebbe: riconoscerebbe un'invalidità parziale per la sola «adiectio»: la stipulazione sarebbe salva per tutti avendo lo

schiaivo usato la parola 'mihi' innanzi tutto. Sebbene con molti dubbi ammettiamo pure che in questa parte il testo sia genuino. Assolutamente intrusa però è la parte « an ergo ». Il gran passo fatto da Ulpiano consiste nell'aver salvato la stipulazione, annullando espressamente l'«adiectio»: ora si ripropone la questione della sua validità risolvendola in senso affermativo. Non solo: si equipara il 'dominus' alla persona estranea. Tutto ciò è troppo in contraddizione con la prima parte del testo e con altri innumerevoli passi, non solo, ma con il principio fondamentale dell'autorizzazione classica che « l'adiectus » non può acquistare diritti immediatamente dalla stipulazione! Per Giustiniano invece, venuta meno la sottigliezza del pagamento *res facti*, nell'autorizzazione si tratta di un 'alteri stipulari' è perciò indifferente la collocazione dell'autorizzato nella formula, come pure l'incertezza se sia applicato all'obbligazione più tosto che alla « solutio ».

§ 3. — Iulian. 52 dig. D. 45.3.1,5.

Si fructuarius servus stipulatus esset fructuario aut proprietario, si quidem ex re fructuarii stipulatus esset, inutilis est stipulatio, quia utriusque ex re fructuarii actionem adquirere potuisset: [sed si aliud stipulatus fuisset, proprietarium petere posse, et, si promissor fructuario solvisset, liberatur].

Nella prima ipotesi la stipulazione è nulla perchè potendo lo schiavo fruttuario, in quanto lo voglia, acquistare al 'dominus' anche « ex re fructuarii », nel caso concreto può esser dubbio se egli aggiungendo il 'dominus' non l'abbia applicato all'« obligatio » più tosto che alla « solutio »: di qui la nullità di tutta la stipulazione. L'aggiunta *sed* è evidentemente interpolata. È assolutamente impossibile che un classico col-

locasse l'«adiectus» nel primo termine della disgiuntiva (1). La finale del testo sorvola su questa essenzialissima formalità dell'«adiectio» classico. Nel D. 24.3.45 vedremo in una ipotesi simile attribuito all'autorizzato non solo il diritto ma anche l'azione.

XVII. — § 1. Paulus 6 quaest. D. 24.3.45.

Gaius Seius avus maternus Seiae nepti, quae erat in patris potestate, certam pecuniae quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit et instrumento dotali huiusmodi pactum et stipulationem complexus est: 'si inter Lucium Titium maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seiae uxori vel Gaio Seio avo materno redderetur restituereturque. quaero, cum Seius avus maternus statim vita defunctus sit et Seia postea sine culpa sua divorterit vivo patre suo, in cuius potestate est, an et cui actio ex hoc pacto et stipulatione competat et utrum heredi avi materni ex stipulatu an nepti. respondi in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam, quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur: quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. [sed dicendum est Seiae posse dotem solvi (quamvis actio ei directo non competat), ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset. sed permittendum est nepti ex hac avita conventionem, ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem: favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est.]

L'abisso tra l'autorizzazione classica e quella configurata nel testo è così profondo, da sembrare a dirittura insormontabile, tanto che un autorevole Giurista opina che nemmeno

(1) Cfr. Paul. 15 quaest. D. 46.3.98,7.

i compilatori abbiano potuto escogitare l'espedito dell'«*adiectio*» onde salvare la dote alla nipote. L'espedito sarebbe dovuto ad un glossema anteriore a Giustiniano. Ma l'abisso tra il periodo classico e quello bizantino, per noi che abbiamo tentato di indicare le diverse alterazioni alle quali è stata assoggettata l'«*adiectio*» nel diritto giustiniano, si è venuto gradatamente ricolmando, tanto che ora non ci fa più impressione se, pure in linea eccezionale, troviamo un caso in cui all'autorizzato è concessa l'azione. La questione proposta a Paolo non era poi tanto complicata. L'avo materno Gaio Seio nell'atto di costituire la dote per la nipote Seia ancora in potestà del padre, ne stipulò la restituzione, per il caso che il matrimonio fosse sciolto per divorzio senza colpa della moglie, a Seia o («*vel*» non «*aut*») a se. Morto l'avo avviene il divorzio senza colpa della nipote. Si domanda al giureconsulto a chi debba competere l'azione, se all'erede dello stipulante o alla nipote ancora in potestà del padre. Paulus non ha alcuna esitazione. Non accenna neanche all'«*adiectio*» perchè la nipote è stata indicata per prima. Non v'è quindi alcun dubbio che l'avo ha stipulato per la nipote e per se. La nipote è di fronte all'avo materno una estranea, un terzo quindi la stipulazione è nulla soltanto per quel che riguarda Seia, per lo stipulante invece è valida e, nel caso in esame, totalmente. L'azione per la restituzione competerà perciò all'erede dell'avo materno. Se invece di questo avesse concepito la stipulazione l'avo paterno, qualora avesse avuto in potestà la nipote, o direttamente il padre di lei, si sarebbe potuto dubitare se si fosse trattato di un'«*adiectio*», sebbene in caso di «*dos profecticia*» la donna abbia l'«*actio rei uxoriae*» senza il bisogno di ricorrere alla «*stipulatio*». Nel nostro testo

si tratta invece di una «*dos adventicia*» e «*recepticia*» perchè il costituente ne ha stipulato la restituzione. Tuttavia dal modo com'è proposta dalle parti la questione al giureconsulto par che trapeli un dubbio, ispirato forse dal valore che secondo la coscienza sociale di allora, cominciava ad assumere la cognazione. Si trattava di un avo materno che aveva anche manifestato la volontà che la dote dovesse restare alla nipote; non v'era alcun appiglio secondo lo «*ius civile*»? Il giureconsulto, ripeto, dichiara nettamente che la nipote è un'estranea e per ciò la stipulazione del nonno a suo favore è nulla. L'asprezza dello «*ius civile*» è più che raddolcita nel periodo bizantino. L'autorizzazione oramai costituisce una «*stipulatio procuratori suo*» ma per eccezione può anche essere «*donationis causa*». Per le formalità si possono fare degli strappi, anche perchè il pericolo minacciato dall'incertezza se la persona aggiunta sia applicata alla «*solutio*» o all'obbligazione è sorpassato.

Nè fa troppo impressione se l'adietto sia indicato prima dello stipulante; se ne è già visto un altro esempio. La tendenza poi a dar valore al rapporto della cognazione è già un elemento sostanziale del sistema giuridico positivo. Nessuna meraviglia se, contro la risposta del classico, i Bizantini cominciano col riconoscere nel caso proposto un'«*adiectio solutionis causa*» per la quale veramente Seia avrebbe solo la capacità di ricevere il pagamento, e non le spetterebbe l'azione direttamente. Ma poichè si tratta di una convenzione *avita*, del nonno materno, sebbene dunque in tema di «*dos recepticia*», per uno «*ius singulare*», da quest'«*adiectio dotis causa*» la nipote acquisti anche l'azione. Non debbo spender più parole per giustificarmi, se mi allontano dall'insegnamento dell'Insigne PACCHIONI, il quale nega che ai

Bizantini si possa attribuire l'inciso « sed dicendum... sed » esso sarebbe dovuto a corruzioni anteriori a Giustiniano; a glossemi. « I compilatori infatti, nella fine del testo concedevano un'« actio utilis » a Seia; un'« actio utilis » che rendeva perfettamente superfluo l'espedito poco felice di attribuirle contro la « conceptio verborum » della « stipulatio » la qualità di « adiectus solutionis causa » che anzi era in contraddizione con questa attribuzione. Ora il supporre che con quella prima concessione i compilatori volessero prepararsi la via alla seconda è altrettanto facile a dirsi, quanto difficile, e diremmo quasi impossibile, a dimostrarsi. L'ammettere che i compilatori contemporaneamente introducessero di proposito le due restrizioni, senza accorgersi del contrasto fra loro esistente, è andar troppo oltre nel giudicare l'opera loro indiziariamente: non resta dunque altro, e questa è in verità la supposizione più attendibile che pensare ad un glossema infiltratosi nel testo pauliano, nell'epoca antegiustiniana, per inattenzione dei compilatori, nel testo giustiniano » (1). Non so se il PACCHIONI, troverà ancora tutte queste difficoltà nel ritenere per interpolato l'inciso « sed... sed » anche dopo che avrà letto con indulgenza benevola questo mio lavoro come mi auguro. Nè posso consentire pienamente sulla genesi dell'interpolazione del passo additata dal perspicace Romanista. L'interpolazione del testo in esame sarebbe consequenziale all'altra del C.5.14.7. Pur riconoscendo che si tratti ne' due casi del proverbiale affetto dell'avo pei nipoti, riterrei però utile il distinguere nettamente i due casi per diversi rispetti. Nel Codice si tratta di una 'dos profecticia' che il costituente *pattuisce* che

(1) L. c. p. 38 sg.

sia restituita ai nipoti *cognati* qualora si sciolga il matrimonio per premorienza della moglie al marito. Si aveva quindi un *patto* che derogava alla norma legale della 'dos profecticia'.

Il passo di Paolo considera al contrario una « dos adventicia » costituita dall'avo materno che *stipula* a favore della nipote. In esso si considera la nipote come adietta e le si concede l'azione, ma la singolarità ispirata dall'affetto dell'avo ha anche lo scopo immediato del « favor dotis » « ne commodo dotis defraudetur ». Si vuol salvare la dote come dote, mentre nel Codice la dote è considerata più tosto quale eredità dei nipoti. In definitiva mi sembra che nel frammento de digesti si profili la tendenza a considerare come 'dos profecticia' la dote costituita dall'avo materno, quando però questi abbia in un qualsiasi modo dichiarata la volontà che essa sia restituita alla nipote.

Non dobbiamo dimenticare che la nipote è ancora in patria potestà al momento del divorzio, eppure l'azione è data a lei in persona non si accenna al padre (1).

§ 2. — Lo STRACCA (2) ci dà notizia che nel diritto comune l'adietto si può anteporre allo stipulante, e, naturalmente può esser costituito con qualsiasi alternativa. Tuttavia la persona anteposta può acquistare l'azione come nel caso della dote 'Tunc enim obligationi adiecta videtur'. Anche i dottori considerano dunque come « adiecta » la nipote nel testo esaminato e le concedono l'azione. La donna anzi potrà agire anche essendo vivo il nonno che è considerato poi come aggiunto al pagamento. Alcuno, anzi, come

(1) L'interpolazione del passo fu avvertita già dal FABRO cf. anche FERRINI, l. c. p. 711; PEROZZI, *Istit.* II p. 574, n. 1.

(2) L. c. III n. 76.

Paolo CASTRENSE (1) arrivò a dire che al nonno non si potesse nè meno pagare. E la donna acquista il diritto e l'azione anche se è posposta allo stipulante, sebbene ciò fosse negato dall'IMOLA e da altri. Però se la donna premuore al marito cessa il « favor nuptiarum ». Ma dall'avo materno la regola si estende al 'pater' e poi all'estraneo. Si escogita infine la formula con la quale l'estraneo costituente « eam stipulatus est sibi reddi aut cui de iure debebitur ». E BARTOLO, sempre in base al D.24.3.45, interpreta che anche in questo caso l'azione compete alla donna (2). Molto usata era anche la formula « sibi reddi aut mulieri aut cui de iure debebitur ». Per alcuno in questa formula erano considerati gli eredi dello stipulante o altri successori universali o anche singolari « via cessionis » (3). Un'altra formula ancora « sibi aut mulieri sive ipsorum heredibus vel cui *ius et casus* dederit qualitercumque matrimonium dissolvetur » (4). E se l'estraneo stipuli la restituzione « simpliciter seu impersonaliter » l'azione s'acquista alla donna. Così, attraverso la costruzione dell'autorizzazione si perviene al contratto a favore dei terzi puro e semplice.

XVIII.—§ 1.—Che la generalizzazione dell'« actio mandati » nell'autorizzazione sia eccessiva fu sentito già dai GLOSSATORI che nella ricostruzione del mandato (5), vollero limitarla al caso in cui l'autorizzato sia stato presente alla stipulazione. Per essi, qualora l'« adiectus » sia stato assente, sarebbe un semplice gestore di negozio. Contro questa opi-

(1) L. c. n. 153.

(2) L. c. 160.

(3) L. c. n. 163.

(4) L. c. 162.

(5) Per tutta questa parte cf. STRACCA l. c. *pars ultima*.

nione fu però MARTINO, non per uno spirito di contraddizione, come vorrebbe lo STRACCA ma, secondo me, interpretando fedelmente i testi giustiniani. Per MARTINO l'« adiectus » è sempre un mandatario. Ed egli trova seguaci in ROGERIO e tra' « recentiores » a detta dello STRACCA, in BONO. UG. AND. L'ARETINO anche trova esorbitante la limitazione fatta da quella che oramai era divenuta la « communis opinio », alla generalizzazione bizantina « quasi mandatum absente procuratore perfici non possit ». Per l'ARETINO, quindi, l'adietto è sempre mandatario « dummodo solutio fiat adiecto scienti se esse adiectum ». Sarebbe una specialità del mandato, la possibilità di costituire il procuratore anche assente, nè sarebbe contrario il D. 46.3.12,1 « interdum non vero procuratori » perchè l'adietto essendo irrevocabile non sarebbe un vero procuratore. Concludeva « forsitan non esse absurdum dicere quod actio utilis mandati detur, ex quo non est proprie mandatum ». L'opinione di MARTINO e dell'ARETINO è in parte modificata da Giasone del MAYNO, che nella stipulazione, sia o no presente l'adietto, ricostituisce due mandati: uno al debitore « quod solvat Titio » un altro all'adietto « quod recipiat ». Dal pagamento poi all'adietto che sappia di esser tale « certe ex mandato de solvendo et ex solutione recepta a Titio oritur actio mandati contra Titum ». Lo STRACCA si dichiara favorevole ad ACCURSIO e all'opinione comune: « ubi mandatum expressum non intervenit nec tacitum, ut puta quia adiectus stipulationis conceptae tempore non intervenit contra adiectum non mandati sed negotiorum gestorum actionem competere existimo ». Non nega lo STRACCA che non si possa costituire procuratore un assente, ma in realtà l'assente è presente. BARTOLO insegna che il procuratore deve esserne informato o per lettera o per mezzo

di un messaggero, giammai per un estraneo. I contratti consensuali si possono concludere tra assenti, ma, tra gli altri, il *PARISIUS* dice « quod epistola absentis id fit quod sermo praesentibus et qui mittit litteras intellegitur praesenti consentire ». Quindi « procurator adiectus in casu in quo ea quae ad mandati substantiam requiruntur interveniunt cum relata qualitate ex dicta causa et tunc mandati teneri, quibus cessantibus ut in adiecto absente non dicitur procurator ». Fanno eccezione l'ad. domandi causa' e i casi di donazione presunta dell'adietto all'usufrutto e quello del D. 46.3.98,6 per cui il debitore può edificare nel suolo di Tizio. E' poi interessantissimo come lo *STRACCA* desume il consenso dell'adietto nel mandato.

Questo può precedere alla stipulazione. In caso contrario il consenso lo si deduce dal *SILENZIO* dell'adietto che assiste alla stipulazione senza opporsi, benchè si tratti di un suo interesse. « Adiectus fuit praesens tempore stipulationis et vigore mandati adiectus tenetur l. qui patitur (D. 17.1.18: qui patitur ab alio mandari ut sibi credatur, mandare intellegitur ». La *GLOSSA* al passo citato spiega « Et nota patientiam pro consensu haberi et hoc ideo spectat ad utilitatem eius qui patitur ». Questa ricostruzione interessa anche per la dottrina del silenzio e non la trovo ricordata nei diversi studi recenti sull'argomento. La ricostruzione che la « communis opinio » nel diritto comune fa del mandato non è però adattabile nè al diritto romano classico nè a quello giustiniano. In nessun caso troviamo un accenno alla presenza dell'« adiectus », all'atto della stipulazione, ed è anzi molto probabile che di solito egli fosse assente come risulta implicitamente dalla stessa natura dell'ad.

§ 2. — Non più fortunati possono essere i tentativi recenti di

ricostruzione del mandato. Secondo il *BRANDIS* (1) il mandato sarebbe contenuto tacitamente nella stessa 'adiectio'. Mediatamente però a traverso il diritto acquistato coll'autorizzazione dal debitore, di pagare all'autorizzato. Coll'accettazione del pagamento l'autorizzato eseguirebbe anche il mandato. « L'obbligazione dal mandato da parte dell'adietto sorge per conseguenza solo con l'accettazione del pagamento e allora certamente quegli che è stato adietto come tale è già mandatario dello stipulante ». Concediamo ogni indulgenza al *BRANDIS* per quest'ultimo inesplicabile concetto, perchè esso serve almeno a dimostrare lo sforzo vano di trovare una conciliazione tra la pretesa indissolubilità della qualità di mandatario e quella di adietto.

E, sebbene molto più semplici, neanche il *HEIMBACH* (2) e il *FERRINI* riescono convincenti. Il primo ritiene che la dichiarazione del mandante da parte del creditore la si abbia nella concezione della stipulazione, e che l'autorizzato accetti il mandato col pagamento a lui eseguito. Per il *FERRINI* « il mandato è senz'altro implicito nel fatto che il creditore ha incluso il nome nella 'stipulatio': almeno le fonti considerano l'actio mandati' come competente addirittura » (3). Contro tutte queste ricostruzioni che potrebbero avere una base per il diritto moderno, vi è una pregiudiziale per la stipulazione romana. Questa non consente, quale negozio del diritto antico, la manifestazione contemporanea di due volontà. Come il processo classico così l'antica stipulazione è sempre limitata ad un unico caso pratico (4). E' questo un

(1) L. e. p. 306.

(2) Nel *WEISKE*'s, *Rechts Lexikon* Vol. X p. 283.

(3) L. e. p. 576.

(4) Cf. *IHERING*, *der Geist d. r. R.* vol. III p. I.

carattere essenziale della plastica del diritto antico romano. Le formalità in esso contengono poco più dello scopo per il quale esse sono adottate. E non vi è effetto giuridico che non abbia un'origine esteriore, meccanica. E' quindi incompatibile col negozio giuridico formale dello « ius civile » una duplice manifestazione di volontà; la coesistenza col negozio formale di un altro non formale e risposto esclusivamente nell'intenzione delle parti. La concezione di una stipulazione che contenga in sé un mandato è quindi da scartarsi senz'altro, perchè contraria allo spirito del diritto classico. Essa è bizantina, come mi lusingo di aver dimostrato, nell'esegesi dei pochi passi nei quali è interpolata l'« actio mandati ». E il mandato scaturisce dalla legge: è una di quelle presunzioni legali di contratto, care alla mentalità bizantina. Così credo di spiegare anche l'interpolazione del D. 45.1.141,3 di Gaius (1). Il 'Titio autem dumtaxat recte solvitur', per sé classicissimo, non può esser del passo in esame. E' una regola troppo rigorosa che la risposta nella stipulazione debba esser formalmente congruente alla domanda. Ma per Giustiniano, poichè il mandato si può concludere anche senza formalità, e, nel caso concreto deriva dalla legge, in quanto colla risposta del promissore è perfetta la stipulazione e non v'è alcuna ragione di opposizione dal canto suo all'adietto, questo è perfettamente costituito sebbene sia stato omissso nella risposta.

§ 3.—L' 'adiectus s. c.' non è che un autorizzato, un rappresentante (2), ed il potere di rappresentanza si ha per una

(1) Cfr. supra n. II. p. 6.

(2) Per il concetto della rappresentanza vedi: LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht* nei *Iherings Jahrbücher* vol. 36 p. 1 sgg. (Traduco « Vollmacht » ted. con rappresentanza ital. Mi si perdoni l'inesattezza, ma non abbiamo un'espressione equivalente italiana.

dichiarazione unilaterale di volontà la quale assume nel caso concreto il carattere di quelle dichiarazioni di volontà alle quali esso è aggiunto. Per ciò anche l'autorizzazione « è un atto giuridico unilaterale e non un contratto ». Solo che l'autorizzazione, poichè è data nel contratto, ed ha un carattere limitatissimo è irrevocabile, ma solo nei rapporti dei contraenti; di fronte all'autorizzato è revocabile. E anche dell'autorizzazione può dirsi quanto il LENEL espone per la rappresentanza. « La rappresentanza in se non pone il principale in alcun rapporto giuridico col rappresentante. Il potere di rappresentanza di questo è semplicemente un effetto riflesso della dichiarazione di rappresentanza resa al terzo ». L'autorizzato può anche ignorare questa sua qualità. L' 'adiectio solutionis causa', costituita nella stipulazione, per i classici, come del resto l'indica la stessa espressione, non significa altro che autorizzazione a ricevere il pagamento, è questo lo scopo e nello stesso tempo il limite di questa rappresentanza. Troppo abili furono i giureconsulti classici perchè non astraessero dal rapporto materiale interno tra l' 'adiectus' e uno dei contraenti, specialmente lo stipulante, rapporto nettamente separato dalla stipulazione. Essi si servirono mirabilmente del concetto del pagamento quale « res facti », per non incorrere in figure equivoche di altri negozi. L' 'adiectio' non è altro che un'autorizzazione all'incasso. Emigra dunque il concetto dell' 'adiectus' quale mandatario, non solo per l'impossibilità di ricostituire il mandato nella stipulazione romana, ma anche per la stessa natura dell'autorizzazione che è un potere di rappresentanza, cioè un atto unilaterale per se stesso.

L' 'actio mandati' non è dunque classica, è una generalizzazione bizantina che ha anche la funzione di dimostrare lo interesse del creditore all' « adiectio ». Scolpisce sotto questo

riflesso bene il concetto bizantino il VANGEROW (1). «Se a questo proposito si osserva il principio fondamentale che da un contratto fra due persone determinate un terzo non può guadagnare alcun diritto di credito, ma tra contraenti stessi un contratto, per il quale è promesso una prestazione a un terzo, è efficace allorquando il suo adempimento ha un interesse per i contraenti, il rapporto giuridico dell'adietto risulta per se stesso in ciò, che egli certo non può guadagnare assolutamente alcun diritto di credito - infatti egli non ha contrattato in persona ma che il debitore ha pienamente diritto di pagare a lui, e il creditore non gli può sottrarre questa facoltà ». Tuttavia il VANGEROW (2) riconosce in generale al creditore l'azione di mandato contro l'adietto per recuperare il pagamento. L'accento al contratto a favore dei terzi è esatto per il diritto bizantino ma non può reggere per quello classico. I classici astraggono nel contratto dall'idea dell'interesse; unica causa dell' 'adiectio' in rapporto alla stipulazione è la 'solutio'. Sono i *Bizantini* che dal criterio dell'interesse sono trascinati ad assumere una causa della « stipulatio » anche in rapporto all'adiectio, e cadono quindi nel contratto a favore dei terzi.

A questo proposito non si può dimenticare la strana concezione del BAEHR (3) il quale nel contratto a favore dei terzi ritiene che « Il rapporto causale della promessa (il perchè? in forza del quale è promesso) è contenuto nel rapporto tra il promittente e il promissario non col terzo » Così nell'esempio di promesse di pagamento di un debito esistente se

(1) Pand., III § 582 os. 2.

(2) L. c. ass. 3 II, 3.

(3) *Ueber die s. g. Vertr. z. Guastea Dritter* in *Jahrb. f. D.* vol. 5 p. 131 sg.

N. promette ad A. di pagare un debito che egli deve a T., la promessa è giuridicamente senza valore, perchè il rapporto giuridico tra N. e T. non riguarda A. Dunque la promessa del pagamento è priva della causa che lo configura ad atto giuridico tra il dante e il ricevente la promessa. Lo stesso si avrebbe se, come causa della promessa del pagamento, invece dell'intento di riconoscere un debito esistente abbiamo « l'animus donandi ». Questo criterio sarebbe stato sostituito impropriamente dall'altro, che il promissario debba avere un interesse alla prestazione al terzo. E per il BAEHR nel contratto a favore del terzo sarebbe contenuta un'autorizzazione al terzo di far valere la pretesa. « Il terzo agisce dunque per la prestazione stipulata a suo favore in base al diritto del promissario in forza dell'autorizzazione contenuta tacitamente a suo favore nell'assegnazione ». Collega così questa dottrina con il diritto romano e con le teoriche degli antichi giureconsulti italiani. E l'abbaglio del BAEHR è sorprendente, perchè quelle teoriche non sono altro che le dottrine del diritto comune sull'adietto da me diffusamente esposte! Esse trovano la loro origine in quell' 'actio mandati' data da Giustiniano contro l'autorizzato, per dimostrare anche che questi non acquista diritti dal contratto. E in questo senso è sfruttato anche dai giureconsulti italiani, che, tuttavia partendo dal concetto del 'procurator' lo completano con quello « del proc. in rem suam » cadendo nel contratto a favore dei terzi. Questa prima osservazione dovrebbe metterci in guardia dalle costruzioni artificiose del contratto a favore dei terzi sulla base della rappresentanza, del mandato, della gestione d'affari. Queste costruzioni sono dagli scrittori di diritto comune italiano usate per l' 'adiectio', e sono provocate dalle interpolazioni di Giustiniano. Ed a traverso quelle costruzioni l' « a-

diectio » si trasforma spesso in un contratto a favore dei terzi ma assume anche altre caratteristiche. Esse derivano tutte dall'erronea generalizzazione che « l'adiectus » sia un mandatario. Ma alcune volte lo stesso Giustiniano getta a mare il mandato e arriva persino alla donazione a favore del terzo: tant'è il concetto della rappresentanza dev'esser tenuto ben distinto da quello del terzo a favore del quale è stato concluso il contratto. Un autorizzato a ricevere il pagamento neanche per il diritto nostro, acquista diritti dal contratto altrimenti non potrà più parlarsi dell'art. 1241 ma del contratto a favore dei terzi. Non posso quindi trovarmi di accordo con il PACCHIONI che definisce il terzo a dirittura per un 'adiectus' per la ragione che è un rappresentante del creditore nell'atto di ricevere il pagamento come hanno dimostrato il LENEL e il HELLWIG. Ma il LENEL non pensa con ciò di trasformare l' 'adiectus' in un contratto a favore dei terzi, anzi nei pochi cenni sull' 'adiectus' lo considera come un autorizzato all'incasso per il quale il rapporto causale è un rapporto interno tra creditore e autorizzato estraneo quindi al debitore. È vero però che lo stesso PACCHIONI riconosce che nei contratti tipici a favore dei terzi (es. trasporto ecc.) non è adattabile il concetto della rappresentanza, questo rimarrebbe per tutti gli altri *non tipici che non richiedono* un trattamento speciale (1). Ritengo tale suddivisione pericolosa. Noi non abbiamo più in diritto moderno il contratto formale della stipulazione. I contratti del diritto civile sono tutti materiali e anche quelli a favore dei terzi. Se si vuol assurgere a un concetto generale del contratto a favore dei terzi si debbono tener presenti quelli specifici, e se in essi

(1) L. c. p. 179

troviamo inapplicabile il concetto della rappresentanza sarà questa una ragione più forte per liberarci da esso anche per quelli generici come li chiama il PACCHIONI. E se nei contratti specifici il terzo partecipa della causa del contratto lo stesso è in quelli generici. Del resto è elementare che se il terzo deriva il proprio diritto dal contratto questo, per il diritto moderno per la propria validità dovrà contenere anche una causa! In quanto si parla di un contratto a favore del terzo i contraenti debbono necessariamente nella loro manifestazione, soggettivamente voler attribuire il diritto al terzo, aver un 'animus' verso il terzo che si oggettiva nella causa.

§ 4—Se partiamo dal concetto dell'*ad.* quale autorizzato all'incasso, tra l'altro, l' 'adiectio' può avere la funzione pratica della delegazione. In tale ipotesi potrà esistere una causa tra l'adietto e lo stipulante ma, con più forte ragione, che nella delegazione, essa non viene in considerazione tra i contraenti anzi può esser ignorata dallo stesso autorizzato nell'atto in cui riceve il pagamento. La causa, tra l'altro, potrà essere l'apertura di un credito, un pagamento in estinzione di un debito dello stipulante verso l'adietto, un deposito, una donazione. Può aver la funzione pratica di una partita di giro. Tutti scopi che nel diritto classico si raggiungevano mediamente, al di fuori della stipulazione, in quanto il pagamento era considerato una « res facti ».

Nella formula 'prometti di dare a me in Roma o a Tizio in Epiro' si può raggiungere lo scopo pratico di un trasporto a favore di Tizio. Qualora si tratti di monete si può pensare a un cambio. Nel D. 23.4.23 poichè il padre stipula che la dote, dopo la propria morte e quella della figlia « illi aut illi filiis quos in potestate habebat reddatur » l' 'adiectio' può assurgere alla funzione pratica di una « mortis causa donatio ».

Ma come rileva lo STRACCA, per il suo tempo, così credo che per il dir. romano « l' adiectio » debba aver servito specialmente a scopi commerciali, nulla vieta di pensare che l' autorizzato fosse un banchiere specialmente quando si trattasse di persona che si trovasse in luogo diverso. E la formola « illi aut illi » non richiama praticamente la girata di un credito? Ricordiamo l' osservazione del GOLDSCHMIDT (1) sull' uso frequentissimo in Roma che ogni privato faceva del banchiere, come oggi gli Inglesi, e non sembrerà strano l' attribuire all' 'adiectio' queste funzioni pratiche. Pur troppo concluderò con il genialissimo e dottissimo GOLDSCHMIDT (2). « Frammentaria al massimo grado è la nostra conoscenza del grosso traffico del periodo classico, e, solo con fatica noi possiamo sia da tradizione accidentale, sia dagli scritti dei giureconsulti mutilati crudelmente dai compilatori, i quali giureconsulti con la loro concezione astratta troppo spesso nascondono il sostrato materiale del negozio, acquistare un' immagine sicura del diritto commerciale di questo periodo fiorento »

Sconfinerei troppo dai limiti che mi sono imposti se mi addentrassi nelle ricerche dell' uso pratico dell' « adiectio » nel diritto comune, studio che potrebbe gettare una luce vivissima sull' origine storica di vari istituti. Perchè, se con l' artificio del 'procurator' gli abili giureconsulti italiani providero a molti bisogni del commercio superando gli ostacoli dell' « alteri stipulari », ben presto coll' elaborazione scientifica dei nuovi istituti abbandonarono anche il concetto del 'procurator' dando al rapporto giuridico la propria configurazione esatta. È questo uno studio che può esser fatto solo

(1) *Inhab. Ord. Urk.* nella *Ztschr. S. S.* vol. X. p. 351 segg.

(2) L. c. p. 396.

con gran calma, mi contenterò di accennare due formole « Pro-mitto Rolando seu sociis » (STR. III n. 15) utilissima nel contratto di società. La più interessante di tutta: « Solent mercatores se debitores constituere in haec verba: Lucius Titius obligavit se Maevio ad mille ex causa mercium habitatum solvereque promisit ex kalendis februariis eidem Maevio seu ei qui chirographum exhibuerit et (ut ipsi dicunt) a chi il presenterà » (St. IV. 8.). Lo STRACCA « auriga optimus » dimostra che in questo caso si presume che il titolo sia stato consegnato dal 'dominus' al possessore non solo perchè possiede ma anche per la clausola « aut ei ecc. ». Per ciò il possessore essendo 'procurator ad agendum' è ammesso all' azione senza l' obbligo di prestar la « cautio de rato ». Ma ACCURSIO in base alla formula *aut* riteneva il possessore per un 'adiectus'. Ora quando si pensi che l' ad. bizantino e del diritto comune acquistava un diritto dalla stipulazione, l' origine storica del titolo al portatore non potrebbe derivare dall' antica 'stipulatio cum adiectione'. Non potrebbe questo esser il campo sul quale potrebbero venire ad una conciliazione le opinioni del BRUNNER del SALVIOLI del CICCAGLIONE del FREUNDT del BRANDILEONE?

Tutto sta dunque a dimostrare che l' 'actio mandati' non deriva in generale dall' 'adiectio s. c.': le interpolazioni, la natura stessa dell' 'adiectio', la sua funzione pratica.

REV15

ÚK PrF MU



3129S04712