

504/3
14-C-516

EMILIO ALBERTARIO

PROFESSORE ORDINARIO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

Inv. Cls.: 593
Sign: 473

CORSO DI DIRITTO ROMANO

LE OBBLIGAZIONI

PARTE GENERALE

III.



MILANO
DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE

1938 - XVI

INTRODUZIONE.

Finora abbiamo considerato i tipi che le obbligazioni possono assumere per il diverso modo di essere o della prestazione o dei soggetti. Movendo dal diverso modo di essere della prestazione, abbiamo studiato l'obbligazione alternativa, l'obbligazione generica, l'obbligazione indivisibile. Movendo dal diverso modo di essere dei soggetti, abbiamo studiato l'obbligazione ambulatoria, l'obbligazione parziaria, l'obbligazione cumulativa, l'obbligazione correale o solidale, e ci siamo soprattutto occupati di quest'ultima figura di obbligazione che tanti problemi ha suscitato e suscita, e a tanti abbagli ha, anche, dato luogo specialmente quando si è voluto distinguere il concetto della solidarietà da quello della correalità.

Nei corrente anno ci occuperemo del diverso modo di essere del vincolo: di quei rapporti, cioè, in cui il debi-

RISERVATI TUTTI I DIRITTI

[Handwritten signature]

Koupi od	<i>M. Vokac</i>
Darem od	
v	<i>Mu</i> za Kčs <i>200</i>
Inv čis:	<i>33.085</i>
Sign:	

**STŘEDNÍ KNIHOVNA
 BRÁNNICKÉ FAKULTY UJEP
 STARÝ FOND *04751*
 C. inv.:**

tum esiste e il soddisfacimento è imposto dal ius honorarium, anzi che dal ius civile; di quei rapporti, poi, a proposito dei quali impropriamente si dice che un debitum esiste, ma il suo soddisfacimento non è imposto nè dal ius civile nè dal ius honorarium.

Saranno oggetto, pertanto, della nostra trattazione, l'obligatio honoraria e la distinzione tra obligationes civiles e obligationes honorariae o praetoriae; l'obligatio naturalis e la distinzione tra obligationes civiles e obligationes naturales.

La obligatio honoraria e la distinzione tra obligationes civiles e obligationes honorariae o praetoriae hanno una significazione solamente storica e presentano un interesse, potrebbe dirsi, soltanto nel campo del diritto romano. L'obligatio naturalis e la distinzione tra obligationes civiles e obligationes naturales interessano da un più ampio punto di vista, e sotto un aspetto non soltanto storico. L'obligatio naturalis, nata nel diritto romano, per lo meno nel diritto romano-giustiniano, è un istituto tenacemente inserito sul tronco di questo diritto, e poi su quello del diritto romano comune e di qui accolto anche in legislazioni moderne che dal diritto romano comune trassero la loro origine. Vedremo che anche nel nostro diritto privato

l'istituto, benchè non definito, è stato accolto; e vedremo brevemente, anche per ciò che riguarda il nostro diritto, il concetto di obbligazione naturale, gli esempi e gli effetti di questa obbligazione.

Finalmente, porteremo la nostra attenzione sulle fonti delle obbligazioni: su quelle causae obligationum, che le Istituzioni di Gaio riassumono nel contractus e nel delictum; che, invece, le Istituzioni giustiniane quadripartiscono collocando, accanto all'obbligazione ex contractu, l'obbligazione quasi ex contractu; accanto alla obbligazione ex delicto, l'obbligazione quasi ex delicto. L'indagine, intesa a spiegare perchè la bipartizione gaiana (contractus - delictum) si trasforma nella quadripartizione giustiniana, ci consentirà di seguire nella sua evoluzione il concetto di contractus e il concetto di delictum.

OBLIGATIONES CIVILES E OBLIGATIONES HONORARIAE
O PRAETORIAE.

In quel mirabile discorso su "Le obbligazioni romane", col quale Silvio Perozzi inaugurava il suo insegnamento nella Università di Bologna, eravi, tra le molte altre idee feconde, anche questa: che la distinzione tra obligationes civiles e obligationes honorariae appartenesse non ai giuristi romani, ma ai compilatori giustiniani. Il Perozzi, tuttavia, non giungeva a escludere l'obligatio dal territorio del ius honorarium.

E nè anche vi giungeva più tardi il Mitteis scrivendo nel suo Römisches Privatrecht: "ist im Forderungsrecht möglicherweise der Ausdruck obligatio nicht gleichmässig für zivile und prätorische Schulden gebraucht worden". Fu ben visto che così veniva rilevata una tendenza, non una ferma e precisa direzione della terminologia giuridica.

La necessaria connessione del concetto di obligatio

coi doveri giuridici di dare facere praestare imposti dal ius civile fu, invece, la prima volta affermata da Vincenzo Arangio Ruiz. L'affermazione, appoggiata a uno schema di dimostrazione, riuscì a convincere più d'uno: fra gli altri, il Bonfante, il Betti, il De Francisci, il Siber, il Pacchioni, il De Visscher, il Biondi, il Chiazzese, lo Schulz. La respinsero, invece, il Segrè, in un'ampia e dotta discussione critica; il Costa e il Pringsheim.

Noi cercheremo di dare qui una più compiuta dimostrazione di quella esatta affermazione.

La direttiva compilatoria - o, insomma, postclassica - di considerare obligationes anche quei rapporti, in cui vi era nel diritto classico semplicemente un teneri honoraria actione, emerge da un sintomatico e decisivo confronto tra Gai 4, 2 e Inst. 4, 6, 1.

Gai 4, 2

Inst. 4, 6, 1

In personam actio est, qua agimus, quotiens (litigamus) cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere.

namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu prodigatae actiones in personam sunt, per quas intendit adversarium dare aut dare fa-

cere oportere et aliis quibusdam modis .

Mentre, secondo il preciso dettato gaiano, l'obligatio è connessa con un dovere giuridico imposto dal ius civile (dare facere praestare oportere), secondo il dettato giustiniano, il territorio della obligatio si dilata: essa è messa in relazione anche con un dovere giuridico protetto dal ius honorarium (intendit ... oportere et aliis quibusdam modis).

Questa frase "et aliis quibusdam modis" richiama una altra frase che una mano postclassica fece scorrere nel testo gaiano che elencava le fonti delle obbligazioni:

Gai 3, 88

D. 44, 7, 1 pr.

(Gaius 2 aureorum)

omnis ... obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto

obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio [aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris].

Tra gli alii quidam modi, coi quali può essere redatta la formula - cioè, senza la indicazione di un dare facere praestare oportere - e le variae causarum figurae non vi ha proporzione perfetta. Ma le due frasi esprimono, tutta-

via, insieme un concetto nuovo: che l'obligatio nel diritto postclassico non è più connessa, come per l'innanzi, col contractus e col delictum.

Un altro sintomatico confronto va pure fatto tra Gai 4, 2 e D. 44, 7, 25 pr. (Ulpianus l. sing. regul.)

Gai 4, 2

D. 44, 7, 25 pr.

In personam actio est qua agimus quotiens (litigamus) cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto <u>obligatus</u> est, id est cum intendimus dare facere praestare <u>oportere</u> .	in personam actio est, qua cum eo agimus, qui <u>obligatus</u> est nobis [<u>ad faciendum aliquid vel dandum</u>].
---	--

Anche qui il confronto illumina l'alterazione del passo ulpiano, che, in vece di dire "vel ex delicto vel ex contractu obligatus", dice semplicemente "obligatus" e, in vece di connettere l'obligatio col "dare facere praestare oportere", parla genericamente di "facere" o di "dare". Ulpiano non poteva scostarsi da Gaio e disgiungere l'obligatio dal "dare facere praestare oportere".

Sempre partendo da quel fondamentale passo gaiano (4, 2), si può ora apprezzare adeguatamente quanta ragione avesse il Perozzi di eliminare come non classica la definizione

ne dell'obligatio, conservataci in D. 44, 7, 3, che fa coincidere l'obligatio col generico "obstringit ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum", anche là dove non c'è un "dare facere praestare oportere", ma un semplice "teneri honoraria actione".

Il testo clas-

I testi alterati sono:

sico è:

Gai 4, 2	Inst. 4, 6, 1	D.44,7,25, pr.	D. 44, 7, 3
... <u>obligatus</u>	... <u>obligatus</u>	... <u>obligatus</u>	[<u>obligationum</u>
... id est	... quo casu	... [<u>ad dan-</u>	substantia...
cum intendi-	proditae ac-	<u>dum aliquid</u>	in eo consi-
mus dare fa-	tionem in	<u>vel facien-</u>	stit ... ut
cere praesta-	personam sunt,	<u>dum</u>].	alium nobis
re <u>oportere</u> .	per quas in-		obstringat
	tendit adver-		ad <u>dandum a-</u>
	sarium ei da-		<u>liquid vel</u>
	re aut dare		<u>faciendum</u>
	facere oportere [<u>et ali-</u>		<u>vel praestan-</u>
	<u>is quibusdam</u>		<u>dum</u>].
	<u>modis</u>].		

Per tener fermo questo importantissimo risultato, è necessario ora rimuovere una obiezione che affaccia il Se-

grè, il quale osserva:

" ... Gaio nelle sue Istituzioni parla, ben è vero, di obligatio e obligari solo con riguardo a obbligazioni di ius civile; ma ciò, soltanto perchè l'operetta è, come analoghe operette elementari, relativa al ius civile e solo per occasionem vi si parla qua e là, con enormi lacune, di istituti di diritto pretorio. Basta, infatti, confrontare la definizione dell'actio in personam data nel § 2 del libro 4° coi §§ 106-107 dello stesso libro, ove egli stesso annovera fra le actiones in personam quelle con formula in factum: ne risulta che la voce obligatio è ivi usata per obblighi di ius civile, come paradigma, ma non affatto nel senso di comprendervi il campo esclusivo della sua applicazione".

Altra era la conclusione che dal confronto fra Gai, 4, 2 e Gai 4, 106-107 doveva ricavare il Segrè.

Dal confronto si deve concludere che, se in Gai 4, 106-107 il concetto di actio in personam è diverso e più largo di quello fissato in Gai 4, 2, ciò avviene perchè i §§ 106-107 non ci conservano il genuino pensiero gaiano. Non è pensabile che Gaio insegnasse nella sua operetta elementare che l'actio in personam è quella che si esperisce tutte le volte (quotiens!) vi è una obligatio, cioè tutte le

volte che vi è un dare facere praestare oportere, e, dopo aver così definita l'actio in personam, rinnegasse questa definizione ammettendo che l'actio in personam c'è indipendentemente dalla obligatio, indipendentemente da un dare facere praestare oportere. Nè è pensabile che Gaio ponesse una fondamentale distinzione in ordine alle azioni, quale era quella tra actio in rem e actio in personam, su una base diversa da quella su cui la distinzione era posta nell'età sua e che egli pur conosceva.

La estensione del concetto di obligatio a doveri giuridici di dare facere praestare non imposti dal ius civile si ha pure in un notissimo testo di Modestino, D. 44, 7, 52 (2 regul.):

pr. Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato.

§ 6 Iure honorario obligamur ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipitur vel fieri prohibentur.

Siamo di fronte a una infelicissima sistemazione delle fonti delle obbligazioni, che è stata fatta non da Modestino, ma nell'età postclassica da un maestro che si scostava dalla classificazione, in questa età, dominante (contractus,

delictum; variae causarum figurae = quasi contractus e quasi delictum). La critica di questo testo è già stata fatta, si può dire, parola per parola, frase per frase in recenti studi.

La conclusione, pertanto, si delinea netta e sicura.

Il diritto romano classico, anche qui, ci è conservato nel passo delle Istituzioni di Gaio (4, 2): le fonti dell'obligatio sono il contractus e il delictum; la formula dell'actio, che la protegge, porta nell'intentio l'oportere, il che è dire che l'obligatio è connessa coi doveri giuridici di dare facere praestare imposti dal ius civile:

(litigamus) cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus dare facere praestare oportere.

Il diritto postclassico giustiniano, scomparsa ogni distinzione tra ius civile e ius honorarium, rompe quella connessione: di qui le caratteristiche alterazioni dei testi: l'aggiunta delle parole et aliis quibusdam modis, in Inst. 4, 6, 1; la sostituzione delle parole ad faciendum aliquid vel dandum a id est cum intendimus dare facere praestare oportere, in D. 44, 7, 25, pr.; di qui la sicura interpolazione della definizione dell'obbligazione romana, a Paolo attribuita in D. 44, 7, 3, dove le parole ad dandum aliquid

vel faciendum vel praestandum - analogamente a quel che è accaduto in D. 44, 7, 25, pr. - sono state sostituite alla classica connessione dell'obligatio col dare facere praestare oportere o, più probabilmente, a un classico esempio di oportere; di qui, anche, le non meno certe interpolazioni delle classificazioni delle fonti delle obbligazioni (D. 44, 7, 1, pr.; Inst. 3, 13, 2; D. 44, 7, 52), che annoverano altre fonti all'infuori del contractus e del delictum.

Generalizzando il concetto di obligatio si da riassumere sotto di esso anche tutti quei rapporti, in cui vi era originariamente un teneri honoraria actione, era naturale che i maestri postclassici - che utilizzavano i testi romani nelle scuole e per la prassi - e i compilatori giustiniani, la cui opera aveva anche un fine didattico e scientifico, distinguessero le obligationes, per quanto fosse avvenuta la fusione del ius civile e del ius honorarium, in due grandi classi: civiles, le une; praetoriae o honorariae, le altre.

La distinzione non ha importanza dogmatica, e da un punto di vista meramente legislativo è inutile, ma ha importanza storica, e da un punto di vista didattico è interessante. Coloro che, come il Pringsheim, esitano ad attribuire questa distinzione, che sembra anacronistico, all'età

postclassica-giustiniana, non si rendono conto che si tratta di distinzioni fatte già probabilmente nella scuola e ricevute volentieri da una legislazione che non perseguiva soltanto un fine legislativo.

I testi, in cui le obbligazioni sono distinte in civiles e praetoriae o honorariae, sono tutti indubitabilmente interpolati: ed è, anche questo, merito non piccolo del nostro Perozzi l'averlo affermato già oramai da molto tempo.

Anche qui giova innanzitutto confrontare le Istituzioni giuridiche con le giustiniane.

Gai 3, 88-89

Inst. 3, 13

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

Nunc transeamus ad obligationes.

[Omnium autem obligationum

summa divisio in [duo genera diducitur. Namque aut ci-

viles sunt aut praetoriae.

civiles sunt quae legibus

constitutae aut certe iure

civili comprobatae sunt.

praetoriae sunt, quas prae-

tor ex sua iurisdictione

Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur: harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.

constituit, quae etiam honorariae vocantur. Sequens divisio in quattuor] species diducitur: aut enim ex contractu sunt [aut quasi ex contractu] aut ex maleficio [aut quasi ex maleficio]. Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus, harum [aeque] quattuor [species] sunt, aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu.

La summa divisio delle obligationes in civiles e praetoriae si vuol ritenere che i compilatori delle Istituzioni l'abbiano attinta alle Res cottidianae di Gaio. Così, il Ferrini; il quale richiama alcuni, per lui certi, segni dell'origine gaiana: divisio ... diducitur, legibus constitutae, praetor ex sua iurisdictione constituit.

Ma ciò non è e non può essere.

Divisio ... diducitur è indubbiamente gaiano; ma i compilatori lo copiano da Gai 3, 88 che hanno tra mano e che riferiscono subito dopo: divisio in [quattuor] specie didu-

citur: aut enim ex contractu sunt etc.

Per le espressioni: legibus constitutae, praetor ex sua iurisdictione constituit, l'abbaglio del Ferrini è veramente grave. Gaio parla di actiones legibus constitutae e di actiones constitutae edicto praetoris (4, 76), ma non dice che le obligationes sono legibus constitutae, dice invece che nascuntur aut ex contractu aut ex delicto (3, 88): non può dire - e nessun giurista avrebbe potuto dire - che praetor ex sua iurisdictione obligationes constituit, per il semplice principio che praetor ius facere non potest.

Ma, a rendere impossibile la derivazione della classificazione delle obbligazioni in civiles e praetoriae da Gaio, concorre anche la precisa considerazione del Perozzi: è possibile che Gaio, scrivendo le Res cottidianae, riducesse a "sequens divisio" quella "divisio" che altrove ha chiamato "summa" ? E' possibile che uno scrittore chiami in un libro, sia pure elementare, "summa divisio" una data divisione, se ha in mente un'altra divisio superiore a questa? La cosa è assurda - conchiude il Perozzi -; e il Segrè, che ne dissente, non riesce proprio a persuadere del contrario.

Quanto a noi, poi, la classificazione non è gaiana per un altro motivo. Questo. Il trattato sulle obbligazioni, che le Res cottidianae contengono, è, a nostro avviso, una elab-

borazione postclassica, non un'opera genuina. Quindi, delle due l'una: o qui i compilatori attingevano - come crediamo - soltanto alle Istituzioni di Gaio, e in questo caso la classificazione è intercalata da loro; o qui attingevano anche alle Res cottidianae, e allora essa è derivata da un'opera postclassica.

La verità è questa. Nell'età postclassica-giustiniana, generalizzatosi il concetto di obligatio, veniva fatto di trasportare nel campo delle obligationes quella distinzione che i classici facevano nel campo delle actiones.

Ulpiano (D. 44, 7, 25, 2) dice: omnes autem actiones aut civiles dicuntur aut honorariae. Ma i Giustiniani (3, 13, 1) possono dire che le obligationes aut civiles sunt aut praetoriae, quae etiam honorariae vocantur.

Ed era naturale che i compilatori, in un'opera di squisita finalità didattica, iniziando la trattazione delle obbligazioni, come si preoccupavano di definire la obligatio, così si apprestassero a fare quella summa divisio che al loro tempo potevasi fare.

Anche gli altri testi, in cui la classificazione ci si affaccia, non sono genuini.

Genuino non è D. 46, 2, 1 pr.-1 (Ulp. 46 Sab.):

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem [vel civilem vel naturalem] transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perematur ... Illud non interest qualis praecessit obligatio, (utrum naturalis an civilis an honoraria et) utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari potest, [dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserat] .

Delimitiamo con le parentesi la interpolazione del testo. Alterato questo passo è già stato ritenuto dal Perozzi, dall'Alibrandi, dall'Arangio Ruiz, dal Segrè, dal Siber, da P. Krüger, in diversa misura; su un punto però sono tutti d'accordo: cioè, nel ritenere intruso "an honoraria".

Noi supponiamo la interpolazione nei limiti indicati, perchè siamo d'avviso che Ulpiano volesse mettere in evidenza il diverso modo di operare della novazione e della accettazione come cause estintive del rapporto obbligatorio: la prima estingue tutte le obbligazioni (re, verbis, consensu), purchè sia conclusa verbis; la seconda estingue le obbligazioni contratte verbis, non le altre.

Su questo punto nella stessa trattazione Ulpiano ritor-

na più volte, a poca distanza una volta dall'altra.

Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est ... neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est (D. 46, 4, 8, 3, Ulp. 48 Sab.).

.....

Omnes res transire in novationem possunt: quodcumque enim sive verbis contractum est sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione ... (D. 46, 2, 2, Ulp. 48 Sab.).

Non genuino è pure D. 20, 1, 5 pr. (Marcianus l. sing. ad form. hypoth.), dove è detto che:

res hypothecae posse dari sciendum est et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali ...

ma non insistiamo sulla dimostrazione di una interpolazione per tanti motivi evidenti.

Nè insistiamo sulla dimostrazione della non classicità della esplicazione "id est propter honorariam obligationem", contenuta in D. 14, I, 1, 24. Essa è pacifica.

Dovunque, insomma, l'espressione obligatio honoraria e la divisio delle obligationes in civiles e honorariae ci si

presenta, la non classica origine della espressione o della divisio è sicura: essa è penetrata nei testi romani attraverso l'opera della scuola postclassica e della legislazione giustiniana.

Non classica, dunque, la generalizzazione del concetto di obligatio sostituitasi al classico concetto dell'obligatio espresso nel dare facere praestare oportere; non classica l'espressione honoraria obligatio e la summa divisio delle obligationes in civiles e praetoriae o honorariae, che ha usurpato il posto della gaiana summa divisio delle obligationes incardinata sulla loro fonte (il contractus e il delictum): ecco due risultati fermi, aventi per sé nella presente indagine un valore incomparabile.

Ma, a dimostrare con quale insistenza i compilatori giustiniani sono portati a far sorgere l'honoraria obligatio là dove nel testo classico eravi l'actio honoraria, è opportuno richiamare alcuni testi, a questo riguardo veramente decisivi.

L'uno è D. 13, 5, 8:

Sed et si quis honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur.

Già l'Arangio Ruiz ha osservato: "tra i due termini honoraria actio e ius civile è scarsa congruenza". E il Siber

annota: "Willkürlich ist honoraria actione, non iure civili obligatus; wäre obligatus auf beides zu beziehen, so wäre auch für beide Fälle actione oder iure allein ausreichend".

In realtà, obligari actione è una stonatura per un classico. Obligari allude al rapporto che vincola; teneri allude all'azione: si è obbligati in base al contratto e al delitto; si è tenuti dall'azione. Obligari crimine, obligari scelere - dice Cicerone - ma teneri interdicto.

Il testo, quindi, o doveva dire, come l'Arangio suppose, honoraria actione (tenetur); o honoraria actione (obstrictus), come pensa il Siber: i compilatori, che conoscono le obligationes honorariae e, d'altra parte, non hanno, come i giuristi classici, una terminologia tecnica precisa, hanno potuto suntuare il testo classico scrivendo:

sed et si quis honoraria actione, non iure civili obligatus ...

Un altro testo, la cui interpolazione è molto significativa, è D. 46, 4, 8, 4:

Filius familias promittendo patrem [civiliter] non obligat, sed se obligat. Propter quod accepto rogare filius familias potest, ut se liberet, quia ipse obligatus est, pater autem acceptum rogando nihil agit, cum non sit ipse obligatus, [sed filius. idem

erit et in servo dicendum, nam et servus accepto liberare potest, et] tolluntur etiam honorariae [obligationes] si quae sunt adversus [dominum].

Una obligatio adversus aliquem è una costruzione impossibile. Ma si comprende come sia entrata nel testo. Esso parlava di actiones, anzi che di obligationes: i compilatori hanno sostituito le "honorariae obligationes" alle "honorariae actiones" del testo classico, senza più curarsi di mutare armonicamente il resto.

Non meno significativa è l'interpolazione di D. 46, 1, 21, 2:

Servo tuo pecuniam credidi: eum tu manumisisti: deinde eundem fideiussorem accepi. si quidem in eam [obligationem fideiubeat], quae adversus te intra annum sit, obligari eum ait.

L'"obligatio quae est intra annum adversus aliquem" non può a meno che essere honoraria, ma non può - anche - a meno di essere di origine compilatoria. Anche qui è ripetuta la impossibile costruzione, trovata in D. 46, 4, 8, 4: "obligatio adversus aliquem" combinata, per di più, con un'altra impossibile frase: "obligatio intra annum" ! La chiave di tutto ciò è subito trovata: anche qui i compilatori, che conoscono l'obligatio honoraria, hanno sostituito il termi-

ne obligatio al classico termine actio.

Il testo diceva:

... si quidem in eam (actionem), quae adversus te intra annum sit ... obligari eum,

e allora il testo correva benissimo: adversus, intra annum, sono termine, l'uno; espressione, l'altra, che postulano l'actio.

Questo testo ha, a sua volta, importanza decisiva per scoprire un'altra certa interpolazione in D. 46, 1, 8, 1-2:

Praeterea sciendum est fideiussorem adhiberi omni obligationi posse, sive re sive verbis sive consensu. Pro eo etiam, qui iure honorario [obligatus est], posse fideiussorem accipi sciendum est.

Abbiamo visto che la fideiussio può intervenire anche là dove c'è un'actio, quae intra annum est. Il testo classico qui doveva dire:

Pro eo etiam, qui iure honorario (tenetur), posse fideiussorem accipi sciendum est.

Così si capisce come ci sia bisogno di questa ulteriore avvertenza, dopo che si è già detto: fideiussorem adhiberi omni obligationi posse: lo si capisce, perchè essa ci fa presente che può esser garantito da fideiussore anche il teneri honoraria actione. Se anche il iure honorario te-

neri fosse obligatio, l'avvertenza sarebbe, per non dire altro, del tutto superflua.

Dopo aver dimostrato che l'obligatio honoraria è un'espressione postclassica-giustiniana; dopo aver ribadita la dimostrazione che la summa divisio delle obligationes in civiles e honorariae ha pure la stessa, tarda e non romana, origine; dopo, finalmente, aver richiamati quei testi nei quali la mano degli interpolatori è così sicuramente evidente, che negarla deve riuscire a chiunque impossibile e nei quali è chiara la direttiva o della scuola o della compilazione di mettere in evidenza l'honoraria obligatio e di non lasciarla sempre nascosta come semplice honoraria actio, noi - senza discendere al minuto esame dei testi, che parlano di obligatio là dove ci sono, o sembrano esservi, rapporti protetti dal ius honorarium - possiamo confermare da un superiore punto di vista l'affermazione da altri già fatta che l'obligatio honoraria è una costruzione postclassica-giustiniana, e possiamo anche presumere di averla difesa dalla critica che quell'affermazione non ha mancato di suscitare.

Il vigoroso studio del Segrè che, pur ammettendo l'origine giustiniana dell'espressione "obligatio honoraria" e della distinzione delle obligationes in civiles e honorariae,

riae, ammette contemporaneamente già avvenuta in epoca classica l'estensione del termine obligatio a rapporti in cui vi ha un teneri honoraria actione, non convince.

Il Segrè richiama testi contenenti dichiarazioni generali; testi, cioè, in cui obligatio dovrebbe indicare anche un teneri di diritto pretorio. Ma proprio questi testi, o sono interpolati, o escludono il riferimento a un teneri di diritto pretorio. Così, la dichiarazione "et generaliter omnium obligationum fideiussorem accipi posse nemini dubium est" in D. 46, 1, 8, 6 di Ulpiano è in così stridente contrasto con l'esitazione precedente, che il Segrè stesso è costretto a riconoscerla "molto probabilmente non genuina". Le altre dichiarazioni generali, contenute negli altri testi richiamati dal Segrè, non si riferiscono esplicitamente ai rapporti in cui vi è un teneri di diritto pretorio, anche se, attraverso l'interpretazione, si possono estendere ad essi. Quando Gaio in III, 119 a scrive:

Fideiussor omnibus obligationibus ... adici potest: at ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur,

mostra chiaramente di dar ragione a noi e torto al Segrè, perchè lascia chiaramente intendere che tutte le obbligazioni (omnes obligationes!) sono o civiles o naturales: che

non ve ne sono, dunque, che siano praetoriae. Ciò non vuol dire che ai debita di diritto pretorio non si possa per interpretazione estendere - e la giurisprudenza non abbia esteso - la norma dettata per le obligationes civiles (ivi comprese le obligationes aventi origine dal ius gentium e, per ciò, dai Romani dette naturales), cioè per le vere obligationes.

Il critico delle fonti non può non restare scosso da certe significative comparazioni.

Il testo gaiano s'illumina, se confrontato con due testi giulianei: D. 46, 1, 16, 3: fideiussor accipi potest quotiens est aliqua obligatio, civilis aut naturalis, cui applicetur; D. 46, 1, 11: fideiussorem a patre accipere non potest, quia neque honorariam adversus patrem actionem habet.

Nel secondo testo Giuliano non parla di obligatio ma di actio, perchè l'aggettivo honoraria respinge il sostantivo obligatio! Sono l'uno con l'altro incompatibili.

Si vede, così, quanto sia fondato affermare che in D. 46, 1, 8, 2 è stato mutato da interpolatori l'originario tenetur o debet in obligatus est. La sostituzione è sicura.

Ecco, da un lato, come il testo ulpiano in D. 46, 1, 8 pr. si può ricostruire; ecco, dall'altro, come ci giunse

alterato nel Digesto.

Ulpiano

§ 1 Praeterea sciendum est fideiussorem adhiberi omni obligationi posse sive re sive verbis sive consensu.

§ 2 Pro eo etiam, qui iure honorario (tenetur) posse fideiussorem accipi sciendum est.

§ 5 Sed si ex delicto oriatur actio, (?) teneri fideiussorem.

§ 6

Giustiniano

Praeterea sciendum est fideiussorem adhiberi omni obligationi posse, sive re sive verbis sive consensu.

Pro eo etiam, qui iure honorario (obligatus est), posse fideiussorem accipi sciendum est.

Sed [et] si ex delicto oriatur actio, (magis putamus) teneri fideiussorem.

[Et generaliter omnium obligationum fideiussorem accipi posse sciendum est].

Gli interpolatori sostituiscono iure honorario tenetur con iure honorario obligatus est, recidono la disputa o capovolgono la decisione classica in ordine alle obligationes ex delicto col loro caratteristico magis putamus,

e, a coronamento delle eseguite interpolazioni, concludono col § 6: et generaliter etc.

Se poi dai testi, in cui si parla in generale di obligatio, e in cui questo termine non si riferisce mai direttamente ai debita del diritto pretorio, volgiamo lo sguardo ai testi, che contengono singole ipotesi di debiti pretorii, le cose non mutano. Cioè: obligatio, obligare, obligari, in riferimento a obblighi pretorii, sono d'uso postclassico o compilatorio, non genuino. Talvolta, l'interpolazione è consistita - come già abbiamo segnalato e dimostrato - nella sola sostituzione di obligari a teneri, di obligatio ad actio; altre volte, il testo è più largamente interpolato. Per ciò, i testi adottati dal Segrè per la sua tesi non provano nulla.

L'interpolazione di D. 4, 2, 17, almeno nella parte che qui ci riguarda, è rilevata dalla sconcordanza: utrum ... competit quoniam hereditariam suscepit obligationem an non sit danda; quella di D. 13, 5, 1, 2 risulta sia dalla constatazione che prima e poi si parla sempre di teneri, sia dalla forma del paragrafo (etsi - attamen; etsi nihil sit expressum edicto de pupillo): non a torto il Beseler ritiene il paragrafo "Paraphrastenwerk".

Una attenta considerazione meritano i titoli del Di-

gesto relativi alle azioni adiettizie: particolarmente D. 14, 1 de exercitoria actione; D. 14, 3 de institoria actione; D. 15, 1 de peculio. L'uso del teneri, che nel testo giustiniano è ora interrotto qualche volta dall'uso dell'obligari, era nel testo classico l'uso costante.

Che l'uso dell'obligari sia dovuto all'intervento di un commentatore postclassico o dei compilatori giustiniani, emerge dagli esempi seguenti, che derivano tutti da D. 14, 1, 1 e 4: un ampio testo ulpiano.

Ecco, da un lato, l'espressione classica; dall'altro, l'espressione alterata.

Ulpiano

Giustiniano

fr. 1 pr. ... aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri

§ 2 ... si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem

§ 7 - Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem ...

§ 8 ... si ad usum eius rei, in quam praepositus est,

§ 3 ... etiam hoc nomine obligat exercitorem

fuerit mutuatus, dandam actio-
nem

§ 9 ... si ad reficiendam
navem mutuatus nummos in suos
usus converterit, an in exerci-
torem detur actio, et ait ... te-
neri exercitorem.

§ 11 ... etiam huic dan-
dam actionem

§ 12 ... si praeposuerit
... non ut locet ... non tene-
bitur exercitor si magister
locaverit ...

... et si ut certis mercibus
eam locet, praepositus est,
ille marmoribus ... locavit,
dicendum erit non teneri

§ 19 ... in eum, in cu-
ius potestate is erit, qui

... modum egressus non o-
bligabit exercitorem ...

§ 13 Si plures sint
magistri non divisis of-
ficiis, quodcumque cum
uno gestum erit, obliga-
bit exercitorem: si di-
visis ... pro cuiusque
officio obligabitur exer-
citor.

navem exercuerit, iudicium da-
tur.

§ 20 Licet autem detur
actio ... ex voluntate in so-
lidum tenentur.

§ 22 pater dominusve,
qui voluntatem non accomoda-
vit, dumtaxat de peculio te-
nebitur, sed filius ipse in
solidum. Plane si voluntate
domini vel patris exerceant,
in solidum tenebuntur.

§ 23 ... etiamsi cum
ipso exercitore sit contrac-
tum, pater dominusve in soli-
dum tenebitur.

§ 24 ... haec actio ex
persona magistri in exercito-
rem dabitur

... neque in peculiaribus
mercibus voluntatem exten-
dere ad solidi obligatio-
nem .. si quidem volunta-
te gerat, in solidum eum
obligari, si minus in pe-
culium.

et praeterea et filius, si
et ipse voluntatem accomo-
davit, in solidum erit o-
bligatus

... sed et si ab exercito-
re, sive suo nomine, id
est propter honorariam o-
bligationem ...

§ 25 Si plures navem exer-
ceant, cum quolibet eorum
in solidum agi potest.

fr. 4 pr. Si tamen plures
per se navem exerceant, pro
portionibus exercitationis con-
veniuntur.

§ 1 Sed si plures exer-
ceant, unum autem de numero
suo magistrum fecerint, huius
nomine in solidum poterunt con-
veniri.

§ 2 plane si unius ex
omnibus voluntate exercuit, in
solidum ille tenebitur, et i-
deo puto et in superiore casu
omnes teneri

§ 3 ... is qui eum alie-
navit tenebitur, proinde et si
decesserit servus, tenebitur:
nam et magistro defuncto tene-
bitur

§ 4 Hae actiones perpetuo
... dabuntur ... etiam post
annum dabitur haec actio.

Il prospetto rivela subito all'occhio attento che il
termine obligari è intercalato qualche rara volta in un
discorso che suole fare uso del termine teneri o di espres-
sioni come agere, dare actionem, dare iudicium.

Ma, se noi ora scendiamo all'esame critico dei passi,
in cui s'incontra il termine obligari, ci persuadiamo age-
volmente della loro alterazione.

Cominciamo dal fr. 1 § 3:

Magistri autem imponuntur locandis navibus [vel
ad merces] vel vectoribus conducendis armamentisve
emendis: [sed etiamsi mercibus emendis vel vendendis
fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exerci-
torem].

L'intrusione delle parole vel ad merces è sicura: non
sono grammaticalmente legate con la restante parte del te-
sto. Un accusativo con la preposizione ad non si lega col
dativo che precede (navibus locandis) e coi dativi che se-
guono (vectoribus conducendis armamentisve emendis).

Chi ha intruso le parole vel ad merces ha poi avuto
cura di aggiungere: sed etiamsi mercibus emendis vel ven-

dendis fuerit praepositus, etc. L'interpolazione di questa parte finale del paragrafo è provata, in primo luogo, dalla constatazione già fatta, che qui non si parlava di magistri impositi ad merces; in secondo luogo, dal sorprendente passaggio dal plurale (magistri) al singolare (magister) sottinteso: sed etiamsi ... fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem.

Non meno evidente è l'interpolazione del successivo § 12.

Igitur praepositio certam legem dat contractantibus. quare si eum proposuit navi ad hoc solum, ut vecturas exigat, non ut locet ... non tenebitur exercitor, si magister locaverit: [sed si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum:] aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praestet [vel contra] [modum egressus non obligabit exercitorem].

Anche qui abbiamo un testo mal legato insieme per l'aggiunta delle parole vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum, che erano una assai probabile nota marginale, che allargava gli esempi presentati dal testo.

Diciamo che il testo è mal legato insieme, perchè la

forma gerundiva sopraggiunta (ad locandum, non ad exigendum) non si allaccia correttamente con la costruzione usata dal giurista, che precede (praeposuit ad hoc ut exigat, non ut locet) e che segue (praeposuit ad hoc ut locet, non praestet).

Posto ciò, s'intuisce anche perchè in fine l'interpolatore abbia scritto: modum egressus non obligabit exercitorem. Pareva una conclusione generale, che contemplava anche l'ipotesi intrusa (anzi, le ipotesi intruse, perchè vel contra sono pure parole probabilmente aggiunte).

Nel successivo § 13 un probabile accorciamento del testo ha fatto scrivere obligabit exercitorem, obligabitur exercitor, invece di tenebitur exercitor, come Ulpiano con tenace costanza dice nelle parti del testo immuni da sopravvenute alterazioni.

Più distesa e più palese è l'interpolazione del § 20: sed si sciente dumtaxat, non etiam volente cum magistro contractum sit [utrum quasi in volentem damus actionem in solidum an vero exemplo tributoriae dabimus? In re igitur dubia melius est verbis edicti servire et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem], et ita videtur et Pomponius significare, [si sit in

aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari, si minus, in peculium] .

Il testo genuino era assai meno complicato e rumoroso. Doveva a un dipresso dire così:

sed si sciente dumtaxat non etiam volente cum magistro contractum sit (in eum, cuius in potestate est, qui navem exercet, actio non datur) et ita videtur et Pomponius significare.

Ma i compilatori trasportarono nel testo o nel testo già trovarono penetrata una parafrasi postclassica. Ogni parola e ogni costruzione si può dire che la riveli: utrum damus an dabimus; melius est; servire verbis edicti; scientia sola et nuda; onerare scientiam in navibus; voluntatem extendere ad solidi obligationem; obligatio solidi; obligari in peculium!

Ci piace constatare che questo enfatico e risonante discorso è eliminato come spurio anche dal Beseler: non entriamo qui nell'esame dello scopo che, secondo lui, avrebbe indotto i compilatori a questa e ad altre interpolazioni: qui a noi basta rilevare la coincidenza della nostra critica su questo passo ulpiano.

Subito dopo, quando ricomincia il giurista a parlare, troviamo correttamente detto: pater dominusve, qui volunta-

tem non accomodavit, dumtaxat de peculio tenebitur, sed filius ipse in solidum.

Nel § 22 le parole in solidum erit obligatus sono aggiunte, a chiudere il periodo, dai compilatori, ma non sono punto necessarie. Interpolate le ritiene anche il Beseler.

Finalmente, nel § 24, il teneri dell'exercitor è qualificato honoraria obligatio, e sulla interpolazione dell'inciso id est propter honorariam obligationem sembrano tutti consentire. Soggiungiamo qui che è proprio questo apparire, a mezzo del testo ulpiano, dell'espressione honoraria obligatio, di non dubbia origine postclassica o giustiniana, che dovrebbe far gettare il grido d'allarme e far giudicare sospetto l'uso del termine obligari nel campo di questo testo e - in generale - nel campo delle azioni adietizie.

L'analisi degli altri testi, relativi a questa o alle altre azioni adietizie, non fa che confermare questo risultato. Non è certo un ostacolo il passo delle Sententiae di Paolo 2, 6, 1:

Filiusfamilias si voluntate patris navem exerceat, patrem in solido ob ea, quae salva receperit, obligat, perchè proprio l'espressione obligare in solido fa pensare

a un sunto del testo genuino.

Insomma, l'honoraria obligatio è espressione non classica: la distinzione tra obligatio civilis e obligatio honoraria e praetoria è distinzione non classica. Fino a questo punto giungono il Perozzi e il Segrè; occorre andare oltre, come richiede la logica deduzione che si può trarre dalle due proposizioni; come esige l'attenta critica delle fonti e la scoperta di quelle interpolate: i termini obligatio, obligare, obligari per indicare obblighi di diritto pretorio sono nel facile e frequente uso postclassico e giustiniano; non sono nell'uso classico.

E si comprende, perchè lo siano nel primo: si comprende, perchè non lo siano nel secondo. Il sistema del ius honorarium nell'età postclassica giustiniana è crollato, e gli obblighi di diritto pretorio sono stati assunti nel ius civile postclassico e giustiniano.

Ma nel diritto romano classico, come il dominium non è civile e honorarium, come l'hereditas non è civilis e honoraria, così non è civilis e honoraria l'obligatio. Dominium, hereditas, obligatio sono istituti del ius civile. Vi sono effetti comuni nei paralleli istituti del diritto pretorio: la res è in bonis, anche se non è nel dominium; il bonorum possessor è pur egli uno che succedit; colui che honoraria

actione tenetur è pur esso un debitor.

La ragione di ciò va ricercata nel fatto che formalmente il pretore non può creare diritto: praetor ius facere non potest. Per ciò non può far essere dominus, heres, obligatus, chi non è tale secondo il ius civile. Può, per altro, praticamente e sostanzialmente, raggiungere lo stesso scopo nella sua veste di amministratore della giustizia. E vi sono, così, termini e espressioni indicanti, insieme, sia l'istituto di ius civile, sia l'istituto di ius honorarium: res in bonis meis est, e non dominium: successio e non hereditas: debitum e non obligatio.

L'antitesi obligatio civilis e obligatio honoraria era, in diritto classico, sostituita da una diversa antitesi: dalla antitesi tra debitum del ius civile che era anche obligatio e debitum del ius honorarium che era puramente e semplicemente debitum.

Bibliografia.

L. MITTERIS, Römisches Privatrecht, vol. I, pag. 38; V. ARANGIO RUIZ, Le genti e la città, pag. 37 segg.; P. BONFANTE, Istituzioni, 9^a ed., pag. 380 n.1; E. BETTI, Le fonti delle obbligazioni e i problemi storici della loro classificazione, in Archivio giuridico, vol. 93, pag. 283; P. DE FRANCISCI, Συνάλλαγμα (storia e dottrina dei contratti innominati), vol. 2°, pag. 314 segg.; H. SIBER, Naturalis obligatio, pag. 8; E. ALBERTARIO, Studi di diritto romano, vol. 3°, pag. 21 segg.; S. PACCHIONI, Trattato delle obbligazioni secondo il dir. civ. ital., vol. I°, pag. 235; F. DE VISSCHER, Études de droit romain, pag. 303 segg.; B. BIONDI, Prospettive romanistiche, pag. 79; L. CHIAZZESE, Confronti testuali, pag. 355; F. SCHULZ, Prinzipien des römischen Rechts, pag. 30; G. SEGRE', Studi in onore di P. Bonfante, vol. 3°, pag. 499 segg.; E. LEVY, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (rom. Abt.), vol. 51, pag. 552; JÖRS-KUNKEL, Römisches Recht, pag. 163; F. PRINGSHEIM, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (rom. Abt.) vol. 46, pag. 355; C.A. MASCHI, La concezione naturalistica del diritto ecc., pag. 348 segg.

OBLIGATIONES CIVILES E OBLIGATIONES NATURALES.

La contrapposizione tra obligationes civiles e obligationes naturales è una contrapposizione il cui significato è stato, ed è tuttora, controverso. E la ricerca di questa contrapposizione appassiona ancora più, perchè, mentre la contrapposizione tra obligationes civiles e obligationes honorariae e praetoriae ha un interesse solamente romanistico, cioè esclusivamente storico, la contrapposizione tra obligationes civiles e obligationes naturales - come nella Introduzione abbiamo già avvertito - ha un interesse anche civilistico, cioè dommatico.

La controversia non poteva, e non può, non essere aspra, quando nelle fonti del diritto romano obligatio naturalis è espressione che non indica in modo univoco un determinato rapporto obbligatorio; ma, a volte, ne indica uno; alle volte, un altro. Ciò è dire, a volte indica un'ob-

bligazione che non diversifica in nulla dall'obbligazione detta civile, nel senso che ha la stessa struttura, produce gli stessi effetti di questa obbligazione: la qualifica di naturalis più tosto che di civilis, dipenderebbe dal fatto che l'una è propria del ius civile Romanorum, l'altra sarebbe propria del ius gentium che la giurisprudenza romana identifica col ius naturale (cfr. Gai. 1, 1: quod ... naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium). Altre volte, in vece, l'obbligazione naturale è espressione che indica un ben diverso istituto; cioè, una obbligazione che sarebbe sfornita di azione.

Di qui, il primo problema. Coesistevano queste due figure di obbligazione chiamate l'una e l'altra naturales, nel diritto romano, cioè nel diritto romano classico, come coesistono nel diritto romano giustiniano? E se non coesistevano, quale era la figura di obbligazione che i Romani chiamavano naturalis? quella riconosciuta dal ius gentium o quella sfornita di azione? E nella compilazione giustiniana, dove coesistono, sono, entrambe le figure, elementi vivi del diritto giustiniano, o una di esse non è più tosto un elemento morto, cioè una figura sopravvivate, inerte, senza rilievo dommatico, con una significazione me-

ramente storica?

Ma questo, che è il primo problema per la scienza romanistica moderna, la quale vede nel diritto romano non un sistema immobile di norme, ma un organismo che non ha mai cessato di evolversi attraverso il tempo, non era un problema per gli studiosi del diritto romano che ci precedettero fino all'età della Pandettistica, fino - cioè - all'opera di quei dommatici che fecero l'ultima elaborazione dottrinale dal diritto romano comune. Sentivano anch'essi il disagio portato da quella doppia accezione della qualifica naturalis, ma fecero ogni disperato sforzo per risolverlo sul terreno dommatico, sovrapponendo vanamente l'uno all'altro sforzo, l'una all'altra dottrina.

E' opportuno conoscere, sia pure a grandi linee, le dottrine che su questo agitatissimo campo si succedettero dall'età della Glossa ai nostri giorni.

La Glossa vedeva nella obbligazione due radices: l'una, civilis; l'altra, naturalis. La prima genera l'azione; la seconda, impedisce la repetitio soluti. Secondo questa dottrina, il fondamento della obbligazione sta in un diritto diverso dal diritto civile, nel diritto naturale, al quale ripugnerebbe qualunque forma e qualunque limitazione di persona. Se a una tale obbligazione accede il diritto civile,

questo non dà a quella obbligazione che la sola actio, e quindi essa comprenderebbe in sé la ragione civile e la naturale.

Questo sistema ha ricevuto nelle scuole posteriori una maggiore determinazione: gli scrittori hanno concepito un triplice fondamento delle obbligazioni, dal quale è scaturita una triplice distinzione delle medesime. Le obbligazioni possono essere fondate nella lex naturalis, senza avere avuto alcuna sanzione dal diritto civile, e si hanno le obbligazioni naturali, dette per ciò obbligazioni tantum naturales; ovvero sono fondate sul diritto positivo in opposizione al diritto naturale, ed esse sono obbligazioni mere civiles. In fine, il diritto civile può riguardare la obbligazione in duplice modo, o dandole la sanzione che produce poi l'actio, ed allora si ha l'obligatio mixta (cioè, per la sua natura, naturalis; per la sua sanzione, civilis), o negandogliela, ed allora si ha l'obligatio reprobata.

L'elemento naturale e civile (le due radices dei glossatori) concorrerebbero, secondo questa dottrina, a formare la perfetta obbligazione, che sarebbe la mixta. La obbligazione, che non ha o l'uno o l'altro di quegli elementi, l'obbligazione o mere naturalis o mere civilis, sarebbe una

obbligazione imperfetta.

Così si è formata una nuova classe di obbligazioni, con distinzione completamente estranea alle fonti, destinata a portare in questa materia una maggior confusione.

La lex naturalis, secondo gli scrittori che propugnano questo sistema, consisterebbe in alcuni principii morali, innati nella natura dell'uomo: non aliunde, quam ex nobismetipsis, dice lo Schulting. E il Duareno chiarisce: Cum species aliqua proponitur, in qua quaeritur an quis naturaliter obligatus sit nec ne? considerandum est, quid verisimiliter responsurus est Aristoteles aut Cicero, aut alius vir prudens et in philosophia eruditus, magis quam quid legibus et iure civili constitutum est.

Gli scrittori posteriori, senza uscire da questo sistema, cioè pur ricercando il fondamento dell'obbligazione naturale fuori del diritto positivo, furono indotti a trovare un rapporto più intimo tra quella obbligazione e questo diritto. Per essi, l'obbligazione naturale entra, indirettamente almeno, nell'ordine giuridico.

Il fondatore di questa nuova scuola è il Weber.

Secondo questo scrittore, ogni obbligazione, o ha il fondamento in sé medesima ed esisterebbe anche indipendentemente dalle disposizioni positive della legge, o trova il

suo fondamento nelle disposizioni del diritto positivo. Nel primo caso, si ha una obbligazione naturale; nel secondo, una obbligazione civile. I doveri del diritto naturale, per avere effetti giuridici, devono essere riconosciuti dalla comunanza degli uomini viventi in uno stato. Quando la coscienza comune riconosce quei doveri del diritto naturale come obbligazioni, perchè non si oppone una positiva disposizione di legge, si ha la vera obbligazione naturale. Però, vi sono molti casi in cui al legislatore sembra prudente di lasciare l'adempimento delle obbligazioni molto più all'intimo sentimento e alle convenienze, anzichè concedere loro una esterna coazione. Le obbligazioni naturali, che hanno questa limitata efficacia, mancanti per diritto positivo della esterna coazione, sarebbero quelle che erano chiamate naturali dai Romani. La definizione di queste obbligazioni sarebbe, secondo il Weber, questa: gli obblighi naturali sono quelli che riguardano gli uomini viventi in società secondo i dettami della retta ragione, ma che difettano del pieno effetto giuridico, che secondo le regole va congiunto ad una coazione.

Da questa obbligazione è distinto il dovere morale o di coscienza, il quale manca di ogni effetto giuridico, a meno che questo non fosse concesso da una disposizione del

diritto positivo, ciò che forma una eccezione da non estendere da caso a caso. La differenza tra obbligazione naturale e obbligo morale o di coscienza consisterebbe in ciò: l'obbligo morale non ha forza maggiore di quella concessa dalle leggi; invece, la obbligazione naturale ha tutti gli effetti civili che non sono stati espressamente tolti dal diritto positivo.

Il Büchel rinviene diversi significati nella espressione naturalis obligatio. Indipendentemente dagli effetti che produce, ogni obbligazione naturale sarebbe da ricercare nel ius gentium. Ma, poichè per i Romani questo si distinguerebbe dal ius naturale, quod natura omnia animalia docuit, così vi sarebbero due specie di obbligazioni naturali.

L'una si riferirebbe ai rapporti fondati sul sentimento di pietà, indipendentemente dalla considerazione se tali rapporti si possano far valere mediante azione, e non costituirebbe, rigorosamente parlando, una obbligazione; l'altra costituirebbe la vera obbligazione naturale, sarebbe quella fondata sul ius gentium, ma nulla perchè estinta ipso iure per una causa propria soltanto del ius civile, o quella derivante dal ius civile, ma estinta ope exceptionis.

L'effetto di questa vera obbligazione naturale sarebbe la exceptio, per cui si farebbe valere la esclusione della

re petitio soluti.

Questa dottrina, che comincia a intravedere nel ius gentium il fondamento della obbligazione naturale, ha avuto il suo svolgimento nel fondatore della scuola storica: il Savigny.

Secondo il grande Maestro l'obbligazione naturale nasce dal ius gentium. È fondamentale per lui l'affermazione che trovasi in D. 50, 17, 84, 1: Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

La obbligazione naturale di fronte alla civile forma la stessa contrapposizione che si incontra in tutto il sistema del diritto: come si distingue tra modo naturale e modo civile di acquisto della proprietà, tra parentela naturale e parentela civile, così si distingue tra obbligazione naturale e obbligazione civile.

Le obbligazioni del ius gentium, che sarebbero il maggior numero delle obbligazioni, possono esser riconosciute dal ius civile, e questo riconoscimento avviene mediante la concessione dell'actio. Alcune altre non sono riconosciute, e questo mancato riconoscimento si riflette sulla mancanza dell'azione. Queste ultime si dicono semplicemente naturali, naturales tantum. I motivi, per cui ad alcune obbligazioni del ius gentium non è stata riconosciuta l'azione, sono i

seguenti:

- a) mancanza di forma nella costituzione dell'obbligazione;
- b) deficienza d'idoneità di diritto o di esercizio del medesimo (come nel caso della obbligazione degli schiavi, o dei fili familias tra loro e rispetto al paterfamilias, o del pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris o del filiusfamilias contraente un mutuo senza il consenso del paterfamilias).
- c) conseguenze rigorose del ius civile (come nel caso di obbligazione estinta per la capitis deminutio del creditore o del debitore);
- d) speciali rapporti tra creditore e debitore, quali, per esempio, l'ingiusta assoluzione del vero debitore, l'obbligazione sopravvivente dopo la prescrizione dell'azione, etc.

Queste obbligazioni sono complete, benchè prive di azione. Non rientrano, per altro, in esse quelle obbligazioni che qualche volta si chiamano pur naturali: obligatio ad dotandum, ad praestanda officia, ad remunerandum ecc.

Altra via è quella battuta dal Brinz. Le obbligazioni naturali sono, come le obbligazioni civili, fonti di un rapporto obbligatorio con la rispettiva azione. Vi sono, per al-

tro, obbligazioni naturali propriamente dette: e sono o quelle che nascono civili ma rimangono naturali sublata actione, o quelle che sono fin dall'inizio naturali. La ragione, per cui obbligazioni, che non sono affatto o non sono più fornite di azione, sono, ciò non ostante, fino a certi limiti, ritenute come obbligazioni, è da ricercare nella ratio e nell'aequitas. L'obbligazione propriamente naturale sarebbe atta ad essere soddisfatta (Zahlbar) ma non coattiva (Klagbar).

La dottrina dello Schwanert è considerata quella più compiuta tra quante riguardano la obbligazione naturale non al di fuori del diritto positivo; e si avverte che per mezzo di essa si giunge anche a quella di Windscheid, il quale definisce la obbligazione naturale non dissimile in sé dalla civile, ma una inorganica creazione del diritto positivo o una obbligazione imperfetta.

Se era opportuno sommariamente accennare alle principali dottrine formatesi dalla Glossa alla Pandettistica sulla obbligazione naturale, non è il caso di insistere in una loro facile critica. Questa sarà fatta in modo indiretto, ma decisivo, attraverso la ricostruzione dell'istituto della obbligazione naturale, che ci proponiamo di fare in seguito.

Qui basterà dire che le difficoltà e gli ostacoli, con-

tro cui urta ognuna di queste dottrine, dipendono fondamentalmente dal non tener conto della evoluzione del diritto romano e dal non distinguere tra le varie fasi della evoluzione di questo diritto.

In tempi recenti, due illustri giuristi portarono la loro vigorosa indagine sul tema dell'obbligazione naturale con originali risultati, di notevolissima importanza: il Perozzi e il Siber.

Secondo il Perozzi, per i Romani obbligazione naturale era quella in cui come debitore o come creditore era parte un servus.

Parlando di obbligazione naturale, i Romani non intendono per nulla di dire che esista nel caso una obligatio, che diverge soltanto per qualche caratteristica dalla obbligazione chiamata civile. Siccome mancava l'azione, per essi l'obbligazione era inesistente, nulla dinanzi al diritto. Ma se tale era per il diritto, essa aveva un'esistenza di mero fatto. E' questa esistenza di mero fatto che è espressa dal termine naturalis.

L'idea di una simile esistenza dipendeva dalla condizione che la società faceva ai servi, in antitesi a quella che faceva loro il diritto. Come per il diritto il servus non può vivere in matrimonio, non può avere figli né paren-

ti, come non è per il diritto capace di proprietà o di altro diritto reale, ma tuttavia in linea di fatto vive in matrimonio, ha figli e parenti, ha proprietà e diritti reali, così per il diritto non può stare in rapporti obbligatori ma può starvi in linea di fatto. L'obbligazione naturale non è dunque una obbligazione che abbia fondamento e natura meramente morali: essa è una obbligazione che ha fondamento e natura giuridica, alla pari delle obbligazioni civili. Soltanto, esiste nella società anziché nel diritto. Lo Stato stesso, però, in tanto si adatta alla concezione della società, in quanto applica al rapporto obbligatorio, in cui è il servus, il regime del peculio: considera, cioè, il debito e il credito del servus come una parte rispettivamente passiva o attiva del suo patrimonio, con tutte le conseguenze che importa. Così il servus paga validamente al dominus nel senso che i creditori suoi non possono, convenendo il dominus con l'actio de peculio, considerare come parte del peculio il pagato; così il servus paga validamente all'estraneo, perchè la concessione del peculio importa un permesso di alienare beni peculiari a scopo di pagamento; così il servus manomesso può promettere, con stipulazione, ciò stesso che doveva naturalmente e la promessa non vale come donazione ma come pagamento (D. 39, 5, 19, 4).

I Romani non estesero l'espressione obligatio naturalis ai crediti da contratto acquistati dal filiusfamilias peculiari nomine e ai debiti contrattuali suoi verso il padre. Ciò, perchè l'espressione obligatio naturalis derivava dalla condizione particolare del servus, che non si riscontra nel filiusfamilias. Un nome tecnico per i rapporti di credito e debito del filiusfamilias privi di azione i Romani non lo hanno. Si può, però, utilizzare per essi una nomenclatura che troviamo usata in certuni fra i numerosi altri casi, in cui chi fa una prestazione, credendo di esservi giuridicamente tenuto, senza esservi costretto da una azione o potendo opporre una eccezione, non può tuttavia ripetere il pagato: species in qua solutum repeti non potest.

Giustiniano, anzi che lasciare i rapporti di credito e di debito del filiusfamilias privi di azione e le altre species in qua solutum repeti non potest, distinti com'erano e sottoposti ciascuno alle sue regole, prese l'espressione obligatio naturalis, che i giuristi romani davano alle sole obbligazioni contrattuali servili e lo estese a tutti i casi di contratti invalidi o per difetto di azione o per l'opponibilità di una eccezione, che non erano generatori di obligatio, di debitum, ma erano soltanto cause giustificative del pagamento, cioè escludenti la condictio indebiti.

Questa estensione del concetto di obligatio naturalis o debitum naturale dipese da una alterazione essenziale espressa dal termine naturalis, applicato alla obligatio dai giuristi classici. Laddove obligatio naturalis significa per questi obbligazione di fatto, per Giustiniano significa l'obbligazione sancita dalla natura in antitesi alla obbligazione sancita dal diritto. Egli seguiva nel far ciò le tendenze del pensiero greco, che oppone spesso e volentieri il diritto positivo al diritto naturale. Concorreva a condurlo a un simile concetto il fatto che la schiavitù era da lui pensata come un fatto contrario alla natura, la quale vuole che tutti gli uomini siano liberi. Quindi, il caso unico classico di obbligazione naturale diventava un caso di obbligazione non imposta dal diritto, ma imposta dalla natura, la quale, avendo fatto il servo libero, lo faceva anche creditore o debitore per i suoi contratti.

La manifestazione e la conseguenza precipua di ciò fu questa, che per Giustiniano l'esclusione della condictio indebiti, che si verificava quando il servus pagasse il suo debito o a lui pagasse il proprio il dominus o l'estraneo, risultò giustificata dall'idea che il servus o il dominus o l'estraneo pagavano ciò che naturalmente dovevano. Movendo di qui Giustiniano si trovò indotto a giustificare sotto il

profilo della esistenza di una obbligazione naturale tutti gli altri casi che nelle fonti del diritto classico erano casi di esclusione della condictio indebiti.

Questa esclusione diventò, così, il fatto da cui si deduceva l'esistenza di una obbligazione naturale. Se una prestazione giuridicamente non dovuta, e che si adempie nella credenza di esservi giuridicamente tenuti, non si può ripetere, ivi è presente l'obbligazione naturale. Questa resta così definita da un fatto negativo: la mancanza di azione, e da uno positivo: la soluti retentio.

Non questo era il pensiero che giustificava presso i giuristi classici la soluti retentio. Trattandosi di obbligazioni servili, la ammettevano in attuazione del regime del peculio.

In tutti gli altri casi la soluti retentio era ammessa in forza del concetto che avevano della solutio indebiti.

Questa era per essi un contratto (cfr. Gai 3, 91). Chi dà, per pagare il dovuto, vuole riavere ciò che ha dato, se il debito non sussiste; quindi, in questo caso gli si accorda una condictio per la ripetizione di ciò che ha dato. Ma se, di regola, esiste questa volontà, vi sono casi in cui ciò non è. Sono tutti quelli in cui, se può non essere biasimevole il non pagare perchè non si è giuridicamente tenu-

ti, è certo molto biasimevole il ripetere ciò che si è pagato, tanto biasimevole che non si può attribuire all'agente l'intenzione di ripetere e ad ogni modo il diritto non può considerarla. Di tal genere sono tutti i casi di soluti retentio, ammessi dalla giurisprudenza classica.

In tutti si presuppone che l'agente non avrebbe pagato se sapeva di non esservi tenuto, ma in tutti anche non si può, senza accusarlo di un proposito immorale, ammettere che gli si proponesse di ripetere il pagato, se l'ipotesi nella quale pagava risultava insussistente. Venendo, così, meno la volontà della ripetizione nell'atto di versare, e non potendo il diritto considerarla, il contratto di solutio indebiti non si compiva e la ripetizione rimaneva esclusa.

Giustiniano, per il quale la solutio indebiti non ha carattere contrattuale, non poteva utilizzare codesto pensiero classico. E ricorse, per ammettere la soluti retentio, alla giustificazione che vi era in questi casi una obligatio naturalis. Così, mentre i giuristi classici giustificavano come non si poteva ripetere ciò che si era pagato, benchè non vi fosse obligatio, Giustiniano dice che il pagamento è giustificato dall'esservi una obligatio naturalis.

Divenuta per lui l'obbligazione naturale non una obbligazione nulla, com'era per i classici l'obbligazione servi-

le, ma una obbligazione che aveva un'esistenza effettiva, soltanto di fronte alla natura e non al diritto, egli credette di attribuire ad essa tutti gli effetti propri di una obbligazione civile, salvo quell'uno, ammettendo il quale, non sarebbe stata più un'obbligazione naturale, ma una obbligazione civile, ossia l'azione. E così stabilisce che qualunque obbligazione può essere novata, opposta in compensazione a un credito civile, esser oggetto di un constitutum, venir garantita con fideiussione e con pegno.

Forse Giustiniano aggiunse alle antiche species in quibus solutum repeti non potest anche altre species, che sono per lui obbligazioni naturali: ad es., l'esclusione della repetitio di interessi pagati, anche se non erano stati nè meno pattuiti.

Quanto, poi, ai testi in cui obligatio naturalis esprimerebbe un'obbligazione munita di azione, il Perozzi li sostiene tutti quanti interpolati.

L'obligatio naturalis aveva, insomma, nel diritto romano classico una significazione univoca: era l'obbligazione, meramente di fatto, del servus, cioè nulla obligatio. Per i Giustiniani l'obligatio naturalis è una obbligazione sancita dalla natura, se non dal diritto; e, nel tempo stesso, è da essi chiamata talvolta obligatio naturalis l'obbligazio-

ne sancita dal diritto, cioè munita di azione. Da questo stato delle fonti - conchiude il Perozzi - derivò la massima incertezza circa la teoria delle obbligazioni naturali sia nel diritto romano sia in quelli da esso derivati.

Ci siamo indugiati a riferire più tosto estesamente questa dottrina del grande romanista, perchè - come in seguito vedremo - contiene molti risultati preziosi. La dottrina del Perozzi è, in ordine di tempo, la prima che ha studiato l'obbligazione naturale del diritto romano, con una indagine critica organica, anche sotto un profilo storico, e subito potè dare, col nuovo metodo seguito nella indagine, copiosi frutti.

L'obbiezione più grave, che può esser fatta a questa dottrina, è la seguente: come mai sarebbero stati proprio i Giustiniani a chiamare talvolta obligatio naturalis anche l'obbligazione iuris gentium, se proprio essi, scostandosi dalla giurisprudenza romana, consideravano obligatio naturalis quella sancita dalla natura, e interpolavano in tal senso i testi classici? Chi considerava obligatio naturalis quella sancita dalla natura, anzi che dal diritto, non poteva poi indifferentemente chiamare per primo obligatio naturalis quella sancita dal diritto. Un concetto escludeva l'altro; una sola espressione non poteva indicare due

concetti che erano posti in antitesi fra loro.

Ma, a nostro avviso, se si prescinde da questa facile obbiezione, l'indagine vigorosa del Perozzi ha ben veduto il nuovo concetto giustiniano di obligatio naturalis, come di obbligazione sancita dalla natura, e l'ampiezza degli effetti che da questo concetto vengon fatti scaturire.

Quanto all'uso classico della espressione obligatio naturalis per indicare l'obbligazione servile, e solamente questa obbligazione, le osservazioni del Perozzi sono molto seducenti e sembrano trovare una magnifica conferma in due testi, l'uno di Giuliano, l'altro di Ulpiano, interpolati in modo uniforme, come ha potuto dimostrare con acutissima esegesi il Gradenwitz.

Ecco i due testi:

Julianus libro 53 digestorum	Ulpianus libro 47 ad edictum
D. 46, 1, 16, 4	D. 44, 7, 10
[<u>Naturales obligationes</u>]	[<u>Naturales obligationes</u>] non
non eo solo aestimantur si	eo solo aestimantur si actio
actio aliqua eorum nomine	aliqua eorum nomine competit,
competit, verum etiam cum	verum etiam eo si soluta pe-
soluta pecunia repeti non	culia repeti non possit.
potest: nam, licet minus pro-	D. 15, 1, 41
prie debere dicantur [<u>natura-</u>	Nec <u>servus</u> quicquam debere po-

les debitores], per abusio- test nec servo potest debe-
nem intelligi possunt debito- ri, sed cum eo verbo abuti-
res et qui ab his pecuniam mur, factum magis demonstra-
recipiunt debitum sibi rece- mus, quam [ad] ius [civile
pisse. referimus obligationem].

Il Gradenwitz ha rilevato la sconcordanza: naturales obligationes - eorum nomine, che vi ha ora nei due testi di Giuliano e di Ulpiano: sconcordanza facilmente riparabile, quando si pensasse che i giuristi, anzi che parlare delle naturales obligationes in generale, avessero parlato delle obligationes naturales dei servi: in questo caso, eorum si riferirebbe a servi, non più a naturales obligationes. Questa congettura del Gradenwitz è tanto più probabile, in quanto che, come si può arguire dalla continuazione del passo di Ulpiano, trasportato in D. 15, 1, 41, la trattazione del giurista riguardava il servus soltanto: Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi.

Così stando le cose, ognuno vede quanto la tesi del Perozzi possa far leva sulla interpolazione di questi due testi e sulla loro sottostante struttura classica. L'obligatio naturalis del servus classica si sarebbe trasformata in una categoria generale giustiniana: nella obligatio naturalis, riassunte tutte le species in quibus solutum repe-

ti non potest.

Noi, per altro, vedremo come i giuristi classici non adoperassero l'espressione naturalis obligatio nè pure per indicare l'obbligazione servile: anticipando ciò che svolgeremo in seguito, i testi di Giuliano e di Ulpiano, sopra richiamati, nella parte genuina non parlano, riferendosi ai servi, di obligatio ma di debitum, e mettono in evidenza che anche di debitum si parla qui impropriamente. Per modo che, anche quel solo caso, in cui, secondo il Perozzi, i Romani avrebbero parlato (per quanto in senso difforme dal giustiniano) di obligatio naturalis, svanirebbe anch'esso. Nella redazione originaria dei testi di Giuliano e di Ulpiano non dovevano esservi le parole: naturales obligationes servorum, ma le altre: debita servorum.

In questa direzione è la dottrina sostenuta dal Siber. La quale, per la importanza fondamentale che essa ha in questo campo, merita di essere, alla pari di quella del Perozzi, più tosto largamente riferita.

La dottrina del Siber ha il suo punto di partenza nella tesi sostenuta dal Perozzi e da noi sul concetto classico e sul concetto giustiniano del ius naturale. Secondo noi, il diritto classico distingueva soltanto tra ius civile e ius gentium, che diceva anche ius naturale (le Istitu-

zioni di Gaio sono esplicite a questo riguardo); i Giustiniani, invece, alla dicotomia classica (ius civile - ius gentium, cioè ius naturale) sostituiscono la tricotomia (ius civile - ius gentium - ius naturale), in cui il ius naturale è un concetto diverso dal ius gentium, elaborato dalle scuole del Basso Impero, che risente dell'influenza di qualche scuola filosofica greca e dell'influenza cristiana: particolarmente di quest'ultima. Esso è il diritto quod semper aequum ac bonum est (D. 1, 1, 11: testo interpolato); divina quadam providentia constitutum, firmum atque immutabile (Inst. 1, 2, 11): la schiavitù, che per i Romani era iuris naturalis, perchè iuris gentium, è detta dai Giustiniani introdotta dal ius gentium ma contro il ius naturale (essa è contra naturam: D. 1, 1, 4 è testo interpolato). Anche gli schiavi sono, per i Giustiniani, sullo stesso piano degli uomini liberi di fronte al ius naturale. Il giurista romano scriveva:

Servi pro nullis habentur,
ma i Giustiniani, riferendo il testo ulpiano in D. 50,17, 32, estenuano la energica affermazione del giurista scrivendo:

[Quod attinet ad ius civile] servi pro nullis habentur: [non tamen et iure naturali, quia quod ad ius

naturale attinet, omnes homines aequales sunt]

Orbene: secondo il Siber, la nozione classica e la nozione giustiniana della obligatio naturalis sono rispettivamente dipendenti dalla nozione classica e dalla nozione giustiniana del ius naturale.

Per i giuristi classici ius naturale era sinonimo di ius gentium; e per essi l'obligatio naturalis era un'obbligazione munita di azione, avente però la sua base nel ius gentium, non nel ius civile. Per indicare quel rapporto, che i Bizantini e i moderni chiamano obbligazione naturale, i giuristi classici usavano il termine debitum.

I Giustiniani, invece, ricollegano questi debiti al ius naturale, nel senso nuovo che questa espressione assume, e li chiamano naturales obligationes. Questo ricollegamento provocò quella enorme confusione, che ha poi affaticato la dottrina di tanti secoli, in quanto che nella stessa opera legislativa con un solo termine sono indicate due cose ben distinte; le obbligazioni munite di azione fondate sul ius gentium = ius naturale e le obbligazioni prive di azione aventi la base nel ius naturale, secondo la nuova accezione di questa espressione.

Diciamo subito che, contenuta in queste linee generali, la dottrina del Siber ci sembra oggi accettabile.

Ma ciò non deve far correre ad affermare che, dunque, avremmo qui una luminosa conferma della distinzione ancora operante nel diritto romano classico tra debito e responsabilità, tra debitum e obligatio. L'obbligazione naturale sarebbe stata configurata dai Romani come un debitum senza obligatio.

Questo, per verità, aveva già affermato, prima ancora dello studio del Siber, il più acceso sostenitore, in Italia, della dottrina che vorrebbe ancor distinguere, come separati elementi, nel concetto dell'obbligazione, l'obligatio e il debitum.

Così, infatti, il Pacchioni: "La caratteristica di queste obbligazioni (naturali) consiste, come è noto, nel non essere munite di azione. Ora, che cosa è mai un'obbligazione non munita di azione, se non un puro e semplice debitum? Non si tratta dunque di contrapporre due categorie di obbligazioni, ma di contrapporre alla obbligazione piena e perfetta, che altro non è che un debitum garantito sul patrimonio del debitore, una mezza obbligazione, o, per meglio dire, un debito non munito di garanzia. Gli è evidente che se si considerasse come essenza dell'obbligazione il puro dovere, la cosiddetta obbligazione naturale dovrebbe concettualmente essere considerata come una vera e propria obbli-

gazione, al pari di quella munita di azione; considerandosi, invece, come essenza della obbligazione il fatto di essere il patrimonio del debitore tenuto, la cosiddetta obbligazione naturale non dovrebbe essere affatto considerata come obbligazione. Queste due conclusioni vanno però, a nostro avviso, respinte entrambe, perchè in realtà la piena e perfetta obbligazione romana e moderna consiste tanto nel dovere quanto nella garanzia, sicchè dunque deve conchiudersi che la cosiddetta obbligazione naturale non è che una parte o metà della vera e propria e perfetta obbligazione civile, consistendo in un puro e semplice debitum. Dato ciò, sarebbe assai più corretto parlare di pari e semplici debiti, in contrapposto a debiti garantiti o obbligazioni, e tale era forse anche la originaria terminologia, ma, in seguito, la stretta giustapposizione dei due elementi, e la loro tendenza a fondersi in una apparente unità, si rispecchiò anche nella terminologia, la quale anzichè servire di guida al romanista nella ricerca della vera essenza dell'istituto, divenne, per la sua equivocità e confusione, il più grave ostacolo alla sua più precisa determinazione.

Quando venne lo studio del Siber, il Pacchioni pensò e scrisse che esso conteneva la dimostrazione esegetica,

da lui non tentata, della sua dottrina. Ma il pensarlo e lo scriverlo fu, ed è, un errore.

Se nell'età più antica si possono isolare gli elementi del debitum e della obligatio e la coazione si esercita - cioè l'azione si esperisce - contro colui che è obligatus, non contro colui che debet, nel diritto classico i due elementi si sono fusi insieme sì che si scambiano l'un l'altro. E si dice che il debitum è coercibile con la stessa indifferenza con cui si dice che è coercibile l'obligatio.

E' di Modestino (D. 50, 16, 108) l'affermazione: debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest.

E' di Ulpiano (D. 50, 16, 178, 3) la definizione del termine debitum espressa con queste parole:

Hoc verbum "debitum" omnem omnino actionem comprehendere intellegitur, sive civilis sive honoraria sive fideicommissi fuit persecutio.

Così, se Paolo (D. 3, 3, 42, 2) dice che obligatio parit actionem, Scevola (D. 31, 88, 10) con la stessa indifferenza parla di actio ex debito; e pur indifferentemente i giuristi parlano di remittere obligationem e remittere debitum. Sostanzialmente i termini obligatio e debitum si equivalgono: soltanto formalmente, come abbiamo visto, il ter-

mine obligatio non si estende a quel rapporto, in cui vi ha un teneri di una persona verso un'altra disciplinato fuori del ius civile: questo rapporto si sostanzia in un debitum, che per altro la giurisprudenza romana evita di chiamare obligatio.

Non è a dire, quindi, che quella che i Bizantini e i moderni chiamano obbligazione naturale, e che i giuristi classici dicono debitum, però incoercibile e produttivo soltanto della esclusione della repetitio soluti, sia una figura che giustifichi la dottrina del Pacchioni. Ai Romani ripugnava trasportare in questo campo il termine obligatio, ma con evidente disagio essi parlano, in questa materia, anche di debitum. E Giuliano (D. 46, 1, 16, 4) ammonisce: licet minus proprie debere dicantur (servi), per abusionem intellegi possunt debitores et qui ab his pecuniam recipiunt sibi recepisse. Ulpiano, poi a sua volta (D. 15, 1, 41) commenta: nec servus quicquam debere potest nec servus potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam [ad] ius ...

La non coercibilità del rapporto esclude sia l'obligatio sia il debitum: con significazione non tecnica e abusiva, proprio per adoperare le parole dei giuristi romani, questi parlano di debitum dove la coercibilità del rappor-

to è esclusa, ma vi ha una species, in qua solutum repeti non potest: dove, insomma, il debitum non genera l'actio, ma produce soltanto la retentio soluti.

Giunti a questo punto, è necessario affrontare l'esame dei testi: dei testi genuini, dai quali risulterà il significato classico di obligatio naturalis = obligatio iuris gentium, munita di azione, e dei testi interpolati dai quali emergerà il significato giustiniano di obligatio naturalis, contrapposta a obligatio iuris civilis e a obligatio iuris gentium, ricollegantesi al nuovo concetto giustiniano del ius naturale.

Vedremo che obligatio naturalis è espressione che generalmente qualifica quei casi in cui già la giurisprudenza romana non ammetteva la repetitio soluti o altri casi nuovi, che il diritto giustiniano vi aggiunge, aventi lo stesso effetto, ma che talvolta qualifica anche rapporti produttivi di azione, sui quali per altro l'influenza del nuovo concetto del ius naturale è estremamente evidente.

LE OBLIGATIONES NATURALES NEL DIRITTO ROMANO.

I testi, che, per quanto scarsi, contengono l'espressione obligatio naturalis, nel significato classico, sono i seguenti:

Uno, il più interessante, è un testo di Paolo; D. 45, 1, 126, 2, libro 3 quaestionum:

"Chrysogonus Flavii Candidi servus actor scripsit, coram subscribente et adsignante domino meo, accepisse eum a Julio Zosa rem agente Julii Quintilliani absentis, mutua denaria mille. quae dari Quintilliano heredive eius, ad quem ea res pertinebit, Kalendis Novembribus, quae proximae sunt futurae, stipulatus est Zosas libertus et rem agens Quintilliani, spondit Candidus dominus meus. sub die infrascripta si satis eo nomine factum non erit, tunc quo post solveretur, usurarum nomine denarios octo praestari stipulatus est

Julius Zosas, spondit Flavius Candidus dominus meus".

Respondi: per liberam personam, quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret [vel suam vel] nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur: sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutilis est, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui [principaliter] obligatio quaerebatur.

Superest (ut) quaeramus, an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit: (sed magis est ne possit, ins. Mommsen) nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione.

Il caso è questo. Un certo Giulio Zosa, liberto di Giulio Quintiliano, durante l'assenza del proprio patrono, dà denaro a mutuo. Come suol farsi, ricorre anche alla stipulazione, anzi, più precisamente, alla sponsio (come risulta dal riferimento della fattispecie: stipulatus est Zosas libertus et rem agens Quintilliani, spondit Candidus dominus meus;

stipulatus est Julius Zosas, spondit Flavius Claudius dominus meus), perchè gli si prometta la restituzione della somma data a mutuo.

Anche nel diritto moderno si possono avere più causae debendi in ordine alla stessa prestazione. Un inquilino, per esempio, fa una cambiale nella quale riversa il suo debito per il contratto di locazione. L'esistenza di due causae debendi non vuol già dire che si debba pagare due volte, ma solo che si può richiedere il debitum in base a una causa o in base all'altra. Se si paga una volta, non si dovrà più nulla.

Ritornando al testo di Paolo, questi si domanda se il liberto Zosa, che ha contrattato, possa ripetere il denaro ex numeratione, cioè in quanto si sia costituito il contratto reale di mutuo.

Si deve distinguere, risponderebbe Paolo: se la sponsio è intervenuta mentre si consegnava il denaro, non si avrà se non una obbligazione verbale (cfr. anche D. 46, 2, 7) e si potrà, quindi, intentare l'azione in base alla stipulazione: nel caso concreto, per altro, l'azione non si potrà intentare perchè la sponsio fatta dal liberto Zosa a favore di un terzo (il patrono Quintiliano) è inutilis.

Se la numeratio, la consegna del denaro, precede la

sponsio, si rimarrebbe obbligati - soggiunge Paolo - per la obbligazione naturale. La sponsio nulla, perchè in favore di un terzo, non ha efficacia novativa del rapporto obbligatorio precedente, come non l'ha la stipulatio a servo o la sponsio peregrini (Cfr. Gai 3, 176 in fine). Così, si viene a chiamare obligatio naturalis quella derivante dal mutuo, munita d'azione, in quanto è obbligazione iuris gentium, contrapposta alla sponsio, obbligazione iuris civilis (cfr. Gai 3, 93).

Le parole:

plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione,

che la critica moderna ha ritenuto interpolate (il Segrè, principalmente, ha accumulato una serie di indizi dimostrativi, secondo lui, della interpolazione), sono genuine. Stonate, se fossero dei Giustiniani, che hanno del ius naturale ben altra nozione, si confanno mirabilmente al giurista classico per il quale il mutuo è contratto appartenente al ius naturale, in quanto che per il giurista classico ius naturale è il ius gentium.

Possiamo, qui, piuttosto aprire una parentesi e scoprire perchè questo testo proprio nella parte finale non è stato toccato dai Giustiniani nei riguardi della efficacia del-

la novazione. Perchè nel diritto giustiniano la stipulatio a favore di un terzo è ammessa, a differenza di quel che nel diritto classico avveniva. Ciò risulta soprattutto da un rescritto dell'imperatore Diocleziano (C. 5, 14, 7), che nella sua genuina redazione diceva, come ci attesta un giureconsulto bizantino, Taleleo:

Pater, pro filia dotem datam genero ea prius in matrimonio defuncto nepotibus pactus restitui, his actionem quaerere non potuit,

e nella redazione giustiniana dice invece:

Pater, pro filia dotem datam genero ea prius in matrimonio defuncta nepotibus pactus restitui, [licet] his actionem quaerere non potuit, [tamen utilis eis ex aequitate accomodabitur actio.]

Se non ostava, dunque, più la regola classica della nullità della stipulazione a favore di un terzo, perchè l'obligatio ex mutuo non è novata, nel diritto giustiniano, dalla successiva stipulatio?

Al proposito è da avvertire che, mentre nel diritto antico e classico, per la sussistenza di una nuova causa obbligatoria la precedente si estingueva immediatamente, cioè si aveva una novazione, perchè non si ammetteva che fosse possibile uno stesso debito per due cause diverse, nel diritto

nuovo una prestazione poteva proprio essere dovuta per due diverse cause: quindi, perchè la prima si estinguesse, occorreva l'animus novandi.

La parte finale del testo di Paolo, pertanto, non contraddice al regime giustiniano della novazione. Nel diritto classico l'obligatio ex mutuo, che il giurista chiama obligatio naturalis, non è tolta di mezzo dalla sponsio successiva, perchè questa è inutilis alla pari della stipulatio a servo o della sponsio peregrini (cfr. Gai 3, 176 in fine); nel diritto giustiniano non è tolta di mezzo dalla stipulatio, divenuta valida per la riconosciuta validità della stipulatio a favore di terzi, perchè manca l'animus novandi.

Altro testo, anch'esso di Paolo, nel quale è messo in chiarissima evidenza il significato di obligatio naturalis, come di obbligazione iure gentium, munita di azione, è D. 50, 17, 84, 1.

Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

Va tenuto presente che non soltanto questo testo è di Paolo, ma è estratto dallo stesso libro terzo delle quaestiones, da cui è estratto il testo precedente.

Così, com'è riferito nella redazione giustiniana, è

guasto o, per dir meglio, lacunoso: le parole cuius fidem secuti sumus sono sospese per aria; ma ciò, perchè è caduto l'esempio di contratto iuris gentium che nella redazione originaria certamente c'era. Le parole fidem sequi sono caratteristicamente allusive al contratto di mutuo.

Non ostante la lacuna, la formulazione generale, che nel testo è ancor contenuta, è quella che qui ci interessa, e questa formulazione stabilisce un'equazione perfetta tra natura debere e debere iure gentium, cioè tra obligatio naturalis e obligatio nascente da contratto iuris gentium, e per ciò coercibile.

A Paolo appartiene pure un testo (D. 12, 6, 15, pr. libro 10 ad Sabinum) che dice:

Indebiti soluti condictio naturalis est [et ideo] etiam quod rei solutae accessit venit in compensationem.

Anche questo testo è chiaramente dimostrativo del significato dell'appellativo naturalis riferito alla condictio indebiti.

La condictio indebiti è detta naturalis perchè è iuris gentium, riconosciuta nell'ordinamento giuridico del popolo romano e nell'ordinamento giuridico degli altri popoli. Nel testo sono poco a posto le parole et ideo, come giustamen-

te rileva il Siber, perchè il far dipendere l'esperibilità della condictio anche per conseguire le accessioni (quod rei solutae accessit) dall'essere la condictio naturalis, è poco sensato; ma il significato classico di naturalis non è equivoco e la sua equivalenza a iuris gentium è manifesta.

I Romani dicono istituiti naturali la compravendita, la locazione, la società, perchè sono contratti iuris gentium.

Naturales, in questo senso, sono definite la locatio conductio e l'emptio venditio da Paolo (D. 19, 2, 1 libro 34 ad edictum):

Locutio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.

Si potrebbe osservare che il testo non dice cosa perfettamente esatta quando fa dipendere la consensualità di questi contratti dalla circostanza che sono iuris gentium, poichè anche l'obligatio verbis, non conchiusa nella forma della sponsio, è iuris gentium (Gai 3, 93); si potrebbe anche aggiungere che, in vece dell'et nella frase cum naturalis sit et omnium gentium meglio starebbe id est; ma l'accostamento dei due concetti li mette, anche così, l'uno in

funzione dell'altro: locazione-conduzione e compravendita sono contratti iuris gentium e, per ciò, naturales, proprio come Gaio più compostamente dice della societas:

Gai 3, 154 sed ea quidem societas de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit. Est autem aliud genus societatis proprium civium romanorum etc.

Gli è soltanto nel diritto giustiniano che questa equivalenza tra ius gentium e ius naturale si altera e, conseguentemente, si altera l'equivalenza tra obligatio iuris gentium e obligatio naturalis.

E' assai significativo quanto il bizantino Teofilo avverte nella sua Parafrasi (1, 2, 1: trad. Ferrini):

... qui enim rempublicam constituit eamque legibus vult exornare per duas hasce vias procedens iura condit: aut enim ius gentium constituit, quod per abusionem naturale vocamus, aut civile ... et quid est ius gentium? ius gentium est quod ad omnes homines, qui ratione nimirum vivere volunt, extenditur; exempla autem eius sunt ... fieri contractus, venditiones emptiones, locationes conductiones, deposita, societates, mutua.

Le obbligazioni scaturenti dai contratti, che Teofilo elenca, sono per i Bizantini iuris gentium, ma per abusionem si dicono naturales, perchè per abusionem si confondono fra essi ius gentium e ius naturale, dato il nuovo significato da quest'ultimo ius assunto al loro tempo e riflesso nella compilazione di Giustiniano.

Vi hanno ancora due testi, che sono particolarmente interessanti per lumeggiare il significato classico di obligatio naturalis, e cioè D. 12, 6, 41; D. 44, 7, 58 (59).

Il primo è di Nerazio (libro 6 membranarum):

Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit (et nondum pubes factus) solverit, repetitio est, quia nec natura debet.

L'altro è di Licinio Rufino (libro 8 regularum):

Pupillus mutuum pecuniam accipiendo (et spondendo) ne quidem iure naturali obligatur.

Sono testi sicuramente genuini, malgrado il sospetto avanzato tempo addietro dal di Marzo.

Orbene: il non debere natura del primo testo è equivalente al non iure naturali obligari del secondo; e questo non iure naturali obligari è, a sua volta, equivalente al non iure gentium obligari.

Il pupillo iure gentium non si obbliga, perchè l'isti-

tuto della tutela degli impuberi è iuris gentium, a differenza della tutela muliebre, che Gaio dice propria del popolo romano. È interessante il richiamo del passo gaiano.

Gai l, 189: Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatum iure contingit; quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela negatur, nec fere civitas est, in quo non licet parentibus liberis suis impuberibus testamento tutorem dare ... Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur

Da questo richiamo risulta chiaramente illuminato il punto concernente l'inesistenza della obligatio naturalis, affermata da Nerazio in ordine alla obbligazione assunta dal pupillo senza l'auctoritas tutoris: l'obbligazione naturale non esiste, perchè il pupillo contraente senza il consenso del tutore, non obligatur iure naturali, cioè - come Gaio spiega - non obligatur iure gentium.

Il che vuol dire, a contrariis, che l'obligatio naturalis è scaturente dal ius gentium.

C'è, per altro, un testo gaiano, che sembrerebbe dar torto alla dottrina che identifica l'obbligazione naturale, nel suo significato classico, con l'obbligazione del ius

gentium: un testo, che sembra dar ragione alla dottrina, prima dello studio del Siber dominante, che nega questa identificazione o, per lo meno, alla dottrina del Perozzi che -come abbiamo visto- ritiene riconosciuta dalla giurisprudenza romana come obligatio naturalis solamente quella del servus.

Il testo è Gai 3, 118, 119 - 119 a:

118. Sponsoris vero et fide promissoris similis condicio est, fideiussoris valde dissimilis.

119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. at illud quaeritur, si servus aut peregrinus sponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur.

119 a. Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sine litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest, at ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi debeatur.

La dottrina dominante fino al Perozzi e la dottrina recente, che non accoglie la tesi del Perozzi, ricava dalla forma di passaggio usata in questo passo gaiano (adeo quidem ut) che l'obligatio servi è un esempio di obbligazione naturale nel senso di obbligazione sfornita di azione.

Il Perozzi dalla stessa forma di passaggio deduce che l'obligatio servi è il solo esempio di obbligazione naturale in questo senso.

Se l'una o l'altra di queste interpretazioni del passo gaiano fosse fondata, si dovrebbe concludere che già la giurisprudenza romana ammetteva una figura di obbligazione naturale, sfornita di azione, contrariamente a ciò che ammetteva negli altri testi esaminati più sopra, nei quali l'obligatio naturalis è per essa, inequivocabilmente, l'obligatio fornita di azione, iuris gentium.

Ma noi accediamo oggi alla tesi acutamente sostenuta dal Siber, secondo la quale il passo gaiano dice cosa ben diversa da quanto gli viene fatto dire.

Evidentemente, sia l'interpretazione dominante fino al Perozzi, sia l'interpretazione di questo romanista, risentono dell'influenza esercitata dai testi interpolati delle Pandette.

Ha ragione di osservare il Siber che il lettore delle Istituzioni di Gaio, in cui nè pure una volta l'obligatio naturalis è indicata come l'obbligazione sfornita di azione, ma si considera naturalis l'obligatio nascente dal contratto consensuale di società, perchè iuris gentium; in cui, anche, per distinguere tra modi iuris gentium e modi iuris civilis di acquisto del diritto di proprietà, si distingue tra naturali iure alienare e alienare iure civili, non avrebbe certo potuto intendere le naturales obligationes contrapposte alle obligationes civiles del § 119 a del libro terzo, se non come obligationes iuris gentium, e non avrebbe potuto veder riflessa qui nessun'altra contrapposizione se non quella tra istituto iuris gentium (detto anche naturale) e istituto iuris civilis.

L'attenta critica del passo gaiano illumina la fondatezza di questa considerazione.

Nella prima parte Gaio ammonisce che, a proposito di garanzia della obbligazione, bisogna distinguere tra sponsio e fidepromissio da un lato; fideiussio, dall'altro.

La sponsio e la fidepromissio possono accedere soltanto ad obbligazioni verbali (sia iuris civilis, sia iuris gentium: Gai, 3, 93), nè importa se sia nulla l'obbligazione per il fatto che fu contratta da una donna o da un pu-

pillo senza l'auctoritas tutoris o per il fatto che il promittente promise di dare post mortem suam: è soltanto dubbio (quaeritur) se possano accedere a una sponsio (contratto iuris civilis) di un servus o di un peregrinus.

La fideiussio, in vece, accede a tutte le obbligazioni, anche se non verbali, sia civiles, cioè iuris civilis, (come quella derivante dalla sponsio), sia naturales, cioè iuris gentium, (come ad es. quella derivante anche dalla stipulazione conclusa non con le parole spondes? spondeo), a tal punto che il fideiussore si può obbligare anche per il servus.

Insomma, era dubbio se la sponsio o la fidepromissio potesse accedere alla sponsio di un servus: non era dubbio che alla sponsio di un servus potesse accedere la fideiussio.

Questo passo di Gaio, per tanto, si accorda perfettamente con gli altri passi dello stesso giurista che adoperano la qualifica naturalis per indicare un rapporto di iuris gentium: sia il contratto consensuale di società, perchè iuris gentium; sia - nel campo dei modi di acquisto della proprietà - la tradizione, perchè iuris gentium anch'essa.

E si accorda perfettamente coi testi degli altri giu-

risti, conservatici immuni da alterazioni nelle Pandette, in cui l'obligatio naturalis è detta - o altrimenti nettamente risulta -, obligatio iuris gentium.

Possiamo, del resto, a questo riguardo fare una interessantissima constatazione.

Il maestro bizantino, quando nella sua esposizione istituzionale presenta ai propri lettori il passo gaiano relativo alla fideiussione, poichè, a differenza di Gaio, non riconduce l'obligatio naturalis al ius gentium, che per abusionem dice ancora chiamarsi ius naturale, ma la riconduce al ius naturale inteso nel nuovo senso giustiniano, come obbligazione sancita dalla natura e non dal diritto, per ciò sfornita di azione, sente il bisogno di dire che cosa sia questa obligatio naturalis che egli contrappone alla obligatio civilis. E precisamente Teofilo nella Parafrasi (3,20,

1) si esprime così:

(trad. Ferrini) In omnibus autem obligationibus fideiussores accipi solent, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint. ac ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adiciatur fideiussor. quid autem hoc sibi velit dicendum est. Haec imprimis perspecta habeas. obligationum aliae civiles sunt, aliae

naturales: civiles sunt, ex quibus actiones oriuntur, quae in reum intendi possunt efficientque ut condemnentur: et ex quibus solutio facta repetitionem non admittunt: neque enim si invitus reus solverit repetere poterit. naturales autem sunt, quae neque actionem pariunt, neque condemnationem afferunt. duas ergo in isdem notas deprehendere licet, quod nempe solutio ex his facta repetitionem non admittit, et quod dati fideiussores natura et iure tenentur. est enim iuris regula, quorum principales naturaliter tenentur, fideiussores naturaliter et civiliter obligari. in qua causa est pupillus qui sine tutoris auctoritate mutuum accipit: ipse enim naturaliter tenetur, fideiussor autem eius naturaliter et civiliter. cum haec perspecta tibi sint, vide quid inde sequatur. diximus non solum in civilibus actionibus, sed etiam in naturalibus recte fideiussorem accipi posse. naturales actiones sic intellege, veluti si servus extraneo debitor fiat, seu etiam domino (naturaliter, ut patet: nam civiliter id fieri non potest), detque fideiussorem sive extraneo sive domino suo pro his, quae debet: tenetur ergo fideiussor tam naturaliter quam civiliter cum principalis debitor, id est ser-

vus, naturaliter tantum obligetur.

Questo excursus sarebbe stato necessario anche per Gaio, se avesso inteso l'obligatio naturalis, così come la intendeva Teofilo, e non l'avesse invece intesa come obligatio iuris gentium.

LE OBLIGATIONES NATURALES
NEL DIRITTO ROMANO GIUSTINIANEO.

La figura classica dell'obligatio naturalis scompare nel diritto giustiniano.

Il passo delle Istituzioni giustiniane (3, 20, 1), che riferisce con palesi alterazioni, rilevabili mediante il confronto testuale, il passo delle Istituzioni di Gaio (3, 118 - 119a), se non si diffonde, come il corrispondente passo delle Parafrasi di Teofilo, a discettare della obligatio naturalis, nel senso nuovo di obbligazione sfornita di azione, intende l'obligatio naturalis in questo nuovo senso, non nel senso gaiano e classico di obbligazione iuris gentium.

Gli accenni alla società consensuale iuris gentium, e per ciò, fonte di obligatio naturalis, che sono nella trattazione di Gaio relativa alla societas, non sopravvivono nella corrispondente trattazione che Giustiniano ne fa.

Sopravvivono gli altri pochi testi, ma come relitto storico, senza più valore per la dottrina giustiniana; e sopravvivono, perchè trascurati dai compilatori. Una più attenta opera legislativa li avrebbe eliminati o mutati anch'essi.

L'obligatio naturalis per i Giustiniani, anzi che essere l'obligatio iuris gentium munita di azione, è l'obligatio avente la sua fonte nel ius naturale, inteso come il ius semper aequum ac bonum, distinto sia dal ius gentium sia dal ius civile.

Talvolta, questa obligatio è pur munita di azione; assai più spesso, no. Talvolta essa qualifica un rapporto che, per ottemperare ai dettami dell'aequitas, o era già stato munito di azione dal pretore romano o ne vien munito per la prima volta dai Giustiniani; assai più spesso, qualifica rapporti sforniti di azione ai quali, per altro, sarebbe stato biasimevole estendere la condictio indebiti, cioè species in quibus solutum repeti non potest, o già regolate dal diritto classico o aggiuntesi ai casi classici attraverso interpolazioni giustiniane.

L'obligatio iuris civilis o iuris gentium ha la sua base nel ius positivo; l'obligatio iuris naturalis ha, per i Giustiniani, la sua base nel ius naturale, o-come anche

essi dicono - nell'aequitas, di cui il ius naturale, per essi, si sostanzia.

L'obligatio iuris civilis o iuris gentium, costituente per i Giustiniani in un ampio senso l'obligatio civilis, nel senso di obbligazione sancita dal diritto, è vinculum iuris (Inst. 3, 13, pr.): l'obligatio naturalis, nel senso di obbligazione sancita dalla natura, è vinculum aequitatis (D. 46, 3, 95, 2) produttiva talvolta di un effetto pieno, cioè dell'azione; produttiva assai più spesso di minori effetti: tra essi, la soluti retentio.

A dimostrare il nuovo fondamento della obligatio naturalis giustiniana, basta ricomporre un testo ulpiano che è stato spezzato nel Digesto e ricostruirlo nella sua redazione originaria.

Il testo (libro 43 ad Sabinum diceva così:

Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ius.

Servi pro nullis habentur.

Il testo rilevava che, rigorosamente parlando, non vi può essere debitum di un servus; soltanto abusivamente se ne parla per spiegare il fatto che, pur non avendo lo schiavo azione contro il dominus e l'estraneo, e pur non avendo-

la il dominus e l'estraneo contro lo schiavo, tuttavia ciò che è pagato dallo schiavo, o è a lui pagato, non è ripetibile.

Motivo della inesistenza di un debitum, in senso tecnico, dello schiavo è questo: servi pro nullis habentur; gli schiavi non sono, cioè, soggetti di diritto.

Attualmente, invece, questo testo costituisce i frammenti raccolti in D. 15, 1, 41 e in D. 58, 17, 32, nella redazione giustiniana formulati così:

D. 15, 1, 41

(Ulp. libro 43 ad Sabinum)

Nec servus quisquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur factum magis demonstramus quam ad ius [civile] referimus obligationem.

D. 50, 17, 32

(Ulpianus libro 43 ad Sabinum)

[Quod attinet ad ius civile] servi pro nullis habentur: [non tamen et iure naturali, quia quod ad ius naturale attinet omnes homines aequales sunt.]

L'alterazione, in senso cristiano, di questo secondo frammento rivela l'alterazione anche del precedente, col

quale, nell'opera originaria di Ulpiano, era strettamente allacciato.

E la loro alterazione porta a questo risultato. Mentre Ulpiano diceva che il rapporto obbligatorio, in cui entra come parte un servus, è piuttosto un factum che una obligatio in senso giuridico, i Giustiniani dicono che è un factum, piuttosto che una obligatio secondo il ius civile. Il che vuol dire: è un factum che è una obligatio secondo il ius naturale.

Ulpiano escludeva l'obligatio del servus argomentando dalla sua incapacità giuridica; i Giustiniani escludono soltanto l'obligatio iuris civilis del servus, perchè soltanto quod ad ius civile attinet servi pro nullis habentur; non escludono l'obligatio naturalis di lui, perchè quod ad ius naturale attinet omnes homines aequales sunt.

In un notissimo testo (D. 12, 6, 64) Trifonino scriveva:

Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit,

ma i Giustiniani soggiungono:

[quia naturale adgnovit debitum: ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium

iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio
in condicione naturaliter intelligenda est.]

L'interpolazione di questa motivazione, che riconduce l'irrepetibilità di ciò che allo schiavo manomesso è pagato dal dominus al riconoscimento di una obbligazione naturale, è sicura. Sono i Giustinianeî che - come abbiamo più sopra avvertito - dicono che la schiavitù è iuris gentium ma contra naturam; cosicchè, mentre Gaio (2, 69) scriveva che:

ea quoque quae ex hostibus capiuntur (e così anche i soldati nemici fatti prigionieri) naturali ratione nostra fiunt,

riproducendo il passo Gaiano, essi dicono invece (Inst. 2, 1, 17):

Item ea, quae ex hostibus, iura gentium statim nostra fiunt.

Non si potrebbero invocare testimonianze più decisive della sicura alterazione dei testi or ora veduti, di Ulpiano (D. 15, 1, 41 - D. 50, 17, 32) e di Trifonino (D. 12, 6, 64), per dimostrare l'origine postclassica giustiniana del significato della espressione obligatio naturalis o debitum naturale in relazione al nuovo, postclassico giustiniano, concetto di ius naturale.

La contrapposizione obligatio civilis - obligatio na-

turalis, risolvendosi nella contrapposizione vinculum iuris - vinculum aequitatis, o nella contrapposizione vinculum civile - vinculum naturale, ha il suo rilievo in questi testi:

Inst. 3, 13 pr.

D. 46, 3, 45, 2

obligatio est iuris vinculum
quo necessitate adstringimur
alicuius solvendae rei ...

(Papinianus libro 28 quaestionum) Naturalis obligatio,
ut pecuniae numeratione, ita
iusto pacto vel iureiurando
ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo
sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur: ideoque fideiussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.

Su D. 46, 3, 45, 2 noi avremo occasione di ritornare più innanzi: qui basterà rilevare che si parla di obligatio naturalis a proposito di un negozio concluso dal pupillo senza l'intervento dell'auctoritas tutoris e noi abbiamo già visto che i giuristi classici dicono che, in questo caso, il pupillo ne iure quidem naturali obligatur, nel senso che non si obbliga nè iure civili nè iure gentium.

Non potevano, qui, gli stessi giuristi adoperare l'espres-

sione obligatio naturalis in una accezione diversa da quella di obligatio iuris gentium.

La contrapposizione vinculum civile - vinculum naturale è in un testo papiniano (D. 12, 6, 59), anch'esso certamente alterato.

L'OBLIGATIO NATURALIS GIUSTINIANA
PRODUTTIVA DI AZIONE.

Abbiamo già avvertito che l'obligatio naturalis giustiniana è, solitamente, un rapporto obbligatorio sfornito di azione, sancito dalla natura (cioè dal ius naturale) anzi che dal diritto (cioè dal diritto positivo); e i testi di Ulpiano, di Trifonino, di Papiniano, che abbiamo richiamati, riguardano esempi di questa obligatio naturalis.

Ma abbiamo anche soggiunto che talvolta, per quanto assai più raramente, l'obligatio naturalis giustiniana produce tutti gli effetti della obligatio civilis, cioè anche l'azione: essa si chiama, ciò non ostante, naturalis, perchè secondo il ius civile l'obbligazione cessa o non nasce: il rapporto è tutelato contro il ius civile dal ius honorarium, che si ispira all'aequitas, e che, per ispirarsi all'aequitas, i Giustiniani qualificano come ius naturale; o, contro il ius populi romani, dalla nuova le-

gislazione, cioè dal ius giustiniano, che anche più energicamente pone nell'aequitas il suo fondamento.

Dobbiamo ora esaminare, sia pur brevemente, i testi, in cui obligatio naturalis è espressione interpolata per indicare un rapporto obbligatorio, munito di azione contro il ius civile, inteso in senso stretto e contrapposto al ius honorarium; o contro il ius civile, inteso in ampio senso come ius populi romani, e contrapposto al ius giustiniano.

Lo studio del Siber ha lumeggiato assai bene questo punto, per quanto le nostre affermazioni e la nostra critica non coincidano perfettamente con le sue affermazioni e con la sua critica.

Un primo testo, sul quale dobbiamo portare il nostro esame, è D. 4, 5, 2, 1 - 2:

Ait praetor: qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo.

Hi qui capite minuntur ex his causis, quae capitum deminutionem praecesserunt, [manent obligati naturaliter.]

L'editto pretorio riguarda la capitis deminutio minima:

questa estingue iure civili l'obbligazione precedentemente contratta, ma il pretore concede un'azione che annulla praticamente l'effetto derivante dalla capitis deminutio minima secondo il ius civile.

Per ciò Ulpiano, a rendere esattamente questa situazione giuridica, doveva dire non già: manent obligati naturaliter, dato che per i giuristi classici ciò avrebbe significato: manent obligati iure gentium, ma doveva dire invece: iure honorario debent o iure honorario manent debitores.

I Giustiniani preferiscono dire manent obligati naturaliter, per porre in evidenza che il principio romano del ius civile è contrario al ius naturale come essi lo intendono. Ciò viene accentuato in uno scolio di Stefano, che riferiamo nella traduzione del Heimbach (sch. a Bas. 46, 2, 1):

Dicit autem Ulpianus, eos, qui capitis deminutionem passi sunt, ... manere naturaliter obligatos in solidum: iure enim civili videntur mortui ... praetor dat in eos in solidum formulam rescissoriam, quoniam natura tenentur. Solet autem praetor subvenire iuri naturali.

Non diremmo, invece, che l'espressione manent obligati naturaliter abbia qui una duplice accezione, come vorrebbe il Siber; che, cioè, nel caso di capitis deminutio minima

(perdita dello status familiae) sia una obligatio naturalis munita di azione; nel caso di capitis deminutio media (perdita della cittadinanza), o di capitis deminutio maxima (perdita della libertà), sia una obligatio naturalis senza azione.

Il luogo, dove l'espressione è interpolata (cioè, il commento ulpiano all'editto del pretore riguardante la capitis deminutio minima), e gli scolii dei Basilici, escludono questa ipotesi.

E' da avvertire, piuttosto, che una affermazione più generale della sopravvivenza della obligatio naturalis, nella sua duplice accezione giustiniana, quando è intervenuta la liberazione del debitore iure civili, è quella che troviamo ora in D. 46, 1, 60: in un testo, sul quale non ha mancato di richiamare l'attenzione, e del quale ha fatto una precisa esegesi, il Siber.

E' un testo di Scevola, estratto dal libro primo dei suoi responsi. Nella redazione giustiniana dice così:

[Ubicumque] reus ita liberatur a creditore ut [natura] debitum maneat, teneri fideiussorem respondit: cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem [aut iure aut exceptione] liberandum.

Come attraverso la Palingenesi Leneliana si può vedere, questo testo riguardava anch'esso, come il precedente di Ulpiano (D. 4, 5, 2, 1-2) la capitis deminutio minima; Scevola, come Ulpiano, doveva dire che questa estingueva l'obbligazione civile; ma che, concedendo il pretore un'azione come se la capitis deminutio minima non fosse intervenuta, il debitore era tenuto iure honorario. E precisamente qui Scevola doveva dire:

(Cum propter capitis deminutionem) reus ita liberetur a creditore ut (iure honorario) debitum maneat, teneri fideiussorem respondit.

I compilatori rompono il concreto riferimento di questo responso alla capitis deminutio minima, sia non trasportando il testo nella sedes materiae, cioè nel titolo de capite minutis D. 4, 5, ma nella sedes materiae della fideiussione, cioè nel titolo de fideiussoribus et mandatoribus D. 46, 1; sia eliminando le parole propter capitis deminutionem e sostituendo ad esse il generale avverbio ubicumque.

Così operando, riescono effettivamente a porre una massima che ha un valore più generale di quello che ha la massima contenuta in D. 4, 5, 2, 2: qui l'affermazione manent obligati naturaliter è ancor rigorosamente riferita a coloro che subiscono la capitis deminutio minima e l'obligatio

naturalis è qui munita di azione; là, in vece, in D. 46, 1, 60 l'affermazione che il fideiussore è tenuto ogni qualvolta (ubicumque), estinta l'obligatio civilis, sopravvive il debitum natura, ha una più ampia portata e il debitum natura non è soltanto quello fornito d'azione, ma anche, anzi - diremmo, soprattutto - quello non coercibile.

E', forse, conforme allo spirito che ha fatto spostare questo testo dalla sua naturale sede e che lo ha fatto interpolare nel modo che abbiamo veduto; è - diciamo - forse conforme a quello spirito vedere affermata in questo testo la sopravvivenza di una obligatio naturalis, quando sia prescritta l'azione per far valere l'obligatio civilis.

Altro testo, in cui naturalis sta in luogo di debitum iure honorario, munito, per ciò, di azione, è:

D. 20, 1, 14, 1 (Ulpianus libro 73 ad edictum):

Ex quibus causis [naturalis obligatio] consistit, pignus perseverare constitit.

E' buona congettura del Siber che questo passo sia stato staccato da altro passo dello stesso Ulpiano conservato in D. 42, 8, 10, 22 (Ulpianus libro 73 ad edictum):

Praeterea generaliter sciendum est ex [hac actione] restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerint sive obligationes, ut perinde omnia

revocentur ac si liberatio facta non esset.

I due passi, appartenenti allo stesso libro della stessa opera ulpiana, sembrano nettamente collegati l'uno all'altro. Orbene: siamo in materia di revoca degli atti compiuti in frode dei creditori e precisamente in materia di rimessione di un debito fatta in frode di essi. La revoca importa una restitutio in pristinum statum: se l'obbligazione rimessa era garantita da pegno, vien posta nuovamente in essere così com'era costituita, e cioè garantita dal pegno come per l'innanzi. Naturalis obligatio è, pertanto, espressione che non poteva usare Ulpiano per il quale essa voleva significare obligatio iuris gentium, ma è espressione che volentieri usano i Giustinianeî per rilevare che la revoca, attuata dal pretore, è conforme all'aequitas naturalis, al ius naturale.

La somma di questo testo, conservataci nei Basilici (24, 2, 14) mal rende il pensiero dei compilatori dicendo:

καὶ ὑπὲρ φυσικῆς ἐνοχῆς ὑποθήκη γίνεται

(Etiam pro naturali obligatione pignus constituitur).

Il verbo γίνεται non traduce il latino perseverare constitit: l'autore della summa pensa alla più frequente obli-

gatio naturalis giustiniana, sfornita d'azione, che può anch'essa esser garentita da pegno.

Una obbligazione munita di azione è quella indicata con l'espressione obligatio naturalis in un testo di Venuleio (D. 14, 6, 18 libro 2 stipulationum):

Creditorum filiifamilias mortuo eo fideiussorem accipere non posse Julianus scribit, quia nulla [obligatio] aut civilis [aut naturalis] supersit, cui fideiussor accedat: plane a patre eius actionis nomine, quae de peculio adversus eum competat, fideiussorem recte accipi.

Ma anche qui obligatio naturalis è espressione che sostituisce honoraria actio. A illuminare questa sostituzione è decisivo il confronto di questo testo con due testi giulianei (D. 46, 1, 11 e 12) che contemplan la stessa ipotesi:

D. 46, 1, 11: Qui contra senatusconsultum filiifamilias crediderit, mortuo eo fideiussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent:

D. 46, 1, 12: plane eius actionis nomine quae de

peculio adversus eum competit, fideiussor recte accipitur.

Si può dire che la stessa fattispecie è descritta con le stesse parole, se si eccettuano le parole nulla obligatio aut civilis aut naturalis, che s'incontrano nel testo di Venuleio, in vece delle altre neque civilem neque honorariam actionem, che sono nel testo di Giuliano. Ma quelle parole giustamente sono attribuite dal Siber ai Giustiniane: anche qui, a sostituire l'obligatio naturalis all'actio honoraria interviene il rilievo della corrispondenza che c'è tra quest'actio e il ius naturale: il pretore, concedendo le cosiddette azioni adiettorie (quod iussu, exercitoria, institoria, de peculio, de in rem verso) contro il paterfamilias, per debiti contratti dal filiusfamilias, attua i postulati dall'aequitas naturalis, ottempera ai precetti del ius naturale staccandosi da quelli che sono i precetti del ius civile.

L'interpolazione è ispirata dallo stesso pensiero che fa definire a Teofilo il peculio così: (trad. Ferrini):

naturale quoddam patrimonium, quia iure civili is, qui in aliena potestate est, nihil suum habere potest.

Di una obbligazione, che è detta avere una naturalis praestatio, e che è coercibile, perchè al suo soddisfacimen-

to provvede un'actio in bonum et aequum concepta, cioè l'actio de dote, parla D. 4, 5, 8 (Gaius libro 4 ad edictum provinciale):

Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilo minus durat etiam post capitis deminutionem.

A questo testo gaiano è allacciato un brevissimo testo di Paolo (D. 4, 5, 9 Paulus libro 11 ad edictum), che dice:

ut quandoque emancipata agat.

Il testo di Gaio è stato oggetto di critiche non concordanti: chi ne elimina come spuria una parte, chi l'altra: cosicchè molto contrastata è la ricostruzione del pensiero del giurista classico. A nostro avviso, l'esegesi più felice di questo testo è stata fatta dal Siber, la meno felice dal Perozzi; ma anche l'esegesi del Siber ha bisogno, secondo noi, di essere rafforzata con considerazioni nuove.

Il testo ha un'impressionante contenuto. Come mai Gaio parla di obligationes quae naturalem praestationem habere intelliguntur come oggetto dell'actio de dote, cioè dell'azione legale per la restituzione della dote?

E come mai Gaio afferma che l'actio de dote sopravvive alla capitis deminutio motivando la sopravvivenza col dire: quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest, come se l'azione legale per la restituzione della dote non fosse un istituto del ius populi romani?

A queste domande non è possibile dare una risposta, almeno una risposta che riesca soddisfacente.

Noi abbiamo modo, per altro, di ricostruire, quale era, il testo gaiano e di scoprire perchè il genuino testo gaiano è stato gravemente alterato dai Giustinianeî.

Effettivamente Gaio, nel libro quarto del suo commentario all'editto provinciale, commentava l'editto de capite minutis.

Due frammenti di questo commentario sono stati utilizzati per il Digesto; l'uno ci è conservato in D. 4, 5, 1:

Capitis minutio est status permutatio.

L'altro è quello di cui ci stiamo occupando.

Ora, le parole del primo testo e le parole centrali del secondo:

palam est capitis deminutione non perire quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non possunt, ricorrono in un passo delle Istituzioni dello stesso giurista, precisamente in Gai 1, 158, 159 ma non già a proposito

dell'actio rei uxoriae, si bene a proposito del ius cognationis. Ecco che cosa Gaio scrive:

Sed adgnationis quidem ius kapitis deminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest.

Est autem kapitis deminutio prioris status permutatio.

Che cosa concludere? Che nel suo commentario all'edictum provinciale Gaio doveva fare la stessa avvertenza che fa nelle Istituzioni: la motivazione, cioè, quia civilis ratio etc. non doveva riferirsi all'actio rei uxoriae, ma al ius cognationis.

Soltanto così, la motivazione torna perfettamente a posto. In seguito, doveva avvertire che l'actio rei uxoriae non si estingue per la capitis deminutio e dirne il perchè; doveva, in altre parole, come suppone il Mitteis, far derivare la non estinzione di questa azione dalla sua origine pretoria.

Ma, se il confronto con le Istituzioni ci consente di ricostruire lo sviluppo del pensiero gaiano e il certo riferimento che Gaio doveva fare della motivazione: quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest al ius cognatio-

nis, non all'azione dotale, possiamo anche scoprire perchè i Giustiniani si servissero del testo di Gaio per affermare il principio che l'obbligo alla restituzione della dote è una obligatio naturalis e che l'actio de dote ha la sua radice nel ius naturale contrapposto al ius civile.

Per scoprirlo, non c'è che da richiamare la profonda riforma dell'istituto della dote, operata da Giustiniano.

Riforma, per cui il marito non è più dominus della dote, ma piuttosto un usufruttuario e un amministratore; riforma, per cui la proprietà della dote appartiene alla donna. Nell'operare la sua riforma Giustiniano dice appunto che la proprietà del marito sulla dote è una subtilitas legum, ma che naturali iure proprietaria della dote è la donna. Ecco, come testualmente si esprime Giustiniano in C. 5, 12, 30 pr.:

In rebus dotalibus ... mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam ... cum eadem res ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio. non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.

Il testo interpolato del Digesto si ispira a questa co-

stituzione giustiniana, dell'a. 529. E abbiamo, così, un altro testo in cui si ha una obligatio naturalis, munita di azione, scaturente dal ius naturale nella nuova accezione giustiniana.

Uno scolio alla summa del testo gaiano nei Basilici (sch. a Bas. 46, 2, 7) mette in rilievo che qui si ha obligatio naturalis quae ex bono et aequo consistit, cioè un'obbligazione che deriva da quel ius naturale che, secondo la definizione interpolata in D. 1, 1, 11 semper aequum ac bonum est; mette in rilievo, anche, la coercibilità di questa obligatio naturalis separandola dalle altre, che coercibili non sono.

Una obligatio naturalis fornita d'azione è contemplata in D. 26, 8, 5, pr. (Ulpianus libro 40 ad Sabinum):

Pupillus obligari tutori eo auctore non potest. Plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det sive stipuletur ab eo. Sed et cum solus sit tutor si mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: [naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est

dandam] divus Pius rescripsit.

La maggioranza degli scrittori ritiene esatta la notizia riferita in alcuni testi, secondo la quale l'imperatore Antonino Pio avrebbe in un rescritto posto la norma che, pur non sorgendo obbligazione a carico del pupillo che contrae senza l'auctoritas tutoris, egli deve essere tenuto entro i limiti dell'arricchimento. Noi riteniamo che questa responsabilità nella misura dell'arricchimento risalga non all'imperatore romano, ma ai Giustiniani. Non è qui il luogo di discutere questo punto, chè la discussione ci porterebbe troppo lontano.

A rafforzare quanto abbiamo già a questo riguardo in altra sede avvertito, basterebbe richiamare un testo di Venuleio (D. 45, 2, 12, 1: libro 2 stipulationem) in cui è detto:

Si a Titio et pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero eadem decem, vel a servo, et quasi duo reos promittendi constitui, obligatum Titium solum Julianus scribit, quamquam, si servus sponderit, in actione de peculio eadem observari debent, ac si liber fuisset.

Venuleio riferisce l'opinione di Giuliano, ma non aggiunge che un rescritto di Antonino Pio avrebbe mutato lo stato delle cose introducendo a carico del pupillo una obbli-

gazione entro i limiti del suo arricchimento. Ciò Venuleio avrebbe dovuto aggiungere, se tra l'età di Giuliano e quella in cui Venuleio visse ci fosse stato un rescritto dell'imperatore Antonino Pio in questo senso.

Ma, sia che con la dottrina ancor dominante la responsabilità del pupillo, contraente senza l'auctoritas tutoris, nei limiti dell'arricchimento abbia origine classica; sia che, come noi crediamo, abbia origine giustiniana, si può esser d'accordo nel ritenere che il diritto classico non scorgeva in questa responsabilità del pupillo nella misura del suo arricchimento il riflesso di una obbligazione naturale del pupillo. Anche che dire:

naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est,

il giurista avrebbe dovuto dire:

(utili actione tenebitur) in quantum locupletior factus est.

Sono i Giustiniani che, anche qui, parlano di obligatio naturalis, pur essendovi un'azione per farla valere, perchè vogliono mettere in evidenza che rispondere entro i limiti dell'arricchimento, il non locupletari cum alieno detrimento è un principio basilare del ius naturale così come essi lo intendono, che si sovrappone a un diverso

principio, troppo formalistico, del vecchio ius civile.

E' da notare, finalmente, che la querella inofficiosi testamenti è impostata da Giustiniano sulla base di un debitum naturale che il padre ha verso i figli.

In C. 3, 28, 36, 2 Giustiniano si esprime così:

Illud praeterea sancimus, ut tempora de inofficio si querella ab adita hereditate secundum Ulpiani opinionem currant, Herennii Modestini sententia recusata, qui a morte testatoris ilico cursum de inofficiosi quaerellae temporibus dabat, ut non liceat heredi quando voluerit adire, ne per huiusmodi tramitem iterum filius defraudetur debito naturali.

È un testo notoriamente interpolato del Digesto (D.48, 20, 7 pr.) Giustiniano fa dire a Paolo:

Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentium hereditates addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando etc.

Così chiudiamo la serie dei testi, in cui i Giustiniani qualificano come obligatio naturalis un rapporto obbligatorio produttivo di azione e lo qualificano in questo modo, per mettere in evidenza la sua relazione col ius naturale, inteso nel significato giustiniano; per rilevare che esso è sancito da questo ius naturale o contro la diversa norma dell'antico ius civile o contro il ius populi romani.

LE OBLIGATIONES NATURALES NON MUNITE DI AZIONE
NEL DIRITTO GIUSTINIANEO.

Abbiamo detto che, se talvolta i Giustinianeî chiamano obligatio naturalis quel rapporto obbligatorio difeso da un'azione per far emergere l'esistenza del fondamento di questo rapporto nel ius naturale, così come essi lo intendono, più spesso l'espressione obligatio naturalis è adoperata per indicare un rapporto obbligatorio che è sfornito di azione.

Sotto questa espressione i Giustinianeî raccolgono quelle species in quibus solutum repeti non potest, già contemplate dalla giurisprudenza classica, e altre nuove species da essi create.

Le raccolgono sotto questa espressione, che è come un comune unico denominatore, o, in altre parole, la via per la quale essi si rendono conto della esclusione della condictio indebiti in questi casi.

La condictio indebiti è esclusa -essi dicono- perchè, se non c'è una obligatio civilis, e quindi l'azione, c'è una obligatio naturalis; se il rapporto non è riconosciuto, contro il ius civile, dal ius naturale, cioè dalla naturalis aequitas.

La giurisprudenza classica, per indicare queste obligationes naturales giustinianeî, non ha un termine tecnico: evita di chiamarle obligationes: non raramente le chiama debita ma per affrettarsi subito a dire che le chiama debita abusivamente, facendo un improprio uso di questo termine; talora ricorre alla lunga perifrasi sopra veduta: species, in qua solutum repeti non potest.

Dobbiamo ora considerare queste singole species, nei testi genuini e nei testi interpolati.

- I. - Rapporti contrattuali in cui interviene come parte uno schiavo e rapporti contrattuali in cui interviene, da un lato un filiusfamilias, dall'altro un altro membro della familia, sia esso il paterfamilias o persona alieni iuris.

L'obligatio, qualunque obligatio, è esclusa in questi rapporti da testi espliciti.

Gai 3, 104: servus quidem et qui in mancipio est et filiafamilias et quae in manu est, non solum ipsi, cuius iuri subiecti subiectaeve sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli.

Gai 4, 78: nulla ..omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest.

D. 38, 1, 7, 2 Ulpianus 28 ad Sabinum Iurare autem debet post manumissionem, ut obligetur: ut sive statim sive post iuraverit, obligatur.

D. 50, 17, 22 pr. Ulpianus 28 ad Sabinum In personam servilem nulla cadit obligatio.

D. 44, 7, 43 Paulus libro 72 ad edictum Servus ex contractibus non obligatur.

Testi sicuramente genuini ammoniscono che da questi rapporti derivano debita.

Gai 4, 73: Cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quod patri dominove quique in eius potestate sit, a filio servove debetur, et quod superest hoc solum peculium esse intellegitur. Aliquando tamen id quod ei debet filius servusve, qui in potestate patris dominive sit, non deducitur ex peculio, velut si is, cui debet, in huius ipsius peculio sit.

D. 15, 1, 49, 2 Pomponius libro 4 ad Quintum Mucium Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est: ideoque si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit neque ulla causa praecesserit debendi, nuda ratio non facit eum debitorem.

D. 12, 6, 64 Tryphoninus libro 7 disputationum Si quod dominus servo debuit manumisso solvit, quamvis existimas ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit

D. 33, 8, 6, 4 Ulpianus libro 25 ad Sabinum Sicut autem aes alienum, hoc est quod debetur domino,

minuit legatum peculium, ita per contrarium id quod dominus debet servo augere debet.

D. 12, 6, 38, 2 Africanus libro 9 quaestionum Contra si pater quod filio debuisset, eidem emancipato solverit, non repetet ...

D. 40, 7, 3 Ulpianus libro 27 ad Sabinum

Inde quaeritur, si forte debeatur pecunia huic servo vel ab herede, quod in domini rationem plus erogaverat, vel ab extraneo, nec velit heres debitorem convenire vel statulibero solvere pecuniam: an debeat ad libertatem pervenire, quasi moram per heredem patiat.

Ma i giuristi classici, pur affermando che da questi rapporti sorgono debita per spiegare, così, l'esclusione della condictio indebiti e altri effetti giuridici che a questi rapporti si ricollegano, sono consapevoli che in senso tecnico di debita non possono parlare e che ne parlano abusivamente, in senso improprio. Sono debita, che non sono muniti di azione; per ciò non sono, e non possono essere, debita in senso tecnico.

Un testo ulpiano, che abbiamo già avuto occasione di richiamare, conservatoci in D. 15, 1, 41, dice:

Nec servus quicquam debere potest nec servo po-

test deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad [ius] civile referimus obligationem.

Un testo giuliano (D. 46, 1, 3; 4), anch'esso già veduto, dice:

... licet minus proprie debere dicantur (servi) per abusionem intellegi possunt debitores et qui ab his pecuniam recipiunt debitum sibi recepisse.

E un testo di Giavoleno (D. 35, 1, 40, 3 libro 2 ex posterioribus Labeonis) riferisce un responso di Servio, dal quale emerge assai chiaramente che tecnicamente di debita del servus non è a parlare:

Dominus servo aureos quinque (Jav.: sestertium quinque milia) rationis eius legaverat: "heres meus Sticho servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos (Jav.: sestertium quinque milia, quae) in tabulis debeo, dato". nihil servo legatum esse Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset ...

Mentre questo ci dicono i testi genuini; mentre, cioè, i testi genuini ci dicono che non nasce obligatio da un rapporto contrattuale in cui intervenga come parte un servus o da un rapporto contrattuale tra membri della stessa familia

(tra due filiifamilias, tra il paterfamilias e un filiusfamilias); che propriamente non nasce, quindi, da essi nè pure debitum e ci lasciano intendere che abusivamente parlano di debitum per spiegare alcuni effetti che questi rapporti producono (tra i quali, effetto fondamentale, l'esclusione della condictio indebiti), vi ha una serie di testi interpolati, dai quali emerge in modo altrettanto chiaro che i Giustiniani vedono discendere da questi rapporti un'obligatio naturalis, alla cui esistenza essi riconducono la esclusione della condictio indebiti e gli altri effetti di cui sono capaci, benchè non possa da essi nascere, essendo sprovveduti di azione, una obligatio civilis, un debitum civile.

L'interpolazione di questi testi, in linea generale delimitata bene dal Siber, può essere agevolmente provata.

Paolo, come abbiamo veduto, in D. 44, 7, 43 recisamente afferma:

Servus ex contractibus non obligatur.

In vece, una affermazione diversa farebbe in altri testi.

Nelle Sententiae (2, 13, 9) ora leggiamo:

Servus si mutuum pecuniam tempore servitutis accepit [ex ea obligatione] post manumissionem conveniri

non potest.

In D. 12, 6, 13 pr. (Paulus libro 10 ad Sabinum):

[Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo] si quis nomine eius solvat, vel ipse manumissus, ut Pomponius scribit, ex peculio, (cuius liberam administrationem habeat) repeti non poterit.

Finalmente, in D. 3, 5, 18 (19) pr. (Paulus libro 2 ad Neratium):

Adquin [natura] debitor fuit, etiamsi in peculio nihil habuit....

Evidentemente, questi testi, che accennano a una obligatio, a una obligatio naturalis, a un debitum naturale del servus, sono in netto contrasto col testo dello stesso giurista che pone l'affermazione: servus ex contractibus non obligatur e non possono essere stati scritti da lui come ci pervennero, il primo (Sent. 2, 13, 9) attraverso la redazione visigotica, gli altri due (D. 12, 6, 13 pr.; D. 3, 5, 18 (19) pr.) attraverso la redazione giustiniana.

Nel primo le parole ex ea obligatione sono state inserite dai commissari visigoti per i quali, come per i Giustiniani, l'obligatio naturalis non era più l'obligatio iuris gentium della giurisprudenza classica.

Nel secondo, come è buona congettura del Siber, invece

di naturaliter etiam servus obligabitur et ideo, stava quod servus debet, conformemente a quanto troviamo nei testi genuini.

Nel terzo, il debitor è diventato, come lo vedremo diventare in altri testi giustiniani, il debitor natura.

Agevolmente può essere dimostrata l'interpolazione di un testo di Ulpiano.

Questo giurista, alla pari di Paolo, pone l'affermazione in D. 50, 17, 22 pr. (Ulpianus libro 28 ad Sabinum):

In personam servilem nulla cadit obligatio.

Affermazione, che risalta ancor più precisa, cioè limitata ai rapporti contrattuali, se la si coordina con quanto Ulpiano precedentemente diceva nell'opera originaria, come è possibile vedere attraverso la Palingenesi del Lenel.

L'affermazione:

In personam servilem nulla cadit obligatio seguiva dopo l'avvertenza del giurista (conservataci in D. 38, 1, 7, 2):

Iurare autem debet post manumissionem ut obligetur: et sive statim sive post tempus iuraverit, obligatur.

La promissio iurata di opere da parte del servus, che viene liberato dalla schiavitù, deve essere fatta dopo la

manomissione, perchè da essa possa essere obbligato il promittente. La ragione, questa: perchè il servus non può obbligarsi, s'intende, ex contractu quale è la promissio iurata.

Invece, in un altro testo affiora l'obligatio naturalis del servus e del filiusfamilias.

Così in D. 44, 7, 14 Ulpianus libro 7 disputationum:

Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem [civiliter quidem] non obligantur [sed naturaliter et obligantur et obligant denique] si servo qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.

Quando un giurista avverte che, perchè possa obbligarsi il servus occorre che si obblighi post manumissionem; quando un giurista afferma che ciò è necessario, in quanto che in personam servilem nulla cadit obligatio (s'intende, ex contractibus: come la collocazione di questa affermazione nell'opera originaria lascia chiaramente vedere), non può poi altrove distinguere la obligatio civilis e obligatio naturalis e dire: non si obbliga civiliter, ma si obbliga naturaliter. Se questo Ulpiano avesse ammesso, non avrebbe mancato di dirlo a proposito della promissio iurata.

Ulpiano, coerentemente con se stesso, conformemente a quanto anche Paolo (D. 44, 7, 43) avvertiva, doveva qui dire:

servi autem ex contractibus non obligantur.

Nel testo di Paolo, che si limita a dire:

servus ex contractibus non obligatur,

è implicita la deduzione che il servus si obbliga soltanto ex delicto; nel testo di Ulpiano ciò è detto esplicitamente:

servi ex delictis obligantur, e questa obligatio dura dopo la loro manumissio; ex contractibus non obligantur, ma questa obligatio può sorgere soltanto dopo che la manumissio ha fatto cessare lo stato di servus.

La dimostrazione, che il debitum del servus, abusivamente così chiamato dai giuristi classici, diventa il debitum natura, cioè l'obligatio naturalis dei Giustinianeî, risulta assai chiara dal confronto fra un passo delle Istituzioni gaiane e il corrispondente passo delle Istituzioni giustiniane e della Parafrasi di Teofilo.

Gaio chiude il § 119 del libro terzo delle sue Istituzioni, che abbiamo considerato più sopra, così:

adeo quidem ut pro servo quique obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussionem accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi debeatur.

Non altrimenti si esprime Gaio in altro passo (in D. 46, 1, 70, 3, libro 1 de verborum obligationibus):

adeo a servo potest fideiussor accipi, ut ipse quoque dominus in id, quod sibi debetur, fideiussorem ab eo recte accipiat.

Gaio, cioè, parla di rapporto di debito e credito tra servus e dominus ben sapendo, come Giuliano prima, come Ulpiano poi, di parlarne abusivamente.

I Giustinianeî e Teofilo, invece, trasformano questo rapporto, impropriamente chiamato di debitum da Gaio, in un rapporto propriamente chiamato di debitum naturale, cioè di obligatio naturalis.

E' opportuno porre a confronto il testo di Gaio da un lato, il testo di Giustiniano e di Teofilo dall'altro.

Gaio

Giustiniano

3, 119 a

Inst. 3, 20, 1

adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi debeatur.

adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fideiussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi [naturaliter] debetur.

Theoph. Paraphr.

30,20,1

(Trad. Ferrini)

naturales actiones sic intel-
lege, veluti si servus extra-
neo debitor fiat, seu etiam
domino (naturaliter, ut pa-
tet, nam civiliter id fieri
non potest), detque fideius-
sorem sive extraneo, sive do-
mino suo pro his, quae debet.
tenetur ergo fideiussor tam
naturaliter quam civiliter
cum principalis debitor, id
est servus, tantum naturali-
ter obligetur .

Le interpolazioni dei testi di Paolo e di Ulpiano, ri-
sultanti dal confronto coi testi che i Giustinianeî hanno
conservato nel loro stato genuino; la trasformazione del de-
bere usato in senso improprio a proposito del servus da Ga-
io nel naturaliter debere, ricorrente nel passo corrispon-
dente delle Istituzioni di Giustiniano e della Parafrasi di
Teofilo, illuminano l'alterazione di testi di altri giuristi,

per i quali non abbiamo la possibilità di fare confronti con
altri loro testi, conservatici nello stato genuino. Così, dei
seguenti.

D. 35, 2, 56, 2 Marcellus libro 22 digestorum Scae-
vola notat: quid ergo, si idem servus defuncto et alii
dena debuit et una decem habuit? augetur scilicet et
his haereditas, decem, quae defuncto [naturaliter] de-
bebantur, in hereditate manentibus.

Prima: debuit; poi, in vece, naturaliter debebantur.

La parola naturaliter è stata certamente aggiunta dai
compilatori, che, come è loro costume, non si preoccupano
delle alterazioni imperfette, pur che sia fissato il nuovo
principio che vogliono affermare.

Se già Scevola avesse riconosciuta, come i Giustinianeî,
l'obligatio naturalis del servus, non avrebbe potuto indif-
ferentemente scrivere:

si idem servus defuncto et alii dena debuit,
ma avrebbe dovuto scrivere:

si idem servus defuncto naturaliter et alii civi-
liter dena debuit.

Testo alterato è pure D. 12, 6, 38, 1-2 Africanus
libro 9 quaestionum Quaesitum est si pater filio cre-
diderit isque emancipatus solvat, an repetere possit.

respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum: nam manere [naturalem obligationem] argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater, quod sibi filius debuisset. Contra si pater quod filio debuisset eidem mancipato solverit, non repetet: nam hic quoque manere [naturalem obligationem] eodem argumento probatur, quod, si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset computetur.

I compilatori qui, e anche nel principio di questo testo, che non riferiamo, dove era debitum, hanno sostituito naturalem obligationem.

Questa buona congettura del Siber è avvalorata non soltanto dalla constatazione che nelle parti non alterate di questo testo incontriamo il verbo debere e non l'espressione naturaliter obligari (cfr., infatti: quod sibi filius debuisset; contra, si pater quod filio debuisset; etiam quod pater debuisset computetur), ma anche dalla constatazione fatta per i testi di Paolo e di Ulpiano, già esaminati, che, quando sono genuini, per indicare i rapporti di debito e credito tra membri della stessa familia, adoperano, s'intende, in senso non tecnico, il termine debere; quando sono interpolati, il termine debere è sostituito dalla espressione na-

turaliter debere o naturaliter obligari.

Dopo l'analisi, così compiuta, dei testi che si riferiscono a rapporti di debito e di credito tra membri della stessa familia; rapporti, che la giurisprudenza romana chiama debita (sapendo, per altro, di adoperare abusivamente questo termine, in quanto che un debitum, in senso tecnico, non esigibile mediante actio, non si comprende) e che i Giustiniani invece chiamano naturalia debita o naturales obligationes, perchè hanno la loro sanzione nel ius naturale, se non nel ius civile che le priva di azione, si può adeguatamente comprendere come l'antitesi, che i giuristi classici ponevano tra questi rapporti, che erano in senso improprio debita, e i debita in senso proprio, cioè esigibili, rilevando che, col riferire il termine debita ai primi, esprimevano un factum, non un ius, si sia convertita in un'antitesi tra rapporto di ius naturale e rapporto di ius civile.

Quel rapporto di debito e credito, che è un factum per la giurisprudenza classica, suscettibile di alcuni effetti giuridici, ma non difeso da un actio, non un ius, diventa un rapporto di ius naturale.

Questo rovesciamento di antitesi è tangibile in D. 15, 1, 41, ma non è men certo in D. 35, 1, 40, 3.

Nel testo ulpiano, conservatoci in D. 15, 1, 41, il

rovesciamento è reso palese dal modo indubbio col quale i compilatori -come abbiamo già visto- alterarono la parte successiva del testo conservataci in altra sede del Digesto, in D. 50, 17, 32.

Collochiamo, da un lato, il passo ulpiano, quale doveva essere nell'opera del giurista; dall'altro, il passo nella redazione giustiniana.

Ulpiano

libro 43 ad Sabinum

Nec servus quicquam debere potest, nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ius.

Servi pro nullis habentur.

Giustiniano

D. 15, 1, 41

Nec servus quicquam debere potest, nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam

[ad] ius [civile referimus obligationem.]

D. 50, 17, 32

[Quod attinet ad ius civile]

servi pro nullis habentur:

[non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.]

Gli stessi interpolatori, che affermano la perfetta egua-

glianza di tutti gli uomini, liberi e servi, di fronte al ius naturale, evidentemente non potevano lasciar sopravvivere quanto, immediatamente prima, trovavano nel testo ulpiano a proposito del debitum del servus. Non potevano lasciar sopravvivere l'affermazione classica: factum magis demonstramus quam ius; dovevano dire, come essi dicono: factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem.

Così il factum di Ulpiano diventa l'obligatio naturalis dei Giustiniani.

Così nasce l'obligatio naturalis giustiniana e l'antitesi tra obligatio naturalis e obligatio civilis, nel nuovo senso che l'obligatio naturalis assume.

Analogamente è stato interpolato D. 35, 1, 40, 3

Javolenus libro 2 ex posterioribus Labeonis Dominus servo [aureos quinque] legaverat: "heres meus Stichus servo meo, quem testamento liberum esse iussi, [aureos quinque, quos] in tabulis debeo, dato". Nihil servo legatum esse Namusa Servius respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset: ego puto secundum mentem testatoris [naturale magis quam civile debitum] spectandum esse ...

Servio riteneva nullo il legato attenendosi al signifi-

cato tecnico di debitum e, secondo questo significato, nulla poteva dovere il dominus al servus. Giavoleno pensa che il testatore adoperasse il verbo debeo in senso improprio e salvava, così, la validità del legato. Egli, come poi Ulpiano, doveva dire, secondo la probabilissima congettura del Siber:

ego puto secundum mentem testatoris (factum) magis quam (ius) spectandum esse.

Anche qui l'antitesi factum - ius si è trasformata nell'antitesi debitum naturale - debitum civile, e si è trasformata più palesemente di quel che si sia trasformata nel testo ulpiano già considerato, dove essa vuol essere tra obligatio iure naturali e obligatio iure civili, ma apertis verbis è tra factum e ius civile; e soltanto l'accostamento col seguito del passo ulpiano interpolato la fa intendere come antitesi tra obligatio naturalis e obligatio civilis.

Dopo aver compiuto l'esame di questi numerosi testi, possiamo, dunque, concludere che la giurisprudenza romana non chiamava, sia pure in senso diverso dai Giustiniani, obligatio naturalis l'obbligazione dello schiavo, come ritiene il Perozzi. Tra persone appartenenti alla stessa familia l'obligatio non sorge e, conseguentemente e tecnicamente, non sorge nè pure il debitum, cioè il debito esigibile; sorge un factum, produttivo di alcune conseguenze giuridiche, che

abusivamente i Romani chiamano debitum, che propriamente contrappongono al ius, cioè al diritto che è difeso dall'azione.

Nell'età postclassica giustiniana si sconvolge questa concezione e questa terminologia. Il factum, il debitum in senso improprio diventa una obligatio naturalis, sancita dal ius naturale, contrapposta all'obligatio civilis, che è munita d'azione dal ius civile.

Il merito di aver affermato e dimostrato ciò, anche se la dimostrazione aveva bisogno di essere in qualche punto ritoccata, in qualche altro sviluppata, anche se in tutte le considerazioni e deduzioni non si può consentire, è soprattutto del Siber.

II. - Rapporti contrattuali in cui interviene un pupillo non assistito dall'auctoritas tutoris.

Anche a proposito di questi rapporti, produttivi di alcuni effetti giuridici, tra i quali l'esclusione della condictio indebiti, i Romani dicono che obligatio non sorge; ammettono, in vece, che sorge un debitum, ma anche qui, non essendo esigibile, è un debitum improprio, cioè non tecnicamente ma abusivamente chiamato tale. Questo debitum si trasforma anch'esso, entro la legislazione giustiniana, in una obligatio naturalis.

Cominciamo dal riferire i testi che, per essere stati conservati genuini, ci esprimono il pensiero classico.

Ritorniamo a Gai 3, 119:

Nam illi quidem (sponsor et fidepromissor) nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris aucto-

ritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit.

Il testo è esplicito: se il pupillo promette sine tutoris auctoritate, non c'è obligatio.

La nullità dell'obbligazione del pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris è posta in evidenza in un passo delle Istituzioni di Gaio (3, 176), riferito anche (salvo qualche variante) nelle Istituzioni giustiniane (3, 29, 3):

Praeterea novatione tollitur obligatio veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim; nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur, veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero; quo casu rem amitto; nam est prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est.

Altrettanto esplicito, come i due testi precedenti, è un rescritto del Codice, e precisamente C. 8, 38 (39), 1:

Imperator Antoninus Paulino Ex stipulatione, in qua impubes sine tutore auctore spondisti, non es obligatus.

Che anzi, come abbiamo più sopra rilevato, i Romani ci

avvertono che il pupillo, contraente senza l'intervento del tutore, non obligatur nè pure iure naturali, cioè iure gentium, perchè naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur, nec ferre ulla civitas est, in qua non licet parentibus liberis suis impuberibus testamento tutorem dare (Gai, 1, 189)".

Nel diritto romano classico, dunque, non obligatio del pupillo: nè iuris civilis; nè iuris gentium, cioè naturalis.

Anche qui, per altro, i testi dicono che c'è un debitum.

Così in D. 39, 5, 19, 4 (Ulpianus libro 76 ad edictum) il giurista così si esprime:

Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio. Idem in pupillo, qui sine tutoris auctoritate debuerit, dicendum est, si postea tutore auctore promittat.

Di debitum parla anche un passo di Marciano, conservatoci in D. 46, 3, 44 (Marcianus libro 2 regularum):

item si pupillo, qui sine tutoris auctoritate mutuum pecuniam accepit, legatum a creditore fuerit sub ea condicione, si eam pecuniam numeraverit, in duas causas videri eum numerasse et in debitum suum, ut in

Falcidiam heredi imputetur, et condicionis gratia, ut legatum consequatur.

Anche qui, tuttavia, si avverte dai giuristi che, in senso proprio, di debitum del pupillo per i negozi conclusi senza l'auctoritas tutoris, non è a parlare.

Non è propriamente un debitum, perchè non esigibile anche contro la volontà del debitore; lo si dice impropriamente debito, perchè qualche effetto lo ha e, tra gli altri, esclude la condictio indebiti una volta che il pupillo abbia volontariamente pagato. Questo concetto è espresso in nitida forma in D. 36, 2, 25, 1 (Papinianus libro 18 quaestionum):

"Heres meus Titio dato quod mihi Seius debet".

Si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepit ... et creditor ad praesens debitum verba rettulit, quia nihil Seius debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti ... futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacita condicio inserta sit ...

La validità del legato è fatto dipendere dalla valutazione del momento a cui il testatore ha voluto riferirsi adoperando il termine debitum nei riguardi del pupillo scrivendo "Heres meus Titio dato quod mihi Seius debet". E Papiniano conchiude che il legato è valido, soltanto se il te-



statore usò il termine debitum in relazione al futuro eventuale pagamento, ciò a dire il legato è valido, come legato condizionale. Il giurista conchiude: *interim nihil Titius petet, quasi tacita condicio sit, non secus ad si ita dixisset: "Titio dato, quod pupillus solverit"*.

Nel diritto giustiniano il debitum del pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris, impropriamente chiamato tale, diventa una naturalis obligatio. Questa trasformazione può essere provata in maniera luminosa.

Diciamo così, benchè i Giustinianeî lascino immutati quei testi di Licinio Rufino e di Nerazio, in cui è affermato che il pupillo ne quidem iure naturali obligatur, nec natura debet, nel senso che per i Romani il pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris non si obbliga, nè iure civili, nè iure gentium. Sono le solite dimenticanze dei compilatori. Questi testi nella compilazione giustiniana hanno un mero valore storico, non dogmatico.

Mentre i passi delle Istituzioni gaiane (3, 119; 3, 176) e il rescritto di Antonino Caracalla (8, 38, 1) escludono nei termini più precisi l'obbligazione del pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris, testi interpolati ammettono la sua obligatio naturalis.

Paolo in D. 44, 7, 43 (libro 72 ad edictum) direbbe:

pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur
[iure civili.]

Evidentemente, le parole iure civili non possono essere di Paolo, quando nel 215 d. Cr. di Antonino Caracalla statuisce ancora che il pupillo ex stipulatione, in qua sine tutore auctore spondit, non est obligatus.

La sostituzione giustiniana della obligatio naturalis alla obligatio nulla è documentabile col confronto tra Gai 3, 176 e D. 46, 2, 1, (Ulpianus libro 46 ad Sabinum):

Gai 3, 175
Praeterea novatione tollitur obligatio ... adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur, veluti si quod mihi debes ... a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero; quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est.

Ulp. D. 46, 2, 1
Novatio est prioris debiti in aliam obligationem ... transfusio atque translatio ... Illud non interest qualis praecessit obligatio, utrum naturalis (iuris gentium) an civilis [an honoraria] ... qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest [dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter:] ut puta si pu-

pillus sine tutoris aucto-
ritate promiserit.

Avendo come guida il testo galiano, la parte finale del testo giustiniano, che trasforma l'obligatio nulla del pupillo, contraente senza l'auctoritas tutoris, in una obligatio quae naturaliter tenet; si può ricostruire facilmente in maniera esatta, come ha fatto il Siber. Da un lato poniamo la sicura ricostruzione del passo ulpiano, dall'altro il passo quale fu alterato dai Giustiniani.

Ulpiano

qualiscumque igitur obligatio sit quae praecessit, non vari verbis potest, (licet interdum sequens obligatio non teneat): ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.

Se D. 44, 7, 43 può essere dimostrato alterato soprattutto col richiamo del rescritto dell'imperatore Antonino Caracalla (C. 8, 38, 1); se D. 46, 2, 1 può essere dimostrato alterato soprattutto col richiamo di Gai 3, 176, la naturalis obligatio pupilli affiorante in D. 35, 2, 21 pr. può essere agevolmente dimostrata interpolata col richiamo di D. 46, 3,

Giustiniano

qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, non vari verbis potest, [dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter]: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.

44.

Paolo e Marciano propongono e risolvono la stessa fattispecie: se non che, i compilatori, che misero mano nel primo testo, di Paolo, per qualificare il debitum del pupillo, contraente senza l'auctoritas tutoris, come obligatio naturalis, omisero di interpolare conformemente il secondo, di Marciano. Ecco i due testi, l'uno di fronte all'altro.

D. 35, 2, 21 pr.

D. 46, 3, 44

Paulus libro 12 quaestionum.

Marcianus libro 2 regularum.

Si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutua data sunt, legatum a creditore meruerit sub hac condicione, si decem quae acceperit heredi reddiderit, una numeratione et implet condicionem et liberatur [naturali obligatione], ut etiam in Falcidiam heredi imputentur, quamvis non imputarentur, si tantum condicionis implendae causa data fuissent.

Item si pupillus, qui sine tutoris auctoritate mutua pecuniam accepit, legatum a creditore fuerit sub ea condicione, si eam pecuniam numeraverit, in duas causas videri eum numerasse et in debitum suum, ut in Falcidiam heredi imputentur, et condicionis gratia, ut legatum consequatur.

I due testi adoperano per la stessa fattispecie, si può

dire, le stesse parole. La variante notevole è che, mentre Marciano parla di debitum del pupillo, i compilatori parlano di naturalis obligatio nel testo di Paolo.

Le parole naturali obligatione o sono state sostituite a debito o sono state inserite.

Pure evidente è l'alterazione di D. 36, 2, 25, 1 (Papinianus libro 18 quaestionum):

"Heres meus Titio dato quod mihi Seius debet".

Si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepit ... et creditor ad presens debitum verba retulit, quia nihil Seius debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti [naturalem obligationem et] futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit, non secus ac si ita dixisset: "Titio dato quod pupillus solverit".

Le parole naturalem obligationem et non sono certo di Papiniano, ma dei compilatori, che una volta di più vogliono rilevare che il pupillo, contraente senza l'auctoritas tutoris, è obligatus naturaliter. L'aggiunta di queste parole turba la chiara antitesi posta da Papiniano tra l'attuale debere, che propriamente non c'è, perchè questo debitum è inesigibile, e l'eventuale futura solutio che può verificarsi e produce allora l'esclusione della condictio in-

debiti.

A questo punto altri problemi ci si presentano.

Innanzitutto, il problema posto dal contrasto che vi è, o, per dir meglio, sembra esservi fra testi che affermano e testi che negano la repetitio soluti, quando il pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris abbia volontariamente pagato.

Ecco i testi :

D. 12, 6, 13, 1 Paulus libro 10 ad Sabinum Item quod pupillus sine tutoris mutuum accepit ..., si pubes factus solvat, non repetit.

D. 12, 6, 29 Ulpianus libro 2 disputationum Interdum persona locum facit repetitioni, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate vel furiosus vel is cui bonis interdictum est solverit: nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur.

D. 12, 6, 41 Neratius libro 6 membranarum Quod pupillus sine tutoris auctoritate promiserit (et) solverit, repetitio est.

Tra il primo testo e gli altri due sembrerebbe esservi contrasto; ma è soltanto apparente. Il secondo e il terzo testo ammettono, è vero, la repetitio soluti; ma giustamente, perchè è presupposto implicito della esclusione della condictio indebiti che il pupillo addivenga alla solutio quando è

diventato pubere, cioè ha acquistato la capacità di agire. Questa circostanza mette, infatti, in giusto rilievo il primo testo che esclude la repetitio soluti. Esso dice: si pubes factus solvat.

Altro, e più grave, problema è quello concernente la delimitazione, per dir così, del campo della obligatio naturalis del pupillo, ciò è dire: il pupillo è obbligato naturaliter entro i limiti dell'arricchimento o indipendentemente da questo? Parrebbe doversi ammettere l'obligatio naturalis del pupillo, producente la esclusione della repetitio soluti se si tien presente un testo, interpolato, di Paolo, or ora richiamato, senza, per altro, riferire le parole inserite dai compilatori. Si tratta di D. 12, 6, 13, 1:

Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit [et locupletior factus est,] si pubes factus solvat, non repetit.

Certamente l'inciso et locupletior factus est, come da vari scrittori è stato rilevato, non è genuino. Ma non è nè pure, di fronte a tutti gli altri testi che non pongono questo limite alla obligatio naturalis del pupillo, una consapevole interpolazione dei compilatori. E' un'aggiunta stonata. Tanto stonata, che gli scolasti greci, fedeli interpreti del pensiero giustiniano, si affrettano a far notare che

l'obligatio naturalis del pupillo non esiste soltanto nella ipotesi del suo arricchimento.

Quando c'è arricchimento del pupillo, i Giustiniani concedono qualcosa di più che l'esclusione della condictio indebiti: concedono l'azione contro il pupillo in id, quo locupletior factus est. Parlano, anche allora, di obligatio naturalis, ma questa obligatio naturalis, produttiva di tutti gli effetti di cui è capace l'obligatio civilis, si chiama naturalis - come abbiamo visto - perchè è conforme al ius naturale che nessuno si arricchisca a danno altrui: nemo cum alterius iactura locupletari debet.

Questa obligatio naturalis, produttiva anche di azione entro i limiti dell'arricchimento, è esplicitamente menzionata dai compilatori in D. 26, 8, 5 pr.:

naturaliter tamen obligabitur (pupillus) in quantum locupletior factus est.

E' sottintesa dai compilatori quando in D. 36, 2, 25, 1, là dove Papiniano scriveva:

"Heres meus Titio dato quod mihi Seius debet". Si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepit, et creditor ad praesens debitum verba rettulit, quia nihil Seius debet, nullius momenti legatum erit, essi inseriscono, dopo le parole "nummos accepit" le altre:

"nec locupletior factus est".

A proposito dell'aggiunta et locupletior factus est in D. 12, 6, 13, 1 lo scoliaste bizantino avverte, correggendola:

(trad. Heimbach) Hoc ex abundantia adicitur: scias etenim eum tametsi non solverit, convenire posse ... in quantum locupletior factus est. ... Pupillus enim, qui mutuum accepit, licet locupletior factus non est, naturaliter obligatur ... Si autem pupillus naturaliter obligatur, licet locupletior factus non sit, merito, si pubes factus solverit, non repetit: id est quod solvit eo tempore, quo lex ei alienationem concedit.

Separando i testi genuini dai testi interpolati, esattamente scorgendo la duplice serie di interpolazioni giustiniane, più precisamente analizzando il contenuto dei singoli testi e il valore delle frequenti interpolazioni, possiamo dire che sembra diradarsi ogni ombra su questo terreno dell'obbligazione naturale del pupillo, che tante dottrine ha fatto nascere e tante discussioni ha aperto dall'età della Glossa ai giorni nostri.

Soprattutto non procedendo a una separazione dei testi interpolati dai testi genuini, sembrava impossibile veder chiaro in questo campo. Il grande Cuiacio non esitava a scri-

vere: "Sunt hac in re multae leges, quae pugnant invicem et est summus omnium labor in eius adducendis in concordiam, fuit mihi olim maximus et diu in desperatione fui".

Errore è il pensare che i due testi di Nerazio e di Licinio Rufino siano stati interpolati per escludere l'obligatio naturalis del pupillo: essi sono genuini, ed esprimono -come abbiamo visto- che, quando il pupillo contrae sine tutoris auctoritate, non si obbliga nè iure civili nè iure gentium.

Errore è il pensare che l'obligatio naturalis del pupillo, contraente senza l'auctoritas tutoris, sancita dal ius naturale, inteso come ius quod semper aequum ac bonum est, sia stata conosciuta dalla giurisprudenza classica.

Errore è il pensare che i Giustiniane limitassero il campo dell'obligatio naturalis del pupillo contenendola entro i limiti del suo arricchimento.

Errore è il pensare che a riguardo dell'obligatio naturalis pupilli si distinguesse tra pupilli infanti proximi e pupilli proximi pubertati.

Queste dottrine, germinate dalla interpretazione della compilazione giustiniana, dove i testi sembrano urtarsi anzi che coordinarsi, senza una visione storica della evoluzione plurisecolare del diritto romano, crollano tutte.

La via per giungere a una esatta ricostruzione del diritto romano in questa materia fu aperta dall'Alibrandi e dal Perozzi, e poi percorsa da altri, tra i quali è da ricordare un giovane studioso nostro, il Suman: ad essi si aggiunse da ultimo, con potente vigore critico, il Siber. Noi siamo con questi studiosi; soltanto, abbiamo cercato di rendere più evidente quello che a noi sembra lo sviluppo, in questa materia, dal diritto classico al giustiniano, anche se ciò ha portato a distaccarci, in alcuni punti, dagli scrittori che ci hanno preceduto.

III. - Mutuo contratto dal « filius familias » contro il senatoconsulto Macedoniano.

Quando già i filii familias avevano acquistato la capacità di contrattare, il senatoconsulto Macedoniano, emanato sotto Vespasiano, intervenne per impedire che si desse loro denaro a mutuo senza il consenso del pater familias. Il divieto, dettato in odium creditoris, cioè del mutuante, non rendeva nulla l'obbligazione, ma poneva in essere un'eccezione (l'exceptio senatusconsulti Macedoniani) che paralizzava l'azione del creditore e lo poneva quindi praticamente nella situazione di chi aveva un diritto non munito di azione.

Questo divieto, applicabile soltanto ai mutui di denaro anche se mascherati sotto altro negozio, prescindeva dall'esistenza del dolo e dal carattere usurario del mutuo, quantunque l'occasio senatusconsulti fosse stata per l'appunto l'usura. L'eccezione, nascente dal divieto, era perpetua; poteva opporsi oltre che dal filius familias, anche dai suoi garanti e poteva opporsi altresì dopo la condanna. A

questo proposito occorre tener presente la struttura particolare del processo civile romano per la quale, ottenuta la sentenza, non si procedeva direttamente alla esecuzione, ma era necessario intentare una nuova azione: l'actio iudicati. Questa è un'azione a sè, indipendente, con la quale l'attore otteneva l'esecuzione della condanna: è all'actio iudicati che il figlio poteva opporre l'exceptio senatusconsulti Macedoniani, se non l'aveva opposta prima. Del resto, anche nel diritto processuale nostro, esiste la possibilità dell'opposizione di una eccezione nel processo esecutivo, cioè nel momento in cui si procede alla esecuzione forzata di un titolo esecutivo (ad es. di una sentenza), come quando al precetto di pagamento, ciò è dire all'atto con cui si ingiunge di pagare soggiungendo la minaccia di pignoramento di oggetti mobili o di espropriazione di immobili, si oppone l'eccezione di pagamento.

Benchè il filiusfamilias potesse valersi della exceptio senatusconsulti Macedoniani, se rinunciava a servirsene e pagava, cioè restituiva il denaro che aveva avuto a mutuo, non poteva ripetere ciò che aveva pagato.

Avevamo qui un'altra species, in qua solutum repeti non potest. E i giuristi -tra essi, Ulpiano e Marciano- ci dicono perchè, nonostante la sua opponibilità anche dopo la con-

danna, è esclusa la repetitio soluti. Il testo di Ulpiano ci è conservato in D. 14, 6, 9, 4 e 5; 11: un testo, ora spezzato in due parti da un breve testo attribuito a Paolo e che analizzeremo poi.

Ulpianus libro 29 ad edictum Et hi tamen, qui pro filiofamilias sine voluntate patris eius intercesserunt, solvendo non repetent: hoc enim et divus Hadrianus constituit et potest dici non repetituros. atquin perpetua exceptione tuti sunt: sed et ipse filius, et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, [non quoniam exonerare eos lex voluit.] Quamquam autem solvendo non repetant, tamen si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur senatusconsulti exceptione: et ita Julianus scribit in ipso filiofamilias exemplo mulieris intercedentis.

Il testo di Marciano ci è conservato in D. 12, 4, 40 pr. Marcianus libro tertio regularum Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest: sed hoc non est perpetuum. nam si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatusconsulto de intercessionibus: ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam

solutum non repetitur, veluti si filiusfamilias contra
Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et paterfamilias
factus solverit non repetit.

Come appare dal primo testo di Ulpiano, anche per le donne vi fu un senatoconsulto (senatusconsultum Velleianum) che, vietando loro di intercedere, cioè di prestar garanzia per altri, concesse una analoga difesa: l'exceptio senatusconsulti Velleiani. La differenza tra l'un caso e l'altro consisteva, per altro, in ciò: la donna, che avesse pagato a seguito della garanzia prestata, poteva esercitare, se caduta in errore, la condictio indebiti: il filiusfamilias, che avesse invece pagato a seguito del mutuo contratto, non poteva ripetere il pagato.

La ragione del diverso trattamento è riposta da Marciano nella ratio della disposizione e più precisamente nell'aver essa, in un caso, carattere di protezione per il debitore; nell'altro, di repressione per il creditore. Movendo dal principio che chi ha a suo favore una exceptio perpetua, può esercitare la condictio indebiti anche quando abbia pagato per errore, Marciano trova rispondente a quel principio la obbligazione della donna, perchè il Velleiano è dato in favore di lei per proteggerla contro i facili indebitamenti; non rispondente l'obbligazione da mutuo del filiusfamilias,

perchè il Macedoniano è dato in odium creditoris.

Questo motivo è abbastanza plausibile e sufficiente, per quanto con qualche scrittore, ad esempio col de Ruggiero, si possa cercare la ragione intima e più vera in ciò che nella intercessione della donna si ha (anche in seguito allo svolgimento che ne fa la giurisprudenza) una obbligazione nulla, non semplicemente imperfetta, e nel fatto, inoltre, che l'intercessio della donna è una obbligazione accessoria, mentre quella del filiusfamilias è per sè stante ed ha a sua base una dazione di denaro effettivamente eseguita.

I testi di Ulpiano e di Marciano spiegano, dunque, la irrepibilità del pagamento fatto dal filiusfamilias rilevando che l'exceptio senatusconsulti Macedoniani è data non in favore di lui ma in odium creditoris; ma non dicono affatto che la irrepibilità del pagamento dipenda dall'adempimento di una obligatio naturalis. I Giustinianeî, invece, sovrappongono alla ragione classica della irrepibilità del pagamento una ragione nuova: cioè, l'esistenza di una obligatio naturalis del filiusfamilias a restituire ciò che gli è stato dato a mutuo.

Questa sovrapposizione è evidente attraverso il modo col quale i compilatori spezzarono il testo di Ulpiano per inserirvi qualche parola di un testo attribuito a Paolo.

(D. 14, 6, 9, 5 Ulpianus)... hi demum solutum non repetunt, si ob poenam creditorum actione liberantur [non quoniam exonerare eos lex voluit.] Quamquam autem solvendo non repetant,

(D. 14, 6, 10 Paulus) [quia naturalis obligatio manet,]

(D. 14, 6, 11 Ulpianus) tamen, si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur senatusconsultus exceptione.

Nella compilazione giustiniana, spezzato così il testo di Ulpiano dal testo attribuito a Paolo, la ragione della irrepitibilità del pagamento addotta a Ulpiano (ed è la stessa che abbiamo vista addotta da Marciano), cioè l'esser stato emanato il senatoconsulto ob poenam creditorum, passa, per così dire, in seconda linea ed emerge, in vece, la ragione successiva contenuta nel testo attribuito a Paolo a rincalzo della prima: quia naturalis obligatio manet.

Naturalmente, per sostenere -come sosteniamo- che sono i Giustiniani o, per meglio dire, gli annotatori postclassici dei testi romani a porre come fondamento della irrepitibilità del pagamento l'obligatio naturalis del filiusfamilias a restituire ciò che ha avuto a mutuo, occorre dimostrare che il breve testo di Paolo non esprime il pensiero di

questo giurista.

La dimostrazione non è difficile, quando si tenga presente che, se già la giurisprudenza classica avesse dato questa base alla irrepitibilità del pagamento, sarebbe stata richiamata anche da Ulpiano e Marciano, che, invece, non la richiamano mai e richiamano, invece, costantemente la caratteristica del divieto stabilito in odium o ob poenam creditoris. Oggi, dopo gli studi critici recenti, non può recare alcuna sorpresa anche la supposizione dell'alterazione di un intero testo. Certamente, alla prima impressione può riuscire sorprendente che i compilatori siano andati alla ricerca di un testo di Paolo per non riferire nulla di Paolo: non era più comodo e ovvio -si potrebbe osservare- che aggiungessero addirittura al testo di Ulpiano quelle parole che attribuiscono a Paolo? Ma non bisogna dimenticare che può essere avvenuto che la motivazione quia naturalis obligatio manet essi la aggiungessero alla motivazione, che anche Paolo doveva addurre (conformemente a Ulpiano e a Marciano), prima che i testi dei singoli giuristi avessero quell'ordinamento che ora hanno nelle Pandette; in secondo luogo, è sommamente probabile che questa motivazione fosse già l'annotazione di un chiosatore postclassico. Questi chiosatori a volte non facevano che esplicitare il testo classico; a volte al testo classico aggiun-

gevano qualcosa di veramente nuovo.

Qui, per esempio, sono una mera esplicazione postclassica delle parole del testo classico "ob poenam creditorum" le parole che oggi troviamo aggiunte nel testo ulpiano "non quoniam exonerare eos lex voluit": l'origine postclassica della esplicazione è resa manifesta dall'uso postclassico del termine lex per indicare il senatusconsultum, che la giurisprudenza classica tiene nettamente distinto dalla lex.

Sono, in vece, un'aggiunta al testo classico le parole che troviamo ora nel testo attribuito a Paolo: quia naturalis obligatio manet. Esse esprimono il pensiero dell'età giustiniana, o vicina alla giustiniana, nella quale si preferisce porre l'irrepetibilità del pagamento, fatto dal filiusfamilias che ha contratto un mutuo senza il consenso del paterfamilias, sulla base della obligatio naturalis, cioè della obbligazione che iure naturali (così come l'età postclassica lo intende) ciascuno ha di restituire il denaro che ha avuto a mutuo, anche se il diritto positivo non lo costringe; anzi che porla sulla base classica della natura della exceptio data in odium creditoris.

Analogamente è stato interpolato un testo di Pomponio, cioè D. 12, 6, 19 pr. (libro 22 ad Sabinum):

Si poenae causa eius cui debetur debitor libera-

tus est, [naturalis obligatio manet et ideo] solutum repeti non potest.

Come Ulpiano e Marciano, anche Pomponio doveva semplicemente dire:

Si poenae causa eius cui debetur debitor liberatus est, solutum repeti non potest.

La ragione della irrepetibilità del pagamento è proprio nelle parole che precedono: nella natura della eccezione data poenae causa eius cui debetur, cioè per repressione del creditore.

I compilatori hanno mutato con le stesse parole (naturalis obligatio manet) sia il testo di Paolo, sia il testo di Pomponio.

IV. - Obbligazione estinta dalla « litis contestatio » o dalla ingiusta assoluzione.

Se il debitore convenuto in giudizio sia stato assolto ingiustamente, e, non ostante l'assoluzione, paghi, non può più ripetere il pagato. Questa esclusione della condictio indebiti è affermata in due notissimi testi di Paolo.

D. 12, 6, 28 Paulus 32 ad edictum Iudex si male

absolvit et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.

D. 12, 6, 60 pr. Paulus libro 3 quaestionum Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset..... similemque esse ei dicit, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur.

Nel primo testo la parola sponte non può aver altro senso se non quello di pagamento eseguito senza coazione, cioè senza violenta costrizione: questa parola si presenta nei testi sempre in antitesi con parole o frasi che indicano la coazione: coactus, invitus, compulsus, necessitate, etc.

Mentre Paolo nel primo testo nega, senza motivarla, la repetitio del pagato dopo la sentenza di assoluzione, nel secondo motiva la irripetibilità del pagamento fatto nel periodo intercedente tra la contestatio litis e la sentenza, richiamandosi a Giuliano.

Questo giurista sosteneva che, se il debitore (verus debitor) paghi dopo intervenuta la contestatio litis e quando ancora non è finito il processo, non può essere ammesso a ripetere il pagato, qualora invochi la incertezza sul-

l'esito del giudizio, perchè, qualunque ne sia l'esito finale, egli ha sempre pagato bene.

Infatti, se la sentenza sarà di condanna, la validità del pagamento non può venire in discussione; se la sentenza sarà di assoluzione, il pagamento resterà fermo, perchè ciò che il verus debitor paga, non ostante la sentenza assolutoria, non può essere -come è avvertito nel precedente testo di Paolo- ripetuto. Si ha insomma, qui, nel diritto classico una species in qua solutum repeti non potest, determinata positivamente.

La decisione di Giuliano poggia sulla motivazione:

quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset.

E questa motivazione è tale da tagliar corto a tutti i tentativi di spiegare diversamente l'irripetibilità del pagato dopo la contestazione della lite e prima della sentenza. Così, anche, al tentativo recente dell'Arangio Ruiz, il quale vuol trovare la ragione di questa irripetibilità in ciò: che sarebbe stolto obbligare l'attore a restituire una somma che, quanto prima, potrebbe spettargli in forza della condanna e riuscire di difficile esazione.

La motivazione di Giuliano è -come abbiamo veduto- ben diversa.

Ma anche qui i Giustinianei vogliono giustificare da un

punto di vista caro ad essi l'esclusione della condictio indebiti, nel caso di pagamento fatto dal debitore dopo la sua ingiusta assoluzione: e così essi non si limitano, come Paolo e Giuliano, a porre la norma della irrepetibilità del pagamento volontariamente eseguito dopo l'ingiusta assoluzione, sottintendendo che il volontario pagamento, ciò non ostante fatto, importava riconoscimento del debito, ma accennano che, quando si tratta di verus debitor, la ragione per cui la repetitio del pagato è esclusa, consiste nel fatto che il debitore, pagando, adempie una obbligazione naturale; perciò, alle parole: quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset, fanno seguire la considerazione:

[licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet.]

E si aggiunge, così, un nuovo caso di obbligazione naturale ai precedenti.

Un altro esempio di debitum naturale per ingiusta assoluzione del debitore è in D. 46, 8, 8, 1; ma l'espressione è anche qui giustiniana. Dalle parole sed cum debitor sino alla fine il testo non è genuino, come il Ferrini nel suo manuale di Pandette ha già avuto occasione di segnalare.

Possiamo ora, in questa sede, esattamente valutare la portata di un testo ulpiano in materia di litis contestatio,

cioè di D. 46, 1, 8, 3.

Ulpianus libro 47 ad Sabinum Et post litem contestatam fideiussor accipi potest [quia et civilis et naturalis subest obligatio]: et hoc et Julianus admittit eoque iure utimur.

Le difficoltà suscitate da questo testo non furono poche nè lievi. Si disse che l'efficacia consuntiva della contestatio litis, e il sistema proprio del diritto classico, che fissava termini per la trattazione della lite, trascorsi i quali senza efficace risultato la lite non poteva più proseguirsi e si perimeva, importavano nello stesso diritto classico che un'obbligazione civile per ragioni processuali potesse affievolirsi riducendosi a naturale. Quando, esercitata l'azione, fosse intervenuta la litis contestatio e poi per il decorso dei termini prescritti si fosse verificata la amissio litis, al creditore si riconosceva tuttavia una ragione creditoria, che, se non poteva più farsi valere con l'azione, ormai consumata, trovava indiretta efficacia mercè la soluti retentio.

Ma è facile contro queste considerazioni obiettare che il testo non considera affatto il caso di una lite perentoria ma di una lis contestata.

Si rilevò, anche, che è dubbia la significazione del

testo: si direbbe in esso che è ancor possibile costituire una valida fideiussione, perchè rimane un'obbligazione tanto civile quanto naturale. Ora si pone la domanda -di quale obbligazione si intende parlare? se della obbligazione dedotta in lite, si dice illogico che la si chiami civile e naturale a un tempo, giacchè appunto la litis contestatio, consumandone l'azione, la riduceva a naturale. Bisogna dunque -si continua ad osservare- intendere la frase come rivolta a considerare due rapporti obbligatori diversi: quello originario che si è trasformato in obbligazione naturale, e quello nuovo creato dal processo che è una obbligazione civile. Per ciò l'affermazione di Ulpiano sarebbe questa: una fideiussione è possibile pur dopo la litis contestatio, poichè ora non vi è soltanto il nuovo rapporto processuale che dà luogo a una obbligazione perfetta (obligatio civilis) ma vi è anche l'antico che permane come obligatio naturalis.

Il testo può avere, invece, a nostro avviso, una spiegazione assai semplice.

Nel diritto classico la litis contestatio era causa estintiva dell'obbligazione; ma, estinta l'obbligazione originaria, il debitore era tenuto litis contestatione. Ce ne informa Gaio (3, 180):

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si

modo legitimo iudicio fuerit actum.nam tunc obligatio principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. et hoc est, quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.

Nel testo genuino Ulpiano doveva, per l'appunto, dire che anche post litem contestatam si può costituire una valida fideiussione, perchè il debitore tenetur litis contestatione.

Ma i Giustinianeî non potevano lasciar sopravvivere questo testo nella sua redazione genuina, perchè essi non annoverano più la contestatio litis fra le cause estintive della obbligazione. Basta confrontare le cause estintive della obbligazione, quali sono presentate da Gaio e da Giustiano nelle loro Istituzioni: nelle Istituzioni giustiniane il passo gaiano, testè riferito, è omissis.

Per essi obligatio principalis non dissolvitur, per il fatto che è intervenuta la contestatio litis; per ciò sostituiscono alla motivazione ulpiana le parole: quia et civilis et naturalis subest obligatio. Parole, le quali vogliono

per l'appunto indicare il perdurare dell'originaria obbligazione; e, se la chiamano civilis et naturalis a un tempo, essi non fanno che comportarsi come uno di loro, Teofilo, si comporta nella sua Parafrasi, dove l'obligatio produttiva soltanto di soluti retentio è detta naturalis e quella produttiva degli effetti pieni, cioè dell'azione, è detta civilis et naturalis, nel senso che la prima è sancita solo dalla natura (dal ius naturale) e non riconosciuta dal diritto positivo che le nega l'azione; la seconda è sancita dalla natura e riconosciuta dal diritto positivo, per ciò munita di azione.

V. - Adempimento della obbligazione non ostante la possibilità di sottrarsi invocando l'applicazione di un « ius iniquum ».

Un singolare istituto del diritto romano, che trova la sua spiegazione nelle condizioni in cui questo diritto si venne formando, era quello contemplato da un editto, il cui testo è ricordato da Ulpiano in D. 2, 2, 1, 1:

Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit, ipse quandoque adversario postulante eodem iure uti debet.

Se il magistrato nell'esercizio della iurisdictio introduce norme inique e le applica, egli stesso deve poi tollerare che si possano far valere contro di lui quando non sia più magistrato. E la stessa regola vale per le parti: se uno dei contendenti invoca contro l'altro l'applicazione di quel ius iniquum, non può poi eccepire che esso si applichi a sé medesimo; ciò risponde a un alto principio di giustizia che non è perfetta se non è pari il trattamento.

A questo riguardo, per altro, la giurisprudenza ammise, con un procedimento logico analogo che la indusse a disciplinare, nel modo che abbiamo veduto, il divieto del senatoconsulto Macedoniano, che, se il debitore, benchè avesse la possibilità di respingere la pretesa dell'attore invocando quel ius iniquum, pagava, non potesse poi esperire la condictio indebiti.

D. 2, 2, 3, 7 Ulpianus libro 3 ad edictum Ex hac causa solutum repeti non posse Iulianus putat.

La ragione era questa: anche qui, come avviene col senatoconsulto Macedoniano, si detta una norma in odium creditoris; cioè, per colpire o il magistrato che introdusse il ius iniquum o quella parte che in precedenti rapporti lo invocò e lo fece valere.

Ma questa non è la ragione, che mettono in rilievo i

Giustinianeî. Come, a proposito del senatoconsulto Macedoniano, al motivo addotto dalla giurisprudenza classica per negare la condictio indebiti al filiusfamilias che restituisce ciò che ha avuto a mutuo senza il consenso del paterfamilias, cioè al carattere della norma dettata in odium creditoris, ob poenam eius cui debetur, preferiscono sostituire o sovrapporre il motivo della esistenza di una obligatio naturalis nel filiusfamilias a restituire ciò che ha ricevuto a mutuo, così qui essi preferiscono far emergere la esistenza di una perdurante obbligazione naturale, anche se una iniqua disposizione del diritto positivo può liberarne il debitore dal suo adempimento. Per ciò alla affermazione del giurista

Ex hac causa solutum repeti non posse Iulianus putat, che non richiama espressamente, per giustificarsi, una motivazione troppo palesemente sottintesa, i compilatori giustinianeî aggiungono:

superesse enim naturalem causam quae inhibet repetitionem.

VI. - Interessi dovuti « ex pacto ».

Con l'espressione usurae indebitae i testi classici indicano sia le usurae ex pacto, sia le usurae ultra centesimam (nel linguaggio giustiniano dette usurae supra legitimum modum), sia le usurae non pattuite e corrisposte per errore. Le prime, una volta pagate, non sono ripetibili, nè si possono imputare al capitale. Le altre non si possono ripetere quando è ancora dovuto il capitale e concorrono a diminuirlo o ad estinguerlo secondo il loro ammontare.

Che l'espressione usurae indebitae indichi, per giuristi e imperatori dell'età classica, anche le usurae ex pacto, risulta dai seguenti testi.

C. 2, 3, 28 (Diocl. et Maxim. a. 294) Si certis annis quod nudo pacto convenerit datum fuit, ad praestandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit eum qui pactum fecit [nisi placitis stipulatio intercessit.]

C. 4, 32, 3 (Severus et Antoninus a. 200) Quamvis usurae fenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt, tamen ex pacti conventionem solutae

neque ut indebitae repetuntur neque in sortem accepto ferendo sunt.

Pauli Sent. 2, 14, 1 Si pactum nudum de prastandis usuris interpositum sit, nullius est momenti....

Ma nella concezione giustiniana le usurae ex pacto non sono usurae indebitae, ma usurae che sono dovute a seguito di una naturalis obligatio; per ciò, non sono dette indebitae, ma naturaliter debitae, e riconducono a questa causa la loro irripetibilità, cioè quell'effetto che il diritto classico faceva derivare dal fatto che le usurae, benchè indebitae in quanto non stipulate, erano pur state pattuite.

Il pensiero giustiniano a questo riguardo è soprattutto visibile in D. 46, 3, 5, 2 Ulpianus libro 43 ad Sabinum

Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit: si sint usurae debitae et aliae indebitae, quod solvitur in usuras, ad [utramque] causam usurarum [tam] debitarum [quam indebitarum] pertinere: [puta quaedam earum ex stipulatione; quaedam ex pacto naturaliter debebantur. si vero summa usurarum debitarum et non debitarum non eadem sit, aequaliter ad utramque causam proficit quod solutum est,] non pro rata, ut verba rescripti ostendunt. Sed si forte usurae non sint debitae, [et quis simpliciter solve-

rit, quod omnino non erit stipulatus,] imperator Antoninus cum divo patre seu rescripsit, ut in sortem cedant. Eidem autem rescripto ita subicitur: "quod generaliter constitutum est prius in usuras nummum solutum accepto ferendum, ad eas usuras videtur pertinere, quas debitor solvere cogitur: et sicut ex pacti conventionem datae repeti non possunt, ita proprio titulo non numeratae pro solutis ex arbitrio percipientis non habebuntur".

Il testo merita di esser considerato soprattutto nella materia degli effetti dell'obbligazione naturale giustiniana: qui ci importa mettere in evidenza che Ulpiano non poteva considerare le usurae ex pacto come naturaliter debitae, ma, alla pari di Paolo, di Severo e Antonino, di Diocleziano, doveva nettamente considerarle come indebitae. La espressione: usurae ex pacto naturaliter debitae risponde a una concezione nuova, cioè alla concezione giustiniana che fa discendere dal patto degli interessi una obbligazione naturale.

Ma la nuova concezione giustiniana è palese anche in D. 46, 3, 101, 1 Paulus libro 5 responsorum:

Paulus respondit aliam esse causam debitoris solventis aliam creditori signus distrahentis: nam cum debitor solvit pecuniam, in potestate eius esse comme-

morare, in quam causam solveret: cum autem creditor pignus distraheret, [licere ei pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur, et ideo deducto eo debitum peti posse.]

Le usurae ex pacto sono dette anche qui usurae quae naturaliter tantum debebantur dai Giustiniani: l'alterazione della parte finale di questo testo di Paolo è già stata segnalata da valorosi critici: più recentemente dal Siber, dal Beseler, dal De Villa.

I Giustiniani non si sono limitati a dire naturaliter debita le usurae che il diritto classico diceva indebitae; non si sono limitati a far discendere dal patto degli interessi una obbligazione naturale; ma, come a suo luogo vedremo, hanno dato a questa obbligazione naturale un'ampiezza di effetti che il patto degli interessi nel diritto classico non aveva: al classico effetto della irripetibilità degli interessi semplicemente pattuiti, quando fossero stati pagati, altri ne aggiunge il diritto giustiniano.

Nella dottrina romanistica si è aperta la discussione se si debba riconoscere l'obligatio naturalis ex nudo pacto, anche fuori del caso presentato nelle fonti giustiniane, cioè anche fuori del patto di interessi.

Si adduce in senso contrario D. 45, 1, 1, 2 Ulpianus libro 48 ad Sabinum:

Si quis ita interroget: "dabis"? responderit "quid ni? et is utique in eo casu est ut... obligetur: [contra] si sine verbis admisisset. [non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur qui ita adnuit:] et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem.

La motivazione: non tantum autem civiliter sed nec naturaliter obligatur qui ita adnuit è certamente postclassica, come è sempre postclassica l'antitesi posta avverbialmente: civiliter - naturaliter.

Il testo classico, secondo la felice ricostruzione del Riccobono, diceva:

Si quis interrogatus "dabis"? responderit "qui ni"? et is in ea causa est ut <non> obligetur: <multoque magis> si sine verbis admisisset.

Ma il fatto che viene negata qui la obligatio naturalis proprio in un passo interpolato non vuol affatto dire che l'età postclassica non riconoscesse, in generale, una obligatio naturalis ex pacto.

Il testo ulpiano interpolato in D. 46, 3, 5, 2 ha una portata che trascende la specie in esso configurata; e, se

l'altro testo ulpiano, pure interpolato, in D. 45, 1, 1, 2 sembra negare la obligatio naturalis ex pacto, ciò in realtà non è, perchè non concerne il patto, ma la stipulatio; e anche la stipulatio postclassica, se può essere conchiusa quibuscumque verbis, in conformità con la costituzione di Leone dell'a. 472, è pur sempre un contratto verbale.

VII. - Prestazioni non giuridicamente dovute.

In una serie di casi la giurisprudenza classica, movendo da considerazioni di ordine etico-sociale, giungeva a escludere la condictio indebiti, benchè ciò che si era pagato non era giuridicamente dovuto.

Erano casi che essa configurava come species, in quibus solutum repeti non potest, ma che non riconduceva affatto entro lo schema della obbligazione naturale, che -come abbiamo veduto- era per essa obligatio iuris gentium.

Mutato il concetto di obligatio naturalis nel diritto giustiniano in funzione del mutamento del concetto di ius naturale, ora separato dal concetto di ius gentium, anzi contrapposto ad esso e definito ius semper aequum ac bonum, quei

casi classici diventano, per quanto non sempre esplicitamente, altrettante species di obbligazioni naturali: obbligazioni naturali, che la dottrina romanistica non raramente qualifica, per separarle dalle altre, come obbligazioni naturali improprie.

La giurisprudenza classica non concedeva la condictio indebiti al liberto per ripetere prestazioni non derivanti dalla sua promissio iurata ed eseguite per errore; non la concedeva alla donna per ripetere la dote che si fosse costituita credendosi obbligata alla costituzione; al paterfamilias che pagava per imprudentiam il debito del filiusfamilias oltre l'ammontare del peculio; a colui, che pagava per intero il debito pur essendo condannato in id quod facere potest, cioè potendo fruire del cosiddetto beneficium competentiae; a colui, che in omaggio alla volontà espressa dal defunto non tratteneva la quarta Falcidia o la quarta Trebelliana o, anche, in omaggio alla segreta volontà del defunto non tratteneva la praeceptio, a cui era espressamente autorizzato, nella restituzione fidecommissaria.

I Giustinianeî, e, prima dei Giustinianeî, forse già i commentatori postclassici, giustificano l'esclusione della condictio indebiti in alcuni di questi casi movendo dal concetto che qui si hanno naturalia debita o, il che è lo stesso,

naturales obligationes.

Così sono interpolati i testi seguenti.

Anzitutto D. 12, 6, 26, 12 in materia di operae libertorum:

Ulpianus libro 26 ad edictum Libertus cum se putaret operas patrono debere solvit: condicere eum non posse, [quamvis putans se obligatum solvit] Iulianus libro decimo digestorum scripsit: [natura enim operas patrono libertus debet.]

..... non potest condicere [neque ei cui solvit creditori, cui alterius contemplatione solutum est quique suum recipit, neque patrono, quia natura ei debentur.]

L'interpolazione delle parole chiuse tra parentesi è già stata veduta dal Beseler, e sostenuta dal Siber. Nella prima parte ci sembra facile scomporre il testo nella sua redazione genuina e nella glossa che lo accompagna. Il testo genuino doveva dire:

Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse Julianus.... scribit.

La glossa, prima posta in margine al testo e poi trapassata nel testo, doveva essere questa:

(condicere non potest) quamvis putans se obligatum

solvit: natura enim operas patrono libertus debet.

Così vien spiegata la ripetizione balorda (quamvis putans se obligatum solvit) dopo la premessa cum se putaret operas patrono debere.

Nella seconda parte l'interpolazione è rivelata anche dal groviglio dei dativi: ei cui solvit - cui solutum est.

Analogamente interpolato, checchè ne pensi il Siber, è anche D. 12, 6, 32, 2 in materia di dote.

Iulianus libro 10 digestorum Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: [sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.]

L'interpolazione, anche qui, non muta la norma classica, ma la spiega da un diverso punto di vista. Ha ragione il Beseler di osservare che la costituzione di dote, che la donna faceva per sè, non era un atto che il giurista classico poteva considerare come suggerito dalla pietas: il costume sociale, non una causa pietatis, importava che la donna, andando sposa, si costituisse una dote.

Nel diritto giustiniano vien messo in evidenza, invece, come elemento motore della costituzione di dote, il sentimento della pietas, quale è inteso nell'età dei compilatori e

che alimenta il ius naturale, qual è concepito al loro tempo. Dire che non si può ripetere la dote perchè vi si oppone una causa pietatis, è per i Giustinianeî come dire che non si può ripetere perchè vi si oppone il ius naturale.

In altri casi la configurazione della species in qua solutum repeti non potest come species di obligatio naturalis, richiamandosi al nuovo ius naturale nel nuovo significato giustiniano e cristiano, non è esplicitamente fatta, ma si può considerare latente nello spirito della nuova legislazione.

Così, per il pagamento di un debito del filiusfamilias fatto dal paterfamilias oltre l'ammontare del peculio:

D. 12, 6, 11 Ulpianus libro 35 ad Sabinum Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus quam in peculio est solverit, repetere non potest.

Così, ancora, per il pagamento del debito fatto da chi potrebbe fruire del beneficium competentiae:

D. 12, 6, 9 Ulpianus libro 66 ad edictum

Nam et maritus, si, cum facere nihil possit, dotem solverit, in ea causa est, ut repetere non possit.

VIII. - Ricambio di doni ricevuti e liberalità fra genitori e figli.

Una curiosa obbligazione naturale è quella per cui si dovrebbero ricambiare i donativi ricevuti.

Essa è menzionata in D. 5, 3, 25, 11 Ulpianus libro 15 ad ed.:

Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. quemcumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdidierunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt; nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quavis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt.

Ma anche questa obbligazione naturale appartiene al diritto giustiniano, perchè affiorante in un testo notoriamente alterato. E' bene avvertire, per altro, che anche nel quadro delle obbligazioni naturali del diritto giustiniano essa costituisce una figura come appartata. Non perchè questo diritto riconosce siffatta obbligazione naturale, i do-

nativi ricambiati perdono il loro carattere e si sottraggono alle norme delle donazioni; per lo meno, delle donazioni remuneratorie.

In una tarda costituzione dell'a. 442 sono riassunte sotto il concetto di obbligazione naturale le liberalità tra genitori e figli e non considerate come donazioni agli effetti fiscali. Anche questa figura di obbligazione naturale sta a sè, come la precedente:

... nullius accessione gravaminis huiusmodi liberalitas oneretur: ita enim necessariis sibi coniunctisque personis sub liberalitatis appellatione debitum naturale persolvitur.

L'elenco delle obbligazioni naturali rintracciabili nel Corpus iuris civilis non sarebbe, secondo alcuni scrittori, esaurito: ma certamente una ve n'ha che, se non esplicitamente affermata, è per altro insita nello spirito della legislazione giustiniana, ed è l'obbligazione naturale di pagare il debito non più giuridicamente dovuto, perchè prescritto. Se la vera obbligazione reagisce a una ingiusta assoluzione, tanto più dovrebbe reagire alla prescrizione e trasformarsi in obbligazione naturale, quando la prescrizione ha fatto cadere l'azione.

EFFETTI DELLE OBBLIGAZIONI NATURALI

In generale, anche chi non delinea come noi la storia e la dottrina della obbligazione naturale, riconosce che grave e profonda è stata la riforma giustiniana nella materia degli effetti della obligatio naturalis, sfornita di azione.

Nel diritto classico i debita, impropriamente così chiamati, del servus, del filiusfamilias contraente con altra persona alieni iuris della familia a cui apparteneva e col proprio paterfamilias, producevano la soluti retentio; consentivano la loro deductio ex peculio; potevano essere garantiti da fideiussione sia i debita del filiusfamilias verso il proprio paterfamilias e del servus verso il proprio dominus (D. 46, 1, 56, 1) sia quelli del servus verso estranei (Gai 3, 119 a); i debita, poi, del servus verso estranei erano imputabili nelle Falcidie e nella restituzione fideicommissaria e potevano essere novati; i debita, anch'essi impropriamente così chiamati, del pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris producevano la soluti retentio, potevano essere

imputati nella Falcidia e nella restituzione fidecommissaria, garantiti da sponsio, da fidepromissio, da fideiussio (Gai, 3, 119); potevano essere novati e avere efficacia novativa di una precedente obbligazione (Gai 3, 176).

In tutti gli altri casi di debita sforniti di azione, l'effetto unico era la soluti retentio; e i casi stessi si possono qualificare, per l'appunto, adeguatamente indicandoli come species in quibus solutum repeti non poterat.

Nel diritto giustiniano l'obligatio naturalis sfornita di azione ha un'efficacia imponente. Si può dire che, tolta l'azione, tutti gli effetti scaturenti dalla obbligazione civile le sono riconosciuti.

Li dobbiamo ora considerare.

1. Soluti retentio.

Secondo i principi comuni delle obbligazioni, quando alcuno, che non sia debitore o non lo sia verso una determinata persona, eseguisce verso questa una prestazione credendosi obbligato, cioè cadendo in errore, il diritto lo soccorre concedendo un'azione personale (condictio indebiti) per la restituzione di ciò che ha pagato. Presupposto della condictio indebiti è l'errore; perchè, se questo mancasse e

la prestazione fosse da taluno eseguita sapendo di non essere vincolato, si avrebbe nell'atto una donazione, nella intenzione di chi diede un animus donandi.

Ora, anche in presenza dell'errore, la condictio indebiti non è ammessa in quella serie veduta di casi, che il diritto classico configura, con imprecisione consapevole, come debita e che il diritto giustiniano protegge come debita imposti dal ius naturale, anche se il diritto positivo non concede per essi l'azione.

Chi paga questo debitum non fa donazione.

Ciò è espresso vivacemente in un testo di Ulpiano (D. 39, 5, 19, 4):

Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio sed debiti solutio. idem in pupillo, qui sine tutoris auctoritate debuerit, dicendum est, si postea tutore promittat.

I testi, che enunciano questo fondamentale effetto, sono numerosissimi e non occorre qui richiamarli.

2. Deductio ex peculio

Ogni debito o credito che il servus contraesse col dominus o con estranei, ogni debito o credito che il filiusfamilias contraesse col paterfamilias, nei rapporti interni tra paterfamilias e filiusfamilias, tra dominus e servus non aveva rilevanza giuridica; nei riguardi, per dir così, esterni, invece l'avevano.

Esercitata dal terzo, ad es., l'actio de peculio, sor-geva l'esigenza di determinare l'ammontare di questo e a tal fine si computavano in esso anche i crediti o debiti del paterfamilias e del dominus, che nei rapporti interni non avevano rilievo. Il peculio doveva diminuirsi dei debiti che il filiusfamilias o il servus avesse contratto verso il paterfamilias o il dominus e accrescersi dei crediti acquistati dal filiusfamilias o dal servus.

Peculio non vi è -dicono i giuristi- se non si detraggono i debiti che il filiusfamilias o il servus hanno verso il paterfamilias o il dominus, applicando analogicamente ciò che è detto per ogni altro patrimonio: bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno.

Si vedano i seguenti testi:

D. 15, 1, 5, 4 Ulpianus libro 29 ad edictum Peculium

autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permissu separatim a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.

D. 15, 1, 9, 2 Ulpianus libro 29 ad edictum:

Peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur. Huic definitioni Servus adiecit et si quid his debeatur qui sunt in eius potestate, quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit.

La deductio deve farsi, perchè si suppone che il dominus abbia prevenuto ogni altro creditore estraneo ed agito col servus per farsi rimborsare dei propri crediti.

Questo punto è ribadito in un paragrafo successivo dello stesso testo:

nam semper praevenire dominus et agere videtur,

perchè non può supporre che il dominus voglia concedere al servus come patrimonio separato quel che il servus stesso gli deve: quando interviene un creditore estraneo, è ovvio che il dominus risponda dopo aver pagato se medesimo.

Nello stesso paragrafo il giurista continua dicendo:

... nam, ut eleganter Pedius ait, ideo hoc minus in peculio est, quod domino vel patri debetur, quoniam

non est verisimile dominum id concedere servo in peculium habere, quod sibi debetur... defendendum igitur erit quasi sibi eum solvere, cum quis agere de peculio conabitur.

Non sono soggetti a deductio soltanto i crediti nascenti da contratto, ma anche quelli nascenti da un delitto commesso dal servus in danno del dominus o da residui reciproci conti dare e avere.

In D. 15, 1, 9, 6 Ulpiano avverte:

Sive autem ex contractu quid domino debent sive ex rationum reliquis, deducet dominus. sed et si ex delicto ei debeat, ut puta ob furtum quod fecit, aequè deducetur.

Analogamente i crediti dello schiavo verso il dominus accrescono il peculio. Ciò vien detto in D. 15, 1, 7, 6 Ulpianus libro 29 ad ed.:

Sed et id quod dominus sibi debet in peculium habebit, si forte in domini rationem impendit et dominus ei debitor manere voluit aut si debitorem eius dominus convenit. quare si forte ex servi emptione evictionis nomine duplum dominus exegit, in peculium servi erit conversum, nisi forte dominus eo proposito fuit, ut nollet hoc esse in peculium servi.

Così, ad es., se lo schiavo abbia dato somme per conto

del suo dominus, o se questi abbia convenuto in giudizio un debitore dello schiavo e ne abbia incassato il debito. Ma, perchè ciò avvenga, data la illimitata facoltà di disposizione del dominus che potrebbe ritirare anche il suo peculio, occorre aver presente in ogni caso la volontà del dominus: un credito dello schiavo esiste se il dominus non abbia avuto la contraria intenzione di non volergli concedere e conferire nel peculio il relativo ammontare.

3. Imputazione nella falcidia e nella restituzione fidecommissaria.

La giurisprudenza classica, fino a Giuliano, non ammetteva che, nel caso in cui una eredità fosse lasciata fidecommissariamente, con incarico cioè all'erede fiduciario di trasmetterla a un terzo, l'erede dovesse tener conto, nella restituzione a cui era tenuto verso il fidecommissario, di un credito non munito di azione, che avesse avuto il defunto.

Ma successivamente, sulle orme di Giuliano, superando la difficoltà che si era per l'inanzi posta e che non era facilmente superabile, ammise senz'altro che, dipendendo la riscossione di quel creditum dalla volontà dell'obbligato, non si poteva dire che il patrimonio ereditario ne restasse accresciuto, ma riconobbe che di questo eventuale accresci-

mento non si poteva non tener conto ai fini della restituzione: l'eredità doveva considerarsi o accresciuta o immutata secondo l'evento: quel creditum non munito di azione doveva considerarsi un elemento patrimoniale aleatorio.

Se non che Giuliano e, dietro di lui, la giurisprudenza classica facevano l'ipotesi concreta che verso l'hereditas vi fosse il debitum di un servus (analogamente facevano, come si può argomentare da D. 36, 1, 66, l'ipotesi inversa del debitum della hereditas di un pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris); i Giustinianeî, invece, com'è loro costume, generalizzano e astrattizzano l'ipotesi concreta parlando di debitum naturale.

I testi sono i seguenti:

D. 35, 2, 1, 17 Paulus libro sing. ad l. Falcidiam
Id, quod [natura] hereditati debetur et peti quidem non potest, solutum vero non repetitur, non esse computandum in hereditate quidam putant. sed Iulianus et haec ex eventu augere patrimonium aut non augere existimat et hereditario iure id quoque capi ideoque et in restitutione hereditatis venturum.

Conseguentemente, se il servus, che aveva un debitum verso il defunto, avesse pagato all'erede fiduciario, questi avrebbe dovuto restituire al fidecommissario la somma rice-

vuta.

Ciò è ribadito in D. 36, 1, 49 Pomponius libro I var. lect.

Si heredi eius, cui [natura] debuerit, [aliquis] solverit, ei cui fideicommissa hereditas relicta sit, id reddendum.

Il modo della restituzione era stato regolato dal Sc. Tertulliano (a. 56 d. Cr.) che aveva disposto doversi considerare trasmesse al fidecommissario le cose corporali, i crediti e i debiti e le azioni relative: i giuristi, nel loro commento, segnalano che, benchè il senatoconsulto accenni ad azioni che competunt, non s'intendono escluse le azioni honorariae; che anzi, soggiungeva Paolo, si deve considerare trasmessa anche la causa eius quod a servo debetur.

Nel primo testo (D. 35, 2, 1, 17) di Paolo, in vece di: id quod natura hereditati debetur, stavano le parole: id quod a servo hereditati debetur; nel secondo testo (D. 36, 1, 49) di Pomponio, in vece di: si heredi eius, cui natura debuerit, aliquis solverit, stavano le parole: si heredi eius, cui debuerit, servus solverit; finalmente nel terzo testo (D. 36, 1, 41) di Paolo, in vece di: immo et causa naturalium obligationum transit, stavano le parole: immo et causa eius quod a servo debetur transit.

Per rendersi conto della verosimiglianza di queste interpolazioni non c'è che da richiamare D. 46, 1, 16, 4 e D. 44, 7, 10: due testi (l'uno di Giuliano, l'altro di Ulpiano) dove con assoluta certezza, come la loro sgrammaticatura dimostra, le naturales obligationes stanno, come abbiamo veduto, in luogo di debita servorum, i naturales debitores in luogo di servi.

L'innovazione dei Giustinianeî è consistita, come abbiamo avvertito, nell'astrarre da quelle fattispecie concrete che essi trovavano nei testi classici e nel porre un principio generale per ogni naturalis obligatio intesa nel loro significato, sfornita di azione.

Per la quarta Falcidia doveva valere la norma che abbiamo visto applicarsi in materia di restituzione fidecommissaria. La lex Falcidia (a. 40 av. Cr.), per far conseguire all'erede in ogni caso il quarto dell'eredità (quadrans) contro gli eventuali eccessi di legati disposti dal testatore, statui che i legati si riducessero proporzionalmente fino a quel limite.

Ora, se il defunto avesse lasciato un creditum verso un servus, o defunto fosse un pupillo che avesse contratto un debitum senza l'auctoritas tutoris, doveva anche di questo tenersi conto, per diritto classico, nel fare il computo

del quadrans, potendo accadere che quel creditum fosse riscosso e quel debitum pagato, e venire così ad aumentare o diminuire l'ammontare dell'asse.

Anche qui nel diritto giustiniano la norma ha un campo di applicazione più vasto e riguarda l'obligatio naturalis in genere.

4. Novazione.

Il debitum del servus o del pupillo contraente senza la auctoritas tutoris poteva essere novato, cioè poteva trasformarsi mediante stipulazione in una obligatio: con ciò esso si muniva dell'actio che prima mancava.

Ciò è detto esplicitamente in D. 39, 5, 19, 4: un testo che già abbiamo avuto occasione di richiamare.

Ulpianus libro 76 ad ed.: Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio sed debiti solutio. Idem in pupillo, qui sine auctoritate tutoris debuerit, dicendum est si postea tutore auctore promittat.

I due mutui generavano un debitum (impropriamente detto), non una obligatio: mancava la libertà nel primo caso, l'auctoritas tutoris nel secondo. Ma, se si deduceva in una sti-

pulazione la causa precedente e veniva meno il difetto che aveva costituito l'impedimento al sorgere di una obligatio (lo schiavo era diventato libero; il tutore aveva interposto la sua auctoritas), sorgeva l'obligatio: il debitum precedente si estingueva, trasfuso nella obligatio che sorgeva dalla stipulazione e questa non poneva in essere una donazione ma fungeva come pagamento del precedente debitum.

Oltre che essere novato, il debitum di un pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris poteva avere anche efficacia novativa. Ce ne informa, come già abbiamo a suo tempo segnalato, Gaio (3, 176):

Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim; nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur, veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero; quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. Non idem iuris est, si a servo stipulatus fuero; nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset.

Nel diritto giustiniano non è soltanto il debitum del servus o il debitum del pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris che può essere novato; non è più soltanto l'obligatio del pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris, che, per quanto nulla, ha ciò nonostante efficacia novativa; qualunque obligatio naturalis, quale il diritto giustiniano la intende, può essere novata: qualunque obligatio naturalis può novare: e l'obligatio del pupillo contraente senza la auctoritas tutoris non nova, benchè nulla, ma nova, come le altre, perchè naturalis.

Questo nuovo regime giustiniano ci è attestato da D. 46, 2, 1.

Ulpianus libro 46 ad Sabinum pr. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem [vel civilem vel naturalem] transfusio atque translatio.

L'apposizione vel civilem vel naturalem è, come da vari romanisti è già stato veduto, una apposizione giustiniana. E, mentre il paragrafo primo di questo testo nella sua redazione originaria continuava avvertendo:

Illud non interest, qualis praecessit obligatio, utrum naturalis (= iuris gentium) an civilis, et utrum verbis <an literis> an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio novari verbis potest, <licet interdum>

sequens obligatio <non> teneat, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit, nella redazione giustiniana il testo dice:

Illud non interest, qualis praecessit obligatio, utrum naturalis an civilis [an honoraria], et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit quae praecessit, novari verbis potest, [dummodo] sequens obligatio [aut civiliter teneat aut naturaliter:] ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.

Nella esplicazione utrum naturalis an civilis la qualifica naturalis non conserva più il significato giustiniano.

L'esattezza della ricostruzione genuina del testo ulpiano, fatta felicemente dal Siber, può essere agevolmente dimostrata da Gai 3, 176, dove non viene in considerazione la efficacia novativa della sequens obligatio perchè naturalis, ma viene in considerazione, come abbiamo notato, benchè nulla.

5. Constitutum.

Si suole considerare come un effetto analogo al precedente la idoneità che avrebbe avuto il debitum non coercibile a servire di base al constitutum.

Il constituto, che era originariamente una promessa rivolta a fissare il termine in cui un debito di danaro sarebbe stato pagato, si è allargato poi, per interpretazione giurisprudenziale, a ogni altro debito di cose anche non fungibili; servì a fissare anche il luogo del pagamento, a mutare l'oggetto dell'obbligazione, a far assumere il debito altrui (constitutum debiti alieni): secondo una dottrina largamente seguita avrebbe rafforzato altresì il debitum non coercibile generando a favore del creditore l'actio constituti e munendolo di quella difesa che dapprima non c'era.

Si invoca a questo riguardo un testo di Ulpiano.

D. 13, 5, 1, 6-8 Ulpianus libro 27 ad Sabinum:

6. Debitum autem ex quacumque causa potest constitui, id est ex quocumque contractu sive certi sive incerti et si ex causa emptionis quis pretium debeat vel ex causa dotis vel ex causa tutelae vel ex quocumque alio contractu. 7. [Debitum autem vel natura sufficit.] Sed et is, qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur. Videtur enim debitum et quod iure honorario debetur.

Si dice, ad esempio, dal De Ruggiero, che il testo fu certamente rimaneggiato dai compilatori giustiniani, i quali vi inserirono con frasi generalizzatrici quel concetto

astratto del contractus che corrispondeva alla nuova dottrina delle loro scuole, ma si soggiunge che non è da credere che l'intervento si sia esplicato anche nella frase che fa accenno al debitum natura.

Noi cominciamo con l'osservare che, se per avventura la giurisprudenza classica avesse riconosciuto al constitutum una siffatta efficacia, non avrebbe accennato genericamente al debitum natura, ma a specie concrete di debitum incoercibile (del servus, del pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris); per modo che i Giustiniani anche qui avrebbero sempre innovato estendendo alla loro obligatio naturalis sfornita di azione e generalizzando un principio che avrebbe avuto nel diritto classico limitate applicazioni. Ma riteniamo, come inclinava già a ritenere il Bonfante e più decisamente affermò per primo il Perozzi, che la giurisprudenza classica non ponesse a base del constitutum un debitum incoercibile.

Il breve periodo:

Debitum autem vel natura sufficit

è una intrusione compilatoria, che appare tale alla prima lettura.

Esso interrompe il dettato logico e ordinato di Ulpiano, che non poteva certo sentire il bisogno di giusti-

ficare, come fa, che si possa constituere un debito pretorio, se prima avesse detto che si può constituere anche un debito incoercibile.

6. Fideiussione.

Nel diritto classico vi erano debita incoercibili che potevano essere garantiti da fideiussione, per modo che, ciò che il creditore non poteva avere in virtù del credito, cioè la possibilità di costringere il debitore all'adempimento, si acquistava lui in virtù della garanzia; ciò che non poteva avere dal debitor, conseguiva dal terzo, cioè dal fideiussor.

Frequenti sono le attestazioni delle fonti a questo riguardo. Così, la possibilità della fideiussione per un debitum del filiusfamilias verso il proprio paterfamilias o del servus verso il proprio dominus ci è attestata da D. 15, 1, 3, 7 e D. 46, 1, 56, 1.

D. 15, 1, 3, 7 Ulpianus libro 29 ad ed.:

Cui congruit quod idem Julianus scribit, si a filio meo fideiussorem accepero, quidquid a fideiussore accepero, id me non de in rem verso, sed de peculio actione mandati prestaturum. Idem accipias et in

servi fideiussore.

D. 46, 1, 56, 1. Paulus libro 15 quaestionum:

Idem si filius a patre vel servus a domino stipuletur, nec fideiussor acceptus tenetur, quia non potest pro eodem et eidem esse obligatus. Ex diverso ergo patre a filio vel domino a servo stipulato fideiussor acceptus tenetur.

Con particolare frequenza ci è attestata la possibilità di garantire mediante fideiussione il debitum di un servus, sia che si tratti di debitum verso il dominus, sia che si tratti di debitum verso l'extraneus.

Fondamentale su questo punto è il passo di Gaio (3, 119 a):

.... adeo quidem ut (fideiussor) pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi debeat.

Vedasi anche D. 12, 6, 13 pr. Paulus libro 10 ad Sabinum.

La possibilità di garantire con fideiussione il debitum del pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris ci è infine attestata dallo stesso passo gaiano sopra riferito; che anzi, come da Gaio (3, 118-119) risulta, il

debitum del pupillo contraente senza l'auctoritas tutoris poteva anche essere garantito da sponsio e da fidepromissio; del che per il servus si faceva questione.

Gaio, 3, 118-119: sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est, fidelussoris valde dissimilis. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, veluti si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus aut peregrinus sponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur.

Ma, all'infuori di questi casi, non vi erano, nel diritto classico altri debiti incoercibili che potevano essere garantiti da fideiussione. Diciamo di più: in qualche caso, e precisamente nel caso di debitum del filiusfamilias per mutuo contratto senza il consenso del paterfamilias, si dice esplicitamente che, se un fideiussore vi fosse, potrebbe opporre anch'egli al creditore, alla pari del filiusfamilias, l'exceptio senatusconsulti Macedoniani.

Nel diritto giustiniano, invece, qualunque obligatio naturalis sfornita di azione può essere garantita da fideiussione: ciò è dire che i Giustiniane, anche qui, fanno discendere dalla obligatio naturalis, come tale, effetti che la

giurisprudenza classica faceva sorgere da alcune concrete fattispecie di debita sforniti di azione.

I testi interpolati in questa direzione sono numerosi.

Innanzitutto, il testo giuliano conservatoci in D. 46, 1, 16, 3-4.

Fideiussor accipi potest, quotiens est aliquis vel civilis vel [naturalis] obligatio cui applicetur. [Naturales obligationes] non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur [naturales debitores,] per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.

Questo frammento è stato estratto dal libro 53 dei Digesta di Giuliano, da cui pure è stato estratto un altro frammento, conservatoci entro lo stesso titolo, cioè in D. 46, 1, 7:

Quod solutum repeti non potest, conveniens est huius [naturalis obligationis] fideiussorem accipi posse

Così come sono riferiti i due frammenti giuliani nelle Pandette, sembrerebbe che già Giuliano avesse riconosciuto la possibilità di far accedere la fideiussione a qualunque

debitum sfornito di azione, cioè a qualunque obligatio naturalis nel linguaggio giustiniano.

La realtà è diversa.

Il Gradenwitz ha avuto il grande merito di scoprire -come abbiamo veduto- che Giuliano non doveva parlare di naturales debitores in generale ma concretamente dei servi, come emerge dalla sconcordanza del pronome eorum che, nella redazione giustiniana del testo, ora si riferisce a naturales obligationes.

Facendo tesoro di questa finissima esegesi del Gradenwitz, che è da correggere soltanto nel senso che Giuliano doveva parlare non di obligationes naturales dei servi, ma di debita dei servi, e tenendo anche conto di certe felici esegesi del Siber che rilevò come talvolta i Giustiniani trasportano all'obligatio le distinzioni che la giurisprudenza classica poneva relativamente all'actio e come altre volte sostituiscono all'antitesi civilis - honoraria l'antitesi civilis - naturalis, noi possiamo agevolmente ricostruire, nel suo sostanziale contenuto genuino, il testo di Giuliano, spezzato in due frammenti (fr. 7; fr. 16, 3-4) entro il titolo 46, 1 delle Pandette.

Il testo doveva essere il seguente.

Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua <actio> vel civilis <vel honoraria> cui applicetur. Quod solutum

<a servis> repeti non potest, conveniens est huius fideiussorem accipi posse. <Debita servorum> non eo solo aestimantur si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur <servi>, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.

Insomma, Giuliano doveva dire che la fideiussione può accedere a una obligatio (munita di actio civilis), a un debitum coercibile (munito di actio honoraria), talvolta a un debitum sfornito di azione, come quello del servus. Doveva procedere come per una scala gerarchica.

Era da giustificare la fideiussione accedente al debitum del servus; e la motivazione è contenuta nell'ultima parte del testo riferito:

Licet minus proprie debere dicantur servi, per abusionem intellegi possunt debitores.

I Giustiniani eliminano il concreto riferimento ai servi, sostituiscono al classico termine debitum, che indica anche il debitum sfornito di azione, la loro espressione naturalis obligatio, e così in due testi (D. 46, 1, 7; 46, 1, 16, 3-4) pongono il generale principio che la fideiussione accede a qualunque naturalis obligatio.

Queste interpolazioni hanno due volte tradito il giureconsulto classico.

Analogamente i Giustiniani si comportano con un testo di Ulpiano estratto dai commentari di questo giureconsulto ad Sabinum e spezzato in ben cinque frammenti, sparsi qua e là entro titoli diversi dei libri delle Pandette.

ULPIANUS LIBRO 47 AD SABINUM

D. 46, 1, 8, 1-2. Praeterea sciendum est fideiussorem adhiberi omni obligationi posse, sive re, sive verbis, sive consensu.

Pro eo etiam, qui iure honorario [obligatus est,] posse fideiussorem accipi sciendum est.

D. 46, 1, 6, 2. Adhiberi autem fideiussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest, [dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio.]

D. 44, 7, 10 [Naturales obligationes] non eo solo aestimantur si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam eo si soluta pecunia repeti non possit.

D. 15, 1, 41. Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam [ad] ius [civile] referimus obligationem.]

Ulpiano, alla pari di Giuliano che segue così da vicino e quasi con le stesse parole ripete, procedeva anch'egli per gradi: la fideiussione può accedere a una obligatio, qualunque essa sia; può anche accedere a un debitum (munito di actio honoraria); può finalmente accedere talvolta a un debitum sfornito di azione e -come i frammenti riferiti in D. 44, 7, 10 e in D. 15, 1, 41 dimostrano (eorum, servus, servo)- Ulpiano, alla pari di Giuliano, si riferiva concretamente al debitum del servus.

I Giustiniani, interpolando e spezzando il testo organico di Ulpiano in vari disorganici frammenti, hanno portato anche qui lo scompiglio. Ma hanno, in pari tempo, conseguito il loro scopo di affermare il principio che qualunque obligatio naturalis, così come essi la intendono, può essere garantita da fideiussione. Così, essi introducono genericamente l'aliqua vel naturalis futura obligatio in D. 46, 1, 6, 2; sostituiscono le naturales obligationes ai debita servorum in D. 44, 7, 10, come si evince dal pronome eorum che ora è in stridente discordanza col sostantivo naturales obligationes a cui si riferisce; celano il riferimento concreto che Ulpiano faceva ai debita dei servi, trasportando lontano, come frammento avulso, quanto Ulpiano scriveva circa i servi avvertendo: Nec

servus quicumque debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ius.

Con la sostituzione di poche parole (dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio; naturales obligationes), con la rottura di qualche legame, anche il pensiero di Ulpiano è stato tradito.

7. Pegno e ipoteca.

Nessun debitum incoercibile poteva, a nostro avviso, nel diritto classico essere garantito da pegno.

Non può impressionare e portare a diversa conclusione la constatazione che potevano alcuni debita incoercibili essere -come abbiamo veduto- garantiti da fideiussione.

Nella fideiussione chi garantisce è un terzo; nel pegno è solitamente il debitore. E ammettere la possibilità di garantire con pegno un debitum incoercibile, significava violare, sia pure indirettamente, la incoercibilità del debito.

In realtà i testi, in cui questa possibilità è affermata, sono interpolati.

Così, interpolato è D. 20, 1, 5, pr. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

Res [hypothecae] dari posse sciendum est pro quacum-

que obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, si-
 ve emptio vel venditio contrahatur vel etiam locatio et
 conductio, vel mandatum, et sive pura est obligatio vel
 in diem vel sub condicione, et sive in praesenti contrac-
 ta sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis
 nomine dari possunt. Sed et non solvendae omnis pecu-
 niae causa, verum etiam de parte eius: [et vel pro ci-
 vili obligatione vel honoraria vel tantum naturali.]

E' un testo la cui alterazione è già stata segnalata
 da molti studiosi: principalmente dal Fehr e dall'Ebrard,
 per ciò che attiene anche alla sostituzione di hypotheca
 a pignus; dal Segrè, dal Gradenwitz, dal De Villa, per ciò
 che concerne particolarmente la chiusa (et vel pro civili
obligatione vel honoraria vel tantum naturali), che qui in-
 teressa.

Che non ci troviamo di fronte al testo di Marciano nel-
 la sua redazione genuina, risulta da molti indizi: non vi
 ha, quasi, espressione o forma di passaggio che sfugga a una
 critica oculata.

A noi importa avvertire che i giuristi classici -come
 sappiamo- non parlavano di obligationes honorariae e non di-
 stinguevano fra obligationes honorariae e obligationes civi-
les, essendo obligationes soltanto queste ultime; e che non

degradavano l'obligatio naturalis, cioè iuris gentium, con
 l'attenuazione: vel tantum naturali.

Questo modo di esprimersi è proprio di chi -come i Giu-
 stiniani- chiama obligatio naturalis anche, anzi soprattut-
 to, il debitum sfornito di azione.

Pure in altro testo (D. 46, 1, 21, 3) l'esplicazione
 della obligatio, fatta con le parole sive civilis sive tan-
tum naturalis in reum fuisset, è compilatoria.

E' interpolato anche D. 12, 6, 13 pr. Paulus libro 10
 ad Sabinum.

[Naturaliter etiam servus obligatur, et ideo] si
 quis nomine eius solvat, vel ipse manumissus ut Pompo-
 nius scribit, ex peculio [cuius liberam administratio-
 nem habeat] repeti non poterit: et ob id et fideiussor
 pro servo acceptus tenetur [et pignus pro eo datum tene-
bitur et si servus qui peculi administrationem habet,
rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pignera-
ticia reddenda est.]

Abbiamo già veduto che, in vece di naturaliter etiam
servus obligatur et ideo, nella redazione genuina doveva
 esservi: quod servus debet. Non potevano parlare di obli-
gatio naturalis del servus i giureconsulti che affermavano
 in maniera categorica che servus non obligatur.

Ma qui dobbiamo soggiungere che Paolo si limitava ad ammettere che al debitum del servus potesse accedere la fideiussione, cioè la obligatio di un terzo, ma non ammetteva in pari tempo che fosse possibile costringere all'adempimento di un debitum incoercibile mediante pignus.

Dalle parole et pignus pro eo datum in poi abbiamo una aggiunta dei compilatori giustiniani sovrapposta alle parole del giurista, come -in parte- ha già veduto il Gradenwitz: questa sovrapposizione è rivelata dalla ripetizione tenetur - tenebitur, dalla sconcordanza tenetur - tenebitur - reddenda est.

Particolarmente interessanti sono alcuni testi, che concernono la costituzione di pegno per garantire la prestazione di interessi semplicemente pattuiti e non stipulati e che riconoscono al creditore il diritto alla retentio pignoris fino a che essi non siano stati integralmente pagati.

Sono i seguenti:

D.13, 7, 11, 3 Ulpianus libro 28 ad ed.:

Si in sortem dumtaxat vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto propter quod obligatum est locum habet pigneraticia. [Sive autem usurae in stipulatum deductae sive non, si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, pigneraticia cessabit...]

Il testo si limitava a dire che, se il pegno era costituito soltanto per il capitale o soltanto per gli interessi, poteva esperirsi l'actio pigneraticia quando fosse stata eseguita la prestazione (restituzione del capitale o pagamento degli interessi) per cui il pegno era stata costituito.

Il successivo periodo, in cui è ammessa la retentio pignoris anche per le usurae non stipulate e quindi anche per quelle ex pacto, è una aggiunta compilatoria, come già segnalò l'Eisele e ritiene la recente dottrina (Krueger, Siber, Pacchioni, Riccobono, De Villa).

Prescindendo da indizi formali (si tamen, ex his), che possono aver poco peso, l'interpolazione è rivelata dall'et che precede eas. Con questo et viene mutata la premessa da cui il giureconsulto muoveva. La premessa era: costituzione di pegno soltanto (dumtaxat) o per il capitale o per gli interessi: nella seconda parte, che diciamo interpolata, la premessa è diversa: costituzione di pegno anche (et!) per gli interessi.

C. 4, 32, 4 pr. (Severus et Antoninus) Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, [licet stipulatio interposita non sit] merito constitutum est et rationem habet cum pignora [condicione pacti] etiam usuris obstricta sint.

Il Siber attribuisce ai compilatori giustinianei tutto quanto è affermato in questa prima parte del rescritto di Severo e Antonino. A torto. Noi consentiamo col De Villa nel ritenere intruse soltanto le parole licet stipulatio interposita non sit e le altre condicione pacti.

L'espressione condicio pacti non è classica; invece di licet stipulatio interposita non sit, evidentemente nel testo genuino vi era: si stipulatio interposita sit.

Il rescritto ribadiva la norma che può costituirsi pegno anche per garantire il pagamento degli interessi (s'intende stipulati): i Giustinianei si preoccupano di mettere in evidenza che il pegno può costituirsi anche per gli interessi semplicemente pattuiti, e allora, invece di si stipulatio interposita sit, scrivono: licet stipulatio interposita non sit.

Ma è così operante questa loro preoccupazione, che poi aggiungono soltanto le parole condicione pacti, e non le altre condicione pacti vel stipulationis, per modo che sembrano dimenticarsi degli interessi che possono essere, anzi che pattuiti, stipulati.

Naturalmente, sono interpolati parallelamente quei testi, in cui si riconosce al creditore pignoratizio, che addivenga alla vendita del pegno, la facoltà di trattenerne

l'importo degli interessi ex pacto, o anche l'importo di questi interessi, sul prezzo ricavato dalla vendita.

Così è interpolato C. 4, 32, 22 (Diocl. et. Max.)

[Pignoribus quidem intervenientibus usurae, quae sine stipulatione peti non poterunt, pacto retineri possunt. verum hoc iure constituto] cum [huiusmodi nullo interposito] pacto tantum certae summae poenam praestari convenisse proponas nec peti nec retineri quicquam amplius et ad pignoris solutionem urgeri te disciplina iuris perspicias.

L'interpolazione di questo rescritto è stata esattamente scoperta e delimitata dal Siber.

Gli indizi formali, che attestano l'interpolazione, sono numerosi; la sconcordanza poterant-possunt, il sospetto huiusmodi; pacto in vece di ex pacto; il ragionamento infelice; l'inspiegabile modo di esprimersi.

I Giustinianei vogliono dire che, quando vi è costituzione di pegno per gli interessi ex pacto, questi -per quanto inesigibili- possono essere tratti dal creditore sul prezzo ricavato dalla vendita del pegno; ma, in realtà, le parole pignoribus intervenientibus usurae.... retineri possunt sembrano negare la soluti retentio relativamente agli interessi ex pacto, quando la costituzione

di pegno non vi sia. Il che non è, nè per i giuristi classici, nè per i Giustinianeî.

Diocleziano diceva che una pena convenzionale stabilita mediante patto non era valida. I compilatori ampliano la species che era sottoposta a Diocleziano e la oltrepassano per giungere, per altro, quanto alla species decisa da Diocleziano, alla stessa conclusione; le usurae ex pacto si possono conseguire trattenendole sul ricavato della vendita del pegno; ma, se invece di un pactum usurarum, vi ha un pactum poenae, cioè è stata conchiusa una convenzione avente per oggetto la prestazione di una pena, allora nè si può esperire un'actio, nè può giovare la retentio.

D. 46, 3, 101, 1 Paulus libro 5 responsorum.

Paulus respondit aliam esse causam debitoris solventis aliam creditoris pignus distrahentis: nam cum debitor solvit pecuniam, in potestate eius esse commemorare, in quam causam solveret; cum autem creditor pignus distraheret [licere ei pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem quae natura tantum debebatur, et ideo deducto eo debitum peti posse.]

L'interpolazione di questo testo è stata veduta dal Perozzi, dal Bonfante, dal Siber, dal Beseler, dal De Villa. Giustamente ha rilevato il Bonfante che in acceptum re-

ferre non è espressione classica; ma soprattutto è stato esattamente rilevato che nel diritto classico l'imputazione del prezzo ricavato dal pegno non era rimessa alla volontà del creditore, bensì determinata in base al contenuto del pactum de vendendo pignore e, se questo taceva, secondo le norme stabilite dal diritto (cfr. D.46, 96, 3).

Lo svolgimento logico del testo lascia intendere che Paolo doveva concludere che non era in potestate creditoris stabilire alcunchè in merito alla imputazione del prezzo. L'avvertenza premessa: aliam esse causam debitoris solventis, aliam creditoris pignus distrahentis; la formulazione della motivazione (cum-cum autem) inducono necessariamente a negare una facoltà di electio al creditore relativamente all'imputazione del prezzo. Questa facoltà gli accordano i compilatori giustinianeî perfino in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur, cioè per gli interessi ex pacto, che non erano esigibili, ma davano luogo soltanto alla soluti retentio, se sponte pagati.

Analogamente interpolato è D. 46,3, 5, 2, cioè il testo ulpiano che abbiamo già avuto occasione di richiamare, come quello in cui viene costruito come adempimento di una obligatio naturalis il pagamento di interessi semplicemente pattuiti.

Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit; si sint usurae debitae et aliae indebitae, quod solvitur in usuras, ad [utramque] causam usurarum [tam] debitarum [quam indebitarum] pertinere; [puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur. si vero summa usurarum debitarum et non debitarum non eadem sit, aequaliter ad utramque causam proficit quod solutum est] non pro rata, ut verba rescripti ostendunt, sed si forte usurae non sint debitae [et quis simpliciter solverit, quas omnino non erit stipulatus,] imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit ut in sortem cedant.

Per bene intendere questo testo, occorre aver presente un rescritto dell'imperatore Antonino, in cui si dettano norme generali circa l'imputazione in pagamento. Il rescritto ci è conservato in C. 8, 42, 1 (a. 212):

In potestate eius est, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in quam causam reddat. Quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum qui accepit. Si neuter voluntatem suam expressit, prius in usuras id quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur.

Nel diritto classico, pertanto, vigono le seguenti norme: 1) il debitore ha diritto di indicare il debito che intende estinguere; 2) se il debitore tace, la scelta spetta al creditore; 3) si neuter voluntatem suam expressit, prius in usuras id quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur.

E' ovvio che le prime due norme valgono nel caso di pagamento volontario; soltanto la terza vale anche nel caso di pagamento coattivo, quale è quello che si ha quando il creditore pignoratizio si soddisfa sul prezzo ricavato dalla vendita della cosa pignorata.

Or bene: il testo di Ulpiano si occupava del prezzo ricavato da una distractio pignoris: la fattispecie è: distractis pignoribus creditor pecuniam redigit.

Ulpiano formula due ipotesi: 1) che vi siano usurae debitae e indebitae, cioè ex stipulatione e ex pacto; 2) che vi siano usurae indebitae, cioè ex pacto.

Conformemente ai principi generali regolanti questa materia, Ulpiano doveva decidere la prima ipotesi statuendo che il prezzo ricavato dalla vendita del pegno doveva imputarsi in primo luogo alle usurae debitae, e a queste soltanto, cioè alle usurae che erano dovute in base a una stipulazione ed erano perciò coercibili; non a quelle dovute in

base a un patto e per ciò non coercibili (la volontà del creditore non si poteva sovrapporre a quella del debitore); Ulpiano doveva, poi, decidere la seconda ipotesi stabilendo che, se vi erano usurae indebitae, il prezzo ricavato doveva essere imputato in pagamento del capitale.

Insomma, se chi ha semplicemente pattuito e non stipulato interessi, volontariamente li paga, benchè non siano coercibili, essi nè si possono ripetere (neque ut indebitae repetuntur neque in sortem accepto ferendae sunt: C. 4, 32, 3): ma, se chi li ha semplicemente pattuiti, non li paga, non può il creditore nè retinere pignus fino al loro pagamento nè trattenerli sul prezzo ricavato quando addivenga alla vendita del pignus. Sarebbe violato il principio della incoercibilità del debitum derivante dal pactum usurarum.

Che così dovesse decidere Ulpiano, risulta chiaramente dai testi alterati che abbiamo precedentemente considerati.

I Giustiniani sconvolgono anche questo testo, per concedere anche qui al creditore pignoratizio la facoltà di soddisfarsi, sul prezzo ricavato dalla vendita, per le usurae indebitae, quali sono quelle dovute in base al semplice patto.

L'interpolazione non si illumina soltanto attraverso le interpolazioni scoperte negli altri testi già veduti;

essa è posta in chiara luce anche dalla fretta e dalla scompostezza con la quale i compilatori hanno interpolato questo stesso testo, giacchè, ammettendo che il creditore aveva facoltà, quando vi erano usurae debitae (in base a stipulazione) e indebitae (in base a patto) di imputare il prezzo ricavato dalla vendita del pegno in utramque causam, non facendo distinzione tra usurae debitae ex stipulatione e indebitae ex pacto, avrebbero dovuto ammettere che, anche quando vi sono soltanto usurae indebitae ex pacto, il prezzo ricavato dalla vendita è da imputarsi nel pagamento di queste usurae prima che nel pagamento del capitale. L'interpolazione non è stata proseguita; ma ciò che leggiamo ancora nel testo ulpiano:

sed si forte usurae non sint debitae, rescripsit,

ut in sortem cedant,

ci dimostra che, anche nella parte del testo che precede, Ulpiano doveva negare la possibilità di imputare il prezzo ricavato dalla vendita del pegno anche nel pagamento delle usurae indebitae, aequaliter come nel pagamento delle usurae debitae.

Ancor più significativa è l'alterazione di C. 4, 32, 21 (Diocl. et Max.):

Si usuras praestari [pignore dato convenerat] et

[in continenti] numeratione facta, [postea vel ante]
propter quod solutionem feceras, non designasti, ha-
buit creditor in usuras tibi accepto ferendae solutae
quantitatis facultatem.

I compilatori qui hanno sostituito pignore dato conve-
nerat a promisiisti.

Con questa sostituzione essi estendono alle usurae ex
pacto ciò che gli imperatori avvertivano per le usurae ex
stipulatione: mentre il promisiisti poteva riguardare sol-
tanto la stipulazione; il convenerat riguarda sia la stipu-
lazione sia il semplice patto. La sostituzione è rivelata
anche dalla circostanza che nel seguito del rescritto leg-
giamo: feceras - non designasti, che ben si coordinano al
promisiisti, che era nel testo genuino, non al convenerat,
che è nel testo interpolato. Questo mescolamento della ter-
za e della seconda persona nell'uso dei verbi è una inele-
gantia compilatoria.

La innovazione, introdotta in questo testo, è parti-
colarmente grave, perchè viene consentito al creditore di
imputare nel pagamento di usurae indebitae, cioè di usurae
ex pacto, ciò che il debitore ha pagato senza specificare
la causa, per la quale pagava.

Riassumendo: la giurisprudenza classica escludeva la

possibilità di garantire un debitum incoercibile con pegno,
perchè ciò significava far crollare, se pure indirettamente,
la incoercibilità stessa del debitum. I Giustiniani, inve-
ce, nella loro tendenza diretta ad ampliare gli effetti del-
la loro obligatio naturalis sfornita di azione, ammettono
che questo obligatio può essere garantita da pegno e diven-
tare, così, indirettamente coercibile.

Sono i Giustiniani che stabiliscono il nuovo princi-
pio che può essere costituito un pegno anche a garanzia
della obligatio naturalis sfornita di azione (D. 20, 1,
5 pr.; D. 12, 6, 13 pr.); sono essi che dicono potersi
retinere pignus fino a quando questa obligatio non sia
adempita (D. 13, 7, 11, 3; C. 4, 32, 4); sono essi, an-
cora, che concedono al creditore di poter imputare il prez-
zo ricavato dalla vendita del pegno nel pagamento delle
usurae indebitae, cioè ex pacto (D. 46, 3, 101, 1; C. 4, 32,
22; D. 46, 3, 5, 2); sono essi, finalmente che riconoscono
al creditore la facoltà di imputare nel pagamento di que-
ste usurae indebitae, cioè ex pacto, ciò che il debitore
paga senza specificare la causa per cui paga (C. 4, 32,
21), quando vi sia costituzione di pegno (pignore dato
convenerat).

8. Compensazione.

Nelle fonti giustinianee è detto che una obbligazione naturale può essere compensata con una obbligazione civile. Lo afferma un testo attribuito a Ulpiano, cioè D.16, 2, 6:

Ulpianus libro 30 ad edictum Etiam quod [natura] debetur venit in compensationem.

E' stato giustamente osservato che è, codesto, un effetto gravissimo, che rappresenta l'estremo limite possibile della indiretta coercibilità della obbligazione naturale. Quando, infatti, si ammette che il debitore civile, convenuto in giudizio dal creditore, possa paralizzarne l'azione ed estinguerne la ragione creditoria opponendogli il contro-credito naturale che egli medesimo vanta, si deve riconoscere che all'obbligazione naturale è riconosciuta così intensa energia, che poco manca perchè non sia addirittura civile.

Ma è, si può dire, generalmente riconosciuto che il testo, che abbiamo riferito, non ci conserva il pensiero di Ulpiano.

I compilatori qui, come in altri casi, hanno esteso alla loro obligatio naturalis, sfornita di azione, un effetto, che il diritto classico ammetteva soltanto in una singola fattispecie, e precisamente nella società contratta con un servus o con un filiusfamilias.

Il testo ulpiano doveva dire:

Etiam quod <a servo vel a filiofamilias> debetur, venit in compensationem.

I Giustiniani alle parole a servo vel a filiofamilias hanno sostituito la parola natura. Con questa sostituzione, e con l'isolamento del frammento dal suo contesto originale, la massima così formulata, ha assunto il valore di una regola generale, che nel diritto classico assolutamente non aveva e non poteva avere.

Nella ipotesi della società contratta con un servus o con un filiusfamilias e dentro questo ambito, è possibile che una certa compensazione si ammettesse, in quanto il credito munito di azione e il debito senza azione nascevano dalla stessa causa, cioè dallo stesso rapporto sociale. E' illuminante a questo riguardo un altro testo, che abbiamo nella sedes materiae della compensazione, entro le Pandette, cioè nel fr. 9, pr. D. 16, 2:

Paulus libro 32 ad ed.: Si cum filiofamilias vel servo

contracta sit societas, et agat dominus vel pater,
solidum per compensationem servamus, quamvis si age-
remus, dumtaxat de peculio praestaretur.

9. Confusione.

Una efficacia notevole manifesta nel diritto giustinia-
neo l'obligatio naturalis sfornita di azione nella ipotesi
in cui l'erede sia creditore naturale del defunto, poichè
egli ha diritto di pagarsi sulla eredità, cioè di detrarre
tutto il suo credito dalla eredità ed eventualmente compu-
tare la Falcidia e l'ammontare della sua quota se non è
l'unico erede sul rimanente.

Una tale efficacia è attestata da D. 46, 3, 95, 2:

Papinianus libro 28 quaestionum Aditio hereditatis
[nonnunquam] iure confundit obligationem, veluti si cre-
ditor debitoris vel contra debitor creditoris adierit
hereditatem, [Aliquando pro solutione cedit, si forte
creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos
crediderat, heres ei extitit; non enim quanto locuple-
tior pupillus factus est, consequeretur, sed in solidum
creditum suum ex hereditate retinet.]

Questo testo papiniano è stato ripetutamente oggetto

di critiche. Così, il Sollazzi nega che appartenga al giure-
consulto l'antitesi di due specie di confusione, introdotta
cogli avverbi nonnunquam - aliquando; una specie che iure
confundit obligationem, l'altra che pro solutione cedit.
E fa altre critiche al testo.

Il Bonfante sembra propendere a ritenere che da ali-
quando in poi il testo papiniano sia stato rimaneggiato.
E noi pensiamo che questo dubbio del Bonfante abbia buon
fondamento, perchè si riconosce nel creditore una facoltà
incompatibile con la natura del debitum incoercibile, qua-
le era quello del pupillo contraente senza l'auctoritas
tutoris.

L'innovazione giustiniana si coordina con le altre
innovazioni in questa materia: così, con quelle innovazio-
ni che abbiamo rilevato in materia di pegno e in materia
di compensazione.

10. Estinzione per patto o giuramento.

In un testo attribuito a Papiniano è detto che l'obli-
gatio naturalis può estinguersi per patto o giuramento.

D. 46, 3, 95, 4. Papinianus libro 28 quaestionum

[Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita iusto

pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventione aequitate dissolvitur:] ideoque fideiussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.

Noi abbiamo già cercato di dimostrare che questo testo, il quale definisce l'obligatio naturalis come vinculum aequitatis è giustiniano. Alla obligatio = vinculum iuris i Giustiniani contrappongono la obligatio naturalis = vinculum aequitatis. Ma, oltre che essere giustiniana una siffatta definizione della obbligazione naturale, è giustiniana la affermazione che essa si estingue per patto o per giuramento: ciò è dire che patto e giuramento non venivano in considerazione come cause estintive del debitum sfornito di azione entro l'età classica.

Abbiamo, a dimostrazione della interpolazione del testo, un cumulo di indizi: iustum pactum, nel senso di patto conforme alla aequitas (giustiniana) e non nel senso classico di patto conforme al ius; le espressioni parallele e contrapposte: vinculum aequitatis - aequitas conventionis, artificiosamente combinate; l'insufficienza della motivazione, perchè aequitas conventionis riguarda solamente il patto, non anche il giuramento; la curiosa frase vinculum aequitatis quo solo sustinebatur (s'intende la

naturalis obligatio), il che è come dire: obbligazione, cioè vincolo, naturale retto solamente da un vincolo di equità; il che è fare un bisticcio; finalmente, e soprattutto, la impossibilità che il giurista parlasse di obligatio naturalis a proposito della obligatio pupilli contraente senza l'autoritas tutoris, quando -come abbiam veduto- i testi genuini, che equiparano nella dottrina romana obligatio naturalis e obligatio iuris gentium, dicono che il pupillo ne quidem iure obligatur.

**LE OBBLIGAZIONI NATURALI NEL DIRITTO MODERNO:
IN PARTICOLARE NEL DIRITTO ITALIANO.**

La dottrina delle obbligazioni naturali, così disputata dall'età della Glossa all'età della Pandettistica e veramente inestricabile prima che si applicasse alle fonti giustiniense il nuovo metodo critico e si separassero i testi genuini dai testi interpolati valutando il significato e la portata delle numerose interpolazioni, disputata anche dopo la applicazione del nuovo metodo critico per l'estrema difficoltà di scorgere tutte le interpolazioni eseguite dai Giustiniani in questa materia e il loro significato preciso, è una fra le più travagliate dottrine del diritto moderno, sia per ciò che concerne la nozione dell'obbligazione naturale, sia per ciò che riguarda i casi di questa obbligazione e i suoi effetti.

Il codice civile germanico non contiene alcuna disposizione intorno alle obbligazioni naturali e nei Motivi è

espressamente detto che il Progetto non riconosce le obbligazioni naturali. I Motivi, per altro, pur non usando un termine tecnico per esprimere il concetto di obbligazione naturale -talvolta parlano di doveri giuridici imperfetti (unvollkommenen Rechtspflichten), altra volta di doveri o obbligazioni naturali (Naturalverpflichtungen o Naturalobligationen), operano ciò nonostante col medesimo concetto e la dottrina civilistica più recente propende ad ammetterlo anche sotto il regime del nuovo codice come istituto tacitamente ricevuto dal diritto anteriore.

Anche il nuovo codice civile svizzero non riconosce espressamente le obbligazioni naturali, ma la dottrina civilistica opera nella interpretazione di varie disposizioni del codice stesso col concetto tradizionale.

Il codice civile germanico (§ 814) e il codice civile svizzero (art. 63) abbandonano l'espressione "obbligazione naturale" sostituendovi quella di "obbligazione morale" o di "obbligazione sociale".

Nella dottrina civilistica italiana, autorevoli scrittori negano che sia sopravvissuta nel nostro diritto la figura della obligatio naturalis del diritto giustiniano, sfornita di azione, come distinta dalla obbligazione civile da un lato, dall'obbligo morale o di coscienza dall'altro.

Pura reminiscenza storica sarebbe l'art. 1237 del Codice civile il quale dispone:

"Ogni pagamento presuppone un debito: ciò che è pagato senza essere dovuto è ripetibile.

La ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente soddisfatte".

Questa dottrina trova un ostacolo nella esplicita formulazione dell'articolo testè riferito, nella tradizione storica, nei precedenti immediati del Codice civile francese donde il nostro art. 1237 è derivato, nei precedenti anche del nostro stesso Codice.

Il Pothier, pur definendo l'obbligazione naturale quella che nel foro dell'onore e della coscienza obbliga colui che l'ha contratta ad adempierla, benchè la legge civile rifiuti l'azione a colui verso il quale essa è contratta, raggruppava tutte le obbligazioni naturali del diritto francese nelle tre categorie seguenti:

a) obbligazioni a cui la legge nega l'azione per lo sfavore con cui essa considera la loro causa;

b) obbligazioni delle persone che, pur essendo naturalmente capaci di contrattare, non lo sono anche secondo la legge civile;

c) obbligazioni, contro cui il debitore ha acquistato una

eccezione perentoria, per es., per effetto della cosa giudicata, del giuramento decisorio, della prescrizione.

L'opinione del Pothier ebbe una grande influenza sui compilatori del Codice francese, come risulta specialmente dalla Esposizione dei Motivi di Bigot de Préameneu. Qui infatti è detto:

"Non si considerano come obbligazioni se non quelle che per motivi particolari sono considerate come nulle dalla legge civile. Tali sono le obbligazioni, la cui causa è troppo sfavorevole perchè sia ammessa l'azione, e le obbligazioni che sono state contratte dalle persone a cui la legge non permette di contrattare. Tali sono anche le obbligazioni civili, allorchè l'autorità della cosa giudicata, il giuramento decisorio, la prescrizione, o qualsiasi altra eccezione perentoria, renderebbe senza effetto l'azione del creditore".

Nè diversa è sostanzialmente l'opinione espressa dal Jaubert nel suo Rapporto al Tribunato.

Questo solo è vero, che nel diritto moderno l'importanza delle obbligazioni naturali è notevolmente scemata (sia per la scomparsa della schiavitù, sia per la caduta dell'ordinamento patrimoniale della famiglia romana, sia per la caduta del sistema rigoroso delle forme richieste per contrattare).

Noi aderiamo alla dottrina di coloro che ravvisano nella obbligazione naturale, menzionata nell'art. 1237 del Codice civile, un obbligo di carattere sociale, ricosciuto pur dal diritto: un obbligo, che, se anche il diritto non rende coattivo, eleva per altro al di sopra del puro dovere di coscienza, in quanto il suo spontaneo adempimento non si considera come atto di liberalità, ma come vero e proprio adempimento.

E riteniamo giusto il dire che il fenomeno di un vincolo, che non estrinseca l'efficacia sua se non quando spontaneamente l'obbligato lo riconosca eseguendolo, non è in contraddizione con il concetto stesso di vincolo: la coercizione può essere più o meno intensa e discendere al punto da sembrar che svanisca, come in questo caso; ma essa, anche in grado minimo, si riscontra pur sempre nella soluti retentio che ne è una manifestazione indiretta e attenuata.

Nel diritto romano giustiniano, cioè in una legislazione alla base della quale stava che il ius privatum è tripertitum (i Giustiniani, interpolando un testo di Ulpiano - D. 1, 1, 1, 2 - dicono che il diritto privato collectum est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus) ben poteva questa attenuata e indiretta efficacia ricondursi al ius naturale per contrapporla all'efficacia piena; esplican-

tesi nella actio, derivante dal ius civile; e più coerentemente, che non nel nostro diritto, gli obblighi, che producevano una tale attenuata e indiretta efficacia, ben potevano chiamarsi obligationes naturales.

In un ordinamento come il nostro, invece, che non fa più richiamo al ius naturale, l'espressione "obbligazione naturale" sopravvive come per forza d'inerzia senza la sua base antica; non essendo più possibile ora ricondurre la sua limitata efficacia al ius naturale e dovendola far dipendere per ciò dal ius civile, è ben qualificata, senza incorrere in una petitio principii, come ha obiettato il Bonfante, in una obbligazione civile imperfetta.

Coloro che, scostandosi da questa qualificazione, definiscono l'obbligazione naturale come una obbligazione sociale o morale di contenuto patrimoniale, quando vogliono derivare da questa definizione una conclusione, o vanno a urtare contro le fonti ancor vive per la ininterrotta tradizione storica, o vanno a urtare contro la logica.

Vanno a urtare contro le fonti ancor vive per la ininterrotta tradizione storica quelli che, come il Gabba e il Giorgi, ritengono che l'adempimento di questa obbligazione non debba essere considerato adempimento, ma pure atto di liberalità. Abbiamo visto che i Romani considerano l'adem-

pimento di questo debito, non come donatio ma come debiti solutio (D. 39, 5, 19, 4).

Vanno a urtare contro la logica coloro che considerano le obbligazioni naturali come sprovviste del tutto di carattere giuridico, e spiegano la irrepibilità del pagamento col dire che la legge non può proteggere l'atto immorale di chi voglia riprendere ciò che diede in adempimento di un dovere di coscienza, perchè proprio la statuizione legislativa della irrepibilità del pagamento imprime ad esse il carattere giuridico, e il fine a cui qui la legge mira, cioè un fine d'ordine etico, è in fondo lo scopo a cui generalmente la norma giuridica tende, anche se norma giuridica e norma morale non sono per ciò da confondersi.

E come disputate è il concetto di obbligazione naturale nel nostro diritto, così disputati sono i casi di obbligazione naturale dal nostro diritto riconosciuti: si può dire che una disputa è in funzione dell'altra e subordinata all'altra.

Vi ha chi ammette obbligazione naturale solo quando, riconosciuta dal diritto positivo una obbligazione, esista una esplicita disposizione legislativa che le neghi l'azione; altri, pur ricercando le obbligazioni naturali nel diritto positivo, e respingendo la dottrina che la loro determina-

zione possa essere affidata al giudice, ritengono che debbano riconoscersi dalla natura intrinseca del rapporto.

La figure più certe di obbligazione naturale sono quella nascente dal debito di giuoco non proibito e di scommessa, e quella degli interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta nel mutuo: qui vi ha una esplicita disposizione legislativa che, pur negando l'azione, ammette la soluti retentio.

Non si accorda azione veruna per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa (art. 1802), a meno che si tratti di giuochi che contribuiscono all'esercizio del corpo (articolo 1803). Tuttavia l'art. 1804 dispone:

"Il perdente non può in verun caso ripetere quanto avesse volontariamente pagato, purchè per parte del vincitore non siavi stata frode o dolo, e purchè il perdente non sia di minore età, interdetto, o inabilitato".

A sua volta l'art. 1830 dispone:

"Il mutuuario, che ha pagato interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta, non può ripeterli nè imputarli al capitale".

Sulla esistenza di altri casi di obbligazione naturale nel nostro diritto molto si discute. La discussione concerne i casi seguenti:

1) Quello del debito prescritto. Chi l'ammette, muove dalla considerazione che la prescrizione estingue l'azione non il diritto di credito, è causa formale e arbitraria di estinzione, ha per fine di non mantenere eternamente in sospenso i rapporti, per modo che tal fine cessa quando il debitore volontariamente paghi. Chi lo nega, oppone che la prescrizione dell'azione importa estinzione del rapporto obbligatorio, che il fine della prescrizione non sarebbe raggiunto quando il rapporto sopravvivesse nella forma pur attenuata di obbligazione naturale.

2) Quello della ingiusta assoluzione o della assoluzione per mancanza di prove. Chi l'ammette, adduce il valore di mera presunzione che ha la cosa giudicata; chi lo nega, oppone il divieto di ridiscutere un rapporto esauritosi con la sentenza passata in giudicato.

3) Quello del debito residuo dopo il concordato intervenuto fra il fallito e i creditori (artt. 816, 839, 840 Codice comm.).

4) Quello del fiduciario, a cui sia stato dal testatore confidato l'incarico di dichiarare la persona dell'erede o del legatario e di trasmettere loro i beni ereditari (art. 829 Cod.civ.).

5) Quello della remunerazione di servigi che sogliono

essere compensati.

6) Quello della obbligazione nulla per difetto di forma.

E la serie di questi casi non è chiusa.

Il dissenso ferve anche sugli effetti della obbligazione naturale: perfino su quello, che è pur da tutti ammesso, della soluti retentio.

Il capoverso dell'art. 1237 Cod.civ. dispone, come abbiamo veduto:

"La ripetizione non è ammessa per quelle obbligazioni che si sono volontariamente pagate".

Che cosa significa "volontariamente"? Vuol dire "scien-temente" o non piuttosto "liberamente"?

I più interpretano "volontariamente" nel primo senso: presuppongono che il debitore conoscesse di non poter essere costretto al pagamento: cosicchè anche nella obbligazione naturale la irrepitibilità del pagamento dipenderebbe dalla assenza di errore e troverebbe quindi, anche in essa, applicazione la norma dell'art. 1146 Cod.civ. 1° comma:

"Chi per errore si credeva debitore, quando abbia pagato il debito, ha il diritto della ripetizione contro il creditore".

Giustamente ai sostenitori di questa tesi si è opposto

che non si saprebbe qual valore dare all'art. 1237 se non facesse che ripetere il principio già posto nell'art. 1146.

Più congrua è la interpretazione di coloro che, come l'Ascoli, il De Ruggiero ecc., intendono volontariamente nel senso di liberamente.

Con questa interpretazione l'art. 1237 è veramente una deroga alla condictio indebiti. La ripetizione dell'indebitto, ammessa dall'art. 1146 per le obbligazioni civili, è negata dall'art. 1237 per le obbligazioni naturali. Per escludere la condictio indebiti, basta una solutio senza coercizione o violenza, cioè una solutio spontanea: sponte, dice un testo romano che abbiamo avute occasione di richiamare (D. 12, 6, 28); e sponte è sempre in antitesi con parole che indicano la coazione; coactus, invitus, compulsus ecc.

Secondo la prevalente dottrina, l'effetto della soluti retentio è il solo effetto delle obbligazioni naturali nel nostro diritto, quantunque civilisti insigni (ad esempio, il Polacco) lo neghino.

Si esclude la compensazione, perchè suppone due crediti liquidi ed esigibili (art. 1287 Cod. civ.), mentre non è tale il debito nascente da una obbligazione naturale; si esclude la conferma o ratifica, perchè sia l'una che l'al-

tra presuppongono un atto annullabile ma civilmente esistente (art. 1309); si esclude la novazione, perchè esige una obbligazione civile da trasferire nella nuova (art. 1207); si esclude infine la possibilità di rafforzarla con fidejussione, pegno, ipoteca, che presuppongono la esistenza di una obbligazione civile.

BIBLIOGRAFIA

La letteratura sulle obbligazioni naturali è immensa. Ci limitiamo a indicare le opere seguenti: A.D. WEHRER, Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit (1^a ed. 1875, 5^a ed. 1825); G.F. SAVIGNY, Das Obligationenrecht, vol. 1 § 5-14; A. BRINZ, Naturalis obligatio, in Kritische Blätter, 1853; E. I. BEKKER, Über die Naturalobligationen, in Jahrbuch des gemeinen Rechts, vol. IV, pag. 386 ss.; A. SCHWANERT, Die Naturalobligationen des römischen Rechts, 1861; SCHEURL, Die römische Naturalobligationen, in Jahrbrücher für die Dogmatik, 1865; E. CUQ, Des obligations naturelles, 1872; O. GRADENWITZ, Natur und Sklave, in Festgabe für Schirmer, 1900; S. DI MARZO, Per la storia della naturalis obligatio pupilli, in Circolo giuridico, 1901, F. KLINGMÜLLER, Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, 1905; BAUDE - LACANTINERIE et BARDE, Des obligations naturelles, in App. al vol. 2 del Trattato, 3^a ed. franc. 1907; G. BRINI, Intorno alle obbligazioni natu-

rali nel diritto romano privato, in Memorie Accademia Scienze Bologna, 1908; S. PEROZZI, Istituzioni di diritto romano (1^a ed. 1908; 2^a ed. 1928; vol. 2° pag. 33 ss.); G. PACCHIONI, Il concetto della obbligazione naturale, in Rivista diritto commerciale, 1912; IDEM, Le obbligazioni naturali, in Diritto civile italiano, parte 2° vol. 1°, 2^a ed. 1935, pag. 153-241; IDEM, L'obligatio naturalis nel diritto romano classico e nel diritto attuale, in Rivista diritto civile, 1926; P. BONFANTE, Corso di diritto romano, Le obbligazioni, Roma 1918-19; IDEM, Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano, in Scritti vari, vol. 3°, pag. 1 ss.; IDEM, Il concetto dell'obbligazione naturale, *ibid.* p. 30 ss.; IDEM, Le obbligazioni naturali e il debito di giuoco, *ibid.* p. 41 ss.; G. GANGI, Le obbligazioni naturali, in Rivista diritto commerciale, 1917; R. DE RUGGIERO, Corso di diritto romano, Le obbligazioni, Napoli 1922, pag. 143 ss.; IDEM, Istituzioni di diritto civile, vol. 3, p. 14 ss.; H. SIBER, Naturalis obligatio, 1925; V. DE VILLA, Le usurae ex pacto nel diritto romano, 1937; IDEM, Studi sulla obligatio naturalis, 1938; G. BRUNETTI, Le obbligazioni naturali secondo il Codice civile italiano, in Scritti giuridici, vol. 3°, p. 201 ss. ecc.

Un'ampia bibliografia è in G. PACCHIONI, Diritto ci-

vile italiano, parte 2° vol. 1°, pag. 182-186; cfr. anche quella richiamata in R. DE RUGGIERO, Istituzioni di diritto civile, vol. 3°, pag. 14 ss.

FONTI DELLE OBBLIGAZIONI

Si dicono fonti delle obbligazioni e, con termine romano, causae obligationum, i fatti giuridici dai quali può derivare un rapporto obbligatorio.

Queste fonti nel diritto romano classico sono solamente due: il contractus e il delictum. Ce ne informa Gaio nelle sue Insti. Iniziano la trattazione delle obbligazioni, questo giurista non dà delle obligationes una definizione, ma si esprime (3, 88) così:

Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species ducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

Ma la testimonianza di Gaio non è la sola, benchè sia, certamente, la più notevole.

Numerosi altri testi di giuristi posteriori a Gaio - e questa circostanza è soprattutto importante -, quando accennano alle obbligazioni, richiamano sempre come loro fonte soltanto il contractus e il delictum in modo da lasciar

chiaramente e inevitabilmente intendere che contractus e delictum esauriscono, per i giuristi classici, tutte le possibili fonti delle obbligazioni.

Per dare la definizione di "creditores" Ulpiano (D. 50, 16, 12) avverte che sono tali coloro ai quali qualche cosa è dovuto in base a un contratto, di cui adduce esempi (ex empto vel ex locato vel ex alio illo); poi aggiunge; sed et si ex delicto debeat, mihi videtur posse creditoris loco accipi.

Lo stesso Ulpiano in D. 46, 1, 8, nel § 1 ci dice:

Praeterea sciendum est fideiussorem adhiberi omni obligationi posse, sive re sive verbis. <sive litteris> sive consensu,

cioè è possibile costituire un fideiussore per ogni obbligazione contrattuale, di cui si indicano le species: poi nel § 5 aggiunge:

sed et si ex delicto oriatur actio, [magis putamus] teneri fideiussorem.

Ulpiano ancora in D. 5, 1, 57 afferma:

Tam ex contractibus quam ex delictis in filiumfamilias competit actio.

E, finalmente, in D. 14, 5, 4, 2 lo stesso giurista rileva:

Quamquam autem ex contractu in id quod facere potest actio in eum datur, tamen ex delictis in solidum convenietur.

Non diversamente, Paolo. Questo giurista in D. 5, 3, 14 ci dice:

Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert.

Vi ha chi ritiene (Meyer e Schömann; Brugi) che la bipartizione romana sia, secondo ogni verosimiglianza, ispirata alla bipartizione che la dottrina aristotelica porgeva dei συναλλάγματα e cioè dei rapporti tra uomo e uomo costituenti altrettanti titoli di reciproche pretese o di sanzioni d'ordine sociale e politico: alla partizione dei συναλλάγματα ἐκούσια e ἀκούσια, secondo che le conseguenze, che ne derivano, fossero state volute da chi le incontrava quale diretta emergenza del suo atto, o costituissero invece una sanzione, impostagli a titolo di pena, per un atto posto in essere con tutt'altro intento che di sottostare a quello. E vi ha chi più precisamente ritiene (Costa) che la bipartizione romana sia ispirata alla bipartizione aristotelica dei συναλλάγματα che appunto allora dovette venire a notizia delle classi colte della società romana, in grazia di quella Parafraresi

dell'Etica Nicomachea di Andronico da Rodi, che valse a diffondere in Roma le dottrine morali dello Stagirita: e si dovrebbe, forse, a questa ispirazione esotica quella incertezza che si riscontrerebbe nei suoi concetti informativi.

L'influenza di tale ispirazione sarebbe risentita in particolare dal concetto di contractus modellato su quello dei συναλλάγματα ἐκούσια e comprendente nel suo più antico atteggiamento tutti i titoli di obligationes, che non si potessero riguardare quali delicta; mentre, invece, il concetto di delictum sarebbe stato più rapidamente elaborato, con indipendenza dal modello greco, in guisa da escludere tutti gli atti illeciti produttivi di una sanzione pubblica e rientranti nei termini delle singole figure di crimina.

Noi, peraltro, non crediamo a questa derivazione: la bipartizione romana è antichissima; e la leggenda, che attribuisce già a Servio Tullio circa cinquanta leggi sui contratti e sui delitti (cfr. Dionigi d'Alicarnasso 4, 13, 1), è indice, almeno, della antichità della bipartizione romana. Essa è legata alla genesi della obligatio e al tempo in cui questo termine rappresentava un vinculum reale; non un semplice vinculum iuris, attraverso la successiva evoluzione.

Nel diritto romano postclassico elaboratosi nell'O-

riente, e precisamente in un'opera elementare, avente il caratteristico titolo rerum cottidianarum sive aureorum, che la scienza romanistica, fino a pochi anni or sono, riteneva un'opera genuina di Gaio, ma che l'analisi critica nostra e dell'Arangio Ruiz ha cercato di dimostrare una tarda parafrasi delle Istituzioni di Gaio, queste fonti delle obbligazioni crescono di numero.

Un frammento della parafrasi predetta, conservatoci in D. 44, 7, 1 pr. ammonisce:

Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.

Così le fonti delle obbligazioni sono, anzi che bipartite (contractus - delictum), tripartite (contractus - delictum - variae causarum figurae). L'apparente tripartizione è, poi, una sostanziale quadripartizione, perchè le res cottidianae, svolgendo la trattazione relativa alle fonti delle obbligazioni, come esempi di variae causarum figurae, diverse dal contractus e dal delictum, adduco causae in cui si è obbligati quasi ex contractu o quasi ex delicto.

Cosicchè abbiamo già, in questa parafrasi postclassica delle Istituzioni gaiane, l'anticipazione della quadripartizione che troviamo soltanto più nettamente formulata

nelle Istituzioni giustiniane (3, 13, 2);

Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.

Nella Parafrasi di Teofilo (3, 13, 2) è travasata questa quadripartizione ad literam:

- Δευτέρα δὲ διαίρησις αὐτῆς ἤτις εἰς τέσσαρ
- τίμνεται, ἢ γὰρ ἀπὸ συναλλάγματος, εἴσιν
- ἢ ὡσανεὶ ἀπὸ συναλλάγματος, ἢ ἀπὸ
- ἁμαρτήματος ἢ ὡσανεὶ ἁμαρτή-
- ματος.

(Trad. Ferrini: Altera vera divisio ea est, quae in quattuor species deducitur; aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex delicto aut quasi ex delicto).

Lo svolgimento della trattazione nelle Istituzioni di Gaio e nelle Istituzioni di Giustiniano ha luogo secondo la bipartizione, da cui muovono le prime; secondo la quatripartizione, da cui muovono le seconde.

Gaio, dopo aver detto (3, 88): omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto, continua avvertendo nel paragrafo successivo (3, 89):

et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur.

Esaurita la trattazione relativa ai contratti, avverte (3, 182):

transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur.

Nelle Istituzioni di Giustiniano, intramezzata fra la trattazione delle obbligazioni ex contractu e quella delle obbligazioni ex delicto è una trattazione sulle obbligazioni quasi ex contractu.

Esaurita la trattazione relativa ai contratti, Giustiniano, infatti, in Inst. 3, 25, pr. ci dice:

Post genera contractuum numerata dispiciamus etiam de his obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

Esaurita, poi, la trattazione concernente le obbligazioni ex contractu e quasi ex contractu, Giustiniano inizia la trattazione delle obbligazioni ex delicto nel modo seguente (4, 1, pr.):

Cum expositum sit superiore libro de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur ut de obligationibus ex maleficio dispiciamus.

Finalmente, esaurita anche questa trattazione, in un

titolo (4, 5) Giustiniano discorre delle obbligazioni quae quasi ex delicto nascuntur.

Abbiamo detto che questa quadripartizione delle fonti delle obbligazioni si è sostituita alla bipartizione gaiana entro l'età postclassica, nell'Oriente, perchè nell'Occidente postclassico l'Epitome Gai conosce ancora soltanto la bipartizione.

Ep. 2, 9 (17) pr.: Obligatio in duas species dividitur; nam omnes obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex culpa.

Fenomeno non isolato, codesto; ma espressione di un fenomeno più generale, accertabile per molti segni. Nelle scuole e, in generale, nella tradizione giuridica orientale, durante l'età del Basso Impero si ha un pullulare di dottrine, di classificazioni, di sistemazioni, che non si ha nelle scuole e nella tradizione giuridica dell'Occidente; o che, se si ha, si ha per un chiaro fatto di recezione dall'Oriente.

Per limitarci ad alcuni esempi, il concetto nuovo di servitus, che abbraccia sì le servitù prediali che l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, le opere degli animali e degli schiavi, e la conseguente distinzione tra servitutes personarum e servitutes rerum, sono concetto e distinzione non

ricordati nelle fonti occidentali.

L'adquirere per universitatem è ancora inteso dall'epitomatore di Gaio nella sua significazione classica: hoc est simul omnia, non nel senso postclassico orientale di succedere per universitatem.

E così via.

Il primo problema che si presenta allo studioso del diritto romano è questo: perchè dalla bipartizione gaiana si passò alla quadripartizione postclassica giustiniana? Perchè accanto all'ex contractu obligari si colloca poi il quasi ex contractu obligari; accanto allo ex delicto (o ex maleficio) obligari, il quasi ex delicto (o quasi ex maleficio) obligari ?

La risposta è questa; perchè nell'età postclassica giustiniana vien meno la nozione romana di contractus, vien meno la nozione romana di delictum.

E', per ciò, necessario in primo luogo determinare la nozione di contractus e di delictum nel diritto romano classico.

Contractus nel diritto romano classico

La dottrina, fino a poco tempo fa dominante, riteneva che il concetto romano di contractus non fosse dissimile dal concetto giustiniano e moderno; riteneva, in altre parole, che elemento costitutivo di esso fosse anche la conventio, l'accordo.

Era ancora nell'orientamento della dottrina dominante il Ferrini, quando scriveva:

"L'antica scienza del diritto aveva delineato due precise cause delle obbligazioni: il contratto e il delitto, e questo insegnamento è ancora conservato nelle Istituzioni di Gaio. Se noi pensiamo che per contractus l'antica giurisprudenza intendeva a un di presso quello che noi diremmo atto giuridico, noi capiremo il senso profondo di questa distinzione. La principale genesi delle obbligazioni si riferisce alla volontà umana, e questa o mira a scopi dal diritto riconosciuti e protetti (contractus), ed allora l'obbligazione tende alla loro attuazione; o mira a scopi illeciti e contrari all'ordine giuridico (delictum), e allora

l'obbligazione tende a impedirne l'attuazione, a reprimere la volontà perversa, a toglierne gli effetti dannosi. Ed invero la massima parte delle obbligazioni riconosciute dal diritto antico erano comprese in queste due categorie: esulavano pochissime obbligazioni nascenti ope juris senza concorso della volontà umana, sulle quali l'attenzione dei giuristi non si era sufficientemente soffermata".

Un passo fermo e decisivo contro la dottrina dominante fu compiuto dal Perozzi.

Secondo questo insigne romanista il contratto romano significa "affare". Partendo dalla osservazione che la giurisprudenza romana riconduceva concorde le obbligazioni a due sole fonti, il contratto e il delitto, egli ne indusse che la bipartizione era sufficiente ad abbracciare tutte le obbligazioni. Ma, perchè fosse sufficiente, occorreva che per i Romani contratto significasse solamente affare, avesse l'affare, o no, a base un accordo. Allora solo infatti restano comprese nelle obbligazioni da contratto così quella da stipulazione come quella da legato, così quella da mandato che da negotiorum gestio e, in genere, tutte le obbligazioni non da delitto. Oltre che ottenere, così, la sufficienza della bipartizione, arriviamo a penetrare il suo vero senso. I Romani notarono che un privato (originaria-

mente una gens) può obbligarsi verso di un altro o perchè fa un affare con lui o perchè lo lede; ciò torna a dire o entrando in una relazione di pace, o entrando in una relazione di guerra con lui. Contractus -saggiunge il Perozzi- coincide con negotium e contrahere con negotium gerere. Per la sua tesi il Perozzi si trova, naturalmente, dello scambio frequente fra il negotium gerere e il contrahere.

Nel fr. 7 pr. D. 4, 4, Ulpiano dice, per vero:

Ait praetor: gestum esse dicetur. Gestum sic accipimus qualiter qualiter, [sive contractus sit, sive quid aliud contingit]. Ma questo testo, secondo il Perozzi è corrotto: nella sua dizione attuale il qualiter qualiter è sospeso per aria: in vece dell'inciso sive contractus sit, sive quid aliud contingit, il testo doveva dire semplicemente:

qualiter qualiter contractum sit.

Il minore ha soccorso contro il ripudio di una eredità, di un legato; contro il danno subito per aver ricevuto un pagamento: ciò vuol dire che tutti questi atti erano contractus. Solo i compilatori hanno un'idea più limitata di contratto.

Non molto divergente dalla dottrina del Perozzi è quella del Bonfante, che riferiamo testualmente:



"Contrahere, contractus nella lingua dei giureconsulti romani, come nella lingua volgare italiana, che serba più genuinamente lo spirito antico, sono termini che alludono non al consenso, bensì al vincolo; termini paralleli ad obligare, obligatio e usati anche spesso in iscambio. Il senso materialistico del legare (obligare vulnus, venas, obligatio linguae etc.), dello stringere (contrahere succum, ventrem, diem, animam etc.: cfr. contrazione) è vivo egualmente nei due vocaboli e la schietta antitesi a entrambi è solvere, solutio. Inonde il vocabolo contrahere tornava benissimo in acconcio là dove trattavasi appunto di stringere un vincolo, di concludere una relazione duratura fra le persone, come nei rapporti familiari (sponsali, matrimonio, adozione), o nei rapporti obbligatori, ma non negli altri di trasmissione del dominio e di costituzione di iura in re, nelle alienazioni vere e proprie. Se non che il sostantivo contractus in special modo sembra sia stato coniato nella lingua della giurisprudenza classica per designare espressamente i vincoli obbligatori, ed appunto quei vincoli che la legge permette di stringere volontariamente; ma non è tuttavia per anco la volontarietà o il consenso che si vuol significare, bensì la intrinseca natura ed essenza del rapporto obbligatorio, il suo sostrato obbiettivo: con parole ro-

mane il negozio o la causa, che dà al negozio una figura e un nome suo".

Questo nuovo orientamento del Perozzi e del Bonfante, largamente seguito dai più recenti studiosi, per quanto combattuto con molto ardore dal Riccobono, può essere illuminato dall'ampia rassegna dei testi che pur nella compilazione giustiniana ci conservano ancora il genuino pensiero romano.

Da Giuliano alle Istituzioni di Gaio, da questo a Ulpiano e a Paolo la nozione del contractus è sempre la stessa.

E' contractus per i Romani la negotiorum gestio.

Paolo in un notissimo testo (D. 3, 5, 15, libro 7 ad Plautium) dice:

Sed et cum [aliquis] (il testo genuino diceva probabilmente procurator) negotia mea gerat, non multa negotia sunt, sed unus contractus.

E' detta, in particolare, contractus la negotiorum gestio del tutore. Così la chiama e la considera Gaio (4, 182) in un testo che è il più probante per il concetto romano di contratto.

Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum; item pro socio, tutela, mandati, depositi. Sed furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum damnati non solum notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praeteris scriptum est. Et recte; plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.

Il giurista accenna alla infamia che consegue alla condanna in alcuni giudizi per la infrazione di un contratto o per un delitto. Fra i contratti sono annoverati: la società, la tutela (cioè la negotiorum gestio del tutore), il mandato, il deposito.

E' pur detta, in particolare, contractus la gestio funeraria.

Di contrahere a questo proposito parla Ulpiano in D. 11, 7, 1 (libro 10 ad ed.):

Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto
<contrahit> non cum herede.

E' contractus la comuniens incidentale.

Su questo punto hanno portato una luce inattesa i nuovi frammenti delle Istituzioni di Gaio scoperti nel 1933, editi dall'Arangio Ruiz.

Gai 3, 154: sed ea quidem societas, de qua loquimur, id est, quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit. 154 a Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diviso:..... 154 b Alii quoque qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione.

Questi frammenti gaiani pongono fuori di ogni possibile dubbio la genuinità di quei testi della compilazione giustiniana, nei quali si parla, come parlava anche Cicerone (pro Quint. 24, 26) di una voluntaria societas, lasciando implicitamente intendere che vi ha dunque una societas che non è consensuale, o nei quali si parla di societas facendo rientrare in questo concetto la societas consensuale e quella che sorge senza il consenso, o nei quali addirittura si aggiunge o si contrappone un tipo di societas all'altro, o nei quali, finalmente, si concede l'actio pro socio fra condomini là dove vi ha una societas non consensuale. Basterà limitarsi a qualche testo:

D. 44, 7, 57 Pomponius libro 32 ad Quintum Mucium:

.....et idem in societate quoque coeunda respon-
dendum est, ut si dissentiant aliud alio existimante,
nihil valeat societas, quae in consensu consistit.

D. 17, 2, 63, 8 Ulpianus libro 31 ad ed.:

.....quod non similiter in voluntaria societate ob-
servatur.

D. 10, 2, 25, 16 Paulus libro 23 ad ed.:.....

Eadem sunt si duobus res legata sit: nam et hos coniun-
xit ad societatem non consensus sed res.

La comunione, che in epoca classica si chiama ancora societas, è germogliata direttamente dall'antico consortium; e dividere l'eredità comune, o la cosa legata o donata insieme a più persone, è dividere societatem. Per ciò Gaio distingue tra la societas iuris gentium la quale consensu contrahitur nudo e la societas propria civium Romanorum, la quale si costituiva senza consenso tra i fratres, con solenne manifestazione di consenso tra gli estranei.

E' contractus il pagamento dell'indebito.

Come definisce contractus questo negozio Giuliano (D. 12, 6, 33 libro 39 digestorum) scrivendo:..... is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit, e nel testo negotium gerere è sinonimo di negotium contrahere, così lo definisce contractus, e più precisamente

contratto reale, Gaio (3, 91): is quoque, qui non debitum accepit, re obligatur. Nam proinde ei condici potest si pareret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset.

Che se poi in seguito leggiamo:

Sed haec species obligationis non videtur ex contractus consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere,

è assai ovvio pensare che noi non ci troviamo dinanzi a un improvviso dubbio e a una sopravvenuta incertezza di Gaio, ma alla nota di un commento a Gaio, incorporatasi successivamente nel testo gaiano; e, ad ogni modo, la nota commenta soltanto che qui si ha un distrahere piuttosto che un contrahere senza, per questo, decidersi a far uscire il pagamento dell'indebito dalla categoria dei contractus; senza, soprattutto, riconoscere per questo come elemento costitutivo del contractus la conventio.

Sono contractus l'adizione della eredità e la gestio pro herede.

Ulpiano (D. 42, 4, 3, 3 libro 59 ad ed.) ammonisce:

Si pupillus heres exstiterit alicui exque ea causa legata debeat, videndum est, an huic edicto locus sit; magisque est, ut Marcellus scribit, etiam pupilli posse bona possideri esseque in arbitrio hereditariorum credi-

torum quid potius eligant. <Contrahit> enim impubes cum adiit hereditatem.

E Paolo (D., 42, 4, 4 libro 5^o ad ed.) rincalza:
sed et is, qui miscuit se, <contrahit>.

Da contractus, finalmente, discende l'obbligazione dell'erede di pagare i legati per damnationem.

Caratteristico e significativo è il modo col quale si esprime Ulpiano in D. 50, 17, pr. (libro 24 ad Sab.):

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

A questo punto possiamo richiamare anche alcuni testi, come D. 50, 17, 23 (Ulpianus libro 29 ad Sab.), in cui sono riassunti fra i contractus la negotiorum gestio, in generale; la negotiorum gestio tutelare, in particolare; la communione incidentale; D. 44, 7, 49 (Paulus libro 18 a Plautium), in cui, come esempio di contractus, è fatto quello della negotiorum gestio del tutore: D. 13, 5, 1, 6 (Ulpianus libro 27 ad ed.), dove la generalizzazione vel ex quocumque alio contractu segue alla menzione della gestio tutelare, in modo da lasciare intendere che questa gestio è per il giurista un contractus.

Vero è che si tratta di testi notoriamente interpolati.

Ma l'affrettata interpolazione non giovò a cancellare la traccia del pensiero classico che considerava contractus sia la gestione di negozi, sia la comunione.

Finalmente, a dimostrare sempre più la indipendenza del concetto di contractus da quello di conventio, diremo che la dotis dictio, il tipico contratto per costituire la dote, contrahebatur uno loquente.

Nè va taciuta la preziosa constatazione fatta dal Bonfante che scrittori di ogni genere usano negotium e negotium gerere dove a noi piacerebbe il contratto. Ex negotiis privatis obnoxii, dice Sallustio (Cat. 48), ove forse diremmo che i senatori di cui si parla erano legati a Crasso dai loro contratti, o dai loro debiti, anzichè genericamente da relazioni di affari.

Contro i testi, così espliciti, di Giuliano e di Gaio, di Ulpiano e di Paolo, che volta per volta ravvisano un contratto nella negotiorum gestio in generale e nelle varie figure concrete di negotiorum gestio (nella negotiorum gestio tutelare e nella negotiorum gestio funeraria), nella communione incidentale, nel pagamento dell'indebito, nella adizione di eredità e nella gestio pro herede, nel rapporto

che stringe erede e legatari nel legato per damnationem; contro questi testi espliciti ed univoci -soggiungiamo- non può avere alcun peso un testo che si vuole addurre da chi è ancora pertinace sostenitore della necessità dell'elemento della conventio per aversi un contratto anche nel senso romano.

Il testo è D. 2, 14, 1, 3 Ulpianus libro 4 ad ed.:

Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt.

Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum nullam obligationem quae non habeat in se conventionem, si ve re sive verbis fiat; nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

Questo testo è una delle più forti falsificazioni del pensiero romano che siano state fatte dai compilatori e, già prima, dalle scuole postclassiche.

Nella redazione attuale dice una stoltezza quando av-

verte nullam obligationem quae non habeat in se conventionem, come se non ci fossero obbligazioni ex delicto.

Assurdo è pensare che potesse scrivere Ulpiano: nullum esse contractum qui non habeat in se conventionem, quando è proprio questo giurista che ci ammonisce che l'erede non sponte cum legatariis contrahit (D. 50, 17, 19 pr.); che contrahit il pupillo quando adisce l'eredità (D. 42, 4, 3, 4); che qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahit. Assurdo, insomma, è pensare che lodasse come elegans l'osservazione di Pedio, per il quale non vi sarebbe stato contractus senza conventio, proprio chi, come Ulpiano, ravvisava un contractus nel rapporto che stringe erede e legatari nel legato di credito, un contractus nella adizione di eredità fatta da un pupillo, per cui questi si obbliga verso i creditori ereditari; un contractus nella gestione funeraria.

Un laborioso tentativo di ricostruire questo testo fatto dal Riccobono, non si può considerare riuscito, perchè malamente mescola atti costitutivi di stati personali o di diritti reali (come la mancipatio e la cessio in iure) e rapporti generatori di obbligazione (come la dotis dictio etc.).

Del resto, in qual senso sia da intendere che la con-

ventio è un generale nomen, è detto nel seguito del testo ulpiano (D. 2, 14, 5), dove si ammette che le conventiones (tutte le conventiones) sono o ex publica causa o ex privata causa, e queste ultime sono o ex causa legitima o ex causa iuris gentium. Ma una cosa sono le conventiones o pacta da un lato; i contractus, dall'altro. La conventio o il pactum, certo, è -come lo stesso Ulpiano ci segnala-: duorum consensus atque conventio (D. 50, 12, 3); duorum pluriumve in idem placitum et consensus (D. 2, 14, 1, 2).

Ma il pactum non era per i Romani il contractus.

A ben definire il contratto classico bisogna dire che esso è un negozio giuridico produttivo di obbligazione: non un incontro di volontà, cioè un accordo, cioè un pactum o una conventio.

Nel diritto giustiniano, invece, come nel diritto moderno, si è venuti al riconoscimento di qualunque causa purchè legislativamente non riprovata (Cod. civ. art. 1120 1122) in base al mero consenso, il che genera la conseguenza che, mentre nel diritto romano classico il creditore nei contratti non formali doveva provare così l'esistenza della causa come quella della volontà, nel diritto giustiniano e moderno, provata la volontà, la causa si presume e il debitore dovrà, se crede, fornire la prova della sua inesi-

stenza.

A meglio definirlo, dobbiamo soggiungere che era un negozio che apparteneva al territorio del ius civile, non anche a quello del ius honorarium, essendo esso produttivo di obligatio ed essendo l'obligatio un istituto soltanto del ius civile per le considerazioni che abbiamo a suo tempo svolte.

Dobbiamo, infine, avvertire che non ostante lo sviluppo dei contratti entro il mondo romano, le causae, che senza veste di forma costituiscono il contratto, si presentano pur sempre come eccezioni: sono causae positivamente ed espressamente determinate. I giuristi avvertono con piena coscienza e perfetta chiarezza che la causa deve esistere, che nel contratto inest negotium, subest causa.

Un notissimo testo (D. 2, 14, 7, 4 Ulpianus libro 4 ad ed.) ci dice:

Cum nulla subest causa..... constat non posse constitui obligationem.

Delictum nel diritto romano classico

Delictum nel diritto romano classico è l'atto illecito produttivo di obbligazione e si contrappone al contractus, inteso come negozio giuridico, produttivo di obbligazione anch'esso. Come il contractus esiste indipendentemente dalla conventio, benchè in numerose figure contrattuali la conventio non manchi, così il delictum esiste indipendentemente dal dolo, benchè in quasi tutte le figure di delictum il dolo vi sia.

Ma ciò importa che sia ben chiaro: nè la conventio è elemento costitutivo del contractus romano; nè il dolus è elemento costitutivo del delictum romano.

Delictum è il damnum iniuria datum; eppure questo delitto vi è, tanto se l'agente è in dolo quanto se l'agente è in colpa. Che anzi, i commentari dei giuristi alla lex Aquilia insistono precipuamente sull'elemento della culpa. In quale senso i giuristi parlassero qui di culpa, se nel

senso dei Giustinianeî, cioè nel significato subiettivo di mancanza di diligenza, o in altro senso, è un problema che non dobbiamo risolvere qui. Qui dobbiamo mettere nella più precisa evidenza che il delictum indicato come damnum iniuria datum vi è anche quando l'agente non è in dolo. Questo delictum non c'è se il damnum, anzichè cagionato da dolus o culpa, è stato prodotto casu quodam.

Esplicite in questo senso sono le Istituzioni di Gaio (3, 211):

Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo, casu quodam, damnum committit.

Anche qui, a ben definire il concetto di delictum nel diritto romano classico, dobbiamo soggiungere che il delictum non veniva scambiato nelle fonti genuine con crimen, appartenendo il delictum alla sfera del diritto penale privato, il crimen alla sfera del diritto penale pubblico; che, per la stessa ragione, per cui il contractus apparteneva al territorio del ius civile, così vi apparteneva anche il delictum, per modo che non sono dai giuristi o dagli imperatori dell'età classica qualificati come delicta quegli atti

illeciti che appartenevano al territorio del ius honorarium.

Finalmente, a meglio determinare ancora il concetto classico di delictum, dobbiamo avvertire, che, come nel diritto classico non c'è la categoria generale del contractus ma ci sono figure concrete di contractus riconosciute, così non c'è la categoria generale del delictum, ma ci sono figure concrete di delicta tassativamente indicate. Ed esse sono quattro: il furto, la rapina, il damnum iniuria datum, l'ingiuria. Quando accenna ai delicta, Gaio ricorda solamente questi.

Gai Inst. 3, 182: Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur veluti si quis furtum fecerit bona rapuerit damnum dederit, iniuriam commiserit.

Il veluti ha evidente significato esplicativo (cioè), non esemplificativo (ad esempio).

Gai Inst. 4, 182: sed furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia sed etiam pacti.....plurimum enim interest utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.

Gai Inst. 4, 75, 76: Ex maleficio.....constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris; legibus, veluti furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicto praetoris, veluti

iniuriarum et vi bonorum raptorum.

Gai Inst. 4, 112: est enim certissima regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae.

Quest'ultimo testo è particolarmente significativo, perchè da esso risulta ben chiaro che il delictum (o maleficio) non copre tutta l'area occupata dall'azione penale. Actiones poenales ex maleficiis! Se le due espressioni coincidessero, l'una delle due sarebbe superflua: basterebbe dire o actiones poenales o actiones ex maleficiis. Non lo è, perchè delictum o maleficio non è concetto che esaurisce tutta la categoria dell'atto illecito per cui è dovuta una pena privata.

Vero è che in D. 16, 2, 10, 2 troviamo detto: ex causa furtiva ceterorumque maleficiorum; in D. 44, 7, 7, 5: Sabinus ait competere noxale ut in ceteris maleficiis; in D. 17, 2, 53: ex furto vel ex alio maleficio, ma l'aggiunta dei cetera maleficia, dell'aliud maleficio, così generalmente espressa, è una manifesta e già riconosciuta interpolazione.

Contractus nel diritto postclassico giustiniano:
il quasi contractus sorto dalla nuova nozione del contractus

Un profondo sconvolgimento nella dottrina delle fonti delle obbligazioni doveva portare l'epoca postclassica: quell'epoca che si apre con la nuova costituzione politica di Costantino. Caduta ogni distinzione, in quest'epoca, tra ius civile e ius honorarium, i negozi leciti produttivi di obbligazione disciplinati dal ius civile (cioè i contractus) non si dovevano differenziare più, neanche formalmente, dagli altri negozi leciti disciplinati dal ius honorarium; e lo stesso avrebbe dovuto dirsi degli atti illeciti, produttivi di obbligazione disciplinati nell'uno e nell'altro campo. Ogni negozio lecito che generava un debitum di una persona verso un'altra si sarebbe dovuto chiamare contractus: ogni atto illecito, che generava l'obbligo di pagare una somma di denaro a titolo di pena, si sarebbe dovuto chiamare delictum.

Se non ché le scuole dell'epoca post-classica e, come soprattutto possiamo constatare, i bizantini respingevano

la nozione romana del contractus, respingevano la nozione romana del delictum. Nei vecchi stampi romani del contractus e del delictum è gettata una nuova materia ardente. Occorre l'accordo, la conventio dei contraenti, perchè vi sia il contractus: occorre l'intenzione, il dolus dell'agente, perchè vi sia il delictum.

Per ciò che concerne i contractus ci limitiamo a richiamare il passo della Parafrasi di Teofilo (3, 13, 2) che definisce il contractus con le precise parole con le quali Ulpiano (D. 50, 12, 3 e D. 2, 14, 1, 2) definiva il pactum. Il giurista classico diceva: pactum est duorum consensus atque conventio; est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus; il maestro bizantino dice (3, 13, 2): συνάλλαγμα δέ ἐστὶ δύο ἢ καὶ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ σύνοδος τε καὶ συναίνεσις,
cioè: contractus autem est duorum vel plurium in idem conventio atque consensus.

E altrove (4, 5 pr.) con tenace insistenza ripete:
τὸ γὰρ σύντακτον τῶν δύο τὴν συναίνεσιν ἀπαιτεῖ,
cioè: contractus enim consensum requirit:
il che vuol dire che il contractus è per i bizantini quel che era il pactum o la conventio per i romani: cioè l'accor-

do.

Ora appar chiaro che il testo ulpiano (D. 2, 14, 1) contiene la definizione classica del pactum e la definizione giustiniana del contractus.

Quando nel § 2 Ulpiano avverte: est pactio duorum plurimum in idem placitum et consensus,

è proprio lui che parla e formula una nozione classica precisa.

Quando, invece, nel § 3 immediatamente successivo, vien lodato Pedio per aver affermato:

nullum esse contractum qui non habeat in se conventionem,

ci dobbiamo avveder subito che non di questo Ulpiano poteva lodarlo: ci dobbiamo avveder subito della perfetta corrispondenza tra questa definizione del contractus, attribuita a Pedio, e la definizione teofilina; insomma, non dobbiamo esitare a segnalare la definizione del contractus attribuita a Pedio come interpolata.

Contratto nell'uso odierno significa negozio giuridico bilaterale, ciò è dire negozio giuridico posto in essere dall'accordo di due volontà. La nozione è così ampia che oltrepassa la sfera del diritto delle obbligazioni; che anzi, oltrepassa la sfera dei diritti patrimoniali.

Non soltanto si hanno contratti obbligatori e contratti costitutivi di diritti reali, ma anche contratti familiari, come l'adozione, e contratti e patti successori. La nozione oltrepassa pure il significato di rapporto costitutivo di diritti, perchè viene ad abbracciare anche gli accordi rivolti a modificare o estinguere l'obbligazione.

Questa così ampia nozione ci è presentata nell'art. 1098 del nostro Codice Civile: "il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico". Nonostante la collocazione di questo titolo nel titolo delle obbligazioni, nonostante il termine "vincolo" che sembra riflettere il carattere della obbligazione, essa abbraccia nella sua larga dizione accordi relativi a qualunque sfera di diritti e, nel campo delle obbligazioni, anche gli accordi per cui l'obbligazione si modifica o si estingue, come la transazione, la novazione, il pagamento, la remissione totale o parziale del debito. In questo ampio uso, contratto è sinonimo di convenzione. Il tentativo fatto da qualche scrittore per attribuire alle due parole un significato diverso, restringendo, ad esempio, la parola "contratto" alla materia delle obbligazioni ed adoperando per lo meno fuori delle obbligazioni la parola "convenzione", è stato ben giudi-

cato un tentativo di cattedra e di scuola che non ha trovato eco nell'uso dei giuristi. Sostanzialmente anche patto è sinonimo di contratto, usato peraltro solitamente a esprimere il contenuto particolare, cioè le modalità dell'atto.

Un significato così generale di contratto è dappertutto latente nella compilazione giustiniana, talvolta è qua e là affiorante.

Il contractus abbraccia nel diritto giustiniano indifferentemente negozi del ius civile e negozi del ius honorarium: negozi, dai quali nasceva una obligatio, se si era tenuti iure civili; un debitum, se si era tenuti iure honorario, ma respinge da sé quei negozi che non hanno l'accordo delle parti, la conventio, come loro elemento costitutivo.

E abbraccia, diversamente dal contractus classico, anche quei rapporti in cui vi è una conventio, un accordo, anche se non generatore di una obbligazione: insomma, diventa, come nel diritto nostro, sinonimo di negozio giuridico bilaterale.

La traditio è un contractus, perchè è un negozio giuridico bilaterale; e contractus sarebbero state, se fossero sopravvissute, la mancipatio e la cessio in iure.

L'imperatore Zenone parla di contractus emphyteuseos

per indicare la convenzione costitutiva del nuovo diritto reale di enfiteusi e alterna liberamente nella costituzione relativa (C. 4, 66, 1) i termini contractus, pactum, conventio..

Mentre il giureconsulto classico oppone la donazione con efficacia immediata, cioè la donazione reale, al negotium contractum, cioè alla donazione obbligatoria, nelle nuove fonti la donazione è sempre annoverata insieme coi contractus, perchè anche la immediata alienazione di una cosa implica un accordo delle parti.

E' contractus l'accordo per la costituzione di una servitù prediale (D. 8, 3, 13 pr. interpolato); è contractus l'accordo che trasferisce la proprietà.

In un testo notoriamente interpolato (D. 44, 7, 55) leggiamo:

Iavolenus libro 12 epistularum. In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod incohatur non potest.

I testi, in cui contractus è stato interpolato in luogo di mancipatio o di cessio in iure, modi di acquisto del-

la proprietà, confermano il mutamento e l'ampliamento avvenuto nel concetto del contratto giustiniano.

Il principio, che il solo consenso opera il trasferimento della proprietà, esplicitamente affermato nel nostro Codice Civile (art. 1125, 1062, 1448), è già nella legislazione di Giustiniano.

Mutato, così, il concetto di contractus in modo da assumere come suo elemento costitutivo la conventio, non potevano essere più ricondotti a questo concetto quei negozi generatori di obbligazione in cui la conventio non v'è. Ecco sorgere così il quasi ex contractu teneri o il quasi ex contractu obligari; insomma, ecco sorgere il quasi contractus.

Nella compilazione giustiniana vi sono testi che qualificano una figura come figura di contratto; altri testi che la qualificano come figura di quasi contratto. La possibilità di scoprire la ragione di questa duplice contraddicentesi configurazione, l'abbiamo. I primi testi sono espressione del diritto classico; gli altri, sono espressione del diritto giustiniano.

Per i giuristi classici -abbiamo veduto- la negotiorum gestio è un contractus. La terminologia di Paolo (D. 3. 5. 15) è ferma: cum aliquis (Paolo doveva probabilmente dire,

invece di aliquis, procurator) negotia mea gerat, non multa negotia sunt, sed unus contractus.

Nell'età postclassica, diventato il contractus sinonimo di conventio, la negotiorum gestio è cacciata fuori dalla categoria del contractus. Così, contrariamente a Paolo, un frammento non genuino contenuto nelle res cottidianae attribuite a Gaio (D. 44. 7. 5, pr.) dice:

Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandatu, placuit quidem sane invicem eos obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum....sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficio est sine mandatu suscipere negotiorum administrationem: longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest.

Analoga interpolazione è nelle Istituzioni giustiniane (3, 27, 1).

Per i giuristi classici, -come si è visto -era contractus

tus la negotiorum gestio tutelare.

Essa, come la negotiorum gestio in genere, è detta contractus ancora in D. 50, 17, 23, in un testo gravemente, ma affrettatamente interpolato dai compilatori giustiniani; è detta soprattutto contractus in un passo delle Istituzioni di Gaio (4, 182).

Ma nell'età postclassica, come è tolta dall'elenco dei contractus la negotiorum gestio in genere, così è tolta da quell'elenco anche quella figura di negotiorum gestio che è la negotiorum gestio del tutore. Un frammento non genuino, contenuto nelle *res cottidianae* attribuite a Gaio (D. 44, 7, 5, 1) ci dice:

Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur.

Analoga interpolazione è nelle Istituzioni giustiniane (3, 27, 2).

A proposito della negotiorum gestio tutelare, che da contractus che era nel diritto classico diventa quasi contractus nel diritto postclassico giustiniano, possiamo fare una constatazione interessantissima.

Gaio nel noto paragrafo delle sue Istituzioni (4, 182), in cui separa le condanne che importano infamia a seconda che sono state inflitte per infrazione contrattuale o atto illecito extra-contrattuale, conchiude:

plurimum enim interest utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.

Fra i contractus, la cui infrazione porta una condanna infamante, c'è la negotiorum gestio tutelare.

Il bizantino Teofilo non può riprodurre tal quale il passo gaiano nella sua Parafraresi: siccome è menzionata anche la negotiorum gestio tutelare, il termine contractus non gli basta più: non può contrapporre, come Gaio, soltanto contractus e delicta, cioè συναλλάγματα e ἀμαρτήματα: deve contrapporre, e contrappone, da un lato contractus e quasi contractus; dall'altro, delicta, cioè συναλλάγματα e ὡσανεὶ συναλλάγματα da un lato; ἀμαρτήματα dall'altro. Così la negotiorum gestio tutelare è fatta rientrare nei quasi contractus.

Ecco il passo teofilino (4, 16, 2):

ἀπὸ μὲν ἀμαρτημάτων ἢ furti ἢ vi bonorum raptorum ἢ iniuriarum ἢ de dolo. ἀπὸ συναλλαγμάτων ἢ ὡσανεὶ συναλλαγμάτων ἢ tutelae ἢ mandati ἢ depositi....

(trad. Ferrini: ex delictis, veluti in iudicio furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum aut de dolo; ex contractibus vel quasi ex contractibus, veluti in actionibus tutelae aut mandati aut depositi...)

A proposito del legato per damnationem, il testo ul-
piano (D. 50, 17, 19 pr.), che abbiamo già riferito, ci
dice che l'erede non sponte cum legatariis contrahit.

Divenuto il contractus sinonimo di convenzione, nella
età postclassica non si poteva più parlare a questo proposi-
to di contractus. E, infatti, un frammento non genuino con-
tenuto nelle res cottidianae attribuite a Gaio (D. 44, 7,
5, 2) ci dice:

Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contrac-
tu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur:
nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse
quicumque legatarius intellegitur: maleficium autem
nullum in ea re esse plus quam manifestum est.

Analoga interpolazione è nelle Istituzioni giustinia-
nee (3, 27, 5).

Era contractus, come abbiamo visto, il pagamento
dell'indebito.

In D. 12, 6, 33 Giuliano dice che qui non debitam
pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit e
scambia nel testo come sinonimi negotium gerere e
contrahere.

Gaio, dopo aver detto che re contrahitur obligatio

vel mutui datione (3, 90), soggiunge subito (3, 91) che

is quoque, qui non debitum accepit, ab eo, qui
per errorem solvit, re obligatur, nam proinde ei
condici potest, si paret eum dare oportere, ac si
mutuum accepisset.

Nell'età postclassica, impostata la nozione del con-
tractus sulla base della conventio, anche questo contratto
doveva uscire dalla categoria a cui prima apparteneva.

Ed ecco, infatti, in un frammento non genuino contenu-
to nelle res cottidianae attribuite a Gaio (D. 44, 7, 5,
3): Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solven-
tis, obligatur quidem quasi ex mutui datione.....sed non
potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu
obligatus esse.

Analoga interpolazione è nelle Istituzioni giustinia-
nee (3, 27, 6).

Dal confronto fra i due testi, fra il Gaio genuino e
il falso Gaio, risulta uno spostamento concettuale interes-
sentissimo. Nel pagamento dell'indebito si aveva, secondo
il Gaio genuino, obligatio re come nel mutuo (proinde ac si
mutuum accepisset); nel pagamento dell'indebito si ha, se-
condo il falso Gaio, obligatio quasi ex mutui datione. Al
rapporto di eguaglianza si è sostituito un rapporto di so-

miglianza: al contractus il quasi contractus.

Come l'antico consortium, la comunione era nel diritto romano classico un contractus; ce ne informano i nuovi frammenti galiani scoperti nel 1933; ce n'è ancora traccia in un testo malamente interpolato (D. 50, 17, 23) e in tutti quei testi che distinguono fra societas quae nudo consensu contrahitur o tra societas voluntaria, da un lato e societas che non sorge consensu, dall'altro (D. 44, 7, 57; 17, 2, 63, 8; 10, 2, 25, 16).

Ma nell'epoca postclassica, col nuovo concetto di contractus sinonimo di convenzione, contractus è soltanto la societas consensuale: l'altra societas non si indica più con questo termine, non è più contractus. Alla distinzione classica: societas voluntaria - societas non voluntaria, che erano contractus l'una e l'altra, si sostituisce la nuova contrapposizione societas - communio; la prima, figura di contractus; la seconda, figura di quasi contractus. E la communio è detta cum societate o sine societate (D. 10, 3, 2 interpolato) a seconda che è, o non è, sorta dal contratto.

Le Istituzioni giustiniane, conformemente al mutato concetto di contractus, dicono (3, 27, 3-4):

Item si inter aliquos communis sit res [sine societate], veluti quod pariter eis legata donatave esset,

et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo iudicio quod solus fructus ex ea re perceperit aut quod socius eius in eam rem necessarias impensas fecerit; non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt; sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur. Idem iuris est de eo qui coheredi suo familiae eriscundae iudicio ex his causis obligatus est.

E, a proposito della comunione ereditaria, i Giustiniani commentano l'affermazione del giurista:

Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres.

interpolando, come riconoscono anche il Bonfante, il Rotondi, l'Arangio Ruiz, la motivazione, incredibile per un giurista classico:

Cum herede non contrahimus sed incidimus in eum.

Naturalmente, nell'epoca postclassica giustiniana, per il mutamento avvenuto nel concetto di contractus, non sono più contractus nè l'aditio hereditatis, nè la pro herede gestio, nè la gestio funeraria. Le interpolazioni, qui, sono meno evidenti, ma non per ciò sono meno sicure. L'affermazione precisa e recisa del contractus, fatta dal giurista

classico, è smorzata e scolorita dai compilatori.

Dove Ulpiano (D. 42, 4, 3, 4) diceva:

<Contrahit> impubes cum adiit hereditatem,

e Paolo (D. 42, 4, 4) rincalzava:

et is qui miscuit se <contrahit>,

i compilatori dicono:

[videtur impubes contrahere] cum adiit hereditatem

-et is qui miscuit se [contrahere videtur].

Dove Ulpiano (D. 11, 7, 1 pr.) diceva che contraeva col defunto chi lo seppelliva (qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto <contrahit>), non cum herede,

i compilatori dicono:

Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto

<contrahere creditur>, non cum herede.

Riassumendo: la nuova postclassica giustiniana nozione del contractus doveva far uscire dalla categoria dei contratti quei negozi produttivi di obbligazione che non avevano come elemento costitutivo l'accordo, la conventio. Dalla nuova nozione germinò la nozione del quasi ex contractu teneri, del quasi ex contractu obligari, cioè del quasi contractus. La contraddizione fra i testi accolti nella compilazione giustiniana, per cui negozi produttivi di obbligazione a volte sono detti contractus, a volte quasi contrac-

tus, ha una ragione storica: erano contractus per la giurisprudenza classica; sono quasi contractus nella legislazione giustiniana. Anche qui i compilatori non interpolarono organicamente, cioè ovunque: e il concetto romano qua e là sopravvive e si urta col nuovo concetto postclassico giustiniano.

Delictum nel diritto postclassico giustiniano:
quasi delictum sorto dalla nuova nozione del delictum

Già abbiamo avuto occasione di dire che, come il contractus nel diritto postclassico giustiniano ha per suo elemento costitutivo la conventio, così il delictum nel diritto postclassico giustiniano ha per suo elemento costitutivo il dolus. Questo elemento tanto vivamente emerge, che una sola parola (ἀμαρτυρία) traduce nelle fonti bizantine il delictum e il dolus delle fonti romane, e in una serie piuttosto abbondante di testi interpolati ricorre il termine delictum nel significato di dolus.

E' opportuno averli presenti.

D. 44, 7, 49 (Paul.) [Ex contractibus venientes

actiones in heredes dantur licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit aut is apud quem depositum est].

Questo testo, che scambia delictum e dolus e parla di delictum contrattuale, è già stato ritenuto interpolato dal Rotondi e la sua interpolazione si può considerare universalmente riconosciuta.

D. 4, 4, 9, 2 (Ulp.): Nunc videndum minoribus utrum in contractibus captis dumtaxat subveniatur an etiam delinquentibus: [ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel commodata vel alias in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit?]
Et placet in delictis minoribus non subveniri.

Parrebbe risultare anche da questo testo che il dolo contrattuale vien chiamato delictum, ma ciò accade soltanto perchè tutta l'esemplificazione ut puta pervenit non è classica. Oltre l'ut puta e il vel alias in contractu, si tenga presente che il testo nella parte iniziale e nella finale usa il plurale (minoribus): nella parte centrale, secondo noi alterata, spunta come una stonatura il singolare (minor, an ei subveniatur, ad eum pervenit). Come molte altre volte abbiamo avuto occasione di rilevare, siamo in presenza di un testo in cui hanno lavorato due diverse mani.

D. 4, 4, 47 pr. (Scaev.) Tutor urgentibus creditoribus vel pupillarem bona fide vendidit, denuntiantem tamen matre emptoribus: quaero, [cum urgentibus creditoribus distracta sit nec de sordibus tutoris merito quippiam dici potest], an pupillus in integrum restitui potest. Respondi cognita causa aestimandum [nec ideo, si iustum sit restitui, denegandum id auxilium, quod tutor delicto vacaret].

Per dire che il tutore ha venduto la cosa del pupillo in buona fede, cioè senza dolo, si dice che il tutore delicto vacat. È un testo ritenuto generalmente interpolato.

D. 16, 3, 1, 18 (Ulp.) Si apud servum deposuero et cum manumisso agam, Marcellus ait [nec] tenere actionem, [quamvis solemus dicere doli etiam in servitute commissi teneri quem debere, quia et delicta et noxae caput sequuntur; erit igitur ad alias actiones competentes decurrendum].

In questo testo si ha lo scambio tra delictum e dolus; ma non è un testo genuino. L'inciso finale erit igitur etc. già da tempo è indicato come interpolato. Recentemente il Rotondi, richiamando il confronto con D. 16, 3, 21, ha acutamente pensato che la decisione di Marcello sia stata capovolta dai compilatori; il giurista avrebbe detto: tenere

actionem, quoniam solemus dicere etc. Senonchè l'interpolazione è più ampia; i compilatori non hanno solamente capovolta la decisione del giurista, ma soggiunto quamvis solemus dicere etc. Si noti l'enfatico delicta ex noxae; e dopo tene-re actionem la frase teneri quem debere.

D. 26, 10, 3, 5-6 (Ulp.) Nunc videamus ex quibus causis suspecti removeantur. Et sciendum est aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare, [si forte grassatus in tutela est aut sordide egit vel perniciose pupillo vel aliquid interceptit ex rebus pupillaribus iam tutor]. Quod si quid admisit, ante tamen admisit, quam tutor esset, quamvis in bonis pupilli vel in tutela non potest suspectus tutor postulari, [quia delictum tutelam praecessit]. Quaeri potest si tutor fuerit pupilli idemque si curator confirmatur adulescenti, an possit [ex delictis tutela] suspectus postulari.

Anche qui si ha lo scambio fra delictum e dolus.

Alterazioni in questo testo videro già il Solazzi, il Taubenschlag e il Beseler. Ma esse sono più numerose di quelle che i valenti romanisti già segnarono: le parole quia delictum tutelam praecessit e ex delictis tutela vanno eliminate anch'esse. Dopo quanto il giurista ha av-

vertito, la motivazione quia delictum tutelam praecessit è di una superfluità e, staremmo per dire, di una banalità sorprendente: l'espressione ex delictis tutela è poi evidentemente spuria.

D. 27, 3, 1, 13-14 (Ulp.) Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones, constitutum a divo Pio et ab imperatore nostro et divo patre eius utilem actionem tutori adversus contutorem dandam. [Plane si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones neque utilis competit, quia proprii delicti poenam subit; quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequentur doli participibus: nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio iusta damni ex maleficio est].

Qui pure dolus e delictum sono termini che indifferentemente si scambiano. Ma da plane in poi il testo è tutto una tarda aggiunta. Plane, utilis con omissione di actio, competit con riferimento all'actio utilis; il cambiamento di tempo subit-fecit; il plurale a ceteris doli participibus, mentre nella parte genuina è adoperato il singolare contutorem; la societas maleficiorum, che è altre volte

in testi alterati, sono tali indizi da non lasciare dubbi sulla alterazione di questo testo.

D. 16, 3, 9 (Paul.) In depositi actione si ex facto defuncti agatur adversus unum ex pluribus heredibus, pro parte hereditaria agere debeo: [si vero ex suo delicto, pro parte non ago: merito quia aestimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse heres admisit.]

A breve distanza i compilatori giustiniani anche qui usano indifferentemente parlare di dolus e di delictum. L'interpolazione di questo testo è stata veduta dal Sorrentino. Vi ha una antitesi incongruente (ex facto defuncti-ex suo delicto); una sgrammaticatura (si agatur, non ago); una affermazione scipita (si vero ex suo delicto, pro parte non ago); e soprattutto l'espressione in solidum dolum admittere, quando il dolus è di una sola persona e non di più.

D. 44, 4, 4, 27 (Ulp.) De auctoris dolo exceptio emptori non obicitur. Si autem accessione auctoris utitur, aequissimum visum est ei, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris: [et peraeque traditur rei quidem cohaerentem exceptionem etiam emptori nocere, eam autem quae ex de-

licto personae oriatur, nocere non oportere].

Nella parte genuina di questo testo abbiamo dolus; nella parte interpolata delictum. Il testo ci presenta una delle solite antitesi tanto predilette dai bizantini. Essi, che distinguono tra giuramento in rem e in personam (Segrè), fra patto in rem e in personam (Rotondi), qui distinguono tra exceptio rei cohaerens e exceptio quae ex delicto personae oriatur.

D. 43, 5, 4 (Paul.) Si sint tabulae apud pupillum et dolo tutoris desierint esse, in ipsum tutorem competit interdictum; [aequum enim est ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum].

Qui pure, dove il giurista classico parlava di dolus, i compilatori parlano di delictum. L'aggiunta compilatoria delle parole aequum enim etc. è da ritenersi sicura: l'osservazione è superflua, e, d'altra parte, non poteva il giurista richiamarsi all'equità (aequum est), quando aveva prima detto che l'interdetto compete (competit interdictum).

D. 50, 17, 154 (Ulp.) [Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa [sicut fit] cum de dolo excipitur petitoris

Da un caso concreto i Giustiniani hanno voluto estrarre una regola generale; il titolo del Digesto (50, 17) con-

sigliava una tale generalizzazione. Ma il giurista classico poneva un caso concreto di dolus: i Giustinianeî formulano una regola generale per il delictum.

D. 21, 1, 51 pr. (Afric.) Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex empto dominus experiatur, [omnimodo] scientiam servi, non domini, spectandam esse ait [ut nihil intersit, peculiari an domini nomine emerit et certum incertumve mandante eo emerit, quia tunc et illud ex bona fide est servum, cum quo negotium sit gestum deceptum non esse, et rursus delictum eiusdem, quod in contrahendo admiserit, domino nocere debet].

L'interpolazione di questo testo è già stata avvertita dallo Schulz. L'espressione delictum in contrahendo è inammissibile in un giurista classico.

C. 2, 34, 1 (Severus et Antoninus) In criminibus quidem aetatis suffragio minores non iuventur: [etenim malorum mores infirmitas animi non excusat. Sed cum delictum non ex animo, sed ex contractu venit] nora non committitur etiamsi poenae causa pecuniae damnum irrogatur: et ideo minoribus et in hac causa in integrum restitutionis auxilium competit.

Anche qui delictum che ex contractu venit, cioè espressione impossibile in un giurista classico.

L'antitesi animus-contractus induce a ritenere che la costituzione è stata alterata dai compilatori.

C. 11, 35, 1 (Antoninus) [Fideiussores] magistratum in his quae ad rei publicae administrationem pertinent teneri, [non in his quae ob culpam vel delictum eis poenae nomine inrogentur,] tam mihi quam divo Severo patri meo placuit.

Invece di: ob culpam vel dolum, abbiamo ob culpam vel delictum. Ma le parole chiuse tra parentesi sono certo insitiche.

Gli è per questa identificazione di delictum e di dolus che nelle scuole dell'età postclassica, quando si delineava già quella generale tendenza a colpire l'ingiusto arricchimento che dominerà poi tutta la legislazione giustiniana, vi ha qualcuno che vorrebbe restringere la classica responsabilità in solidum dell'erede per il dolo contrattuale del defunto e limitarla all'id quod ad heredem pervenit, all'id quo heres locupletior factus est, non diversamente da quel che le scuole postclassiche affermano per la responsabilità ereditaria derivante da atto illecito extracontrattuale del defunto. Questa adulterina doctrina, come il

nostro Rotondi ha egregiamente dimostrato, è rinnegata dai compilatori delle Pandette; alcune alterazioni dei testi classici, infatti, non si spiegano se non si intendono come apportate dai compilatori al fine di respingerla: ma ognuno vede come l'identificazione terminologica di dolus e di delictum, tradotti in greco dallo stesso termine ἀμαρτήματα, e il nuovo concetto di delictum, incardinato sul dolo, po essere sembrare spunti bastevoli per il sorgere della rinnegata dottrina.

Una constatazione è soprattutto interessante fare. Il damnum iniuria datum è ancora annoverato fra i delicta nella compilazione giustiniana, ma vi è annoverato per forza d'inerzia.

Chi guarda alla lettera della compilazione giustiniana, trova che il damnum iniuria è classificato fra i delicta, benchè non abbia come elemento costitutivo il dolus e possa esservi anche se l'agente sia soltanto in colpa; ma chi vuol guardare allo spirito di questa compilazione, non dovrà tardare a farlo uscire dalla categoria dei delicta, dove non ha più ragione di trovarsi. E, infatti, uno scoliasta bizantino, l'Ageoteodorita, commentando un cele-

bre testo collocato sotto la rubrica de privatis delictis (D. 47, 1, 1, = Bas. 60, 11, 1), insegna:

- γίγνωσκι ὅτι ἰδιοτικὰ ἀμαρτήματα εἰσι
- ταῦτα: δόλος ὕβρις, ἀριταγὴ καὶ πλοπή.

Trad. Ferrini: Scias privata delicta esse dolum, iniuriam, rapinam et furtum.

Se richiamiamo gli elenchi dei delitti, che Gaio stereotipamente ripete, ci accorgiamo subito del cambiamento profondo fra l'elenco romano e l'elenco bizantino. Il damnum iniuria datum, che figurava nell'elenco romano, manca nell'elenco bizantino; mentre il dolo figura nell'elenco bizantino e manca nell'elenco romano. Evidentemente, il damnum iniuria, una volta che la nozione del delictum è fissata sul dolo dell'agente, non può più trovar posto tra i delitti. E vi trova invece posto il dolo, come figura di delitto a sè stante.

Mentre la scomparsa della distinzione tra ius civile e ius honorarium doveva far sì che tutti gli atti illeciti, che nel diritto classico imponevano a una persona la prestazione di una pena verso un'altra, diventassero delicta, e il delictum, come il contractus, diventasse una categoria

generale, essendosi affermato il nuovo concetto di delictum, tutti quegli atti illeciti si dividono in due grandi classi: nella classe dei delicta vi rientrano soltanto gli atti illeciti dolosi; gli altri costituiscono la seconda classe: quella degli atti illeciti colposi, che, per differenziarli dai primi, si dicono quasi delicta.

Questo concetto e questa categoria del quasi delictum sono una derivazione necessaria del mutato concetto di delictum, come il concetto e la categoria del quasi contractus sono una derivazione necessaria del mutato concetto di contractus.

L'impostazione del quasi delictum sulla base della culpa è evidente nei testi della compilazione giustiniana interpolati e nelle fonti bizantine.

Che anzi, il damnum iniuria rappresenta il campo in cui i Giustiniani con particolare simpatia s'indugiano per costruire il loro concetto di colpa aquiliana, non intesa oggettivamente come iniuria, ma subbiettivamente considerata come mancanza di diligenza.

In tema di damnum iniuria, i giuristi classici da Quinto Mucio in poi imperniano le loro decisioni soltanto sul rilievo se, nel caso concreto possa, o no, il fatto dannoso imputarsi come proprio ad una persona determinata.

Di ciò si è accorta la dottrina recente: così il Ferrini, così soprattutto il Venezian, quando nota che tutta la casistica romana della lex Aquilia verte sulla indagine del nesso causale. Ma il Ferrini e il Venezian, fra le tumultuarie e contraddittorie affermazioni dei testi, seppero con raro senso di penetrazione critica scegliere quelli che rappresentavano la genuina espressione del pensiero classico romano, senza però riuscire nè l'uno, nè l'altro a scartare quelli che erigevano il fattore della colpa, intesa come mancanza di diligenza, a criterio decisivo per ammettere la responsabilità e che non si accontentavano della dimostrazione pura e semplice del nesso causale tra l'azione imputabile e l'evento dannoso. La dottrina recentissima può vittoriosamente eliminarli dimostrandoli interpolati.

Ma non soltanto nel campo del damnum iniuria, sibbene dovunque è una figura di quasi delictum, i Giustiniani si affrettano a dar rilievo all'elemento della colpa, cioè alla mancanza della dovuta diligenza da parte del soggetto agente.

Così, a proposito dell'atto illecito di effusio et deiectio.

Se da una finestra fosse stato gettato fuori un oggetto che avesse recato danno al passante, Ulpiano avvertiva

che si doveva agire contro colui che abitava la casa, non contro il proprietario, evidentemente perchè soltanto l'inquilino poteva considerarsi imputabile; ma i Giustiniani si affrettano a dar rilievo alla colpa.

In D. 9, 3, 1, 4 ora leggiamo:

Ulpianus libro 23 ad ed. Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: [culpa enim penes eum est]. Nec adicitur [culpa] mentio [vel] infitiationis, ut in duplum detur actio, [quamvis damni iniuriae utrumque exiget].

Che siano i Giustiniani a dar rilievo alla colpa in questo testo, ha già veduto lo Schulz e che il testo sia corrotto anche nella parte finale quamvis damni iniuriae utrumque exiget, ha rilevato già il Rotondi. A proposito di quest'ultimo inciso, l'interpolazione è anche tradita dal futuro exiget e dalla indicazione dell'azione damni iniuriae con l'omissione di actio, che è una manifesta costruzione grecizzante.

Il rilievo dato alla colpa c'è, anche, in un testo di Paolo (D. 9, 3, 6, 2):

[Habitator suam suorumque culpam praestare debet.]

Ma l'interpolazione di questa affermazione dovrebbe ri-

sultare evidente a chi legga il testo genuino di Paolo che essa malamente interrompe, ed a ragione è stata sostenuta dal Betti. Naturalmente, il maggior rilievo dato in età postclassica alla culpa nell'atto illecito di effusio et deiectio, come nell'atto illecito analogo di positum et suspensum, si ha nel passo non genuino contenuto nelle res cottidianae attribuite a Gaio (D. 44, 7, 6, 5):

Is quoque ex cuius cenaculo (vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat) deiectum effusumve aliquid est ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua volgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ecciderit, alicui nocere.

Qui vien detto nettamente perchè c'è obligatio non ex maleficio ma quasi ex maleficio; perchè non c'è delictum ma quasi delictum. La ragione è questa: quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi.

Impostata la nozione del quasi delictum sulla base della culpa, i Giustiniani dovevano trovarsi in un imbarazzo enorme per adattare entro la categoria del quasi de-

licitum l'atto illecito del iudex qui litem suam fecerit, che per la giurisprudenza romana non era delictum nel senso tecnico preciso col quale quella giurisprudenza intendeva questa parola, ma presuppone il dolo del iudex.

I Giustiniani cercano di cavarsela col dire che il iudex in questo caso è tenuto per imprudentiam. Pretendono insomma, anche qui di vedere un comportamento illecito soltanto colposo.

Ecco il passo notoriamente non genuino in D. 44, 7, 5, 4:

Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est, utique peccasse aliquid intellegitur licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.

E Teofilo nella sua Parafrasi è ancor più esplicito:

- ἴσθ' ὅτι γὰρ ἐξ ἀπειρίας τοῦ δικάζειν,
- οὐ κακῆ διαροίας, τοῦτο ἔπραξεν.

Trad. Ferrini: nam imperitia iudicandi, non malo animo hoc fecit.

Ma sì gli uni che l'altro, in realtà, non si districano dalla difficoltà in cui sono impigliati.

Si dovrebbe spiegare la collocazione dell'atto illecito

to del iudex qui litem suam fecit tra i quasi delitti mettendo in evidenza il rapporto tra questo quasi delitto e il pensiero greco. Aristotele, discorrendo del giudice che emana per errore una sentenza ingiusta, dichiarava che egli, quando sancisce così il torto, non commette un atto illecito, ma un atto che va considerato alla stessa stregua degli illeciti (Eth. Nic. 5, 9, 12): οὐκ ἄδικεῖ κατὰ τὸ νομικὸν δίκαιον οὐδ' ἄδικος ἢ κρείσσις ἔστιν, ἔστιν δὲ ὡς ἄδικος.

Ma non si osserva il divario che corre tra il iudex qui litem suam fecit e il iudex che emana una sentenza ingiusta per errore. Qui l'errore esclude il dolo; là il dolo è insito nel facere litem suam. Il facere litem suam licet per imprudentiam (D. 44, 7, 5, 4 = D. 50, 13, 6 = Inst. 4, 5 pr.) è una frase assurda, una stortura logica, una contradictio in terminis. O c'è semplice imprudentia, e allora non si può dire che il giudice fa sua la lite; o il giudice fa sua la lite, e allora è una stoltezza parlare di imprudenza, anziché di dolo. A questa stortura logica i Giustiniani furono portati per voler collocare questo atto illecito fra i quasi delicta, che presuppongono sempre la culpa, non il dolus.

L'impostazione del concetto del quasi delictum sulla

base della culpa ha un particolare rilievo nelle fonti bizantine.

A proposito della culpa, che si ravvisa nella effusio et delectio, uno scoglio che i Basilici ci conservano, annota:

- πολλή γὰρ διαφορά ραθυμίας καὶ
- ἁμαρτήματος ἀσχηροῦ, καὶ κακίσης
- προαιρέσεως, καὶ μεμελετημένου δόλου γενομένου.

Trad. Ferrini: Multum enim interest inter culpam et turpe delictum, et malum animi propositum et excogitatum dolum.

Dalla elaborazione bizantina della dottrina del quasi delitto incardinata sulla colpa, sboccia fuori il concetto della culpa in eligendo. Così in testi notoriamente interpolati, come videro l'Eisele, il Messina Vitrano, lo Schulz, il colono risponde per il damnum iniuria recato dai propri schiavi: si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit (D. 9, 3, 27, 11); l'armatore risponde per i danni cagionati ai passeggeri dai suoi dipendenti: aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur (D. 44, 7, 5, 6 = Inst. 4, 5, 3).

Nell'epoca giustiniana, pertanto, fonti delle obbligazioni sono il contratto e il quasi contratto, il delitto e il quasi delitto. Abbiamo, cioè, due fonti nuove di obbligazioni: il quasi contratto e il quasi delitto; e le due fonti antiche, il contratto e il delitto, conservano il classico nome ma non il classico significato.

Abbiamo detto che nell'epoca giustiniana l'obbligazione nasce dal quasi contratto e dal quasi delitto; mentre propriamente le Istituzioni giustiniane parlano di obbligazioni quasi ex contractu e di obbligazioni quasi ex delicto. Ma abbiamo detto così pour cause. I moderni, che si sono spesso accontentati di studiare la evoluzione e la trasformazione del diritto romano attraverso le fonti giustiniane e hanno trascurato le fonti bizantine, hanno potuto affermare che queste forme sostantivate, il quasi contratto e il quasi delitto, sono nella nostra scienza di recente importazione. Così citiamo per tutti il Planiol, il quale avverte: "Ce n'est que beaucoup plus tard, et à un' époque très rapprochée de nous, que l'on prit l'habitude de tirer de là (cioè dalle espressioni quasi ex contractu, quasi ex delicto) une expression contrainte en forme de substantif: quasi contrat, quasi delit". I moderni si sbagliano. Queste forme sostantivate sono molto vecchie: risalgono nientemeno che proprio all'epoca che

fece del quasi contratto e del quasi delitto due fonti di obbligazioni: sono nettamente bizantine, e precisamente sono l'ὡσανεὶ συνάλλαγμα e l'ὡσανεὶ ἀμάρτημα, che in numerosissime fonti greche ci passano innanzi

(Cfr. Bas. 60, 4, 1 = D. 9, 3, 1, 7; οὐ γὰρ ἐστὶ συ-
-νάλλαγμα, ἀλλ' ὡσανεὶ ἀμάρτημα).

Il quasi contratto è il quasi contracton della Parafrasi di Teofilo (4, 5, pr.).

Il quasi contratto (ὡσανεὶ συνάλλαγμα) è assimilato al contratto; come il quasi delitto (ὡσανεὶ ἀμάρτημα) è assimilato al delitto. Possono però tutti vedere come questa assimilazione sia forzata e celi nel suo profondo un contrasto insuperabile. Chi altri, se lasciamo da parte i Bizantini, ponendo l'essenza del contratto nell'accordo delle parti, avrebbe potuto poi assimilare al contratto il negozio lecito in cui l'accordo manca e chiamarlo quasi contratto? E chi altri, se lasciamo da parte i Bizantini, ponendo l'essenza del delitto nel danno cagionato intenzionalmente, avrebbe poi potuto assimilare al delitto l'atto illecito non intenzionale e chiamarlo quasi delitto? Nessuno: ed è per questo che alcune legislazioni recenti abbandonarono in questo campo la tradizionale classificazione romano-giustiniana, e la dottrina moderna,

se non tutta (una auterevolissima eccezione, ma non perciò convincente, è rappresentata da Vittorio Scialoja), in gran parte almeno vi si ribella. Ma i Bizantini sono soliti operare con queste assimilazioni. Come lateralmente al possesso fanno sorgere il quasi possesso, e lateralmente allo usufrutto il quasi usufrutto, e lateralmente alla servitù la quasi servitù (la serie di queste assimilazioni è tutto altro che chiusa), così lateralmente al contratto e al delitto essi fanno sorgere il quasi contratto e il quasi delitto.

Tenuta sempre viva nella dottrina del diritto comune, la classificazione giustiniana delle fonti delle obbligazioni trapassò in molte delle moderne legislazioni e fu trasportata di pianta nell'art. 1097 del nostro Codice Civile. Ha essa ragione di sopravvivere? Ha soprattutto ragione di sopravvivere, quando nella classificazione delle fonti giustiniane ne è stata aggiunta una nuova, la legge, che si può considerare la fonte ultima di tutte le obbligazioni e che, ad ogni modo, sembra almeno opportunamente riunire sotto di sé tutte le obbligazioni non convenzionali, sia nascenti da quasi contratto, sia nascenti da delitto o da quasi delitto?

Per verità, il problema delle fonti delle obbligazioni

è uno di quelli che più tormentano la dogmatica moderna. E va notato a lode della migliore dottrina civilistica moderna, che essa, anche senza poter penetrare col metodo interpolazionistico nel segreto delle fonti romane, pure col fine accorgimento di cui diedero prove sapienti nella età medioevale le scuole dei glossatori e dei commentatori, ha saputo accostarsi alla legislazione giustiniana e scoprirne lo spirito profondo.

Così il Planiol, pure errando nell'affermare che i Romani elencassero tra i delicta il dolus e la fraus creditorum, pur confessando ingenuamente che i moderni commentatori non hanno mai potute comprendere quali ragioni abbiano impedito a Gaio e quali a Giustiniano di annoverare i quattro atti illeciti del positum et suspensum, dell'effusum et deiectum, del iudex qui litem suam fecit, dei furti e damni commessi dai propri dipendenti fra i delicta, ha visto bene che nella dottrina romano-giustiniana delictum è l'atto illecito doloso e quasi delictum è l'atto illecito colposo; e la dottrina civilistica prevalente è riuscita a eliminare, come ormai definitivamente superata, l'opinione di quelli che ritenevano essere delitto l'atto positivo e quasi delitto l'emissione, e l'opinione di quegli altri che ritenevano essere delitto il fatto proprio e quasi delitto il fatto al-

trui. Né ha fatto ombra alla migliore dottrina civilistica nostra la constatazione che il damnum iniuria, che i Bizantini non possono più collocare fra i delicta, nella compilazione giustiniana continui ancora ad essere fra i delicta annoverato. E neppur ombra ha fatto la constatazione che l'atto illecito del iudex qui litem suam fecit, nonostante i disperati sforzi dei compilatori di far credere che qualche volta questo atto possa avvenire per imprudentiam, per poterlo collocare nel gruppo dei quasi delitti, è nella sua viva essenza un atto illecito doloso.

Ma, se la miglior parte della dottrina civilistica moderna ha esattamente sorpresa la base della classificazione giustiniana delle fonti delle obbligazioni, a questa classificazione non sa adattarsi. E' giustamente. Non vi si sono adattate neanche ormai numerose legislazioni, tra le quali la portoghese e la spagnuola; non vi si sono adattati soprattutto il Codice federale svizzero delle obbligazioni e il Codice civile germanico.

E si potranno sotto più aspetti criticare le nuove classificazioni escogitate. Si potranno, le une, ritenere troppo artificiose e complicate; le altre, troppo semplici e comode. Tra le prime qualcuno potrà collocare la classificazione del Demogue, secondo il quale le obbligazioni

possono avere per fonte o la legge o la volontà del debitore concordante con quella del creditore (come nel contratto), o la volontà del solo debitore (come nell'atto illecito) o la volontà del solo creditore (come nel quasi contratto). E altri potrà fra le seconde collocare la classificazione di coloro che pongono come fonte di obbligazione il contratto e la legge (sia che questa miri a riparare lesioni ingiuste avvenute, sia che miri ad evitare lesioni ingiuste future): oppure la volontà dell'uomo e la volontà della legge. Migliore sarebbe, a nostro avviso, quella classificazione che ponesse tra le fonti delle obbligazioni i contratti, gli atti illeciti e categoria più generale comprendente tutti i possibili casi che non hanno una figura autonoma e non sono riconducibili ad un gruppo organico-la legge. Quest'ultima classificazione è effettivamente seguita da alcune legislazioni recenti, per esempio dal Codice delle obbligazioni per la Svizzera e sostanzialmente dal Codice giapponese.

Ma, comunque sia di ciò, la tradizionale classificazione giustiniana deve essere ripudiata dalla dottrina e abbandonata dal legislatore. Il quasi contratto non poggia sopra criteri scientifici, ma sopra ragioni storiche soltanto; e la terminologia del quasi contratto, quando -come dal-

l'epoca postclassica in poi -il contratto è diventato sinonimo di convenzione, è nient'altro che una squillante ironia.

Il delitto e il quasi delitto, dopo che nell'età nostra il diritto penale è entrato tutto quanto nella sfera del diritto pubblico, non possono più indicare l'atto illecito civile. Il nome, conservatosi senza la cosa, non è che fonte di una svariata serie di equivoci.

Delitto e pena sono ora, come erano per i Romani, due termini correlativi nell'uso giuridico; e per i Romani, veramente, alla obligatio ex delicto corrispondeva la pena conseguibile con l'esperimento di una actio poenalis: ma della pena privata è sparito nei codici moderni fin l'ultimo vestigio, e nessuno al giorno d'oggi disconosce che l'azione nascente dall'art. 1151 del nostro codice civile è una pura e semplice azione di risarcimento. Parlare ancora di delitto in questo campo è un anacronismo, che trae facilmente in errore chi non ha sempre ben presenti le radicali differenze fra il regime antico e il nuovo e le ragioni meramente storiche di tale denominazione. Il nostro Rotondi ha acutamente osservato che le stesse dottrine recenti sul rapporto tra delitto civile e delitto penale devono in ultima analisi la loro origine a questa ragione; se il legi-

slatore avesse rinunciato a parlare di delitto nel codice civile, forse non si sarebbe pensato di porre il problema se un fatto, in quanto è delitto civile, debba essere contemplato come delitto anche dalla legge penale.

La distinzione tra delitto e quasi delitto è nel diritto moderno un puro residuo archeologico. Dal momento che il codice francese e il nostro, come il germanico, hanno rinunciato in tema di responsabilità extra-contrattuale a ogni disparità di trattamento tra il dolo e la colpa, ne consegue la assoluta irrilevanza pratica della distinzione. E non abbiamo bisogno di richiamare l'assurdo per cui, dato che il delitto è l'atto illecito doloso e il quasi delitto è l'atto illecito colposo, nel caso che alcuno dovesse risarcire dei danni in seguito a un reato colposo, per esempio in seguito a un omicidio colposo, sarebbe tenuto per un atto che è delitto secondo la legge penale, quasi delitto secondo la legge civile.

La incompletezza della classificazione giustiniana delle fonti delle obbligazioni

Mentre la classificazione gaiana delle fonti delle obbligazioni bipartita (contractus - delictum) è una classificazione esauriente, la classificazione postclassica giustiniana delle fonti delle obbligazioni, quadripartita, esauriente non è. Restano fuori, appartate, la lex e la pollicitatio: la legge e la dichiarazione unilaterale di volontà.

La obligatio ex lege

Per i Romani la legge (e non soltanto la lex in senso tecnico, ma ogni altra fonte ad esse parificata, come il senatusconsultum o la constitutio principis) non è mai fonte di obbligazione. L'obligatio, per essi, non può essere se non la conseguenza di un atto della stessa persona del debitore, o di un atto lecito voluto e diretto a creare il vinculum (il contratto), o di un atto illecito pur volu-

to sebbene non diretto a tal fine ma riconosciuto idoneo a generare un vinculum (il delitto).

Nelle fonti giustiniane per verità, in alcuni testi si parla di obligatio ex lege; ma sono, per l'appunto testi interpolati, i quali ci fanno per ciò concludere che la obligatio ex lege, ignorata dal diritto classico, si afferma invece nel diritto postclassico giustiniano, anche se non esplicitamente assunta, come nell'art. 1097 del nostro Codice Civile, nel quadro delle fonti delle obbligazioni, che le Istituzioni giustiniane (3, 13, 2) ci presentano.

La obligatio ex lege è affermata in due testi attribuiti a Paolo; in un testo attribuito a Modestino. Dobbiamo brevemente considerarli.

D. 13, 2, 1 pr. Paulus libro 2 ad Plautium. Si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.

L'interpolazione di questo testo è stata già veduta dal Perozzi. Circa il contenuto originario del testo non è facile avanzare ipotesi; ma, il fatto che una generale condictio ex lege era ignota ai giureconsulti classici ed è invece una creazione bizantina; il fatto, ancora, che il testo di Paolo - e questo solo testo - è stato collocato sot-

to la giustiniana rubrica de condictione ex lege (D. 13, 2), inducono ragionevolmente a pensare che il testo classico sia stato adattato alla giustiniana rubrica e al nuovo istituto processuale.

D. 44, 7, 41 pr. Paulus libro 22 ad ed. Quotiens lex [obligationem] introducitur, nisi si nominatim caverit ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere.

È evidente che qui obligationem è parola che è stata sostituita a actionem. Se ciò non fosse, non si capirebbe quel che segue nel testo: ut sola ea actione utamur. Mancherebbe l'accenno all'actio che viene richiamata da questa frase. Se ammettiamo, invece, come dobbiamo ammettere, che il testo dicesse:

Quotiens lex actionem introducitur, nisi si nominatim caverit, ut sola ea actione utamur etc.,

il riferimento è perfettamente a posto. Il Perozzi suppone il testo più ampiamente interpolato: a noi sembra, col Segre, che l'interpolazione possa ridursi alla accennata sostituzione.

D. 44, 7, 52 Modestinus libro 2 regularum
Pr. Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate

aut ex peccato.

§ 5 lege obligamur, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut contra facimus.

Questo testo, in cui ci si presenta una classificazione generale delle fonti delle obbligazioni, che si allontana dalla classificazione tradizionale e consueta della giurisprudenza classica, mescola malamente insieme generi e specie; pone, come fonte non il contractus ma le singole specie di esso (re aut verbis aut simul utroque aut consensu), indica con termine non classico -peccatum- il delictum e, come impropriamente aggiunge alle fonti classiche (contractus-delictum) il ius honorarium (abbiamo veduto come non vi sono per i classici obligationes honorariae e l'origine postclassica giustiniana della distinzione tra obligatio civilis e obligatio honoraria), così vi aggiunge, non meno impropriamente, la lex e la necessitas. Basta scorrere l'Index interpolationum per notare come questo testo è stato fra quelli più vivacemente aggrediti dalla critica moderna. Esso non ci tramanda il pensiero genuino di Modestino, per quanto si tratti di un giurista che vive proprio nell'ultimo periodo della giurisprudenza classica, ma invece una classificazione disorientata e incoerente fatta da un annotatore postclassico del testo di Modestino. E' una classifi-

cazione che sa di infelice elaborazione scolastica, non ha certo origine legislativa.

Riconosciuta la interpolazione di questi tre testi, cioè dei soli testi che parlano di obligatio ex lege, possiamo dunque concludere che, se in realtà la classificazione delle fonti delle obbligazioni, contenuta nell'art. 1097 del nostro codice civile ("Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto e quasi contratto, da delitto e quasi delitto") aggiunge alle fonti elencate nelle Istituzioni giustiniane (3, 13, 2) la legge, non aggiunge una fonte nuova, ma elenca una fonte di obbligazioni nella compilazione giustiniana già contemplata. Il quadro delle fonti delle obbligazioni, che nelle sue Istituzioni Giustiniane si presenta, è un quadro incompleto.

La obligatio ex pollicitatione

Il quadro è incompleto, anche perchè tra le fonti delle obbligazioni non è elencata la pollicitatio. E', questa, uno degli istituti che più luminosamente rivelano come istituti giuridici, che hanno adempiuto la funzione per la

quale nacquero e compiuto, per così dire, il loro ciclo storico, anziché spegnersi, vivono adattandosi a nuovo scopo e a nuova funzione. La pollicitatio, sviluppatasi nella vita municipale dell'impero, espressione caratteristica della munificenza cittadina, nella età imperiale, prima; e poi, della servitù pubblica e della corruzione e bassezza dei tempi, si svolge nell'età postclassica sotto la spinta del nuovo sentimento etico sociale, alimentata dal Cristianesimo, e adempie a una funzione di pubblica utilità e assistenza. Per ciò mentre nel diritto classico le pollicitationes si distinguevano in due grandi classi, pollicitationes ob honorem decretum vel decernendum, cioè promesse fatte per la carica magistratuale già conferita o da conferirsi, e pollicitationes che tali non erano, nel diritto giustiniano esse si distinguono in due classi nuove: pollicitationes ob iustam causam, cioè ispirate a fini di pubblica utilità e assistenza, e pollicitationes che tale carattere non hanno.

Orbene: se anche -il punto è contestato- già nel diritto classico nella pollicitatio si aveva una dichiarazione unilaterale di volontà, ben si comprende come nè da Gaio nè da altri giuristi venisse elencata la pollicitatio fra le fonti delle obbligazioni. Non vi era elencata, sia perchè trattavasi di istituto appartenente piuttosto al ter-

ritorio del diritto amministrativo, sia soprattutto perchè la sua tutela processuale si realizzava extra ordinem: colui, che addiveniva alla pollicitatio e si rendeva poi inadempiente, non era convenuto con una azione, come quella in cui intendimus dare facere praestare oportere. I passi genuini evitano, infatti, il verbo obligari e si esprimono, a proposito di colui, che ha fatto la pollicitatio, così:

D. 50, 12, 1, 1: tenebitur; 1, 4 tenebitur; 3 pr. quasi debitum exigatur; cogetur; 4: non tenetur; 5: compelli non posse; 6 pr. aeris alieni loco habetur; 6, 1 debere; 6, 2: debere implere; 7: non tenetur; minuire non debet; 9: teneri; 11: non oportere conveniri; 12, 1: cogendum; 13 pr.: debere.

L'estensione della terminologia "obligatio, obligari" alla pollicitatio è, con ogni verosimiglianza, avvenuta soltanto in età postclassica: fuori della compilazione giustiniana essa s'incontra in uno scolio dei Vaticana fragmenta; dentro la compilazione s'incontra solamente in D. 50, 12, 1, 1-2 (un testo meditatamente interpolato dai compilatori proprio per sostituire la nuova distinzione pollicitationes ob iustam causam - pollicitationes sine causa alla distinzione classica pollicitationes ob honorem - pollicitationes non ob honorem) e in D. 50, 12, 14 (un passo che,

nella prima parte, in cui s'incontra obligatio, è stato con grandissima probabilità dai compilatori suntato).

Ed era ovvio che nel diritto postclassico giustiniano, come diventa obligatio il debitum sorto nell'ambito del ius honorarium, così diventasse obligatio il debitum sorto nell'ambito del ius extra ordinem.

Senonchè, essendo nel diritto giustiniano la pollicitatio una fonte di obligatio, ed essendo certamente nel diritto giustiniano la pollicitatio configurata come una dichiarazione unilaterale di volontà, doveva anche questa fonte di obligatio trovar posto nella classificazione giustiniana delle fonti delle obbligazioni, ed almeno dobbiamo noi nella classificazione di queste fonti non pretermetterla.

Così che, concludendo, possiamo dire che le fonti delle obbligazioni nel diritto giustiniano sono: il contratto e il quasi contratto, il delitto e il quasi delitto, la dichiarazione unilaterale di volontà (pollicitatio) e la legge.

Mentre, a giudicare dalla classificazione delle fonti delle obbligazioni che fa Giustiniano, sembra mancare una fonte che è invece elencata nell'art. 1097 del nostro codice civile -cioè la legge-, in realtà, benchè non apparente dalla classificazione giustiniana, la legge è, come abbia-

mo veduto, una fonte di obbligazione nel diritto giustiniano; in questo diritto, inoltre, vi ha una fonte di obbligazione- la dichiarazione unilaterale di volontà-, che non è elencata nel 1097 del nostro codice civile, ma che figura fra le fonti di obbligazioni nell'art. 50 del progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti ed è una delle maggiori novità del progetto di riforma del diritto delle obbligazioni preparato dalla Commissione Reale per la riforma dei Codici.

Bibliografia

Tra la vasta letteratura segnaliamo: S. PEROZZI, Le obbligazioni romane (Bologna 1903): uno studio prezioso per i risultati in questo campo raggiunti e per la revisione delle fonti e dei problemi che suscitò; IDEM, Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto, in Memorie Accademia Scienze Bologna 1916; V. ARANGIO RUIZ, Le genti e la città, 1914; IDEM, D. 44, 7, 25, 1 e la classificazione gaiana delle fonti delle obbligazioni, in Mélanges Cornil 1926; E. ALBERTARIO, Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del codice civile, in Studi di diritto romano 3, 71 sgg.; IDEM, Ancora sulle fonti della obbligazione romana, ibidem 3, 95, sgg.; E. BETTI, Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione, in Archivio giuridico 4^a serie vol. IX pag. 267 sgg.; L. TRIPICCIONE, Contributo alla dottrina delle fonti delle obbligazioni, in Archivio Giuridico 4^a serie Vol. X, pag. 93 sgg.; P. BONFANTE, Corso di diritto romano, Le ob-

bligazioni, a. 1918-19, Roma 1919, pag. 432 sgg.; IDEM, Sulla genesi e la evoluzione del contractus, in Scritti varii, vol. 3 pag. 107 sgg.; IDEM, Il contratto e la causa del contratto, ibidem, pag. 125 sgg.; IDEM, Sui contractus e sui pacta, ibidem, pag. 135 sgg.; S. RICCOBONO, La dottrina delle obbligazioni quasi ex contractu, nel volume Dal diritto romano classico al diritto moderno, pag. 263 e sgg.; IDEM, L'uso anormale della parola contractus nei Digesti, ibidem, pag. 689 sgg.; IDEM, La formazione della teoria generale del contractus nella giurisprudenza classica, in Studi in onore di P. Bonfante, vol. I, pag. 123 sgg.; R. DE RUGGIERO, Le fonti delle obbligazioni, in Corso di diritto romano, Le obbligazioni, a. 1924-25, Napoli 1925; F. DE VISSCHER, Les origines de l'obligation ex delicto, in Études de droit romain, pag. 255 e sgg.; G. I. LUZZATTO, Per una ipotesi sulla origine e la natura delle obbligazioni romane, Milano 1934; M. LAURIA, Contractus, delictum, obligatio, in Studia et documenta historiae et iuris, 1937; E. ALBERTARIO, La pollicitatio, in Studi di diritto romano, vol. 3, pag. 237 sgg.; A. ASCOLI, La pollicitatio, in Studi in onore di A. Salandra, pag. 219 sgg.; G.G. ARCHI, La pollicitatio nel diritto romano, in Rivista italiana per le scienze giuridiche, 1933, pag. 563 sgg.; S. DI

MANZO, Istituzioni di diritto romano, pag. 331 sgg.; V. ARANCIO RUIZ, Istituzioni di diritto romano, 4^a ed., pag. 291 sgg.; W. KUNKEL, in JÖRS - KUNKEL - WENGER, Römisches recht, 2^a ed., pag. 192; G. PACCHIONI, Diritto civile italiano, parte 2^a, vol. I, pag. 243 sgg.; A. SCIALOJA, Delle fonti delle obbligazioni, in Rivista diritto commerciale, 1904, I, pag. 520 sgg. (ripubblicato poi con ampliamenti); M. PLANIOL, Classification des sources des obligations, in Rev. crit. de leg. et jur. 1904, p. 224 sgg.; R. DEMOGUE, De la classification des sources des obligations, in Studi in onore di P. Chironi, vol. I, pag. 105 sgg.; C. SCUTO, Classificazione delle fonti delle obbligazioni, in Foro civile, 1933: e l'ampia bibliografia citata in queste opere.

CLASSIFICAZIONE DEI CONTRATTI

La più importante e, ben fu detta, la fondamentale classificazione dei contratti è quella che li distingue in quattro categorie: contratti reali, verbali, letterali, consensuali. È la classificazione che noi troviamo nelle Istituzioni di Gaio (3, 89).

Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.

La terminologia contratti reali, verbali etc è moderna, perchè Gaio e le altre fonti romane dicono invece che obligatio re contrahitur o re consistit o re fit, e analogamente per i verba, per le litterae, per il consensus: ma è spiegabile la facile metatesi avvenuta nella terminologia moderna per cui dal re contrahere si è tratta la espressione contratto reale, dal verbis contrahere l'espressione con-

tratto verbale, e così via.

Questa quadripartizione è antica: Gaio la presenta come pacifica al suo tempo e doveva costituire un insegnamento ormai tradizionale. Se non che a questo punto un grave problema si affaccia. Se si escludono le Istituzioni di Gaio, nessun testo di giureconsulto accolto nelle Pandette presenta la quadripartizione. La categoria litteris è cacciata fuori dalla classificazione. Ecco i testi che le Pandette ci conservano.

D. 44, 7, 1, 1 Gaius libro 2 aureorum Obligatio-
nes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut
consensu.

D. 44, 7, 4 Gaius libro 3 aureorum Nam hae (cioè
le obbligazioni ex maleficio) re tantum consistunt,
id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu o-
bligatioes non tantum re consistunt sed etiam ver-
bis et consensu.

D. 44, 7, 52 pr. Modestinus libro 2 regularum O-
bligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut con-
sensu etc.

D. 12, 1, 9, 3 Ulpianus libro 26 ad ed. Quoniam
igitur ex omnibus contractibus haec certi conditio
competit, sive re fuerit contractus factus sive

verbis sive coniunctim, referendae sunt nobis quaedam
species, quae dignum habent tractatum, an haec actio
ad petitionem eorum sufficiat.

D. 46, 1, 8, 1 Ulpianus libro 47 ad Sab. Praeterea
sciendum est fideiussorem adhiberi omni obligationi
posse sive re sive verbis sive consensu.

D. 56, 2, 1, 1 Ulpianus libro 46 ad Sab. Illud
non interest qualis praecessit obligatio, utrum natu-
ralis an civilis han honoraria, et utrum verbis an re
an consensu.

D. 2, 14, 1, 3 Ulpianus libro 4 ad ed. Adeo autem
conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat
Peditius nullum esse contractum, nullam obligationem,
quae non habeat in se conventionem, sive re sive ver-
bis fiat, nam et stipulatio quae verbis fit, nisi
habeat consensum, nulla est.

D. 16, 1, 2, 4 Ulpianus libro 29 ad ed. Omnis om-
nino obligatio senatusconsulto Velleiano comprehen-
ditur; sive verbis sive re sive quocumque alio con-
tractu intercesserint.

Nelle Istituzioni giustiniane, invece, la obligatio
litteris riappare. Il titolo 21 del libro 3°, per verità,
che ha la rubrica de litterarum obligatione, discorre di

questa categoria come di una categoria ormai eliminata:

Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur etc.

Ma per ben quattro volte le Istituzioni giustiniane, sul modello delle Istituzioni gaiane, la ricordano come una categoria appartenente alla classificazione dei contratti.

Inst. 3, 13, 2

Harum (cioè obligationum ex contractu) aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu.

Inst. 3, 20, 1

In omnibus autem obligationibus adsumi possunt fidejussores id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint.

Inst. 3, 22, 1

Ideo autem istis modis dicitur consensu obligatio

Gai Inst. 3, 89

Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.

Gai Inst. 3, 119a

Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest.

Gai 3, 136

Ideo autem istis modis dicitur consensu obligatio

contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio.

Inst. 4, 1 pr.

Sed illae quidem (obligationes ex contractu), ut suo loco tradidimus, in quattuor genera dividuntur; hae vero (obligationes ex maleficio) unius generis sunt.

contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse.

Gai 3, 182

Quarum omnium rerum (obligationum ex maleficio) uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in quattuor genera dividuntur, sicut supra exposuimus.

Come emerge dai testi che abbiamo richiamati, dalla quadripartizione delle Istituzioni gaiane si passa alla tripartizione nei testi dei giureconsulti accolti nelle Pandette; da questa tripartizione si ritorna alla quadripartizione giustiniana.

Numerose sono state le vie percorse per superare la difficoltà che nasce da questo stato delle fonti e per spiegare la troppo stridente antinomia. Non è qui il caso di passarle tutte quante in una, sia pure rapida, rassegna.

Alcuni studiosi ritengono che nella evoluzione del sistema contrattuale romano si sia passati dalla quadripartizione alla tripartizione. La fonte più antica, le Istituzioni di Gaio, ci parlano ancora della quadripartizione; ma questa sarebbe diventata una tripartizione in opere meno scolastiche e più recenti, quali sono soprattutto quelle di Ulpiano e di Modestino: oppure, sarebbe diventata una tripartizione per effetto di interpolazioni giustiniane. Che poi la quadripartizione ritorni nelle Istituzioni di Giustino, nonostante la sua scomparsa nelle Pandette, si spiegherebbe in più modi: tra gli altri, perchè queste, attingendo alle Istituzioni gaiane, avrebbero, si può dire meccanicamente, riprodotta quella quadripartizione che nelle Istituzioni gaiane trovavano.

Sono, codeste, dottrine antistoriche, perchè nell'età postclassica l'influenza provinciale greca mira ad annientare il contratto verbale romano -significativa è la sorte toccata alla stipulatio!- e ad esaltare l'uso e l'importanza del contratto letterale. I compilatori giustiniani avrebbero rovesciato la realtà della vita.

Un intelletto pensoso e dotto, come lo Schulting, avanzò la seguente congettura: "Che questo (cioè la mancanza di menzione della litterarum obligatio nei Digesti) sia

da ascrivere a Triboniano, come suppone lo Schrader nella sua edizione delle Istituzioni, non è verisimile, giacchè anche al tempo di Giustino esisteva ancora, sebbene in forma del tutto mutata, una litterarum obligatio, ed essa comparisce nelle Istituzioni; ma piuttosto sembra derivare da ciò che già al tempo dei giureconsulti classici la vecchia litterarum obligatio non era più molto in uso".

Ciò è dire, lo Schulting avanzò una congettura che, indipendentemente da lui, ottant'anni più tardi avanzò e sviluppò il nostro De Ruggiero.

Secondo questo insigne studioso, Gaio ricorderebbe il contratto letterale romano -il nomen transcripticium- perchè lo trovava ricordato a sua volta nella tradizione scolastica a cui attingeva. Ma al tempo dei giuristi classici il nomen transcripticium doveva essere andato in disuso; doveva essere un mero residuo storico. Perciò, i giureconsulti dell'età classica non conoscono contratti letterali, ma soltanto contratti o reali o verbali o consensuali: così Gaio, in altra opera meno scolastica di quella che erano le sue Institutiones; così, Ulpiano e Modestino.

La litterarum obligatio, che non era più una figura viva del diritto classico, diventa una figura viva del diritto giustiniano. Nella compilazione delle Istituzioni im-

periali i commissari, giovandosi largamente delle Istituzioni gaiane, vi trovano una dottrina scolastica che serve mirabilmente al loro programma di avvaloramento della nuova obbligazione letterale formatasi sulla base del diritto greco. E, poichè vi trovano la menzione degli antichi nomina transcripticia li ricordano, ma con due parole se ne sbrigano come di cosa già morta e sepolta; per contro, svolgono l'accento di Gaio ai chirografi e alle singrafi che nel diritto classico erano obbligazioni letterali dei peregrini, adattandone però il dettato al tipo nuovo che è venuto sorgendo, sì che sotto la vecchia categoria gaiana viene a prendere il posto, con lo stesso nome, l'istituto giustiniano.

Noi consentiamo pienamente con l'ultima parte di questa dottrina del De Ruggiero; cioè, riteniamo con lui che l'obligatio litterarum nel diritto giustiniano esiste e che essa è l'obligatio litterarum di origine provinciale greca che ha fatto il suo ingresso nel sistema contrattuale sostituendosi alla obligatio litterarum, che si aveva nel nomen transcripticium, ricordata nelle Istituzioni di Gaio.

Ma non consentiamo con lui quando dice -senza, per verità, addurre prove- che Gaio ricorda il nomen transcripti-

cium, per mera tradizione scolastica, benchè questo istituto non fosse più in vita e che, appunto perchè non più in vita, non lo ricordano Ulpiano e Modestino.

Chi veda i paragrafi delle Istituzioni gaiane (3,128-133) dedicati alla descrizione della disciplina giuridica del nomen transcripticium; chi consideri la ricchezza delle particolari notizie che a questo riguardo Gaio ci fornisce, il costante uso del presente, le forme undè proprie dicitur e soprattutto qua de causa recte dicemus, la posizione di problemi evidentemente ancor vivi fatta con la espressione merito quaeritur, non tarderà ad accorgersi che non poteva Gaio comportarsi così se trattava di un istituto giuridico spento.

E, come Gaio, dovevano ricordare il nomen transcripticium ancora Ulpiano e Modestino, specialmente per la più tenace resistenza di questo istituto nell'uso dei banchieri.

Cade, come altri istituti caratteristicamente romani, nell'età romano-ellenica, cioè nel diritto postclassico. In questa età e in questo diritto, quando il nomen transcripticium è caduto in desuetudine e la obligatio litterarum giustiniana non è ancora sorta, non ci può essere una quadripartizione dei contratti, ma soltanto una tri-

partizione.

La quadripartizione c'è ancora nell'età classica e c'è poi nell'età giustiniana; la tripartizione c'è nell'età postclassica.

E' piena di significato la circostanza che la tripartizione ricorra due volte (D. 44, 7, 1, 1; 44, 7, 4) nelle res cottidianae attribuite a Gaio che noi sappiamo essere invece una Parafrasi postclassica delle Istituzioni di Gaio; in un noto passo interpolato di Modestino (D. 44, 7, 52), che è un evidente rimaneggiamento postclassico, come già abbiamo ad altro riguardo avvertite; finalmente, in testi ulpiane, dove la tripartizione è certamente alterata, ma più da una mano postclassica che dai compilatori di Giustiniano.

Così, in D. 46, 1, 8, 1 dopo le parole fideiussorem adhiberi omni obligationi posse, l'esplicazione che segue sive re, sive verbis sive consensu ha tutta l'aria di una annotazione dottrinale scolastica, non di una interpolazione legislativa; in D. 46, 2, 1, 1 dopo le parole Illud non interest qualis praecessit obligatio, utrum naturalis (-iuris gentium) aut civilis, le parole che seguono et utrum verbis an re an consensu sono una esplicazione scolastica perfettamente inutile.

Anche dove, anzichè la tripartizione, troviamo la bipartizione re - verbis, possiamo agevolmente renderci conto che essa ricorre in testi dove l'interpolazione ha più carattere di annotazione dottrinale, quindi origine postclassica, anzichè di formulazione legislativa, quindi origine giustiniana.

In D. 16, 1, 2, 4 ci chiediamo ancora una volta che cosa ci stia a fare la esplicazione sive verbis sive re sive quocumque alio contractu intercesserint (senza soggetto) dopo la proposizione omnis omnino obligatio senatus-consulto Velleiano comprehenditur.

La interpolazione di D. 2, 14, 1, 3, dove è pur detto nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat, è più probabilmente in un commento scolastico postclassico anzichè dovuta ai Giustiniani: in un commento di quelle scuole che prima di Giustiniano, come sappiamo, elaborarono la nozione nuova del contractus, sinonimo di convenzione. E, finalmente, anche la interpolazione di D. 12, 1, 9, 3, acutamente segnalata dal Naber, è più probabilmente un commento scolastico che una premessa legislativa.

Conchiudendo: le Istituzioni di Gaio hanno la quadripartizione (re-verbis-litteris-consensu) e per Gaio (3, 128, 133) la litterarum obligatio si ha nei nomina transcripti-

cia.

La quadripartizione gaiana è la quadripartizione classica.

Nella età postclassica, caduti in desuetudine i nomina transcripticia, la quadripartizione si riduce a una tripartizione (re- verbis - consensu).

Nell'età giustiniana, i compilatori indicano come litterarum obligatio la nuova obbligazione letterale formata sulla base del diritto provinciale greco e la tripartizione diventa così ancora una volta una quadripartizione.

E' alla causa, intesa come ragione giustificativa dell'obbligazione riconosciuta dal ius civile, che guardano i giureconsulti per quadripartire le fonti delle obbligazioni.

Questa causa è rappresentata dalla res, cioè dalla dazione di una cosa che dovrà essere restituita dall'accipiente, sia essa medesima (come nella fiducia), sia altra della medesima specie e quantità (come nel mutuo); ora dai verba, cioè dalla pronuncia solemne di parole, sia che parlino entrambe le parti nella forma d'interrogazione e di risposta (come nella stipulatio), sia che parli uno solo (come nella dotis dictio e nella promissio iurata liberti); ora

dalle litterae (come nei nomina transcripticia); ora, in fine, dal consensus, cioè dal mero accordo delle parti (come nella compravendita, nella locazione conduzione, nella società, nel mandato). La res, i verba, le litterae, il consensus si elevano a causa civilis della obligatio, perchè a ciascuno di questi elementi il ius civile riconosce l'efficacia di legare una persona verso l'altra.

Se la causa è il criterio che ispira la classificazione, l'ordine, con cui sono enumerate le quattro categorie in Gaio, designa il graduale processo storico attraverso il quale la intera classificazione si venne formando. Anche il contenuto di ciascuna categoria, cioè le singole figure di contratti che vi sono enumerate, risponde al modo con cui le varie categorie contrattuali si vennero storicamente svolgendo.

La categoria, che viene per prima, è quella delle obligationes re. E, come specie di obligationes re, Gaio adduce il mutuo e il pagamento dell'indebito.

Non a caso il mutuo è ricordato per primo. La obbligazione da mutuo è la prima a sorgere tra le obbligazioni che non derivano da delitto, ma che derivano - come il Perozzi dice - da atto di pace. La vendita e (prima ancora) la permuta, che storicamente precedono il mutuo, sono il più na-

turale e semplice atto di scambio tra gli uomini, ebbero originariamente carattere reale e solo più tardi si mutarono in contratto generatore di obbligazione.

Una riprova di questa precedenza storica del mutuo sulle altre figure contrattuali si ha in quella stessa graduale estensione che -come vedremo- i giureconsulti danno alle parole credere e creditum: creditor e debitor significano originariamente soltanto chi ha dato e chi ha ricevuto pecunia credita, cioè mutuante e mutuataria: solo per una interpretazione estensiva, e certamente non rapida, esse designano in generale i soggetti della obbligazione, qualunque ne sia la fonte.

Vengono, subito dopo, i contratti verbali e letterali che costituiscono due categorie molto antiche, appartenenti allo stadio primitivo del diritto romano, quando il simbolismo dominava quasi ogni atto giuridico, e si richiedevano, per il prodursi di effetti giuridici, forme solenni.

I contratti consensuali vengono per ultimi; e, anche qui, il loro posto nell'elenco corrisponde alla loro più tarda recezione. Quali negozi di buona fede, infatti, come fu bene osservato, essi presuppongono un momento storico piuttosto avanzato, perchè non si contempla la bona fides se non in un periodo relativamente progredito nella storia

delle relazioni commerciali. E, anche come negozi che sorgono col solo consenso, essi rispecchiano un momento posteriore dello sviluppo contrattuale, tanto più che originariamente il consenso non solo non costituisce l'elemento primario del contratto, ma anzi non viene in rilievo per tutti i contratti. Soltanto nell'ultima fase dell'evoluzione -come abbiamo veduto- cioè nel diritto postclassico giustiniano, il consenso è elevato a elemento generale e primario di tutti i contratti.

Gravi problemi nascono intorno alla obligatio re e alla enumerazione che, da un lato, Gaio, dall'altro, Giustiniano, presentano dei contratti reali.

Perchè Gaio non novera fra i contratti reali la fiducia, il comodato, il deposito, il pegno?

La fiducia era un contractus per cui una delle parti (fiduciario), ricevendo dall'altra (fiduciante) una cosa nella forma della mancipatio o della cessio in iure, assumeva l'obbligo di usarne a un fine determinato e di restituirla esaurito quel fine. Era un contractus che aveva la stessa struttura del mutuo. Ora, perchè nell'elenco gaiano dei contratti reali figura il mutuo e non anche la fidu-

cia ?

Si risponde che il perchè di questa omissione non è facile a discernere; ma la ragione più probabile sarebbe questa: nel pensiero dei giuristi circa la fiducia, la funzione prevalente, che essa aveva, di garanzia della obbligazione faceva il più delle volte dimenticare che essa stessa era un contractus. Questa è la spiegazione che è adottata, ad esempio, dall'Arangio Ruiz.

E potrebbe considerarsi, anche, una spiegazione soddisfacente. A noi non sembra improbabile, peraltro, che la fiducia fosse elencata tra i contratti reali nella redazione genuina delle Istituzioni di Gaio; soppressa poi nell'elenco in età postclassica, come è avvenuto per il genus societatis proprium civium romanorum, che è stato saltato a piè pari nel manoscritto veronese, come i nuovi frammenti di Gaio scoperti nel 1933 ci hanno rivelato.

Più grave è rispondere alla domanda che riguarda il commodato, il deposito, il pegno.

Il Perozzi ritiene che re contrahitur quella obligatio soltanto che nasce dalla avvenuta trasmissione della proprietà di una cosa, o di una quantità di cose, da una persona a un'altra, a cui incombe l'obbligo di restituirla,

o di restituirla altrettanto. Ma noi pensiamo con la dottrina dominante che già nell'età classica il commodato, il deposito, il pegno, benchè nel commodato e nel deposito passasse soltanto la detenzione, nel pegno soltanto il possesso, erano, e potevano essere, classificati tra i contratti reali.

Il re contrahere si dilata, per dir così, in funzione del dilatarsi del credere. Questo termine, applicato dapprincipio là dove vi ha una trasmissione di proprietà, come nel mutuo, si estende poi ad altri contratti, e precisamente a quelli in cui si è seguita la fides aliena con l'affidare ad altri una cosa nostra per riaverla più tardi in restituzione.

Ulpiano in D. 12, 1, 1 così commenta l'editto de rebus creditis:

Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, amplectitur; nam ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pigno edixit.

Benchè il deposito, il commodato, il pegno venissero

considerati in età classica come contratti reali, si può anche comprendere come essi non compariscano ancora nello elenco gaiano. Il dilatarsi del concetto del credere dovette avvenire lentamente e dapprincipio, probabilmente, non senza qualche contrasto. Era ovvio, per ciò, che un'opera istituzionale si limitasse a considerare come esempi di re obligationes quelli che per l'innanzi erano i soli casi di obligationes re.

Una innovazione profonda, per ciò che concerne il contratto reale, si ha nel diritto giustiniano. Perchè sotto lo schema dei contratti reali vengono riassunte, e ne rappresentano un allargamento, anzi una categoria complementare, quelle convenzioni nelle quali la previa prestazione fatta da una delle parti è causa dell'obbligo nell'altra a dare una controprestazione. È noto che la prestazione poteva essere o la trasmissione di una cosa (un dare), o la esecuzione di opere o di altre determinate attività (un facere), e la controprestazione poteva a sua volta consistere in un dare o in un facere. Per modo che, combinando insieme le due specie, si avevano le quattro figure tipiche illustrate da Paolo in un celebre testo (D. 19, 5, 5); do ut des,

do ut facias, facio ut des, facio ut facias.

La causa del debitum risiedeva nella previa prestazione fatta da una parte; il debitum non nasceva nell'altra parte se già non era stata compiuta la prestazione dalla prima. La convenzione era diretta a ciò, che l'uno dava o faceva per ottenere la controprestazione che in corrispettivo l'altro gli prometteva.

Queste convenzioni nelle fonti bizantine sono dette contratti innominati. Esse nel diritto classico non avevano un nomen contrattuale; nel diritto giustiniano diventano contratti che non hanno un proprio nomen che li indichi. E, venendo questi contratti innominati riassunti sotto lo schema dei contratti reali, il concetto classico del contratto reale si altera.

Il contratto reale, nel diritto classico, ha per base, -come abbiamo veduto- la restituzione della cosa che si è data, la eadem res o l'idem genus.

Un testo di Paolo (D. 12, 1, 2) esprime ancora nettamente il concetto del contratto reale classico:

pr. Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum) sed idem genus.

§ 1. Creditum ergo a mutuo differt quo genus a

specie: nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur sic, ut si eamdem rem recepturi sumus, creditum est.

Il contratto reale giustiniano, dappoichè in questa categoria sono riversati à contratti innominati, non ha più per base l'"eandem rem recipere", ma l'"aliquid recipere".

In questo senso sono stati interpolati alcuni notissimi testi.

Così D. 12, 1, 1, 1, Ulpianus libro 26 ad ed.

..... credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. Nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi [quid,] ex hoc contractu credere dicimur.

Il Bonfante e, con lui, noi e il Pringsheim avevamo sostenuto che quid era interpolato: in vece di quid nel testo genuino vi doveva essere eandem o eam.

Un papiro recentemente scoperto, e comunicato nello scorso anno al Congresso papirologico di Oxford dal de Zulueta, ha confermata l'estetza del nostro rilievo critico.

Riproduciamo il testo, quale ci è conservato nel Digesto, e quale ci è conservato nel papiro.

Dig.

Pap.

Praetor et de commodato et de pignore edixit. Nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid ex hoc contractu credere dicimur.

Pr (aetor) et de to et de xit nam cu rei adsentiamur alienam fidem secuti mox re. ept a ex hoc (contra) ctu . e dicimur.

La sola lettera conservataci della parola che viene dopo recepturi e prima delle parole ex hoc contractu non è nessuna delle lettere che compongono il quid del testo di Ulpiano nella redazione giustiniana, ma è la lettera a. Questo deve portare a concludere che Ulpiano non scrivesse: mox recepturi quid, come il testo interpolato delle Pandette gli attribuisce, ma scrivesse invece: mox recepturi eam. A questa inevitabile conclusione giunge anche il Koschaker.

Il mutato concetto di contratto reale risulta anche da un passo delle Istituzioni giustiniane (3, 22, 1):

Ideo autem istis modis dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est [ac nec dari quicquam necesse est ut sub-

stantiam capiat obligatio,] sed sufficit eos qui negotium gesserunt consentire.

La interpolazione risulta dal diretto confronto con le Istituzioni di Gaio. È la dazione di una cosa che ora conta; non la restituzione della stessa cosa che si è data.

La degenerazione del contratto reale classico appare in tutta la sua nitidezza nel *Brachylebus iuris civilis*. In questo manualetto i contratti reali sono distinti in contratti nominati e in contratti innominati ed è detto che sia negli uni che negli altri res intercedit ad contrahendam obligationem.

Brach. iur. civ. 3, 3, 3: Re contractus est, cum res intercedit ad contrahendam obligationem. Huius species sunt duae: alius enim nominatus est, alius innominatus. Re contractus nominati species sunt quattuor: mutuum, commodatum, depositum, pignus.

Se la categoria dei contratti reali nel diritto giustiniano muta addirittura la sua base in quanto al diritto del creditore alla restituzione della cosa si è sostituito il diritto del creditore al conseguimento di una cosa che può essere restituzione della cosa data (contractus re no-

minatus) o alla dazione di una cosa diversa (contractus re innominatus), la categoria dei contratti consensuali ha, nel diritto giustiniano, un significato alquanto diverso da quello che nel diritto classico aveva.

I contratti di compravendita, locazione conduzione, società, mandato, sono nel diritto classico consensuali perchè il consenso, non l'uso dei verba o delle litterae, non la dazione di una cosa, genera il vincolo.

Gaio (3, 135, 136) dice: consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit, eos qui negotium gerunt, consensisse.

Ma ben si è detto che vi è un più riposto senso, che non traspare subito dalle parole e che costituiva nel diritto classico la vera e più sostanziale ragione d'essere di questo gruppo di contratto: un senso più intimo e più profondo che si smarrì poi nel diritto giustiniano, dove la categoria dei contratti consensuali esige uno sforzo mentale per poter essere giustificata. Come si giustifica questa categoria nel diritto giustiniano e nel diritto

moderno, dove tutti i contratti si fondano sul consenso? Come può un solo gruppo tra essi assumere come nota differenziale quell'elemento che è a tutti comune e necessario?

Questa categoria è una riprova della nozione classica del contractus che esisteva indipendentemente dal consensus. Allora, la categoria era perfettamente giustificata. I Giustiniani, ricevendola dalla giurisprudenza classica, avendo una nozione del contractus diversa da quella classica, sono costretti a darle un significato alquanto diverso e un valore quasi negativo: sono consensuali i contratti che si perfezionano col solo consenso, come usa dire dai moderni sulla base della secolare tradizione scolastica. È merito del Perozzi l'aver messo in evidenza il significato più pregnante che la categoria aveva per i giuristi classici e la base logica di questa categoria.

A proposito della classificazione dei contratti in reali, verbali, letterali, consensuali, occorre fare un'ultima osservazione.

In qualche testo s'inserisce un quinto gruppo che risulta dalla fusione dei due primi: sono i contratti che si formano re et verbis e che con espressione nostra potremmo

dire reali - verbali.

In D. 44, 7, 52 pr. (Modestino) leggiamo:

Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque
etc.

E il testo prosegue dicendo che, mentre la categoria re si ha quando ipsa res intercedit e la categoria verbis quando ad una domanda segue la congrua risposta, la categoria simul utroque si ha quando una res intercedit nei verba in quanto si consente dalle parti in una qualche res. Nel § 3 il testo dice:

Re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam rem.

La stessa categoria mista, di contratti che si perfezionano congiuntamente mediante la res e i verba, riappare in D. 12, 1, 9, 3-4:

Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi conditio competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis sive coniunctim, referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat etc.

I due testi, tanto quello di Modestino, quanto questo di Ulpiano sono gravemente interpolati, come abbiamo già veduto, per modo che è generalmente ammesso che si tratti

di una categoria bizantina, ignota alla giurisprudenza classica.

Anche altri testi dei Digesti e rescritti del Codice vennero modificati sotto l'influenza di questa nuova categoria.

Da altri punti di vista si sogliono distinguere i contratti. E si hanno così le classificazioni seguenti.

CONTRATTI A TITOLO GRATUITO E CONTRATTI A TITOLO ONEROSO

Nei primi si avvantaggia uno solo dei contraenti (o creditore o debitore); nei secondi, si avvantaggiano entrambi. Sono a titolo gratuito, ad es., il deposito, a tutto vantaggio del deponente (creditore), il comodato a tutto vantaggio del commodatario (debitore). Sono, invece, a titolo oneroso la compravendita, la locazione etc.

CONTRATTI UNILATERALI e CONTRATTI BILATERALI

Nei primi nasce obbligazione per una sola delle parti (ad esempio, nel mutuo): nei secondi per entrambe (ad esempio, nella compravendita). Intermedi fra le due categorie sono i cosiddetti contratti bilaterali imperfetti, che si hanno quando, pur restando normalmente obbligata una sola delle parti, può nascere una eventuale obbligazione anche dell'altra: nel deposito normalmente obbligato è il solo depositario, ma può sorgere anche l'obbligazione del deponente a risarcire, per esempio, le spese sostenute dal depositario per la conservazione della cosa o i danni che essa gli ha arrecato.

CONTRATTI IURIS CIVILIS e CONTRATTI IURIS GENTIUM.

I primi sono praticabili soltanto fra romani; i secondi fra romani e stranieri o fra stranieri. Al secondo gruppo, che nacque dai rapporti commerciali fra Roma e le altre città del Mediterraneo, e si affermò attraverso la giurisdizione del praetor peregrinus, appartengono specialmen-

te i quattro contratti consensuali (compravendita, locazione conduzione, società, mandato). I contratti, nati dal commercio internazionale e tutelati dal praetor peregrinus, non davano luogo a un dare facere oportere puro e semplice, che era espressione di una obbligazione imposta dal ius civile Romanorum, ma a un dare facere oportere ex fide bona, cioè a obbligazioni fondate sulla reciproca fiducia che era necessaria fra commercianti usi a incontrarsi sui mercati di ogni paese.

CONTRACTUS BONAE FIDEI e CONTRACTUS STRICTI IURIS.

I contratti potevano essere anche classificati distinguendo quelli che davano luogo a un iudicium bonae fidei da quelli che a tale iudicium non davano luogo. I Giustiniani - e già prima le scuole postclassiche - trasportano questa distinzione dal campo del diritto processuale al campo del diritto sostanziale e distinguono così tra contractus bonae fidei e contractus che tali non sono.

Di qui, numerose interpolazioni nei testi, egregiamente dimostrate o ribadite dal nostro Di Marzo. Sono, infatti, interpolati i seguenti testi: D. 39, 5, 22

[maxime cum in bonae fidei contractibus donationis

species non deputetur]; D. 19, 1, 48 [quod si non appareat, debere venditorem et instrumentum fundi et fines ostendere; hoc enim contractui bonae fidei consonat]; D. 30, 108, 2 [sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut si utriusque contrahendis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur]; D. 44, 2, 23 [quandiu enim manet contractus bonae fidei, current usurae]; C. 2, 40, 3 [in his videlicet quae moram desiderat, id est in bonae fidei contractibus et fideicommissis et in legatis].

In D. 22, 1, 32, 2 i compilatori si sono limitati alla semplice sostituzione di contractibus a iudiciis. Mentre Marciano diceva; in bonae fidei iudiciis ex mora usurae debentur, i compilatori dicono: in bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.

In un passo della Consultatio (4, 4) le parole in bonae fidei contractibus sono da attribuire all'autore della Consultatio stessa e non a Paolo: esse sono state aggiunte al testo di questo giurista, come il confronto col testo stesso riprodotto nella lex romana Wisigothorum dimostra.

Bibliografia

S. PEROZZI, Il contratto consensuale classico, in Studi in onore di F. Schupfer, vol. I, pag. 115; P. LESSINA VITRANO, La litterarum obligatio nel diritto giustiniano, in Archivio Giuridico, 1908; G. FERRARI, L'obbligazione letterale delle istituzioni imperiali, in Atti Ist. Veneto, 1909; J. BINDER, Der iustinianische Literalkontrakt, in Studi in onore di B. Brugi, 1910; S. RICCOBONO, Stipulatio e instrumentum, in Zeitschr. für Rechtsgeschichte, 1914, e 1922; P. BONFANTE, Corso di diritto romano, Le obbligazioni, a. 1918-1919, Roma 1919; R. DE RUGGIERO, Corso di diritto romano, Le obbligazioni, a. 1924-1925, Napoli 1925; S. DI MARZO, Bonae fidei contractus, Palermo 1904.

I CONTRATTI A FAVORE DI TERZI

Il contratto a favore di terzi si può definire quel contratto in cui alcuno, senza essere investito di rappresentanza, stipula in pro di una terza persona rimasta estranea al contratto.

Dobbiamo farci due domande.

Prima: questo contratto è efficace nei confronti del terzo? ciò è dire: questo contratto attribuisce al terzo un diritto e, conseguentemente, un'azione per modo che egli, senza l'intervento dello stipulante, possa esigere l'adempimento della promessa fatta da questo e alla quale era rimasto estraneo?

Seconda domanda: il contratto è per lo meno efficace tra le parti contraenti? ciò è dire, il promissario può egli esigere coattivamente che la prestazione sia eseguita dal promittente verso il terzo?

Vi sono testi che dichiarano in via assoluta la nulli-

tà di un simile contratto, in base al principio che alteri stipulari nemo potest. La nullità è formulata principalmente, come avviene degli altri principii fondamentali in materia di obbligazioni, con riferimento alla stipulatio; ma è ovvio che non si restringe a questo contratto formale e, per verità, vien formulata nelle nostre fonti anche con riferimento generale al contrahere e al gerere, al legem dicere, al pacisci.

Ecco i testi:

Gai 3, 103: Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur cuius iuri subiecti non sumus.

D. 44, 7, 11 Paulus libro 12 ad Sabinum: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

D. 45, 1, 38, 17 Ulpianus libro 49 ad Sabinum: alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur (cfr. Inst. 3, 19, 19).

D. 50, 17, 73, 4 Q. Mucius Scaevola libro singulari : nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.

C. 5, 12, 19 Diocletianus et Maximianus a. 294: ex alieno pacto nec prorsus ei nulla competit actio.

C. 8, 38 (39), 3 Diocletianus et Maximianus a.

290: alteri cuius iuri subiectus non est... dare vel restitui... nemo stipulari potest.

In un'altra serie di testi la nullità viene richiamata come presupposto di singole decisioni concrete: così in D. 12, 1, 9, 4; 45, 1, 110 pr.; c. 8, 38 (39), 3; 5, 12, 26, ecc.

La nullità è affermata sia nei riguardi del terzo, sia nei riguardi delle parti contraenti.

Nei riguardi del terzo la nullità deriva dal principio romano che esclude in generale l'acquisto di qualunque diritto per opera di persone extraneae alla famiglia (o di persone liberae, come dicono i Giustinianeî): la nullità del contratto a favore di terzi non ne è che un corollario. Tale principio esclude l'acquisto diretto al terzo, anche se il contraente è in qualunque modo costituito come amministratore di lui; a fortiori, se è un qualunque estraneo, nella significazione odierna del termine, cioè non legato da alcun rapporto col terzo. La nullità del contratto a favore del terzo ha, insomma, la stessa spiegazione storica che ha l'inammissibilità della rappresentanza.

La nullità del contratto a favore di terzi nei rapporti tra i contraenti è fatta derivare dal difetto di inte-

resse del creditore o del promissario.

Fondamentale a questo riguardo è un testo ulpiano:

D. 45, 1, 38, Ulpianus libro 49 ad Sabinum:

Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur; inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest: ceterum, ut alii detur, nihil interest mea.....

Noteyola è anche una costituzione del Codice.

C. 8, 38 (39), 3 pr. Diocletianus et Maximianus a. 290..... alteri cuius iuri subiectus non est, aliquid dari vel restitui, nisi sua intersit, nemo stipulari potest.

Vero è che questi testi furono sospettati interpolati dal Pernice. L'insigne romanista, movendo da questo sospetto, ne dedusse che, per il diritto classico, il contratto a favore di terzi dovesse esser valido fra le parti contraenti. La regola "nemo alteri stipulari potest" non direbbe altro se non che nessuno può procurare ad altri un credito o un'azione facendosi promettere a sé per lui. Che la regola significhi null'altro, risulterebbe dalle ecce-

zioni addotte, per cui le persone soggette possono efficacemente stipulare in pro del paterfamilias il quale acquista veramente il diritto e l'azione. Sarebbe l'acquisto del diritto al terzo che si vuol negare. Non doveva essere escluso, pertanto, da questa regola, che lo stipulante stesso potesse in simili casi agire. Soltanto Giustiniano, secondo il Pernice, avrebbe dichiarato la nullità del contratto a favore di terzi, anche fra le parti contraenti, in base alla sua teoria dell'interesse.

La tesi del Pernice è stata oppugnata recentemente anche dal Bonfante. In primo luogo, perchè, indipendentemente dal motivo addotto, in D. 45, 1, 38 e C. 8, 38 (39) 3, cioè della carenza d'interesse, la nullità dei contratti a favore di terzi, anche per le parti contraenti, risulta dalla formulazione generale della lunga serie di testi che abbiamo veduto per primi. In qualcuno di essi (come in Gai 3, 103) è manifesto che il principio è diretto a negare precisamente l'effetto del contratto fra le parti contraenti.

In secondo luogo, che Giustiniano sia stato il primo a sancire la nullità, anche fra le parti, del contratto a favore di terzi è assolutamente in opposizione con lo spirito delle sue riforme, con la nuova orientazione assun-

ta in questo campo, come vedremo, da lui.

La nullità del contratto a favore di terzi, tra le stesse parti contraenti, deve, dunque, esser tenuta ferma.

Il Bonfante, pur reagendo contro la tesi del Pernice e pur ritenendo insospettabili di interpolazione i testi da lui richiamati, propenderebbe a ritenere che la giustificazione della nullità, fra le stesse parti contraenti, del contratto a favore di terzi non sia da riporre nella carenza di interesse, che rappresenta piuttosto una motivazione pratica, bensì nella natura stessa del contratto classico.

Il che non crediamo. La nullità, fra le parti, del contratto a favore di terzi discende dalla carenza del loro interesse, e questa carenza c'è poichè esse hanno voluto che, anzi che produrre i suoi effetti nei loro riguardi, il contratto li producesse nei riguardi del terzo. E' assai significativo che, mentre talvolta i testi classici pongono in rilievo la carenza d'interesse, talvolta pongono in rilievo invece l'aver voluto che il contratto non producesse effetti nei loro riguardi. Le due motivazioni non sono antiteti- che o diverse: sono complementari; si integrano e si illuminano vicendevolmente.

I testi, in cui è nettamente rilevata la nullità del contratto a favore di terzi, e precisamente è rilevata la

nullità nei riguardi del terzo perchè una regola di diritto obbiettivo vi si oppone (alteri stipulari nemo potest), fra le parti perchè manca la volontà di voler negoziare per sè, sono due rescritti dioclezanei, inseriti nel Codice giustini- aneo: C. 4, 50, 6 (a. 293), C. 5, 12, 26 (a. 294).

C. 4, 50, 6: Sin vero ab initio negotium uxoris
garens comparasti nomine ipsius, empti actionem nec illi
nec tibi adquisisti, dum tibi non vis nec illi potes:
quare in domini quaestione ille potior habetur, cui
possessio tradita est.

C. 5, 12, 26 Si genero dotem dando pro filio pa-
ter communis eam reddi tibi... stipulatus est, nec sibi
cessante voluntate nec tibi prohibente iure quaerere po-
tuit actionem.

Il principio della nullità assoluta dei contratti a fa-
vore di terzi, nei rapporti fra i contraenti, subisce una li-
mitazione logica, la quale è in perfetta correlazione con la
motivazione che i nostri testi pongono come fondamento della
nullità. Poichè, secondo le fonti, il motivo della nullità
fra le parti è che la prestazione non ha interesse per il

creditore (abbiamo visto che la voluntas cessans non è che un altro modo di esprimere la carenza di questo interesse), il contratto sarà valido fra le parti contraenti ogniqualvolta il creditore abbia interesse all'adempimento di esso in pro del terzo.

Può accadere, infatti, che la prestazione fatta a un terzo sia, nella sostanza, una prestazione fatta al promissario: in tal caso la validità del contratto non è esclusa. Ciò risulta principalmente da D. 45, 1, 38, 20 - 21 (Ulpiano libro 49 ad Sabinum):

Si stipuler alii, cum meo interest, videamus an stipulatio committetur. et ait Marcellus stipulationem valere in specie huiusmodi. is qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione tutori suo et stipulatus est rem pupilli salvam fore. ait Marcellus posse defendi stipulationem valere. interest enim stipulatoris fieri quod stipulatus est cum obligatus futurus esset pupillo si aliter res cesserit.

Qui si fa l'esempio di un tutore che, cedendo la gestione del patrimonio pupillare al contutore, si fa garantire da questo che il patrimonio sarà bene amministrato (stipulatio rem pupilli salvam fore); la stipolazione è valida; perchè, se il patrimonio del pupillo è male amministrato, anch'egli

può esser tenuto a risponderne.

Nel § 21 il giurista pone un'altra interessante fattispecie:

Si quis insulam faciendam promiserit, deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit ...

E anche qui si ammette la validità, fra le parti, del contratto a favore del terzo in quanto il promissario si è egli stesso già obbligato a prestare al terzo ciò che stipula a suo favore.

Nel § 22 lo stesso giurista fissa il principio in termini generali:

Si quis ergo stipulatus fuerit, cum sua interest ei dari, in ea erit causa ut valeat stipulatio.

Analogamente l'interesse del contraente è palese in C. 4, 65, 9 (Alex. a. 234):

Emptori quidem fundi necesse non est stare (sine re suppl. MO. cum Bas.) colonum, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. [verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei quod placuit parare cogitur.]

Nei rapporti tra locatore e compratore i patti a favore di terzi dovevano essere frequenti a causa del carattere

meramente obbligatorio della locazione, per il quale il compratore non è tenuto a rispettarla, perdurando nondimeno l'obbligo del venditore; situazione espressa -come fu ben osservato- in modo più falso che incompleto dal noto aforisma emptio tollit locatum.

Ma il fatto non significava costituzione del diritto in capo al terzo: il rimedio adeguato era o di assicurarsi una azione contro il compratore, ove questi non permettesse al conduttore di fruire della cosa, ovvero di far intervenire il conduttore nel contratto. All'uno e all'altro di questi due espedienti si riferisce D. 19, 2, 25, 1 (Gaius):

Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat; alioquin prohibitus is agat cum eo ex conducto.

Il rescritto di Diocleziano pone in chiaro il principio che il compratore è tenuto a rispettare la locazione in corso soltanto se ciò ha convenuto col venditore; e la validità di questa convenzione deriva dall'esistenza dell'interesse del venditore, cioè dal fatto che la prestazione che si impone al compratore è quella che il venditore dovrebbe compiere verso il colono.

A torto l'inciso nisi ea lege emit è ritenuto da più studiosi interpolato. Interpolazione sostanziale nella prima parte del testo non vi è: facilmente vi ha una interpolazione formale nel senso che le parole nisi ea lege emit possono essere abbreviazione di un più esplicito accenno alla lex mancipii contenuto nel rescritto diocleziano e che, per la scomparsa della mancipatio, doveva sparire nella redazione giustiniana del rescritto.

Interpolazione sostanziale, ma irrilevante per il tema di cui ci stiamo occupando, si ha invece, come ha veduto bene il Ferrini, nella seconda parte: da verum si probetur in poi il testo è un'aggiunta giustiniana per dire che un qualunque patto, col quale il compratore consente che il conduttore in eadem conductione maneat, anche se non è stato inserito come clausola del negozio, è impegnativo per lui.

Si può anche assicurare l'esecuzione del contratto a favore del terzo, stipulando una clausola penale: ciò è rilevato, ad esempio, in D. 45, 1, 38, 17:

. . . ut alii detur, nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committeur stipula-

tio etiam ei, cuius nihil interest.

In questa ipotesi, il contratto non è propriamente reso valido, perchè la prestazione in pro del terzo non viene resa direttamente coattiva, nel senso che si possa intentare l'azione chiedendone l'adempimento; ma, essendo la prestazione in pro del terzo posta come condizione della penale, che è il vero oggetto dell'obbligazione, la parte, che si è vincolata con la penale, viene indotta ad adempiere la prestazione per sfuggire alla penale a cui si è obbligata.

Il problema più arduo nel campo dei contratti a favore di terzi sorge per il fatto che nella compilazione giustiniana, accanto e contro ai testi, già riferiti, in cui si nega il diritto e, conseguentemente, l'azione al terzo, ve ne sono altri, in cui al terzo è accordata un'azione, generalmente una utilis actio, per ottenere la prestazione dello stipulante.

Il Pernice, dapprima, e, in seguito, l'Eisele riconobbero interpolati i testi nei quali sono stabilite eccezioni al principio della nullità. Secondo l'Eisele, nessuna eccezione parrebbe doversi attribuire ai giuristi classici: il concetto della validità, sia pure eccezionale, del contratto

a favore di terzi parrebbe schiettamente giustiniano, o post-classico. Interpolazioni in questa materia ha rilevato anche il Pacchioni, benchè questo scrittore sia proclive a ritenere (in qualche caso, del resto, lo è anche l'Eisele) che nello stesso diritto giustiniano non si abbiano veri contratti a favore di terzi, ma o una estensione della rappresentanza o azioni legali concesse per ragioni di equità al terzo, in base al rapporto obbiettivo.

E' in questo momento opportuna una revisione dei testi e di tutti i testi; anche di alcuni che non considerarono nè l'Eisele nè il Pacchioni.

Ma innanzi tutto, occorre eliminare dal campo dei contratti a favore di terzi alcune fattispecie che non vi rientrano e che invece malamente si configurano come tali.

Fattispecie da escludere, sebbene alcune di esse ispirate ad analoghe finalità e codificate da Giustiniano, sono le seguenti.

Prima: CONSEGNA CON L'ONERE DI RIMETTERE A UN TERZO.

E' il caso fatto in D. 3, 5, 5, 4 (2) Ulpianus libro 10 ad edictum:

Si quis pecuniam [vel aliam quandam rem] ad me per-

ferendam acceperit, quia mecum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit.

Il Windscheid riconosce qui un contratto a favore di terzi basato sulla negotiorum gestio. Ma ha ragione il Bonfante di obiettare che il testo parla nel modo più aperto di negotiorum gestio e che perciò è arbitrario parlare di contratto a favore di terzi. Qui non si è soltanto voluto favorire il terzo nell'atto, ma si è assunto un incarico verso di lui: il punto di vista della gestione si presenta, per tanto, agevole, e l'animus aliena negotia gerendi si può presumere.

Seconda: L'ACTOR, IL TUTOR, IL CURATOR SI FANNO PROMETTERE IN PRO DEL RAPPRESENTATO.

E' il caso fatto in D. 13, 5, 5, 9 Ulpianus libro 27 ad ed.:

Si actori municipum vel tutori pupilli vel curatorum furiosi [vel adolescentis] ita constituatur municipibus solvi vel pupillo vel furioso [vel adolescenti] utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo vel furiosc [vel adolescenti] utilem actionem.

Qui abbiamo, senz'altro, un riconoscimento della rap-

presentanza: è irriconoscibile, quindi, qui la figura di un contratto a favore di terzi.

Terza: IL CREDITORE HA L'AZIONE UTILE CONTRO IL DEPOSITARIO DELLA SOMMA DELLA QUALE IL DEBITORE HA FATTO IL DEPOSITO, NON ESSENDO STATA ACCETTATA L'OFFERTA REALE.

E' il caso fatto in C. 4, 32, 19 (Diocl. et Max.):

Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico deponere, ut cursus usurarum legitimarum inhibeatur. 1. In hoc autem casu in publicum intellegi oportet vel sacratissimas aedes vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit. 2. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur et ius pignorum tollitur, cum Serviana etiam actio manifeste declarat pignoris inhiberi persecutionem vel solutis pecunias vel si per creditorem steterit, quominus solvatur. 3. Quod etiam in traiecticiis servari oportet. 4. Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias.

Il testo di questo rescritto è molto rimaneggiato dai

compilatori giustinianeî e certamente il § 4, che concede al creditore l'utilis actio, è interpolato, come numerosi indizi formali inducono a credere.

Tuttavia, non si ha qui la vera figura di un contratto a favore di terzi. È stato bene osservato che il debitore intende liberarsi e non già contrattare in pro del suo creditore, e l'azione contro il depositario dipende dalla organizzazione del deposito giudiziale nel diritto giustiniano.

Assai significativo è il modo di esprimersi circa la concessione dell'actio utilis al creditore: si dice che essa compete contra depositarium vel ipsas pecunias !

Mal si vedrebbe un contratto a favore di terzi nel pactum de non petendo in rem, configurato dal diritto giustiniano nella materia delle obbligazioni solidali. Qui non soltanto si ha un pactum che profitta innanzi tutto a colui che vi addiviene e non è nell'interesse esclusivo del terzo; ma, se anche il terzo -cioè il condebitore solidale- nel diritto giustiniano ne profitta, ciò discende dal carattere della solidarietà giustiniana.

Estranea totalmente al tema dei contratti a favore di terzi è l'efficacia reale della postulatio in bona se mitti,

la quale profitta non solo al creditore che domanda, ma a tutti i creditori, in quanto apre una specie di fallimento. Il diritto del terzo non è una conseguenza della sua volontà, ma dell'ordinamento del processo esecutivo romano. Il creditore, che fa l'istanza, aliquid ex ordine facit.

Anche l'istituto classico dell'adstipulator, l'istituto del solutionis causa adiectus, la cessione legale delle azioni confermano, anzi che scuotere la saldezza del principio: alteri stipulari nemo potest. In fatti, come è stato opportunamente rilevato, questi istituti sono espedienti per rimediare in pratica ad alcune incommode conseguenze del principio stesso.

Una specie, che tanto l'Eisele quanto il Pacchioni giustamente escludono dal novero dei contratti a favore di terzi, è quella fatta in Vat. fr. 286 = C. 3, 54 (55), 3, cioè in un rescritto diocleziano dell'a. 290, concernente la donazione con l'onere di restituire a un terzo.

Trascriviamo il rescritto quale ci è pervenuto nelle due redazioni.

Fr. Vat. 286

(Idem [id est, Diocl. et Max.] Iulias Marcellae.

Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est restit(uatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est), si is in quem libertatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fide non servata ei qui libera(litatis auctor fuit vel heredibus eius condictionis) persecutio-nem competere. sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit (utilem actionem iuxta donatoris voluntatem) decernendam esse admiserint, actio quae sorori tuae, si in re-

C. 8, 54 (55) 3

(Diocl. et Max. Marcellae)

Quotiens donatio ita conficitur ut post tempus id quod donatum est alii restit(uatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condictionis) persecutio-nem competere.

Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio quae sorori tuae, si in re-

bus humanis) ageret, potuit decerni, si, (ut proponis, sortebat, tibi accomodabitur. roris tuae extitisti, tibi) accomodabitur.

Tra una redazione e l'altra vi è qualche variante significativa: mentre nel testo giustiniano si parla di competere actionem, nel testo vaticano si usano le espressioni decernenda actio, potuit decerni, che alludono a un'actio ex decreto, dipendente dall'arbitrio del magistrato (tibi accomodabitur), non promessa nell'editto, ma concedibile di volta in volta, causa cognita. Può anche soggiungersi che le parole benigna iuris interpretatione, ricorrenti nell'una e nell'altra redazione, sono con ogni probabilità un glossema scivolato nell'archetipo da cui l'una e l'altra redazione derivano: è consueto in maestri postclassici e nei compilatori giustiniani contrapporre benignitas e ius; è invece insolito ancora in Diocleziano. La motivazione dell'actio che poteva essere concessa ex decreto, c'era già nelle parole: iuxta donatoris voluntatem.

Ma, ciò che importa rilevare, è che non abbiamo qui un contratto a favore di terzi: abbiamo una donazione modale. Anche se il modus consiste nell'onere fatto al donatario di restituire a un terzo, dopo un certo tempo, l'oggetto donato, non trasporta il negozio nel campo dei contratti a favo-

re di terzi, ma lo fa inquadrare nella disciplina degli atti di liberalità a cui inerisce un onere.

Dopo aver fatto questa necessaria chiarificazione, cioè dopo aver sgombrato il campo del contratto a favore di terzi da quei testi che non configurano affatto specie di questo contratto, passiamo a considerare i testi, in cui si hanno veramente casi di contratti a favore di terzi e in cui al terzo è attribuita un'azione.

Sono testi -come vedremo- tutti interpolati ed esprimono una nuova direttiva del diritto postclassico giustiniano.

Primo caso: IL CREDITORE PIGNORATIZIO, NELLA VENDITA DEL PEGNO, PATUISCE LA FACOLTÀ DI RISCATTO PER IL PROPRIO DEBITORE.

È il caso fatto in D. 13, 7, 13 pr. Ulpianus libro 38 ad edictum:

Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Ju-

lianus, et est rescriptum, [ob hanc conventionem pignoratiticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem, sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere.]

L'ultima parte di questo testo (sed et ipse debitor etc.), nella quale si concede direttamente un'azione al terzo, è certamente interpolata, come già segnalò il Fabro e, in tempi a noi più vicini, rilevarono altri studiosi (Bechmann, Pernice, Eisele etc.).

Si è detto che è ripugnante ai principi del diritto classico che al debitore si accordi, per ripetere la cosa, la rei vindicatio e, insieme, un actio in factum personale; ma più inverosimile è ancora che un giurista classico facesse nascere da una convenzione tra creditore pignoratizio e compratore un diritto di proprietà nel debitore pignorante, e -quindi- la rei vindicatio per proteggerlo.

Nel diritto classico non era ammessa la revoca reale della proprietà; il sopraggiungere del termine e della condizione risolutiva non estingueva la proprietà dell'attuale titolare e non generava un'azione reale a favore dell'alienante o avente causa da lui: soltanto l'acquirente poteva esser tenuto a restituire la cosa in base all'obbligo assun-

to (revoca obbligatoria).

Ma anche dalle parole ob hanc conventionem in poi il testo non può essere genuino, come ha veduto il Beseler, per quanto non sia accoglibile la ricostruzione del testo classico da lui proposta.

Può a prima vista sorprendere che al terzo (debitore pignorante) si conceda una serie di espedienti processuali: actiones pigneraticiae contro il creditore per la cessione dell'actio ex vendito; rei vindicatio e actio in factum personale contro il compratore. Ma ciò non deve sorprendere il conoscitore delle tendenze giustiniane in materia processuale.

Quale è mai la base di queste actiones pigneraticiae, che il debitore esperirebbe contro il creditore per ottenere la cessione dell'actio ex vendito, se non l'attribuzione al debitore di un diritto nascente da un contratto a cui è rimasto estraneo, e che i giuristi classici - come abbiamo visto - riconoscevano nullo, sia nei riguardi del terzo sia nei riguardi delle parti contraenti?

Si è cercato di superare la difficoltà, con sforzi disperati. Tale è quello del Pacchioni che ritiene esser riconosciuto qui non un contratto a favore di terzi, ma un caso di rappresentanza. Ma, donde la rappresentanza risulti, pro-

prio non si vede e l'affermare che il creditore pignoranzioso ha pattuito il riscatto nomine domini è fare un'affermazione gratuita. Gli effetti, poi, che dal negozio concluso discendono, non si possono affatto spiegare col concetto di rappresentanza: il debitore pignorante (cioè il rappresentato) avrebbe l'actio ex vendito, cioè l'azione scaturente dal negozio concluso in suo nome e non troveremmo nel testo tutto quel pasticcio di actiones pigneraticiae, per farsi cedere l'actio ex vendito, e di actio in factum.

Non più felice è stato lo sforzo del Bonfante. Sforzo, che è veramente fondato sull'equivoco.

Dice l'insigne romanista che nella prima parte del testo si riconosce un contratto a favore di terzi valido fra le parti contraenti e che ciò non osta punto al principio fondamentale della nullità. Anche nell'ambito del diritto classico può ammettersi che, nel caso proposto, si decidesse a favore della validità del contratto, in quanto la prestazione al terzo pattuita dal creditore è quella alla quale questi sarebbe tenuto. Quindi, sostanzialmente, sarebbe fatta a lui brevi manu: cioè, secondo il ragionamento dei Romani, si avrebbe una duplice tradizione mediante un atto solo (celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari: D. 24, 1, 13, 12).

Queste considerazioni, che fa il Bonfante, per mettere d'accordo la prima parte del testo con la sua tesi, che è poi la nostra, secondo la quale il diritto classico affermava la nullità del contratto a favore di terzi sia nei riguardi del terzo, sia nei rapporti fra i contraenti, ci sembrano viziata da un duplice errore.

Primo: non è esatto dire che in questa prima parte del testo è contemplata la validità del contratto a favore del terzo soltanto fra le parti contraenti: come spiegare, se questo fosse, quelle actiones pignoratitiae che il debitore (terzo) esperisce contro il creditore per la cessione dell'actio ex vendito?

Secondo: Che cosa si vuol dire scrivendo che la prestazione al terzo pattuita dal creditore è quella alla quale questi sarebbe tenuto? Ma il creditore che, insoddisfatto, addivenga alla vendita del pegno, non è tenuto se non a restituire il di più che ricavi dalla vendita!

Gli è che anche questa prima parte del testo ulpiano contrasta col principio classico affermando la nullità dei contratti a favore di terzi e che anche questa prima parte dalle parole ob hanc conventionem in poi è interpolata. I rescritti imperiali, richiamati dal giureconsulto, dovevano, per l'appunto, come altri rescritti che esamineremo più in-

nanzi, ribadire precisamente e inderogabilmente questa nullità.

Secondo caso: IL DEPONENTE DI COSE ALTRUI NE PATUISCE LA RESTITUZIONE AL PROPRIETARIO.

E' il caso fatto in C. 3, 42, 8, 1 (Diocl. et Max. a. 293):

Si res tuas [commodavit aut] deposuit is cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum [vel vindicatione] uti potes. 1. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit successisti, iure hereditario deposito actione uti non prohiberis: si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intellegis te nullam ex eius pacto contra quem supplicas actionem [stricto iure] habere: [utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.]

Qui è concessa una utilis actio depositi al proprietario che è rimasto estraneo al contratto di deposito. Il Pacchioni vorrebbe ricondurre l'ipotesi sotto i principii della rappresentanza, ma questa non potrebbe nascere qui se non nella forma della negotiorum gestio, e non è detto punto che il deponente abbia avuto l'animus negotia

aliena gerendi. Abbiamo, invece, un chiaro esempio di contratto a favore di terzi, per il quale al terzo è data un'azione.

Se non che questa azione, che era negata da Diocleziano, viene concessa soltanto dai compilatori giustinianeî, che interpolarono il rescritto diocleziano.

L'interpolazione non è soltanto rivelata dall'antitesi strictum ius - aequitatis o benignitas ratio, che troviamo in altri testi interpolati: è provata soprattutto dalla constatazione che la summa di questo rescritto, posseduta nei Basilici, non contiene affatto la menzione dell'actio utilis concessa, nella redazione giustiniana del rescritto, al proprietario: il che è certo segno che l'autore della summa aveva presente la redazione originaria del rescritto diocleziano, in cui quella menzione non c'era.

L'ultima parte della summa (Bas. 15, 4, 28) dice, nella versione latina del Heimbach:

Si vero nec civili iure nec praetorio ei heres extitisti, nullam actionem adversus eum, contra quem supplicas, ex huiusmodi pactis habes.

E uno scoliasta alle parole "nullam actionem" annota:

Propter regulam quae dicit: per extraneam personam actio acquiritur nemini.

Nella stessa direzione interpolato è un testo di Paolo nella Collatio (10, 7, 8: Pauli Sent. 2, 12, 8):

Si quis rem penes se depositam apud alium deposuerit, [tam] ipse [directam, quam is qui apud eum deposuit utilem] actionem depositi habere [possunt].

Questo testo non può, così come è formulato, appartenere a Paolo, perchè sarebbe inammissibile la intransigenza diocleziana, sopra veduta, se già un giurista classico, come Paolo, avesse piegato al sentimento e scartata la logica applicazione dei principii.

In vece, è da ritenere che il testo di Paolo, come il rescritto diocleziano, negasse al terzo, cioè al proprietario, l'azione contro il secondo depositario.

A questa conclusione porta non soltanto la redazione genuina del rescritto di Diocleziano, accertata attraverso i Basilici, ma anche un testo di Africano conservatoci nelle Pandette (D. 16, 3, 16) ed esprimentesi così:

Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri, apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet.

Questo testo è in contraddizione sia col rescritto diocleziano quale è mutato dai Giustinianeî nel Codice, sia

col testo di Paolo quale è stato mutato nella Collatio.

Africano non dice che al terzo, cioè al proprietario, può esser concessa l'actio depositi contro il secondo depositario. Questa possibilità è esclusa: la sola via per lui aperta, se pure il testo in questo punto è genuino, è quella di farsi cedere dal creditore l'azione che egli ha contro il suo debitore.

La nullità del contratto a favore di terzi è dunque ancor chiara nel testo di Africano e nella redazione originaria del rescritto diocleziano: l'eccezione a questa regola, contenuta in Coll. 10, 7, 8 e in C. 3, 42, 8, 1 ha origine post-classica nel primo testo; giustiniana nel secondo.

Terzo caso: IL COSTITUENTE LA DOTE NE PATUISCE LA RESTITUZIONE IN PRO DELLA FIGLIA O DEI NIPOTI.

E' il caso fatto in più testi.

Un loro più largo esame consente, a nostro avviso, risultati nuovi, giacchè non ci sembra di dovere ammettere che la validità dei patti dotali a favore del terzo, negata nel diritto classico, fosse nel diritto giustiniano così generalmente riconosciuta, come da taluno si suol ritenere.

L'ammonimento del Knaus, respinto dal Pacchioni, di non

studiare isolatamente D. 24, 3, 45 e C. 5, 14, 7: i testi, cioè, in cui si ammette introdotta per interpolazione la validità del patto a favore del terzo, era un salutare ammonimento, anche se il più largo esame dei testi che riguardano stipulazioni di ascendenti a favore di discendenti porta al risultato, non immaginato dal Knaus, di riconfermare le interpolazioni avvertite in D. 24, 3, 45 e in C. 5, 14, 7, di determinarne lo scopo, di chiarirne la precisa portata attraverso il rilievo di altre interpolazioni sicure.

La nostra tesi è questa: il diritto romano classico negò sempre la validità dei patti dotali a favore del terzo; il diritto romano giustiniano, a sua volta, non riconobbe in via generale la validità di patti dotali a favore del terzo; non riconobbe nè anche, in generale, la validità dei patti dotali stipulati dagli ascendenti a favore dei discendenti, ma ammise soltanto — e diremo più innanzi perchè — la validità dei patti dotali stipulati dagli ascendenti a favore dei discendenti sottoposti alla patria potestà.

E, posta così la tesi, passiamo senz'altro a dimostrarla.

Incominciamo pure da D. 24, 3, 45; Paulus 6 quaestionum, uno dei due testi, dei quali la critica interpolazionistica si è finora soltanto preoccupata:

Gaius Seius avus maternus Seiae nepti, quae erat in patris potestate, certam pecuniae quantitatem doti nomine Lucio Tito marito dedit et instrumento dotali huiusmodi pactum et stipulationem complexus est: "si inter Lucium 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 diverterit 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 diverterit 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 conventione, ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem: favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est.]

Non vogliamo indugiarcì nel dimostrare qui una inter-

polazione che si può dir pacifica. Già segnalata dal Fabro, essa è stata recentemente ribadita da molti studiosi.

Dobbiamo invece fare una constatazione interessantissima. E precisamente, questa: che i Giustinianeî ammettono la validità del patto concluso dall'avo materno a favore della nipote (cioè, a favore del terzo) e le concedono un'actio utilis ex avita conventione; ma l'ammettono in un caso in cui la nipote è sottoposta alla patria potestà. Il testo insiste su questa circostanza: Seiae nepti, quae erat in patris potestate - vivo patre suo, in cuius potestate est.

La illazione sicura, che possiamo trarre da questo testo, è, dunque, la seguente: i Giustinianeî, contrariamente al diritto romano classico che negava in generale la validità di patti dotali a favore di terzi, riconoscono in via eccezionale la validità di un patto dotale a favore del terzo, quando stipulante sia un ascendente e terzo sia un discendente, non ancora sui iuris.

Altri testi interpolati sembrano, è vero, riconoscere la validità del patto a favore del discendente senza accentuare la circostanza che il discendente deve però essere sottoposto alla patria potestas, ma questa circostanza è necessario sottintenderla, come potremo agevolmente vedere.

I testi alterati sono i seguenti.

L'uno è C. 5, 14, 7 (a. 294) Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus restitui, [licet] his actionem quaerere non potuit, [tamen utilis eis ex aequitate accomodabitur actio.]

L'interpolazione di questo testo ci è confermata in uno scolio dei Basilici alle parole "utilis autem competit" che nella traduzione latina del Heimbach dice così:

Haec pars textus hodie adiectus et novi iuris constituendi gratia, et contra generalem definitionem est, idque tanquam speciale et novum notandum est.

L'altro testo, pure alterato, è D. 23, 4, 9 Pomponius 16 ad Sabinum:

Si ita conveniat, ut, si vivo socero mortua sit filia, ipsi socero, si mortuo, filio eius, si filio quoque defuncto, totum suo heredi reddatur, [benigna interpretatione potest defendi utilem stipulationem esse.]

Il testo genuino è da ricostruire a un dipresso così:

Si ita conveniat, ut, si vivo socero mortua sit filia, ipsi socero, si mortuo, filio eius, si filio quoque defuncto, tum suo heredi reddatur, <dicendum

est in persona filii stipulationem inutilem esse.>

Sono da eliminare come non genuine le parole da benigna interpretatione in poi. I termini benignitas, benignus, benignius, benigne sono dappertutto, nei testi della giurisprudenza romana, dovuti o a glossemi postclassici o a interpolazioni. La benignior interpretatio è anche altrove interpolata. Sospetto è inoltre il potest defendi.

Ma, ammessa come sicura l'interpolazione di C. 5, 14, 7 attestataci da Taleleo, e quella di D. 23, 4, 9, perchè diciamo che esse collimano con l'interpolazione di D. 24, 3, 45, e che pertanto la validità del patto dotale a favore del terzo, risultante dalle interpolazioni eseguite in C. 5, 14, 7 e in D. 23, 4, 9 si deve intendere riconosciuta solo in quei casi in cui il patto dotale è stipulato a favore del discendente ancora sottoposto alla patria potestà?

Per una ragione semplicissima. Perchè in un'altra costituzione interpolata, che subito vedremo, sono proprio i Giustinianeî che ci consentono di toccare con mano fino a qual punto essi volevano giungere nello stabilire il principio speciale e novum: cioè, proprio i Giustinianeî negano la validità del patto dotale stipulato a favore del discendente non più sottoposto alla patria potestà.

Si veda, infatti, C. 5, 12, 26 (a. 294):

Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi [extraneo constituto] stipulatus est, nec sibi cessante voluntate nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem.

Extraneo constituto sono parole che non esitiamo a dichiarare interpolate. L'uso di constitutus è già per sè sospetto.

Gli imperatori Diocleziano e Massimiano, tanto in C. 5, 14, 7 quanto in C. 5, 12, 26 non facevano che ribadire, diremmo meglio difendere, la regola classica.

C. 5, 14, 7

Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta nepotibus pactus restitui, his actionem quaerere non potuit.

C. 5, 12, 26

Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi stipulatus est, nec sibi cessante voluntate nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem.

I compilatori invece introducono il principio speciale e novum.

C. 5, 14, 7

Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta, nepo-

C. 5, 12, 26

Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi [extraneo con-

tibus pactus restitui [licet] his actionem quaerere non potuit, [tamen utilis eis ex aequitate accomodabitur actio.] stipulatus est, nec sibi cessante voluntate nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem.

Siccome la mano interpolatrice è la stessa, è necessario concludere che non c'era ragione di porre quella limitazione della validità del patto dotale a favore del discendente che è posta in C. 5, 12, 26, se questa non dovesse ritenersi sottintesa anche in C. 5, 14, 7. Il testo di C. 5, 12, 26 sarebbe stato alterato in questo modo:

Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi stipulatus est, [licet] tibi quaerere non potuit actionem, [tamen utilis tibi ex aequitate accomodabitur actio.]

Se così i compilatori avessero interpolato questo rescritto diocleziano, allora certo sarebbe chiara la loro intenzione di voler ammettere la validità del patto dotale a favore del discendente, fosse o non fosse sottoposto alla patria potestà. Ma, siccome così non interpolarono, dobbiamo coordinare le due interpolazioni eseguite nei due rescritti che originariamente negavano la validità del patto dotale a favore del terzo, e la coordinazione non consente di con-

chiudere diversamente da quel che ci attesta D. 24, 3, 45 e cioè che i compilatori ammettono la validità del patto dotale a favore del terzo, soltanto quando il terzo sia un discendente non ancora sui iuris.

Questa conclusione è, del resto, tanto naturale e ovvia che uno scolio dei Basilici (sc. a Bas. 29, 1, 113, in Heimbach 3, 442 - 43) si affretta a farla presente per eliminare la contraddizione che altrimenti sorgerebbe fra i testi.

Adunque, in D. 24, 3, 45 i Giustinianeî ammisero la validità del patto dotale stipulato a favore del discendente, e in quel caso il discendente era in patris potestate.

In C. 5, 12, 26 i Giustinianeî ammisero la validità del patto dotale a favore del discendente non extraneo constituto e lo scoliaste bizantino si affretta a interpretare D. 23, 4, 9, intendendo per filius quello che è constitutus in potestate patris.

Con la stessa restrizione va intesa l'innovazione giustiniana introdotta in C. 5, 14, 7: i nepotes, per avvantaggiarsi del patto a loro favore conchiuso, devono intendersi in patris potestate, perchè è assurdo pensare che i compilatori alterassero diversamente due rescritti dioclezianeî ammettendo nell'uno (C. 5, 12, 26) la validità del patto stipulato a favore del solo discendente ancor sottoposto alla pa-

tria potestas, ammettendo nell'altro (C. 5, 14, 7) la validità del patto stipulato a favore di qualunque discendente, anche se extraneus constitutus.

Tenendo presente questa precisa portata delle interpolazioni giustiniane in materia di patti dotali a favore di terzi, si può scorgere l'interpolazione eseguita in un rescritto di Gordiano:

C. 5, 14, 4 (a. 240) Pactum dotale quo matrem convenisse cum patre tuo proponis ut, si in matrimonio decessisset, tibi et fratribus tuis dos restitueretur, si stipulatio ex persona vestra [cum in potestate patris constituti non essetis, legitima] minus intercessit, defuncta ea in matrimonio, actionem vobis quaerere non potuit. [Sed si obligatione verborum rite intercedente dotis petitionem habere potuisti, maxime si ad vinculum potestatis patriae non attigeris, petitionem exsequi non prohiberis.]

Il rescritto è stato largamente guastato dai compilatori: rite - legitima - in potestate patris constituti - maxime si.

Orbene: che cosa sta l'interpolazione a rappresentare? La risposta non ci par dubbia. Il rescritto si suole intendere nel modo seguente. Il patto conchiuso dalla madre col

padre perchè questi restituisca, morta essa in matrimonio, la dote ai figli, non è valido: a meno che i figli, quando fossero usciti dalla patria potestas, non avessero per conto proprio fatta una stipulazione col padre loro, a questo riguardo. E questa è senza alcun dubbio quel che voleva avvertire l'imperatore Gordiano.

Ma per i Giustiniani che ammettono, come abbiamo veduto, la validità del patto dotale a favore del discendente in potestate, le frasi da loro interpolate cum in potestate patris constituti non essetis, maxime si ad vinculum potestatis patriae non attigeris, non vogliono tanto significare la giuridica impossibilità in cui i figli si trovano, quando sono alieni iuris, di concludere una stipulazione col padre in proprio favore e la giuridica necessità di diventare sui iuris per poter concluderla, quanto piuttosto che solamente i figli non constituti in potestate patris hanno bisogno di addivenire alla conclusione di una nuova stipulazione col padre, perchè la dote possa esser da questo restituita ad essi si mater in matrimonio decessisset: giacchè i figli constituti in potestate patris, come si evince da D. 24, 3, 45 e da C. 5, 12, 26, hanno diritto alla restituzione direttamente, in seguito al primo patto al quale essi rimasero estranei: rispetto

al quale essi son terzi.

A questo punto ci si può chiedere: e perchè l'innovazione giustiniana sarebbe limitata così? In altre parole, perchè riconoscere la validità del patto a favore del discendente in potestate, e non anche a favore del discendente extraneus constitutus?

La risposta non è ardua.

Il principio generale, che la legislazione giustiniana accoglie, è pur sempre quello della nullità del contratto a favore di terzi: le eccezioni introdotte a questo principio sono determinate da moventi pratici e limitate il più possibile. Per ciò che concerne i patti dotali, non v'era la pratica necessità di estendere la loro validità a favore del discendente, quando questi non fosse sottoposto alla patria potestas: egli si trovava nella giuridica possibilità di assicurarsi gli effetti del patto da altri stipulato a suo favore con un patto nuovo stipulato in nome proprio. Ma il discendente, in potestate constitutus, ancora nel diritto giustiniano, nonostante il disfacimento della struttura della famiglia romana, non può praticamente giovare - data la nullità del contratto a favore di terzi e data la impossibilità giuridica di stipulare utilmente per sè - di patti dotali conclusi da altri in suo favore. Qui sta la ragione della in-

novazione giustiniana e del limite della innovazione.

Per modo che il principio della nullità del contratto a favore di terzi è stato in questo campo dei patti dotali violato meno di quel che solitamente si è inclini a ritenere.

Quarto caso: I CONTRATTI A FAVORE DEL PROPRIO EREDE.

Questi contratti erano nulli nel diritto classico, sia che fossero concepiti senz'altro in testa al proprio erede, sia che fossero concepiti nella forma, in sostanza equivalente: post mortem meam.

La nullità è espressa nei seguenti testi galiani.

Gai 3, 100: Demique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: "post mortem meam dari spondes?" . . . nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. rursus ita stipulari non possumus: "pridie quam moriar" aut "pridie quam morieris dari spondes?" quia non potest aliter intellegi, "pridie quam aliquis morietur", quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum deducitur stipulatio et quodammodo talis est: "heredi meo dari spondes?" quae sane inutilis est.

Gai 3, 158: Item si quis quid post mortem meam faciendum <mihi> mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.

Ma, indipendentemente da questi testi di Gaio, la nullità, in diritto classico, dei contratti a favore del proprio erede risulta chiara dalla espressa abolizione di essa fatta da Giustiniano.

C. 8, 37 (38), 11 (Justinianus a. 528): Scrupolosam inquisitionem utrum post mortem an cum morietur vel pridie quam morietur stipulatus sit aliquis vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, peritus amputantes omnia, quae vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi posto mortem vel pridie quam morieris scripta esse noscuntur, nihilominus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus.

C. 4, 11, 1 (Justinianus a. 531): Cum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano

emendare. 1. At heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. 2. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur.

Evidentemente Giustiniano convalida non soltanto le stipulazioni, ma qualsiasi contratto in pro dell'erede. Et legata nel testo della costituzione giustiniana, per una grossolana svista di amanuense, sta in vece di et mandata; cosicchè in questa costituzione Giustiniano ricompre espressamente la validità del mandato post mortem.

La riforma di Giustiniano fu interpolata nei testi classici.

Come esempio basterà addurre D. 45, 1, 45, 2 (Ulpianus libro 5 ad Sabinum):

Si ita quis stipulatus sit: "post mortem meam filiae meae dari" ? vel ita: "post mortem filiae meae mihi dari" ? [utiliter] erit stipulatus, [sed primo casu filiae utilis actio competit, licet heres ei non existat.]

Vi ha chi ritiene che i compilatori abbiano soppresso mihi et innanzi a post mortem meam, perchè il modo semplice di rendere valide le stipulazioni in pro dei propri eredi era di stringerle per sè, ovvero -secondo la formula di uso comune- per sè e per i propri eredi. Ma, probabilmente, non è soltanto interpolata l'ultima frase in cui si accorda un'azione alla figlia (utilis competit), anche se non divenga erede, ma lo stesso avverbio utiliter. La decisione classica era negativa: inutiliter erit stipulatus.

Nè sorprende che si dichiari nulla l'obbligazione in pro degli eredi, i quali sono i continuatori delle obbligazioni del defunto. Nella specie non abbiamo un subentrare dell'erede nel rapporto obbligatorio del defunto, perchè l'obbligazione si verrebbe a costituire per la prima volta in testa al proprio erede e ciò non risponde -osserva il Bonfante- al concetto della successione sovrana presso i Romani, a cui si ricollega la successione patrimoniale. Infatti, anche il magistrato, che succede, non solo non è vincolato dagli atti che non vincolavano i suoi predecessori, ma non può il predecessore impegnare soltanto il suo successore e non se stesso: così è nulla la citazione in giudizio fatta per un'epoca in cui egli non sarà più in carica. L'erede classico è il continuatore dei rapporti giuridici, non

il continuatore della volontà del predecessore.

Ma, se l'invalidità delle obbligazioni concluse in pro degli eredi si spiega non i principii dell'eredità romana, fu esattamente rilevato che questa inammissibilità di contratti a favore degli eredi si coordina con la impossibilità di contratti a favore di terzi, e che la convalida, voluta da Giustiniano, delle obbligazioni contratte in pro degli eredi costituisce una nuova manifestazione, e forse la più efficace, perchè la più indubitata, della sua tendenza legislativa.

L'origine postclassica giustiniana delle eccezioni al principio della nullità del contratto a favore di terzi è stata discussa dal Bonfante, negata dal Riccobono.

Ritiene il Bonfante che le eccezioni giustiniane sono eccezioni positive, stabili, definitivamente fissate, quali si addicono a un diritto ormai codificato, che lascia ben poca libertà al magistrato e al giureconsulto; che anzi, nel pensiero di Giustiniano, non doveva lasciarne nessuna. Ma nel diritto classico il magistrato aveva facoltà di concedere ex decreto un'azione utile, sia pure non promossa nell'e-

ditto, ogniqualvolta lo ritenesse equo ed opportuno: l'actio decretalis si contrapponeva all'actio edictalis. In questa guisa, mentre il diritto classico, nelle sue linee rigide, appare più angusto del diritto giustiniano, in realtà esso doveva sovente esser più largo ed equo.

Non crediamo di potere in modo alcuno consentire con la congettura avanzata dall'insigne Maestro.

Egli muove da un testo di Apuleio (da magia liber 91 - 92; 102), contenente la menzione di una stipulazione, in cui il marito si sarebbe obbligato verso la moglie a restituire la dote ai figli che essa ebbe dal primo matrimonio.

Richiamiamo il testo: 91 - 92. *Iam primum mulieris locupletissimae modicam dotem neque eam datam sed tantummodo (creditam), praeter haec ea condicione factam (coniunctionem) (dictionem: giustamente Bonfante), nullis ex me susceptis liberis (si) vita demigrasset, ut dos omnis apud filios eius Pontianum et Pudentem maneret, sin vero uno unave superstite diem suum obisset, uti tum (dividua) (dimidia: vulg.) pars dotis posteriori filio, reliqua prioribus cederet.*

Haec, ut dico, tabulis ipsis docebo. Fors fuit an ne sic quidem credat Aemilianus sola trecenta milia nummum scripta eorumque repetitionem filiis Pudentillae pacto

datam. Cape sis ipse tu manibus tuis tabulas istas, da impulsori tuo Rufino, legat, pudeat illum tumidi animi sui et ambitiosae mendicitatis; quippe ipse egens, nudus CCCC milibus nummorum a creditore acceptis filiam dotavit, Pudentilla locuples femina trecentis milibus dotis fuit contenta et maritum habet, et multis saepe et ingentibus dotibus spreto, inani nomine tantulae dotis contentum.

102 - Quid etiam est, Aemiliane, quod non te iudice refutaverim? quod pretium magiae meae repperisti? cur ergo Pudentillae animum veneficiis flecterem? quod ut ex ea commodum caperem? uti dotem mihi modicam potius quam amplam diceret? o praeclara carmina! an ut eam dotem filiis suis magis restipularetur quam penes me sineret?

Il Bonfante commenta: "Trattasi innegabilmente di una vera stipulazione a favore di terzi, nell'epoca a un dipresso e nella terra di Giuliano, con azione riconosciuta ai terzi: eorumque repetitionem filiis Pudentillae pacto datam. E dal contesto appare chiaro che i figli di Pudentilla non sono intervenuti nel contratto, non hanno personalmente stipulato la restituzione a loro favore per l'evento della morte di Pudentilla, nel qual caso soltanto l'azione competerebbe loro di pieno diritto. Il rapporto implica una patente infra-

zione dei principii classici che non si può in tesi generale alteri stipulari, che non si può assolutamente con la propria stipulazione in pro del terzo actionem quaerere al terzo, che non si può col proprio contratto fare ut alter (suo nomine recte, Trib.?) agat".

Ora, dopo il risultato a cui noi siamo giunti attraverso l'esegesi dei testi accolti nelle Pandette e nel Codice, ci permettiamo di dissentire da questo commento del Maestro.

Perchè ragioniamo così. I Giustinianeî, dunque, che per i primi, in casi eccezionali, ammettono la validità del contratto a favore di terzi, qui, nel campo dei patti dotali a favore di terzi avrebbero -per di così- fatto macchina indietro rispetto al diritto classico? Il diritto classico, se consentiamo nella interpretazione del testo di Apuleio fatta dal Bonfante, avrebbe ammessa la validità del patto dotale a favore del terzo non in potestate (tali erano, infatti, i figli di primo letto di Pudentilla: Ponziano e Pudente), mentre i Giustinianeî non riconoscevano la validità del patto dotale a favore del terzo se non quando questi fosse un discendente in potestate patris constitutus? Avremmo qui un cammino a ritroso: una inspiegabile involuzione, anzi che una naturale evoluzione.

Nè si può obiettare che il cammino fatto dal diritto

giustiniano consisterebbe in ciò: che il diritto classico concedeva soltanto un'actio ex decreto, dipendente dall'arbitrio del magistrato, e il diritto giustiniano concede invece l'actio utilis senz'altro.

Se questo ci si obiettasse, in primo luogo replicheremo che le espressioni usate da Apuleio (eorumque repetitionem filiis Pudentillae pacto datam - an ut eam dotem filiis suis magis, restipularetur quam penes me sineret?) sono troppo recise per far dipendere il diritto dei figli dall'arbitrio del magistrato.

In secondo luogo, è da avvertire che l'actio a favore del terzo avremmo già dovuto trovarla nel dettato genuino dei testi accolti nella compilazione giustiniana e avremmo dovuto soltanto constatare che i compilatori si sono limitati a sostituire al classico decernere il loro competere: così, come essi sogliono fare quando un'actio ex decreto era in realtà ammessa precedentemente, ad esempio, nella fattispecie che ci si presenta in C. 8, 54, 3. Il confronto fra il testo giustiniano e il testo conservatoci nel Fr. Vat. 286 illumina.

E, ad ogni modo, risorgerebbe pur sempre con tutta la sua innegabile forza la nostra domanda. Perché, se il diritto classico accordava già a qualunque terzo, anche non in po-

testate, una azione sia pure ex decreto, per un patto dotale stipulato da altri a suo favore, il diritto giustiniano, convertendo quell'actio ex decreto in actio utilis, ne avrebbe limitata l'efficacia al discendente in potestate?

Queste considerazioni ci sembrano tali da giustificare il nostro dissenso dalla tesi del Bonfante. Ma, e allora come spiegare il testo di Apuleio e come metterlo d'accordo con la dottrina del diritto classico che negava la validità del contratto a favore di terzi?

Il Pacchioni ha tentato una spiegazione; ha ragione, però, il Bonfante di osservare che egli tenta liberarsi dalla testimonianza di questo testo mediante una congettura ingegnosa, ma nel caso poco attendibile.

A noi pare che una spiegazione soltanto sia possibile. Apuleio doveva scagionarsi dall'accusa di magia e precisamente dall'aver adoperato arti magiche per impadronirsi delle sostanze della non più giovane e non venusta sposa (mediocri forma, at non aetate mediocri). Il colpo di scena, col quale egli conchiude la sua difesa, consiste nel far presente che, appunto per le sostanze di Pudentilla, trecento mila sesterzi rappresentano una dote modesta e che, ad ogni modo, egli si è impegnato a restituirla ai figli di Pudentilla.

Ora, se ciò basta per scagionare Apuleio, non basta per attribuire senz'altro ai figli di Pudentilla una pretesa giuridica.

I figli, per avere diritto alla restituzione della dote a loro favore, dovevano con patto successivo stipulare dal padre in proprio nome: così come richiede C. 5, 14, 4. Essi, non in potestate, erano in grado di farlo.

In conclusione, il testo di Apuleio ci attesta, non meno dei testi giuridici (come ad esempio, il rescritto di Gordiano ora citato: C. 5, 14, 4, dell'a. 240), che praticamente si sollevano stipulare dei patti dotali a favore dei propri discendenti: ma, perchè la pretesa giuridica dei discendenti, che erano terzi, potesse sorgere, occorreva che intervenisse un patto successivo da essi stipulato in nome proprio.

È la spiegazione che fu già affacciata, sebbene non sempre tenuta ferma, da Scipione Gentile: l'unica, che concili il testo di Apuleio col rigore del diritto classico, l'unica, che consenta di vedere nelle interpolazioni giustiniane un movimento in avanti, non un anacronistico e strano movimento indietro.

Nè giova dire, come il Bonfante dice, che i patti a favore di terzi dovevano avere azione presso i provincia-

li greci e che la prassi provinciale greca può avere influito, sia pur timidamente, sulla prassi provinciale romana: che Giustiniano non rappresenta il culmine di una nuova evoluzione e non ha ceduto interamente alle correnti romano-elleniche, ma ha inteso con ogni sforzo di conciliare il nuovo con l'antico.

Circa la prima osservazione, rispondiamo che il Bonfante dà ad essa una base meramente congetturale. assai congetturale, per lo meno, è qui l'influenza della prassi provinciale greca sulla prassi provinciale romana, che nè pur il Bonfante osa affermare recisamente.

Circa la seconda osservazione, è verissimo che Giustiniano ha reagito contro adulterinae doctrinae romano-elleniche, che rappresentavano logicamente una aberrazione, come quella che voleva abbassare la responsabilità dell'erede per il dolo contrattuale del defunto all'id quod pervenit sul modello della limitata responsabilità in id quod pervenit che si era andata affermando per il dolo extraccontrattuale; ma in materia di patti dotali, Giustiniano non poteva esser portato a tornare indietro e a fare un cammino a ritroso, quando è proprio la sua legislazione che ripetutamente riconosce la validità del contratto a favore del terzo, dal diritto classico disconosciuto. Lo sviluppo della nuova

dottrina doveva essere progressivo e lineare, non accidentato e irregolare come risulterebbe se si accogliesse su questo punto l'avviso del nostro Bonfante.

L'origine postclassica giustiniana delle eccezioni alla nullità del contratto a favore di terzi è stata -dicevamo- negata dal Riccobono. Questo scrittore ritiene che tutte le interpolazioni, sopra segnalate, siano interpolazioni meramente formali. L'azione a favore del terzo sarebbe già stata concessa dal ius honorarium mediante una fictio; al terzo sarebbe stata attribuita l'azione ac si ipse stipulatus esset. Egli richiama anche, come il Bonfante, il Fr. Vat. 286, in cui si parlerebbe di un'azione che decernitur a favore del terzo, e il Fr. Vat. 113, dove si fa pur valere, per la restituzione della dote, l'affectio personarum.

Questa tesi non è fondata.

Incimociamo dal Fr. Vat. 113. Il riferimento all'affectio personarum è un caratteristico riferimento postclassico giustiniano. La data della costituzione conservataci nel Fr. Vat. 113 non ci è nota: noto è per altro (Hunschke) che essa appartiene a un imperatore inferioris aetatis: certamente postdiocleziana.

Questo si desume, non foss'altro, dall'espressione auxilium nostrae mansuetudinis, che è usata nella costituzione. La mansuetudo dell'imperatore ci appare in numerosissime costituzioni del Codice teodosiano e anche in costituzioni numerose del Codice giustiniano: quest'ultime, tutte quante appartenenti all'età del Basso Impero. Il riferimento, pertanto, all'affectio personarum, che si trova nel Fr. 113, non è a favore della tesi del Riccobono, ma contro la sua tesi.

Neppur favorevole a lui è l'argomento che egli ricava dal Fr. Vat. 286: un rescritto diocleziano, che noi abbiamo già preso in considerazione e nel quale non è configurabile il riconoscimento di un contratto a favore di terzi. Tanto è vero che il rescritto è di quegli stessi imperatori (Diocleziano e Massimiano) a cui appartiene C. 5, 14, 7, dove -come il maestro bizantino ci attesta- nella redazione originaria era recisamente negata la validità del contratto a favore di terzi.

Pater -dicevano in questo rescritto gli imperatori- pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus restitui, his actionem quaerere non potuit.

Vero è che il Riccobono suppone che Taleleo volesse di-

re che la concessione dell'actio utilis sarebbe una novità dei compilatori rispetto al vecchio ius civile: ma la supposizione è affatto arbitraria, perchè al maestro bizantino stava davanti (come già prima a Diocleziano e Massimiano) tanto il ius civile quanto il ius honorarium (questo, anzi, soprattutto) e stava innanzi il rescritto diocleziano genuino che non conteneva verun accenno, come lo stesso Riccobono non contesta, all'actio utilis. Che se di actio ficticia si fosse parlato nel rescritto, che senso avrebbe avuto il rilievo di Taleleo?

L'interpolazione sostanziale di un altro rescritto diocleziano (C. 5, 12, 26), che pure abbiamo già veduto, è innegabile. Le parole extraneo constituto sono parole intruse. Il Riccobono vorrebbe spiegare che l'esclusione dell'extraneo deriverebbe dalla prassi del pretore, per quanto nella costituzione citata la frase extraneo constituto sia interpolata dai compilatori del secolo VI; essa ci rivelerebbe l'assidua circospezione del pretore, il quale solo in vista di gravi e reali interessi accordava azioni contro i principi del ius civile, a tutela di provvedimenti del pater familias nell'interesse dei membri della famiglia.

Ma è una spiegazione che non spiega nulla. Per le considerazioni seguenti:

E' inammissibile che, se una prassi del pretore ci fosse stata, Diocleziano redigesse con formulazione negativa assoluta il suo rescritto; è inammissibile, cioè, che Diocleziano scrivesse (come il Riccobono non contesta che scrivesse):

Si genero dotem dando pro filia pater communis
eam reddi tibi stipulatus est, nec sibi cessante vo-
luntate nec tibi prohibente iure quaerere potuit ac-
tionem.

Come poteva l'imperatore nell'a. 294 dire che il ius prohibet, quando il pretore aveva provveduto diversamente, già concedendo? E l'espressione prohibente iure non può ingenerare equivoci: non può, vogliamo dire, riguardare il solo ius civile. L'ultima frase "nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem" significa che il terzo è assolutamente senza protezione, civile o pretoria.

L'intervento, poi, del pretore nell'interesse dei membri della famiglia agnatizia e non nell'interesse della società domestica; l'intervento a favore del filiusfamilias e non del filius, qualunque esso sia, anche se emancipato, sarebbe un intervento contrastante con tutto l'orientamento del ius honorarium in materia di rapporti familiari.

L'origine postclassica giustiniana delle eccezioni al-

la validità del contratto a favore di terzi è, così, ribadita.

Nè la nostra tesi è scalzata dall'osservazione generale del Riccobono sul largo uso che il pretore avrebbe fatto delle actiones ficticiae: qui possiamo escludere che l'abbia fatto: che, se l'avesse fatto, i rescritti diocleziani, conservatici in C. 5, 14, 7 e in C. 5, 12, 26, sarebbero stati, nella loro genuina redazione, ben diversamente formulati.

Il Riccobono non sembra rendersi conto, infine, della assoluta inverosimiglianza che un principio, fissato sempre per interpolazione in testi della giurisprudenza e in testi di giureconsulti (Paolo, Africano, Pomponio), nei rescritti imperiali, e di imperatori diversi (Diocleziano e Massimiano, Gordiano) rappresenti una interpolazione meramente formale.

La tendenza a rompere le barriere della nullità dei contratti a favore di terzi si manifesta per la prima volta nei glossatori, e precisamente in quella scuola che aveva come suo geniale pioniere il giureconsulto Martino.

Bulgaro, Ugo, Iacopo non estendono le eccezioni giustiniane al principio della nullità del contratto a favore di terzi, al di là dei limiti giustiniani; ma questi limiti sono varcati da Martino e dai suoi. In Eugolinus Diss. § 256 leggiamo: Item dicit Martinus quod ex alieno pacto utilis actio datur ei in cuius persona conceptum est. . . Bulgarus vero et Hugo et Jacobus dicunt non dari nisi lex expressim dixit quum regula iuris est ex alieno pacto actionem non dari. E la glossa potest a C. 4, 50, 6, dopo aver ricordato l'opinione di Ugo avverte: sed Martinus dixit alteri per alterum queri utilem actionem.

Vivissima la reazione alla nullità del contratto a favore di terzi fu nei paesi germanici.

La tendenza all'abrogazione del principio limitante alle parti l'efficacia del contratto si affermò nella prassi e nella dottrina germanica del secolo XVI e del secolo XVIII e si svolse poi nel secolo XIX. Diverse cause concorsero, come bene notò anche il Bonfante, a questo risultato; la simpatia della scienza germanica per la generalizzazione e la categoria; l'abrogazione del principio alteri stipulari nemo potest nel campo della rappresentanza; la serie e l'import-

tanza degli istituti (taluni di schietta impronta germanica), in cui in un negozio tra le parti si pattuiva il riconoscimento di un diritto a un terzo rimasto estraneo. Tali: l'istituto, speciale ai Paesi tedeschi, dei patti successorii con cui, assicurando a un dato discendente la propria successione, si pattuiva con lui un compenso o un indennizzo pecuniario a favore dei discendenti esclusi; l'iscrizione della moglie in una cassa per le pensioni alle vedove; il contratto di trasporto, il contratto di assicurazione, l'acquisto di una azienda con debiti e crediti ad essa inerenti.

Ma soprattutto influirono, secondo il Bonfante, a generare una tendenza favorevole al riconoscimento del contratto a favore di terzi, da un lato, l'esaltazione della volontà individuale, per cui tutti gli effetti giuridici parvero riposti in essa, e nel contratto non si vide più se non l'accordo delle volontà oscurando anche l'assenza della causa; dall'altro, le idee false circa il fondamento del principio romano, che stabiliva la nullità del contratto a favore di terzi, cioè il formalismo della stipulazione, per gli uni; l'egoismo nazionale romano, per gli altri (Unger).

Questo scrittore si richiama, per fissare il diritto opposto, alla morale che impone di far bene al prossimo, cioè a un pensiero che ha radici cristiane, e dal punto

di vista giuridico, canoniche.

Tra i fautori del contratto a favore di terzi regnavano nella scienza giuridica tedesca, sul finire del secolo scorso, divergenze profonde su tutti i punti essenziali.

Le questioni principali - a prescindere da quella sulla natura del diritto del terzo e da quella sul momento in cui spunta questo diritto - riguardavano il rapporto del diritto del terzo col diritto del promissario o stipulante, e il rapporto del promittente col terzo. Si discuteva se lo stipulante avesse diritto di agire contro il promittente in concorso col terzo; di determinare, ove questo diritto si ammettesse, come esso si combinava col diritto del terzo; si discuteva ancora se il diritto accordato al terzo era revocabile dalle parti; se, infine, il promittente poteva opporre al terzo le eccezioni che poteva opporre al promissario.

Il Codice civile germanico, aderendo alla dottrina preponderante, ha riconosciuto la validità del contratto a favore di terzi; ma, sulle dispute che dividevano la dottrina, non ha deciso.

Nel primo progetto il testo del Codice rimetteva tutto alla volontà delle parti: il diritto è acquistato immediatamente al terzo quando ciò sia voluto tra le parti (§ 412);

il diritto del terzo sorge nel momento in cui le parti hanno voluto che sorga (§ 413); il diritto del terzo è revocabile secondo la volontà delle parti (§ 414). Solamente in ordine al concorso del diritto del promissario col diritto del terzo, e alla facoltà del promittente di opporre al terzo le eccezioni che avrebbe potuto opporre contro il promissario, il progetto si decideva per la tesi affermativa in entrambi i casi, salvo sempre il patto contrario (§412cpv. §416).

Il vizio del progetto era palese: chè rinvia alla volontà delle parti, che poteva non essersi manifestata e, in caso di non manifestata volontà, non poneva norme positive. Si sarebbe dovuto ricorrere ai principii generali del contratto: il che era ostacolato dalle discordie insanabili della dottrina.

Nel testo definitivo del Codice (§§ 328-335) l'istituto riuscì assai migliorato: il legislatore si occupò di decidere nel dubbio alcuni punti controversi, e, per i punti essenziali, non si richiamò alla volontà, ma allo scopo del contratto.

Nella legislazione italiana l'art. 1128 del Codice civile, riproducendo quasi alla lettera gli art. 1119, 1120 del

Codice francese, dispone: "Nessuno può stipulare in proprio nome, fuorchè per sè medesimo.

Tuttavia può ciascuno stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che fa per se stesso o di una donazione che fa ad altri. Chi ha fatto questa stipulazione non può più revocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare".

Le eccezioni al principio della nullità del contratto a favore di terzi vengono configurate così:

a) che la stipulazione in vantaggio del terzo formi condizione di una stipulazione fatta per se stesso (Caio si fa promettere da Tizio che venderà il fondo a Sempronio e che, non vendendoglielo, pagherà a Caio una data somma);

b) che la stipulazione in vantaggio del terzo costituisca il modus di una stipulazione fatta per se stesso (Tizio permuta il proprio fondo con quello di Caio con l'onere che sul fondo, permutatogli da Tizio, Caio consenta il passaggio a Sempronio);

c) che la stipulazione formi il modus di una donazione fatta ad altri (Tizio dona un fondo a Caio con l'onere di dare una parte annua dei frutti a Sempronio).

Ma, oltre le eccezioni scaturenti dalla formulazione dell'art. 1128 Cod. civ., altre eccezioni vi sono, consenti-

te dalla formulazione dell'art. 1130 dello stesso codice, secondo il quale i contratti "non pregiudicano né giovano ai terzi fuorchè nei casi stabiliti dalla legge."

Questi casi sono principalmente i seguenti:

1° - IL CONTRATTO DI TRASPORTO (art. 1629 e segg. Cod. civ.; 388 e segg. Cod. comm.). Dalla convenzione conclusa tra mittente e vettore sorge una ragione nel destinatario: cioè il diritto di esigere dal vettore la consegna delle cose spedite e di esercitare in generale tutti i diritti derivanti dal contratto di trasporto e le azioni di risarcimento, quando le cose sono giunte al luogo di destinazione dopo il giorno in cui avrebbero dovuto giungere, a meno che non sia stato prevenuto dal mittente;

2° - IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE SULLA VITA A FAVORE DI UN TERZO (art. 449, 453 Cod. comm.). Dalla convenzione conclusa fra colui che assicura sulla vita propria o su quella di un terzo una somma e la compagnia di assicurazione, il terzo acquista un credito contro la compagnia assicuratrice e può riscuotere alla scadenza del termine la somma, a meno che lo stipulante non abbia revocato anteriormente il beneficio;

3° - LA COSTITUZIONE DI RENDITA VITALIZIA A FAVORE DI UN TERZO (art. 1794 Cod. civ.). Il costituente somministra

il prezzo e il terzo beneficiario ne trae il vantaggio, senza aver partecipato al contratto.

Circa la causa dell'acquisto del diritto al terzo e il momento dell'acquisto stesso la dottrina non è concorde.

Vi ha chi ritiene che la causa dell'acquisto sia nello stesso contratto stipulato inter alios e che, per ciò, da quel momento il terzo ne diventa titolare indipendentemente da ogni sua accettazione o adesione: secondo questa dottrina, la accettazione del terzo preveduta nell'art. 1128 Cod. civ. non sarebbe presupposto dell'acquisto, ma espediente per renderlo definitivo e irrevocabile da parte del promissario.

Secondo altri, l'accettazione del terzo è un requisito richiesto per l'efficacia del contratto a suo favore.

La disputa insorge anche per quei contratti a favore di terzi che si riconducono all'art. 1130 del Cod. civ.: contratto di trasporto, per quanto le norme che riguardano questi contratti non richiedano espressamente, come fa l'art. 1128, l'accettazione del terzo. E vi ha chi ritiene che anche qui l'accettazione del terzo sia necessaria, per quanto, non essendo nè prescritta la forma nè indicata la persona (promissario o promittente) a cui è da indirizzarsi, si dica che può essere fatta sia nei confronti dell'uno sia nei confronti dell'altro, sia espressamente sia tacitamente.

La dottrina civilistica più recente tende ad estendere il campo delle applicazioni del contratto a favore di terzi e ad ammetterne il riconoscimento anche al di là dei limiti legislativi.

Questa tendenza, che si ispira al principio della autonomia della volontà e si richiama al riconoscimento del contratto a favore di terzi, contenuto nelle più recenti legislazioni, è stata assecondata dal progetto italo-francese dei contratti e delle obbligazioni, in cui l'art. 45 ha capovolto il principio dell'art. 1128 Cod. civ. formulando la regola che ciascuno può stipulare a proprio nome a favore di un terzo, quando abbia un interesse personale, sia materiale sia morale, all'adempimento della obbligazione.

Bibliografia

I contratti a favore di terzi hanno un abbondante letteratura, generata dalla tendenza di abolire il principio della loro nullità e di trasformare in principio generale di validità le eccezioni giustiniane.

Per la trattazione romanistica del problema v. principalmente A. FERNICE, Labeo III, 1 (Halle 1892) 193-194; F. EISELE, Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte (Freiburgi. Br. 1896) 76-90; G. PACCHIONI, I contratti a favore di terzi (1^a ed. Innsbruck 1896; 3^a ed. Padova 1933); C. FERRINI, Obbligazioni, in Enc. giur. it. (XII, 1) 705-730; S. PEROZZI, Ist. di dir. rom. (1^a ed. Firenze 1908. II, 172 sgg.; 2^a ed. Roma 1928, 215 sgg.); P. BONFANTE, Un contratto a favore di terzi nell'era classica, in Studi in onore di B. Brugi (Falerme 1910) 163-169 (= Scritti giur. varii, III, 243-249); IDEM, I contratti a favore di terzi, nel volume Per il XIV centenario della codificazione giustiniana edito dalla Fac. di Giur. della Univ. di Pavia, 1934. E. ALBERTARIO

I patti dotali a favore di terzi, in Studi di dir. rom. (Milano 1933) I, 351 sgg.; IDEM, La critica della critica, in Studi di dir. rom. (Milano 1937) V, 336 sgg. e bibliografia citata in queste opere.

Per la trattazione pandettistica e civilistica v. principalmente J. UNGER, Die Verträge zu Gunsten Dritter, in Jhering's Jahrbücher 10 (1869) 55 sgg.; F. REGELSBERGER, in Krit. Vierteljahresschrift f. Rechtsw. und Gesetzgebung 11 (1869) 558 sgg.; e in Archiv f. die civ. Praxis 67 (1884) 1 sgg.; K. GAREIS, Die Verträge zu Gunsten Dritter (Würzburg 1873); L. TARTUFARI, I contratti a favore di terzi, Verona 1889; G. PACCHIONI, op. cit.; ecc.. Un'ampia bibliografia pandettistica civilistica è in DE RUGGIERO, Ist. di dir. civ., 6^a ed., 289 sgg..

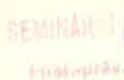
INDICE

	pag.
Introduzione	1
<u>Obligaciones civiles e obligaciones honorarias o praetoriae</u>	5
Bibliografia	40
<u>Obligaciones civiles e obligaciones naturales</u>	41
La dottrina della <u>obligatio naturalis</u> dall'età della Glossa all'età della Pandettistica	43
La dottrina del Perozzi	51
La dottrina del Siber	61
La valutazione critica di queste due dottrine	64
Le <u>obligaciones naturales</u> nel diritto romano classico: il loro significato di <u>obligaciones iuris gentium</u> , cioè <u>iuris naturalis</u>	76
Le <u>obligaciones naturales</u> nel diritto romano giustiniano: il loro significato di <u>obligaciones iuris naturalis</u> in funzione del nuovo significato del <u>ius naturale</u> giustiniano distinto dal <u>ius gentium</u>	87
Le <u>obligaciones naturales</u> giustiniane produttive di azione	104
Le <u>obligaciones naturales</u> giustiniane non munite di azione	112

1. Rapporti contrattuali in cui interviene come parte uno schiavo e rapporti contrattuali tra <u>filiifamilias</u> membri della stessa familia o tra <u>filiifamilias</u> e il loro <u>paterfamilias</u>	124
2. Rapporti contrattuali in cui interviene un pupillo non assistito dalla <u>auctoritas tutoris</u>	145
3. Mutuo contratto dal <u>filiusfamilias</u> contro il senatoconsulto Macedoniano	147
4. Obbligazione estinta dalla <u>litis contestatio</u> o dalla ingiusta assoluzione.	155
5. Adempimento della obbligazione nonostante la possibilità di sottrarsi invocando l'applicazione di un <u>ius iniquum</u>	162
6. Interessi dovuti <u>ex pacto</u>	165
7. Prestazioni non giuridicamente dovute.	170
8. Ricambio di doni ricevuti e liberalità tra genitori e figli	175
Effetti delle <u>obligationes naturales</u> giustiniane sfornite di azione	177
1. <u>Soluti retentio</u>	178
2. <u>Deductio ex peculio</u>	180
3. Imputazione nella <u>quarta Falcidia</u> e nella restituzione <u>fideicommissaria</u>	183
4. Novazione	187
5. Costituto	190
6. Fideiussione	193
7. Pegno e ipoteca.	201
8. Compensazione	216
9. Confusione	218
10. Estinzione per patto o giuramento.	219
Le obbligazioni naturali nel diritto moderno: in particolare nel diritto italiano.	223
Bibliografia	235
Fonti delle obbligazioni. La bipartizione romano-classica. La quadripartizione giustiniana	238
<u>Contractus</u> nel diritto romano-classico	247
<u>Delictum</u> nel diritto romano-classico	262

<u>Contractus</u> nel diritto postclassico-giustiniano: il <u>quasi contractus</u> sorto dalla nuova nozione del <u>contractus</u>	266
<u>Delictum</u> nel diritto postclassico-giustiniano: il <u>quasi delictum</u> sorto dalla nuova nozione del <u>delictum</u>	281
La incompletezza della classificazione giustiniana delle fonti delle obbligazioni	307
La <u>obligatio ex lege</u>	307
La <u>obligatio ex pollicitatione</u>	311
Bibliografia.	316
Classificazione dei contratti	319
Contratti a titolo gratuito e contratti a titolo oneroso.	344
Contratti unilaterali e contratti bilaterali.	345
Contratti <u>iuris civilis</u> e contratti <u>iuris gentium</u>	345
Contratti <u>bonae fidei</u> e contratti <u>stricti iuris</u>	346
Bibliografia	348
I contratti a favore di terzi.	349
La loro nullità sia nei riguardi del terzo, sia nei riguardi dei contraenti	352
Limitazione logica della nullità del contratto a favore di terzi nei riguardi delle parti contraenti.	355
Fattispecie che non configurano un contratto a favore di terzi	359
1. La consegna con l'onere di rimettere a un terzo	361
2. La promessa all' <u>actor</u> , al <u>tutor</u> , al <u>curator</u> in pro del rappresentato	362

	pag.
3. L'azione utile del creditore contro il depositario della somma della quale il debitore ha fatto il deposito non essendo stata accettata l'offerta reale .	363
4. Donazione con l'onere di restituire a un terzo. . . .	365
Eccezioni giustinianeae al principio della nullità dei contratti a favore di terzi.	368
1. Il creditore pignoratizio nella vendita del pegno pattuisce la facoltà di riscatto per il proprio debitore	368
2. Il deponente di cose altrui ne pattuisce la restituzione al proprietario.	373
3. Il costituente la dote ne pattuisce la restituzione in pro della figlia o dei nipoti	376
4. I contratti a favore del proprio erede	388
Critica della tesi del Bonfante che suppone data già dal Pretore al terzo in qualche caso una <u>actio ex decreto causa cognita</u>	392
Critica della tesi del Riccobono che suppone esser date già dal Pretore a favore del terzo <u>actiones ficticiae</u> . . .	400
I contratti a favore di terzi dalla dottrina della Glossa alle recenti legislazioni.	404
I contratti a favore di terzi nel Burgerliches Gesetzbuch.	405
I contratti a favore di terzi nel diritto italiano	408
Bibliografia	413



REV15

ÚK PrF MU



3129S04751