

Pann. dra. Wiererov

J. VÁZNY

proccus 74-F-21
17 VII 32 aut

14-F-215

Il problema generale dei contratti a favore di terzi nel Diritto Romano



Estratto dal *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, Anno XL, - Fasc. I-IV

ROMA
INDUSTRIA TIPOGRAFICA ROMANA
Via Germanico, 136

1934-X

IL PROBLEMA GENERALE DEI CONTRATTI A FAVORE DI TERZI NEL DIRITTO ROMANO

Esiste anzitutto il problema dei contratti a favore di terzi per i Romani? E' la questione, che propose, forse per primo, lo scienziato che mise in dubbio l'origine romana di tante dottrine romanistiche, Silvio Perozzi. Vi rispose negativamente. Citiamo due passi delle sue *Istituzioni* (1). « Conviene riconoscere che concetto e teoria dei contratti a favore di terzi sono antiromani. Rispetto al diritto romano non c'è che da fare la teoria dei singoli contratti. Si vedrà allora quanto è inane questo concetto di « contratto a favore di terzi » e la grande indipendenza del diritto romano da norme rigide sulla competenza dell'azione in relazione all'interesse del contraente come creditore o del terzo ». « I Romani, annullando la stipulazione *alteri dari*, non pensavano affatto a negare, come si crede, che ne sorgesse azione per il terzo. La ragione della norma è tutta storico-formalistica ».

Questa tesi (2) restò isolata. Essa fu respinta dalla critica del Pacchioni (3), critica che toccava però più i punti speciali che la tesi generale. Anch'io credo che la tesi non

(1) PEROZZI, *Ist. di dir. rom.*, 2. ed. vol. II p. 219 n. 1 e 217 n. 2.

(2) Era formulata dal PEROZZI già nell'edizione prima delle *Istituzioni* nel 1908.

(3) I contratti a favore dei terzi, Appendice II, p. 384 segg.

possa accettarsi; però molte osservazioni del Perozzi sono giuste, i suoi suggerimenti fecondi. Così è giusta la sua spiegazione dell'invalidità della *stipulatio alteri dari*, spiegazione propria ed esclusiva del diritto della stipulazione e che non può trasferirsi agli altri contratti. Bisogna poi constatare che lo stato della dottrina dei contratti a f. d. t., ricostruita dalla scienza romanistica in base alle fonti, specialmente anche dopo la scoperta delle relative interpolazioni, non si può dire indubbio e definitivo. Ciò non deve meravigliare. Anche della formazione storica del contratto in generale non sappiamo ancora tutto. Nel caso in esame bisogna constatare che nella costruzione scientifica sono stati talvolta mescolati elementi disparati, da cui appunto sorse incertezza di risultati, che ad es. il regime della *stipulatio alteri* si trasferiva agli altri contratti e se ne traevano deduzioni troppo generali, così che non si apprezzava spesso (in modo adeguato), il lavoro della giurisprudenza classica nella nostra materia. Sotto quest'ultimo riguardo mi occupai in altra occasione (4) dei vari mezzi giuridici di carattere cautelare che applicava la giurisprudenza per evitare l'iniquità del domma *alteri stipulari nemo potest*. Qui voglio occuparmi del problema dei contratti a f. d. t. in generale, confrontando il regime della *stipulatio alteri* con quello del *pactum* o della *conventio* a f. d. t.

Base testuale del nostro problema non è, come si ammette quasi generalmente, il noto testo gáiano: *praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur cuius iuri subiecti non sumus* (GAIUS III, 103), bensì la regola molto più generale: *nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest* (Q. M. Scaevola, fr. 73 § 4 D 50, 17). Si accentua l'impossibilità giuridica di acquistare ad altri mediante la *stipulatio alteri*, un patto a f. di altri (si pensi, ad es., al *consti-*

(4) Appunti alla dottrina classica di contratti a favore dei terzi (*Studi in onore di Salvatore Riccobono*); mi occupai nello studio citato principalmente della funzione dell'*adiectio solutionis* causa nei contratti a f. d. t.

tutum debiti a favore di altri, fr. 5 § 5 D 13, 5) o la *lex dicta* a favore altrui. Non vogliamo esaminare il significato originario del *legem dicere*, ma è certo che nel diritto classico nella *lex dicta* sono comprese le pattuizioni aggiunte ai contratti causali (5), e che così la regola citata abbraccia nel diritto classico tutto il campo delle convenzioni: la stipulazione *alteri*, i patti, specialmente i patti pretori a f. d. t., e le convenzioni di prestare ad un terzo, aggiunte ai contratti causali. Non credo, dunque giustificata l'obbiezione, che solleva il Perozzi (6) contro questo significato generale della regola citata: il solo contratto menzionato è infatti la stipulazione. Il *pactum* e la *lex dicta* non sono contratti. Anzi io credo che sia più preciso parlare di patti di prestare ad un terzo, aggiunti ai contratti causali, che non di tali contratti a f. d. t. analogamente come si parla della *stipulatio* a f. d. t. Perché nella stipulazione la convenzione di prestare al terzo non ci si può mai rappresentare come un patto apposto alla stipulazione (il patto è qui *a priori* senza valore giuridico), e allora, posto che la stipulazione non è che una mera, incolore promessa di prestazione, tale convenzione crea uno speciale tipo di stipulazione; lo stesso potrebbe dirsi del *constitutum debiti* a f. d. t. (fr. 5 § 5 D 13, 5). Ma nei contratti causali, aventi ognuno un suo determinato contenuto tipico, la convenzione di prestar ad un terzo significa necessariamente la modificazione di questo normale contenuto tipico, e ci si rappresenta quindi come un patto aggiunto, una *lex dicta*. Basta ricordare un solo esempio di tale *lex dicta*, la *lex*, mediante la quale si obbliga dal venditore il compratore a *sinere coloniam*; dalla regola citata si desume la conseguenza che il terzo (il conduttore) non può acquistare azione da quella *lex dicta* (7).

La regola citata si limita a constatare l'invalidità del contratto a favore del terzo. Non si riferisce al valore dei contratti

(5) Cfr. PERNICE, *Labes*, III, p. 22.

(6) *Istituzioni*, II p. 219, n. 1.

(7) Su questo più innanzi ad II, 1 di questo studio.

a f. d. t. fra i contraenti. Per questo riguardo bisogna distinguere, a mio avviso, fra la *stipulatio* e fra i singoli contratti causali.

Distinguendo così vogliamo anzitutto rilevare come vi sia una differenza fondamentale fra la *stipulatio*, come contratto formale, e fra i singoli contratti causali, non formali, che, mentre nel primo caso si applica il criterio formale della *sollemnitatis verborum*, la quale rende la *stipulatio alteri* invalida del tutto, nell'altro caso, invece, questo criterio formale è inapplicabile. Già da questa considerazione segue che nell'ambito dei contratti causali la convenzione di prestare al terzo non si può dire senz'altro invalida fra i contraenti stessi. La questione se tale convenzione abbia efficacia o meno, dipende dal contenuto tipico della rispettiva causa contrattuale, si deve cioè vedere se la convenzione di prestare al terzo sia compatibile col contenuto del rispettivo contratto. Ad esempio la struttura classica del deposito, del comodato, del mutuo esclude la convenzione di prestare al terzo (8). Invece alla compravendita può aggiungersi il patto a favore del conduttore (*sinere colomum*), o il patto di riscatto a favore del debitore pignoratizio; la figura del mandato ammette senz'altro la convenzione di prestar al terzo (*mandatum aliena gratia*) (9). Questo criterio non si applica alla stipulazione, che ci appare di fronte ai singoli contratti causali come una mera, incolore promessa di prestazione; in questo senso appartiene alla stessa categoria della stipulazione anche il *constitutum debiti* e il *receptum argentarii* (10) (cfr. I. 5 § 5 D 13, 5 *quod si mihi constitueris Sempronio te soluturum, non teneberis*). Si potrebbe

(8) Su questo v. capo II in principio e III.

(9) Su questo v. capo II.

(10) Confr. SIBER, *Römisches Recht*, III, p. 177. In questo originale e moderno trattato di diritto romano si trova questa nuova sistemazione dei contratti: a) *blosse Leistungsversprechen* (*Verbal- kontrakt, Literalkontrakt, Praetorische Pakta* [*receptum arbitri, constitutum debiti*]); b) *Rechtsgrundsverträge*.

lire che la mera, incolore promessa di prestazione ad un terzo, sia una cosa molto analoga alla promessa della prestazione impossibile.

Da queste considerazioni segue che è necessario studiare separatamente la *stipulatio alteri* e le convenzioni di prestare ad un terzo, aggiunte ai contratti causali. Lo faremo in seguito.

Prima vogliamo riassumere brevemente il trattamento classico dei contratti a f. d. t. rispetto al terzo. Lo possiamo fare già in questo punto, tanto più che abbiamo visto che sotto questo riguardo non si distingue se si tratti della *stipulatio alteri*, di contratti causali o di patti a favore di terzi.

Il punto di partenza era, come è notissimo, la nullità. I contraenti non possono fare sì che il terzo, a favore di cui fanno il contratto, sia questo stipulazione o qualche contratto causale, acquisti azione. Senonchè la giurisprudenza ha cercato di escogitare vari mezzi per rendere efficace il contratto a f. d. t. almeno in via indiretta.

1) Nel campo della *stipulatio alteri*, che era non solo inefficace a generare azione al terzo, ma che era condannata già dal punto di vista della *conceptio verborum* ad essere nulla (al pari della *stipulatio heredi*), si trattava di cercare il rimedio in via cautelare, di escogitare nuove clausole stipulatorie, adatte ad assicurare al terzo la prestazione almeno indirettamente. La giurisprudenza classica ottenne questo risultato adoperando ad es., la clausola dell'*adiectio solutionis causa* in questa funzione. Per mostrare brevemente l'opera compiuta dalla giurisprudenza in questa materia, basti citare solo gli schemi di tali clausole: *mihi aut Titio; mihi aut Titio, utrum ego velim; mihi decem* (la pena) *aut Titio quinque* (la propria prestazione); *mihi decem* (la pena) *aut Titio hominem* (la propria prestazione). Mi sono occupato già in altra occasione (11) della importanza di queste clausole, adoperate dalla giurisprudenza

(11) Appunti, ecc., *Studi Riccobono*.

esscientemente a questo scopo, compiendo anche una minuta esegesi dei testi relativi. Gli schemi citati sono già di per sé testimonianza vivissima, anche se, fino adesso, nella scienza romanistica, molto poco apprezzati. Ma la giurisprudenza e la prassi giudiziale ammisero poi i mezzi ancor più energici, come dimostrarono il Bonfante (12) e il Riccobono (13): l'*exceptio doli* e talvolta perfino un'azione (azione *causa cognita*, *actio ficticia ex stipulatione*). E se i mezzi cautelari sopra citati assicuravano la prestazione al terzo dal punto di vista dei mezzi coattivi che ne derivano al promissario, nell'azione menzionata c'era un mezzo coattivo accordato al terzo medesimo.

2) Nel campo dei tipici contratti causali si trattava, come abbiamo già osservato, di altro: si doveva esaminare se il patto di prestare al terzo fosse compatibile col contenuto tipico del contratto. Lo vedremo studiando i singoli casi, documentati nelle fonti. E allora ammesso che tal patto fosse compatibile col contenuto del contratto, era nello stesso tempo deciso che il promissario poteva agire coll'*actio* derivantegli dal

(12) Un contratto a favore dei terzi nell'era classica; *Scritti*, III, p. 241 segg.; *Istituzioni*, p. 399, n. 1.

(13) Lineamenti d. dottrina d. rappresentanza diretta in diritto romano, *Annali Sem. giur. Palermo XIV*, p. 404, 434 segg. Diritto romano e diritto moderno, p. 20 segg. Il Riccobono ha mostrato come ad es. il « *Favor dotis* » e « *Affectio personarum* » suggeriscono alla giurisdizione pretoria ed imperiale la concessione dell'*actio utilis*, cioè dell'*actio ficticia ex stipulatione*. I compilatori non comprendevano naturalmente i cauti mezzi della tecnica giuridica classica. In tal caso, dove il diritto classico non aveva a disposizione che al più un'*actio ficticia ex stip.* o *actio ex decreto*, i compilatori ammettono senz'altro un'*actio utilis*. Così appunto nel caso di *pactio* e *stipulatio* di restituzione della dote a favore di un terzo. Ma è molto caratteristico, che essi non deducono quest'azione dalla stipulazione, bensì espressamente dal *pactum* (*permittendum nepti ex hac avita conventione utilem actionem*, fr. 45 D 24, 3). Tale era la forza tradizionale del *domma alteri stipulari nemo potest*. Questo è tanto più caratteristico per i compilatori, se si consideri che nel diritto giustiniano la stipulazione è materialmente divenuta patto, convenzione.

contratto. Quanto ad accordare l'azione al terzo ostava la regola *alteri cavere nemo potest*. Ma come risulta, ad es., dai Frammenti Vaticani 286, e come dimostrarono il Pacchioni, il Bonfante e il Riccobono, nei casi estremi la giurisprudenza classica non esitava a concedere un'azione al terzo medesimo, azione che veniva a lui concessa dal pretore, *causa cognita* (14).

I.

1. L'invalidità della *stipulatio alteri* si presenta come un problema duplice. Per quel che concerne la posizione del terzo, l'impossibilità di acquistargli l'azione è fondata sul *domma: alteri cavere nemo potest* (15), *domma* applicabile anche fuori del campo della stipulazione. Si tratta d'ostacolo *dommatico*, avente riscontro nel caso parallelo della *stipulatio heredi* (16). Né l'erede, né il terzo possono acquistare dalla stipulazione concepita a loro nome. Lo stesso vale, come si è detto, anche fuori della stipulazione. Così, ad es., il patto, aggiunto al deposito, di restituire la cosa al terzo, o, all'erede, è invalido (cfr. C. 3, 42, 8. D 16, 3, 1, 48). Per quel che concerne la posizione dello stipulatore l'invalidità della stipulazione trova la sua giustificazione nei principi fondamentali della stipulazione ro-

(14) Cfr. PACCHIONI, op. cit., p. 54; BONFANTE, op. cit., p. 246; RICCOBONO, op. cit. 404, 434.

(15) In questo senso giustamente il PERNICE, *Labeo*, III, 1, p. 193. Contro il PACCHIONI, op. cit. 10, il quale a torto semplifica il problema dichiarando i contratti a f. d. t. assolutamente nulli, sia fra le parti, sia di fronte ai terzi. Ma vedremo che l'invalidità della *stipulatio alteri* di fronte ai terzi e l'invalidità di questa fra le parti siano due problemi indipendenti, di cui ognuno ha un suo proprio fondamento giuridico. Vedremo poi che bisogna, in linea di principio, distinguere la *stipulatio alteri* dai contratti causali a favore dei terzi, ed appunto il confronto della *stipulatio alteri* con altri contratti a f. d. t. ci illumina sulla duplicità del problema di cui parliamo.

(16) Cfr. RABEL *Gründzüge*, p. 505.

nana. Basta leggere la motivazione generale dell'imperatore Antonino: *cum nihil actum sit ea verborum conceptione* (c. 3, C 8, 37 [38]), e l'analisi giuridica che ci riporta più minutamente Paolo nel notissimo frammento 126, 2 D 45, 1: *plerumque — Riccobono (17) semper — enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: numquam personam*. Questo significa che per riguardo alla persona, che deve acquistare dalla stipulazione, sono decisive le parole della stipulazione; se vi sia contenuto il nome del terzo, come di quello cui l'*obligatio principaliter quaerebatur*, allora la stipulazione è così concepita che lo stipulatore non può acquistare per essa; questo concetto possiamo, adoperando la locuzione delle fonti (18), formularlo così: *non facit conceptio stipulationis, ut in persona stipulatoris stipulatio valeat* (19).

La duplicità del problema, testè rilevata, non è propria

(17) SAVIGNY *und Zeitschrift*, 43, p. 276.

(18) Cfr. il testo citato di PAOLO ed un altro testo di PAOLO, *ir. 98 § 5 D 46, 3: contra si mihi quinque ecc.*

(19) A torto giustifica il PERNICE (op. cit., p. 193), l'invalidità della stipulazione per questo riguardo coll'accento alla mancata volontà dello stipulatore di acquistare a sè. In questo punto giustamente il PACCHIONI, op. cit., p. 11 segg., il quale però non separa quest'invalidità da quella di fronte al terzo. Giusta è la formulazione del PEROZZI (*Istituzioni*, 2. ed. II, p. 217, nota) che il diritto classico «condanna puramente e semplicemente una *conceptio verborum*; esso annulla la stipulazione riducibile» per la formula «al tipo *alteri dari*». Però lo stesso bisogna dire della formola *alteri facere* (PACCHIONI, op. cit., App. p. 384 segg.). E poi si tratta a cercare quale era quel concreto difetto formale che impediva l'acquisto allo stipulatore. Credo che per questo riguardo sia decisivo il testo citato di PAOLO, interpretato sopra. La motivazione citata di PAOLO appartiene alla decisione di questo caso. Si tratta di due stipulazioni, una riferentesi al capitale, suonante al nome di un terzo, un'altra, *stipulatio usurarum*, non contenente più il nome del terzo. Deciso che la prima stipulazione sia invalida si procede all'analisi dell'altra stipulazione: *sequens stipulatio, in qua sine adiectione*

solo alla stipulazione *alteri*, bensì, come abbiamo già detto, appartiene al campo delle convenzioni a favore dei terzi in generale. La regola *nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest*, che rende impossibile l'acquisto al terzo dalla stipulazione *alteri*, dichiara nello stesso tempo impossibile tale acquisto da qualsiasi convenzione a favore di terzi, cioè da convenzioni pretorie o da patti (o *leges*) aggiunti a qualche contratto causale. Così la regola di M. Scaevola abbraccia tutto il campo alle convenzioni.

Per quel che riguarda la posizione del promissario, bisogna distinguere la stipulazione *alteri* dalle convenzioni a favore di terzi in generale. Nella *stipulatio alteri* vi era la difettosa concezione delle parole che impediva l'acquisto allo stipulatore; dalla regola *alteri cavere nemo potest*, non seguiva in questo punto niente. Anche nei contratti causali a favore di terzi la questione della validità del contratto per il promissario era indipendente dalla regola *alteri cavere nemo potest*, ma diversamente che nel campo della *stipulatio*, la giurisprudenza non era vincolata dal criterio formale della formulazione delle parole del contratto e allora poteva procedere più liberamente ad esaminare se la convenzione fosse compatibile col contenuto del contratto.

Il dogma *nec stipulando quisquam alteri cavere potest*, giustificazione dell'invalidità della *stipulatio alteri* di fronte al terzo, vale anche nel diritto giustiniano, benchè attenuato da eccezioni (20). Invece quel criterio formale, giustificante la

nominis usuras stipulatus est, non eodem vitio laborat (neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum usuras, cui et sortem videri — interpolato, BESELER, Beiträge III, 147), ideoque in liberti persona valet stipulatio usurarum et cogitur eam patrono cedere. La stipulatio mihi dari non si può annullare interpretandola come intesa al nome di un terzo che non vi è stato nominato. Per quel che riguarda la persona, che deve acquistare, decidono le verba stipulationis. Quando sia nominata nel verba stipulationis altra persona dello stipulatore, allora questi non può acquistare. Cfr. anche SEGRÉ, Studi Simoncelli, p. 341.

(20) BONFANTE, *Istituzioni*, p. 398.

nullità di tale stipulazione fra le parti, *numquam personam inesse stipulationi ex eo quod agi apparebit*, cede il posto nello sviluppo, seguente l'epoca classica, all'altro criterio, cioè al criterio della volontà, con cui c'incontriamo, per la prima volta, in un rescritto di Diocleziano, c. 26, C 5, 12: *si genero dolem dundo pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem* (21)

Si tratta evidentemente di una nuova concezione che si affaccia nella questione. Interessante è il confronto con un'altra costituzione di Diocleziano (c. 6 § 3 C 4, 50) adoperante per la decisione d'un caso analogo (compera a nome del terzo), la medesima motivazione: *dum tibi non vis nec illi potes* (22). Il nuovo criterio della volontà avvicina evidentemente la *stipulatio alteri* ai contratti a favore di terzi in generale e mostra una certa decadenza del formalismo classico della stipulazione. Per questo potrebbe pensarsi forse che si tratti d'interpolazione (23).

(21) Per l'interpolazione del testo: *extraneo constituto*, cfr. RICCOBONO, *Diritto romano e diritto moderno*, p. 22, n. 1, ALBERTARIO, *Studi Bonfante*, I, p. 670.

(22) Vale lo stesso anche per la compravendita, contratta a favore d'un terzo? Bisogna, anzi tutto, domandare, se sia affatto concepibile una compra vendita a f. d. t. (vedo di no. Ho già detto che in tema di contratti causali sia più preciso di parlare di patti, aggiunti al contratto, di prestare ad un terzo, che non di tale contratto a f. d. t. Ma bisogna poi considerare che contenuto di tale compravendita sono le obbligazioni reciproche delle parti, che, quindi, tal contratto a favore del terzo è per sua natura insieme un contratto all'onere del terzo. Allora non si può pensare qui che o alla rappresentanza, o al patto aggiunto al contratto, il quale patto deve naturalmente esser compatibile col contenuto tipico del contratto per poter rientrare nell'azione da contratto. Ma su questo più tardi.

(23) Scrivendo questo, non voglio affermare che questo criterio di volontà fosse del tutto estraneo al diritto classico. Non c'è dubbio che l'idea di cui si tratta qui, che cioè la volontà di acquistare al terzo escluda la volontà di acquistare a sè, sia giusta. Ma voglio rilevare che l'invalidità della *stipulatio alteri* si spieghi pienamente

Ad ogni modo la giustificazione originale, propria dell'invalidità della *stipulatio alteri* per la stipulatore è quella documentata ancora da Paolo, cioè la difettosa *conceptio verborum*. Si potrebbe, è vero, anche domandare, se non si tratti forse d'una concezione proculeiana, divenuta poi, nel diritto posteriore, dominante. A questa domanda mi conduce la considerazione che nella trattazione proculeiana del tipo *mihi et alteri*, documentataci da Gaio (III, 103), è implicitamente contenuta notevole accentuazione dell'elemento della volontà (24). Ma dubito che se ne possano dedurre conseguenze per il caso della *stipulatio alteri*. Infatti, nella *stipulatio sibi et alteri*, come la concepiscono i Proculeiani, lo stipulatore si fa promettere validamente la prestazione, o più precisamente, secondo l'intenzione delle parti, la metà della prestazione; l'altra metà della prestazione è stipulata invalidamente, poichè viene riferita, secondo l'intenzione delle parti, al terzo. Invece nella *stipulatio alteri* c'è già la difettosa *conceptio verborum* che rende impossibile l'acquisto allo stipulatore, e che quindi giustifica pienamente la nullità della stipulazione, almeno nell'epoca in cui il formalismo della stipulazione è ancora in pieno vigore, e in questo punto fondamentale non vi era differenza fra le scuole. C'era, dunque, il criterio formale della *conceptio ver-*

e in prim'ordine col criterio formale della *conceptio verborum*, accanto alla quale spiegazione il criterio di volontà appare secondario.

Ma si tratta ancora dell'ulteriore problema che possiamo esaminare in questa connessione. Ho già prima detto che accanto alla stipulazione *alteri* debba porsi nella stessa linea (di fronte ai contratti causali) il *constitutum debiti* a f. d. t. documentato in questa funzione nelle fonti (fr. 5 § 5 D 13, 5). Non spiegheremo, naturalmente, l'invalidità del *constitutum debiti* a f. d. t. col criterio formale della *conceptio verborum*. Qual è allora la spiegazione di questo? Le fonti non ci danno risposta. Si potrebbe pensare al criterio di volontà. Ma a me pare più adatta a spiegare il fenomeno l'idea che la mera incolare promessa di prestazione al terzo a cui appartiene e il *constitutum debiti* a f. d. t. e la *stipulatio alteri* sia una cosa analoga alla promessa della prestazione impossibile.

(24) Di questo tratterò più tardi, (ad I, 8).

borum che giustificava per la giurisprudenza classica l'invalidità della *stipulatio alteri* fra le parti. Anche per questo riguardo c'è un riscontro nella *stipulatio heredi*.

2. E allora bisogna occuparci particolarmente di questo nuovo problema, della connessione delle stipulazioni *alteri* e *heredi*. Credo che la nullità di ambedue i tipi della stipulazione abbia un comune fondamento giuridico (25). Se nonchè nella scienza romanistica non c'è accordo su questo. Si dubita da alcuni circa la esattezza di tale posizione del problema, si dubita, cioè, se sia giustificabile di porre a raffronto i due tipi come casi derivanti dalla medesima base giuridica. Basta citare, ad es., il Pacchioni (26). « Gaio ci dice che la nullità delle stipulazioni a favore degli eredi aveva il suo fondamento in ciò: *quia inelegans visum est ab heredis persona incipere obligationem*. E questa spiegazione, per quanto in se stessa poco idonea, pure è sufficiente a dimostrare che il divieto, a giustificazione del quale veniva invocata, aveva un fondamento tutto suo proprio, indipendentemente dalla regola *alteri stipulari nemo potest*. Per vero delle stipulazioni a favore degli eredi, Gaio stesso tratta nei paragrafi delle sue *Istituzioni*, ove si occupa della nullità delle stipulazioni dovute ad impossibilità della prestazione in esse dedotta, come oggetto: in nessuno dei frammenti che trattano di queste stipulazioni trovasi il più lieve accenno alla dottrina dei contratti a favore di terzi. La nullità delle stipulazioni a favore degli eredi veniva considerata soltanto nei rapporti fra stipulante e promittente ».

3. Anzi tutto bisogna delimitare il tema. Sono le clausole *alteri* ed *heredi*, veramente due clausole parallele e lo sono

(25) Così ad es. il RABEL (*Grundzüge* p. 505): *Ein Dritter ist auch der Erbe, und daraus erklärt sich wohl am zwanglosesten, dass die Obligation nicht in der Person des Erben anfangen kann*. Cfr. ACCARIAS, *Droit romain*, p. 267, n. 523. GIRARD, *Droit romain*, p. 471.

(26) Op. cit., p. 73 segg.

esse sole? Bisogna constatarlo, perchè nella scienza* (27) si mescolano quasi generalmente le stipulazioni *heredi* con quelle *post mortem*. Ma qui c'è, a mio avviso, un malinteso, poichè bisogna distinguere per la nostra questione fra la stipulazione *heredi* e fra gli altri tipi di tal genere, cioè *post mortem* o *pridie quam moriar*. Non voglio escludere che si tratta di fenomeni vicini; appunto per questo Gaio tratta della stipulazione *heredi* in vicinanza delle stipulazioni *post mortem*, *pridie quam moriar*. Ma voglio rilevare che dal punto di vista formale, quel che riguarda la base giuridica (a differenza della base pratica, sociale), c'è la differenza concettuale fra la *stipulatio heredi* da un lato, e fra le stipulazioni *post mortem* e simili dall'altro (28). Lo dimosterò trattando dei singoli elementi del problema. Intanto una sola prova, molto persuasiva, ci vien data dal testo di *Istituzioni* di Gaio (III, 100).

Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: post mortem meam dari spondes?... nam inelegans 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 se-

(27) Cfr. SCHEURL, *Beiträge*, p. 102 segg.; VANGEROW, *Pandekten*, III, § 608 ad 1, 2 e.; DERNBURG, *Pandekten*, II, p. 54; CZYHLARZ SAN NICOLÈ, *Institutionen*, p. 206; RABEL, *Grundzüge*, p. 505; PACCHIONI, op. cit., p. 73 segg. Una certa distinzione nel senso sopra indicato, senza però dedurne conseguenze, fanno: ACCARIAS, op. cit., p. 267; GIRARD, op. cit., p. 471. Altra distinzione fra le clausole in esame si trova sviluppata nello studio del VASSALLI, *Di talune clausole con riferimento al dies mortis*, studio che non ho, purtroppo, a disposizione. Cfr. KOSCHAKER, *Savigny Zeitschrift*, 34, p. 427.

(28) Molto giustamente osserva il BONFANTE (*Scritti*, III, p. 266): « D'altra parte mi sembra si possa desumere dalle due leggi giustificate che occorressero nella giurisprudenza classica due formole parallele: *ab heredibus (vel contra heredes) obligatio*, ecc., e *post mortem debitoris vel creditoris (vel contractus vel pactio) conferri non potest* ».

cuta in prdeteritum reducitur stipulatio et quodammodo talis est: heredi meo dari spondes? quae sane inutilis est.

Gaio (29) dichiara nulla (per effetto della regola *ab heredis persona*, ecc.), solo la *stipulatio post mortem meam dari*, estendendola poi al tipo *pridie quam moriar*. Da questi due tipi separa la *stipulatio heredi*, come *quodammodo talis*, cioè materialmente vicina a quelli, ma formalmente diversa, indipendente, ed aggiunge, mostrando così implicitamente la formale indipendenza di questo tipo: *quae sane inutilis est*. Vedremo più tardi che Gaio a ragione separa questi tipi. Intanto è chiaro che dalla sola collocazione sistematica nulla si può desumere per la base giuridica della *stipulatio heredi*.

4. Sgombrato così il terreno della nostra questione, possiamo procedere allo svolgimento e alla dimostrazione della tesi che tanto la *stipulatio alteri* quanto la *stipulatio heredi*, hanno lo stesso fondamento giuridico, dal quale segue appunto la nullità di tutti i due casi.

Infatti, lo stipulante non può agire nè in base alla *stipulatio alteri*, nè in base alla *stipulatio heredi*, appunto perchè l'azione si trovava ad essere in contraddizione coi *verba stipulationis: numquam personam inesse stipulationi ex eo quod agi apparebit*, vale anche per la *stipulatio heredi*. Le fonti, è vero, non ci attestano quest'applicazione della regola, testè citata, ma ciò non deve destar meraviglia, chè i testi riferentisi direttamente alla stipulazione *heredi* sono scarsissimi. Più grave è il fatto che la nullità di questa stipulazione pare nelle fonti (Gaio) concepita come conseguenza della regola *ab heredis persona*, ecc., regola inapplicabile al caso della *stipulatio alteri*. Ed appunto questa è la concezione quasi generalmente riconosciuta dalla scienza romanistica. Ma credo sia a torto, perchè tale concezione non è giusta, ne è giustificata dalle fonti. Infatti Gaio giustifica con la regola *ab heredis persona*, ecc., solo la nullità della *stipulatio post mortem* e di quella *pridie*

(29) Cfr. PEROZZI, *Istituzioni*, II, p. 221; BOHACEK, *Annali Sem. Giur. Palermo*, XI, p. 331.

quam moriar, non già la nullità della *stipulatio heredi*. E ciò a ragione, perchè, come vedremo più tardi, la nullità dei tipi *post mortem* e *pridie quam moriar* è pienamente giustificata dalla regola *ab heredis persona*, invece nella stipulazione *heredi* questa regola non basta a spiegare tutto il fenomeno giuridico. Ma di questo più tardi. Qui si tratta anzi tutto di dimostrare, se è possibile, la tesi che vi è appunto la regola *numquam personam inesse stipulationi ex eo quod agi apparebit* che spiega la nullità della *stipulatio heredi* così come spiega la nullità della *stipulatio alteri*. E questo possiamo provare, malgrado la scarsezza delle fonti. La prova la troviamo nel testo di Ulpiano (f. 1, § 46 D 16, 3), testo breve, ma prezioso per la dottrina di contratti a favore d. t., finora non sufficientemente apprezzato.

Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus agere, ego mutata voluntate.

Il deposito *heredi* poteva esser salvato mediante interpretazione che nel *heredi* fosse in questo caso naturalmente contenuto anche *sibi*. E allora, perchè nella *stipulatio heredi* è esclusa una interpretazione e costruzione di tal genere? Perchè non si può interpretare che in *heredi* sia implicitamente contenuto almeno *mihi cum moriar*? Evidentemente, perchè vale la regola *numquam personam inesse stipulationi ex eo quod agi apparebit*.

Se si dà, dunque, uguale valore giuridico alle stipulazioni « *alteri* » e « *heredi* » per quel che riguarda la posizione dello stipulatore, allora si può già *a priori* ritenere che ambedue i tipi siano ugualmente apprezzati anche rispetto al terzo, rispettivamente l'erede. Poichè, il terzo, rispettivamente l'erede, non possono agire, perchè estranei alla conclusione del contratto; possiamo brevemente dire: che non si può « *cavere* » nè a pro del terzo, nè a pro dell'erede. Non di meno bisogna riconoscere che le fonti non pongono accanto alla regola *alteri cavere nemo potest* una regola analoga *heredi* o *heredibus cavere n. p.* Ma la mancanza di questa regola si può, a mio avviso, spiegare bene. Teoricamente è vero che non si può

« *cavere* » (o « *acquirere* ») *heredibus*. Ma questa regola, esaminata dal punto di vista pratico, potrebbe destar obiezioni. Infatti, ognuno, può « *cavere* » a pro dell'erede, suo successore, stipulando per sè, specialmente adoperando a tale scopo la clausola *cum moriar* (Gaius III, 100). L'erede può, conformemente alla volontà dello stipulatore, acquistare dalla stipulazione contratta a suo favore, e quest'obbligazione si può almeno teoricamente concepire come oggetto dell'eredità, come si vede appunto nella *stipulatio cum moriar*. Ma se è possibile la stipulazione *cum moriar heredi dari*, da cui l'erede acquista, non si può giungere ad un simile risultato almeno praticamente nella stipulazione *cum moriar alteri dari*. La volontà dello stipulatore di acquistare dopo la sua morte al terzo (il quale non è erede) non si potrebbe realizzare altro che riferendo tale obbligazione alla successione, vale a dire stipulando *cum moriar mihi dari*, vincolando poi l'erede mediante *legatum nominis*, o vincolando l'erede e il debitore mediante *fideicommissum a debitore relictum*, a prestare al terzo. Da questo segue: di fronte all'assoluta impossibilità di *cavere* (*paciscendo, legem dicendo, stipulando*) ad altri sta, per quel che riguarda l'erede, l'impossibilità di stipulare per lui mediante la clausola *heredi dari*, o, *post mortem meam dari*, ma la possibilità di acquistargli stipulando *cum moriar dari*, o, *mihi et heredi meo dari*, e, in ultima analisi la possibilità di acquistargli generalmente stipulando semplicemente *mihi dari*, poichè l'erede subentra in ogni rapporto obbligatorio. Ma con queste riserve, che riguardano solo l'aspetto pratico, dobbiamo riconoscere che la posizione dell'erede (nella *stipulatio heredi*) e la posizione del terzo (nella *stipulatio alteri*) devono esser apprezzate giuridicamente nello stesso modo. Vi era solo il vivo senso dei giureconsulti romani per l'aspetto pratico delle norme che loro impediva di formulare la regola *heredi cavere* (stipulando ecc.) *nemo potest* nel caso che ci interessa, regola vera dal punto di vista meramente teorico. Per la giurisprudenza si trattava, ed appunto dal punto di vista pratico, di enunciare un'altra regola, più limitata, che cioè non si può

cavere a pro dell'uno di più eredi: non posse nos uni ex heredibus acquiri, quod dari stipulamur (Venuleius, 1. I *Stipulationum*, fr. 137 § 8 D 45, 1). Naturalmente: la regola stipulando *heredibus cavere nemo potest* si mostrava generale quale era praticamente inutile, importanza pratica si vedeva giustamente invece nella formulazione più ristretta, *quod dari stipulamur, non possumus uni ex heredibus acquirere*. Possiamo dire che praticamente, ma solo praticamente, vale accanto alla regola *alteri cavere* (stipulando ecc.) *nemo potest* la regola *uni ex heredibus cavere* (stipulando ecc.) *nemo potest*.

Dall'esame, fatto fin qui, risulta che la nullità di ambedue i casi studiati, della *stipulatio* « *alteri* » e « *heredi* » si fonda su una base giuridica, assolutamente identica. Ma dobbiamo completare queste indagini domandando: allora la regola *ab heredis persona* ecc. che spiega nel modo più completo la nullità dei tipi *post mortem* e simili, è priva d'ogni importanza per il tipo *heredi*? Alla questione non si può dar risposta precisa, perchè le fonti tacciono assolutamente su questo. Ma se anche non vogliamo negare ogni effettuazione della regola nella nostra ipotesi, dobbiamo nondimeno constatare che essa non esprime tutto il fenomeno giuridico, e che bisogna completarla con la regola *alteri cavere* (stipulando) *nemo potest*. Lo spiego subito. Nella stipulazione *heredi* sono congiunti due elementi di nullità: 1) l'erede è persona estranea al contratto, 2) l'obbligazione deve nascere dopo la morte dello stipulatore. Se si considera la stipulazione *heredi* dal punto di vista della scadenza, e si fa la questione, se l'erede possa agire da quella stipulazione, allora si domanda in primo luogo, se tale obbligazione faccia parte dell'eredità. Allora si constata che la *stipulatio heredi* non è fra i rapporti in cui subentra il successore. Fin qui si vede applicata la regola *ab heredis persona* ecc. Ma quando si pone la ulteriore questione, perchè non può l'erede agire come persona nominata nei *verba stipulationis*, allora non c'è altra giustificazione che l'accento al fatto che non ha partecipato alla conclusione del contratto. La giustificazione *ab heredis persona obligatio incipere non potest* non

ci basta più. E non si obietti forse che questa ulteriore analisi del problema può apparire troppo sottile o superflua. Possiamo dimostrare che quest'analisi non è estranea alle fonti.

5. Ne è prova il fr. 45 § 2 D 45, 1. *Si quis ita 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.* Testo molto difficile questo, interpretato diversamente, ritenuto interpolato già dal Fabro. Limitiamoci alla questione che ci interessa qui, nella quale è appunto tutta la difficoltà del testo. Si tratta della stipulazione *post mortem meam filiae meae dari*. La decisione: *filiae utilis actio competit licet heres ei non existat*, è evidentemente interpolata. Sappiamo dalle istituzioni di Gaio che la stipulazione *post mortem meam dari* era nel diritto classico nulla.

Giustiniano dichiarò la stipulazione *post mortem* valida. Conforme a questo nuovo principio, i compilatori hanno alterato il testo. Dalla stipulazione *post mortem meam filiae meae dari* può adesso la figlia agire « direttamente » come successore: *utiliter erit stipulatus*. A questo aggiungono i compilatori evidentemente ispirati dal motivo della *affectio personarum*, l'ulteriore decisione, che alla figlia compete un'*actio utilis* anche nel caso che non diventasse successore. Ma credo che non si tratta del tutto d'innovazione compilatoria. Infatti si potrebbe pensare, seguendo i suggerimenti del Riccobono, che già la giurisprudenza classica non fosse sfavorevole ad accordare un'*actio causas cognita* alla figlia dopo la morte dello stipulatore, anzi questo si può nella nostra ipotesi provare con molti argomenti, di cui nella seguente nota. Il mutamento, che così subì il testo, è molto caratteristico. Il diritto classico: la stipulazione *post mortem meam filiae meae dari* era nulla: la figlia non poteva agire per essa; ma si poteva accordarle un'azione *causa cognita*, per rispetto all'*affectio personarum*. Il diritto giustiniano: tale stipulazione è valida, naturalmente prima di tutto a favore della figlia come successore; nel caso che la figlia non diventasse erede, le compete un'*actio*

utilis. Ed allora il testo contiene queste interpolazioni, ma solo queste: *utiliter erit stipulatus*, invece dell'originario *inutiliter e. st.* 2 *sed primo casu filiae utilis actio competit*, interpolazione di carattere piuttosto formale, trattandosi delle parole che hanno sostituito la decisione classica, materialmente molto simile, che cioè si può accordare alla figlia *respectu personarum* un'azione *causa cognita*. 3 *licet heres ei non existat*, interpolazione evidentissima, dichiarante implicitamente che dalla stipulazione citata compete alla figlia come erede l'azione senza nessun dubbio — conseguenza delle costituzioni di Giustiniano —, ed estendente l'antica azione *causa cognita* nella nuova veste di competente azione utile alla nuova funzione; i classici, accordando alla figlia un'azione *causa cognita*, non l'accordavano (e non potevano farlo) per il caso che la figlia non diventasse erede, perchè anche nel caso contrario la situazione giuridica era per loro uguale. Anzi io credo che nella stipulazione citata la parola « *filiae* » abbia piuttosto significato « *filiae heredi* », e che il ragionamento del giurista classico fosse presso a poco questo: la figlia non può agire dalla stipulazione *post mortem m. filiae m. dari*, perchè la stipulazione è inutile (*ab heredis persona* ecc.); ma si potrebbe domandare se, malgrado che tale stipulazione sia esclusa dalla successione, si possa accordar un'azione *causa cognita* alla figlia (*respectu personarum*) come la persona nominata nella stipulazione, alla quale conforme alla volontà dello stipulatore *obligatio principaliter quaerebatur*. E come si dovrebbe rispondere, l'abbiamo detto (30).

6. Ed allora ecco quello che volevo provare e desumere

(30) Nella scienza si ammette quasi generalmente che nel testo citato la formola della stipulazione suonasse originariamente così: *mihi et post mortem meam filiae meae dari* (CZYHLARZ, *Dotatrecht*, p. 442, n. 10; LENEL, *Paltingenesia*, II; ULPIANUS, 2976; KRÜGER, *Digesta* 1911; PACCHIONI, op. cit., p. 75, n. 1). Si emette poi che l'ultimo periodo del testo: *sed primo casu filiae utilis actio competit, licet heres ei non existat*, sia interpolato, che debbasi allora escludere dal significato originario del testo (FABER, *Coniecturae L.*, XIX,

dal testo. La *stipulatio heredi dari* è invalida: *inelegans visum est ab heredis persona incipere obligationem*. Escluso che tale contratto sia oggetto della successione, si potrebbe domandare, se forse l'erede non potesse agire come persona nominata nei *verba stipulationis*. Tale analisi non era, come abbiamo visto nel testo citato, affatto superflua e troppo sottile. Naturalmente quest'analisi non poteva, in linea di principio, condurre ad altro risultato che quello dell'esclusione dell'azione, ma questa volta non già motivata dalla regola *ab heredis persona ecc.*, bensì dalla regola *alteri cavere (stipulando ecc.) nemo potest*; per ragioni di equità e nei casi estremi si accordava talvolta all'erede, nominato nella stipulazione, un'azione *causa cognita*.

Concludiamo. La regola *ab heredis persona obligatio incipere non potest* non ci spiega tutto il fenomeno della *stipulatio heredi*. C'è la menzione dell'erede, cioè della persona « cui obligatio quaerebatur », diversa dallo stipulatore, che annulla

Cap. XIX; KRÜGER, *Digesta ad op. cit.*; PACCHIONI, *op. cit.*, p. 75 n. 1; PEROZZI, *Istituzioni*, I, p. 407 n. 2).

Dubiterei che sia vero questo modo di intendere il testo. Non credo che i compilatori avessero eliminate le parole *mihī et*. Infatti: 1) si può difficilmente supporre che Ulpiano si fosse limitato a constatare: *si quis ita stipulatus sit mihī et post mortem meam filiae meae dari, vel ita... utiliter erit stipulatus*; ciò sarebbe posto che *filiae* significhi *heredi* (altrimenti non si potrebbe parlare della *stipulatio utilis*), una constatazione quasi banale. 2) Ma ancor più difficilmente si può supporre che Ulpiano avesse confrontato la stipulazione *mihī et post mortem meam filiae*, colla stipulazione *post mortem filiae mihī*; al contrario niente di più naturale che il confronto delle clausole: *post mortem meam filiae* e *post mortem filiae mihī* (cfr. analoga proposizione e soluzione nel fr. 108, D 46, 3). 3) Non si capisce bene perchè i compilatori dovessero eliminare le parole menzionate, perchè esse siano innocue e per la decisione riprodotta nel *Digesto* del tutto irrilevante. 4) Notevole argomento è l'*actio utilis*, menzionata nella decisione, che è a mio avviso, eco dell'antica *actio causa cognita*. Si può quasi con certezza escludere che si tratti del tutto d'innovazione giustiniana. Infatti, posto che Ulpiano si limitasse a constatare che colui che abbia stipulato *mihī*

la stipulazione. Ma si noti che questa considerazione è invece inapplicabile agli altri tipi delle stipulazioni, fatti a favore degli eredi, cioè delle stipulazioni *post mortem, resp. pridie quam moriar*. La nullità di questi tipi è conseguenza diretta della regola *ab heredis persona ecc.*, che la spiega pienamente; l'ulteriore analisi, la questione se forse l'erede non potesse agire come la persona nominata nella stipulazione, è evidentemente esclusa. Ed allora a ragione il Gaio (nel frammento già citato, III, 100) separa la stipulazione *heredi* dagli altri tipi vicini, *post mortem, resp. pridie quam moriar*, mostrando implicitamente che la *stipulatio heredi* è, per quel che riguarda la base giuridica, vicina alla *stipulatio alteri. Quod erat demonstrandum*.

7. Ci resta solo a completare queste indagini rispetto al diritto giustiniano. Giustiniano (c. 11 C 8, 37; § 13 I 3, 19; c. un. C. 4, 11) dichiarò valida la stipulazione *post mortem*, rispettivamente quella *pridie quam moriar* parificandole alla stipulazione *cum moriar* riconosciuta valida già nel diritto classico; ed abolì espressamente la regola *ab heredis persona obligatio incipere non potest*, da cui appunto seguiva la nullità di

et post mortem filiae, abbia stipulato validamente, e posto poi che i compilatori eliminassero le parole *mihī et* come superflue, lasciando stare la decisione, non si vede il motivo dell'ulteriore accordamento di *actio utilis*; basta: *utiliter erit stipulatus*. Se invece i compilatori abbiano trovato l'opposta decisione classica (*inutiliter erit stipulatus*), riferentesi alla fattispecie *post mortem meam filiae*, ma nello stesso tempo la menzione di una azione *causa cognita*, dettata da equità, allora si comprende bene che, avendo alterato la decisione conforme a nuove leggi di Giustiniano, si fossero serviti della classica *actio causa cognita*, nella nuova veste di *actio utilis* « competente » alla figlia nel caso che non diventasse erede. Allora concludiamo: Ulpiano confrontava due tipi di stipulazione: *post mortem filiae mihī* e *post mortem meam filiae*, dichiarando l'una utile, l'altra inutile, e aggiungendo forse, che in quest'ultimo caso si potesse accordare alla figlia *iurta stipulatoris voluntatem* un'azione ex decreto, se non avesse *mandatus patris post mortem patris stipulata* (cfr. fr. 108 D 46, 3).

quelle stipulazioni. Del tipo « *heredi dari* » non si fa menzione in quelle costituzioni. Può ritenersi che anche questo tipo sia riconosciuto valido da Giustiniano? Non è facile rispondere. Cerchiamo di addurre ed apprezzare i singoli argomenti pro e contro. A prima vista prevalgono gli argomenti contrari. Infatti, dall'abolizione della regola *ab heredis persona ecc.* non segue logicamente, come abbiamo mostrato, altro che il riconoscimento dei tipi *post mortem* e *pridie quam moriar*, e veramente sono solo questi tipi che Giustiniano dichiarò espressamente validi (31). Ma dall'altro lato, è molto probabile che i compilatori non sentissero più quella differenza formale concettuale fra la *stipulatio heredi* e fra gli altri tipi di questo genere, *post mortem*, *pridie quam moriar* (potrebbe esserne prova il confronto delle *Istituzioni* di Gaio III, 104, col relativo corrispondente frammento delle *Istituzioni* di Giustiniano, § 19 I 3, 19). Bisogna poi considerare che nel diritto giustiniano vale una nuova concezione della stipulazione; poichè essa ha valore « *ex consensu contrahentium* ». Si potrebbe quindi ritenere, che nel diritto giustiniano la stipulazione « *heredi* » vale come gli altri tipi di stipulazioni a favore degli eredi, in altre parole, che questo tipo si separò dal tipo « *alteri* » attaccandosi, anche formalmente, ai tipi *post mortem* e simili. Però bisogna notare che, se sia riconosciuta adesso la *stipulatio heredi*, non si riconosce la *stipulatio uni ex heredibus*. Questa regola classica restò in vigore.

(31) In questo senso si potrebbe citare lo SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechtes*, p. 102 segg. Questo autore naturalmente non distingue fra i vari tipi delle stipulazioni a favore degli eredi. Ma interpreta la dottrina di questi contratti nel diritto giustiniano nel modo seguente: « Man fasst es nämlich so auf, als wenn nun der Erblasser seinen Erben ganz willkürlich durch Verträge mit Dritten Forderungen erwerben oder Verbindlichkeiten auferlegen könnte, die ausser aller Beziehung zu seiner eigenen Person stehen, bloss weil sie eben seine Erben seien... Dies halte ich für einen entschiedenen Irrtum. Justinian wollt nichts anderes festsetzen, als dass bei Rechtsgeschäften aller Art der Stattnaftigkeit der Zeitbestimmung *post mortem* kein Hinderniss mehr in Wege stete ».

8. L'esame della *stipulatio heredi* in confronto colla *stipulatio alteri* deve esser completato dallo studio degli ulteriori tipi analoghi, della *stipulatio mihi et heredi*, rispettivamente *mihi et alteri*. Come sappiamo dalle fonti, specialmente dalle *Istituzioni* di Gaio, c'era una controversia circa il trattamento del tipo *mihi et alteri*, che i Sabiniani ritenevano del tutto nullo, i Proculiani valido solo per la metà della prestazione, nella stipulazione dedotta. Invece non v'è traccia d'una simile controversia circa il tipo *mihi et heredi*, anzi bisogna giudicare che questo tipo era riconosciuto del tutto valido anche dai Proculiani. Allora come si spiega questo fatto, che nella dottrina proculiana (accolta da Pomponio e poi da Giustiniano) (32) il tipo *mihi et alteri* venga trattato diversamente che non il tipo *mihi et heredi*?

Anzi tutto bisogna notare che i Sabiniani decidevano ambedue i casi ugualmente. Ma quel che ancor più importa è la constatazione, che uguale era nella dottrina sabiniana non solo il tenore della decisione, ma anche la sua base giuridica. Basta confrontare a questo riguardo, due testi, quello di

(32) Cfr. fr. 110 D 45, 1; § 4, I, 3, 19. Il Pacchioni cita fra i sostenitori della decisione proculiana anche Giuliano, desumendolo dal testo di questo giureconsulto fr. 56, pr. D 45, 1: *eum qui ita stipulatur: mihi et Titio decem dare spondes?; vero similis est semper una decem communiter sibi et Titio stipulari* (op. cit., p. 12). Non mi pare giustificata questa interpretazione. Dalla premessa una *decem communiter sibi et Titio stipulari* non segue necessariamente l'acquisto della sola metà della prestazione allo stipulatore. Si constata in prim'ordine lo stesso fenomeno giuridico che si vede nelle stipulazioni *decem nobis dare spondes* (BINDER, *Korrealobligationen*, 21) e nella stipulazione servile *Lucio Titio et Gaio Seio dominis meis dare spondes* (fr. 37, fr. 4, fr. 5 D 45,3); ma se in quest'ultime stipulazioni si effettua la divisione della prestazione fra i singoli creditori, capaci dell'obbligazione, nel nostro caso, non potendo verificarsi l'acquisto all'estraneo, lo stipulatore acquista tutto. La motivazione: *quod enim alteri ex dominis acquirere non potest, id ad eum, qui ad obligationem admittitur, pertinet*, vale *mutatis mutandis* per la concezione sabiniana del nostro caso.

Gaio (III, 103), riguardante la *stipulatio mihi et alteri: proinde ei soli qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomn non adiccisset*; e quello di Giuliano (fr. 56, D 45, 1) riguardante la stipulazione *te et heredem tuum Titium daturum* (trattata, com'è noto, ugualmente come la stipulazione *tibi et heredi tuo Titio dari*): *Titii persona supervacua comprehensa est*. Ancor più spiccato è il confronto del testo di Giuliano, citato per la *stip. tibi et heredi*, col testo di Giavolero (fr. 64 D 18, 1), trattante dell'*emptio sibi et alteri*, caso che seguiva evidentemente il paradigma della *stipulatio sibi et alteri: personam Titii supervacuo accipiendam puto*.

Nondimeno nella scuola proculiana si decideva la stipulazione *mihi et alteri* diversamente (*Gaius: dimidium ei deberi existimant, pro altero vero parte inutilem esse stipulationem*), e non c'è traccia nelle fonti d'analogo trattamento proculiano del tipo *mihi et heredi*, anzi bisogna ritenere che anche essi dichiarassero questa stipulazione del tutto valida. Come si piega? Io crederei che i Proculiani, riconoscendo il tipo *mihi et alteri* solo per metà della prestazione, attribuissero un certo peso alla volontà dello stipulatore di acquistare la metà della prestazione a sè, l'altra al terzo. E quest'interpretazione, credo, non era possibile nella stipulazione *mihi et heredi*, ove si sarebbe trattato solo di dilazione della parte di prestazione dopo la morte dello stipulatore.

Possiamo riassumere. 1) *Stipulatio mihi et alteri*. I Sabiniani dicono: *persona Titii supervacuo accipienda est*; allora posto che sia dovuta una sola prestazione allo stipulatore e a Tizio, lo stipulatore non potendo dividerla con Tizio, acquista tutto per sè. I Proculiani, considerando la volontà dello stipulatore di acquistare solo la metà della prestazione e di acquistar l'altra al terzo, riconoscono la stipulazione valida solo per la metà, promessa allo stipulatore. 2) *Stipulatio mihi et heredi*. I Sabiniani: *persona heredis supervacuo accipienda est*; e allora lo stipulatore acquista tutta la prestazione a sè, e naturalmente, per via della successione, all'erede. I Procu-

leiani, forse cercando di interpretare la volontà dello stipulatore, giungono alla medesima decisione.

9. Il risultato, a cui siamo pervenuti dopo quest'analisi degli elementi della *stipulatio alteri* e della *stipulatio heredi*, è adesso molto chiaro. Sono, in ambedue i casi le stipulazioni condannate alla nullità in conseguenza della difettosa formulazione delle parole stipulatorie. Ma questa condanna non produce altra conseguenza che questa: lo stipulatore non può agire sulla base di queste stipulazioni. Che il terzo non acquista, è conseguenza che deriva dall'altro domma civile più lato che non quello della condanna per la difettosa *conceptio verborum* delle clausole rispettivamente *alteri, heredi*. Ne daremo subito una prova. La giurisprudenza cercava come abbiamo già accennato, di escogitare vari mezzi, specialmente varie clausole che rendessero valida la stipulazione *alteri resp. heredi*. Così costruì le clausole: *mihi aut alteri* (a cui paragonò perfino la costruzione più ardua *alteri aut mihi*), *mihi aut alteri utrum ego velim*, poi le clausole combinanti l'istituto della *solutionis causa adiectio* con quello della pena convenzionale, cioè *mihi decem* (pena) *aut alteri quinque*, o, *mihi decem aut alteri rem* (33); ed analogamente inventò le clausole *cum moriar*, o, *mihi et heredi*, per render possibile la stipulazione *heredi*, adoperando nella medesima funzione anche l'istituto dell'*adstipulatio* (34). Mediante tali clausole divenne la *stipulatio alteri, alteri (heredi)* valida

(33) Cfr. fr. 45, D 24, 3; fr. 118, § 2 D 45, 1; fr. 98, § 5, D 46, 3; fr. 141, § 5, D 45, 1; fr. 34, § 2, D 46, 3. Della importanza di queste clausole trattano RICCOBONO, *Lineamenti d. dottrina d. rappresentanza diretta*, p. 400 segg., 430 segg.; VAZNY, *Rimské právo obligacni*, II, p. 72; VAZNY, *Studi Riccobono*. Nel senso opposto CUGIA, *L'adiectus solutionis causa*. Alla critica testuale importante BESELER, *Savigny Zeitschrift*, 45, p. 485, 46, p. 272, *Beiträge*, IV, p. 207.

(34) Cfr. GAIUS III, 104; fr. 38 § 14 D 45, 1; fr. 56 § 1 eod.; fr. 137 § 8 eod.; fr. 76 D 23, 3; fr. Vat. 89; GAIUS, III, 117. Cfr. la parafrasi della clausola *cum moriar* nel fr. 32 pr. D 35, 2: *ut cum moreretur deberi ei inciperet*.

per lo stipulatore. Ma la posizione rispettivamente del terzo, e dell'erede come un terzo, restò sempre uguale: egli non acquista, nè dalla stipulazione invalida, nè dalla valida; solo lo stipulatore potrebbe talvolta chiedere che si effettuasse la prestazione al terzo. Il fatto che il terzo non acquista dalla *stipulatio alteri* non è dunque conseguenza diretta dell'invalidità di questa stipulazione, formalmente difettosa, bensì del domma civile più lato, formulato da M. Scaevola *nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.*

10. Fin qui ci siamo occupati della *stipulatio alteri* in generale, dell'astratta, incolore promessa di prestare ad un terzo. Non c'è dubbio che *caso precipuo* di tal genere era la *stipulatio alteri dari*, ma non caso unico. Anche la *stipulatio alteri facere* riguarda questo punto, come ha dimostrato il Pacchioni (35) nella sua critica alla dottrina opposta del Perozzi. Basta considerare questo. Se già la giurisprudenza classica riteneva senz'altro valida ogni stipulazione *alteri ad faciendum*, come si spiega il fatto che la stessa giurisprudenza riguarda necessario rilevare in taluni casi speciali, eccezionali (ad es. nel caso della *stipulatio rem pupilli salvam fore*) la validità? Come si spiegherebbe ad es. la locuzione di Marcello (36), esprimente la straordinaria eccezionalità di un tal caso: *posse defendi stipulationem (sc. rem pupilli salvam fore) valere*, se la giurisprudenza ammettesse la *stipulatio alteri facere* in generale?

11. Ma c'è un un altro problema. Come abbiamo teste accennato, la giurisprudenza ammise alcuni casi speciali di stipulazioni *alteri*, ritenendoli validi in base all'evidente interesse dello stipulatore al contratto. Nelle *Pandette* si può perfino leggere: *si quis ergo stipulatus fuerit, cum sua interesset ei dari, in ea erit causa ut valeat stipulatio*. Il Pacchioni

(35) Op. cit., *Appendice*, II, 384 segg.

(36) Fr. 38 § 20 D 45, 1.

attribuisce questa norma generale ai compilatori (37). L'interpolazione è molto probabile. Però non si deve esagerare il suo valore. Si tratta piuttosto di interpolazione formale, il cui scopo era ridurre i singoli casi della stipulazione *alteri*, riconosciuti a uno a uno nel diritto classico, al principio generale. Si tratta solo della formulazione generale del fenomeno osservato dai classici più casuisticamente. Anche nello stesso diritto giustiniano vale la regola che la stipulazione (concepita come la mera promessa della prestazione), se fatta *alteri*, sia invalida. Lo stesso vale per il *constitutum* a favore di altrui. Ma quando risulta dalla stipulazione, chiamata nominalmente *alteri*, che lo stipulatore ha un interesse giuridico all'adempimento di essa, allora può per questo avere azione. Qual è dunque la genesi di questo fenomeno?

A mio avviso si è pervenuti a questo nuovo fenomeno attraverso lo sviluppo parallelo di alcuni contratti causali. Infatti sorprende già a prima vista il parallelismo della *stipulatio alteri ad faciendum* col mandato *aliena gratia*. Questo parallelo si mostra in modo ancor più evidente se si confronta col mandato *tutelae administrandae* la stipulazione *rem pupilli salvam fore*, conchiusa fra i contutori, accompagnata dal permesso, concesso mediante mandato, di amministrare la tutela intera da parte del contutore (38). In ambedue i casi si tratta di atto a favore d'un terzo (il pupillo), ma, da una

(37) Op. cit., p. 15 segg. Cfr. PERNICE, *Labo*, III, 1, p. 189, 193. Non si può dire che i compilatori introdussero la teoria dell'interesse nel nostro campo. Hanno solo generalizzato le casuistiche decisioni classiche. Tanto meno può dirsi che solo i compilatori adoperassero l'istituto della pena convenzionale in questo campo. Se è vero che la giurisprudenza classica si servì nella nostra funzione di questo istituto nella forma così complicata come si vede nella clausola *mihi poenam aut alteri decem* (pena convenzionale combinata coll'*adiectio solutionis causa*), allora niente di più certo che la tesi che la pena convenzionale era riguardata mezzo naturale per far possibile la stipulazione *alteri*.

(38) Fr. 55 § 2 D 26, 7; fr. 5 § 3 eod.

parte vi è l'atto rappresentante la gestione della tutela, producente quindi la responsabilità (39). Da quel mandato competeva al mandante indubbiamente l'azione mandati nei limiti del suo interesse giuridico (arg. fr. 8 §§ 3-4 D 17, 1). Invece la stipulazione *rem pupilli salvam fore*, contratta fra i due tutori, è stata riconosciuta da Marcello non senza dubbi. Si potrebbe dunque pensare che fosse la figura del mandato *aliena gratia* che influisse al riconoscimento della stipulazione menzionata (e di simili casi ve ne ha riconosciuti dalla giurisprudenza, cfr. 38, § 21 D 45, 1).

Altro esempio del parallelismo accennato ci offre il caso della cauzione « *colonus frui pati* » e della « *lex* » aggiunta al contratto di vendita del fondo locato a favore del colono (fr. 1 § 15 D 33, 4; fr. 25 § 1 D 19, 2; c. 9 C 4, 65).

Il venditore d'un fondo locato può, anzi deve obbligare il compratore mediante una *lex venditionis* a « *sinere colonum* ». La giurisprudenza ha riconosciuto che tale patto rientra nel contenuto della compra-vendita (vedi più oltre al II 1). Nessun dubbio che tale obbligazione del venditore potesse rendersi oggetto d'una stipulazione. Tale stipulazione era necessaria quando si alienasse il fondo locato per altra causa che non fosse la vendita, ad es. per legato, come ci attesta il testo di Mela (fr. 1 § 15 D 33, 4). Non voglio affermare che questa cauzione, documentata da Mela, sia conseguenza diretta dell'analogo patto sviluppatosi nell'ambiente della compra-vendita, ma un certo parallelismo non si può negare.

Quel che è caratteristico nelle singole stipulazioni a favore di altri riconosciuti eccezionalmente dalla giurisprudenza classica, è che lo stipulatore si fa promettere che venga prestato al terzo quello che da lui è al terzo dovuto. Tale carattere della prestazione si manifestava nei *verba stipulationis*. Dalla formula della stipulazione si rendeva palese che si trattava veramente della prestazione del « *facere* » allo stipulatore. Infatti è certo che la mera promessa di prestazione « *al-*

(39) Cfr. LEVY, *Savigny Zeitschrift*, 37, 19.

teri», specialmente « *alteri dari* » restò sempre difettosa « *conceptio verborum* ».

II.

Entrando adesso nel campo dei singoli contratti causali, fatti a favore di un terzo, dobbiamo anzi tutto ripetere quel che abbiamo già osservato rispetto alla base testuale del problema. Questa si trova nel frammento di Q. M. Scaevola, l. 73 § 4 D 50, 17: *nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest*. E' vero, naturalmente, che nella regola citata non si fa espressa menzione di altri contratti accanto alla stipulazione. Ma questo non deve destar meraviglia. I singoli contratti causali hanno ciascuno il suo determinato contenuto tipico. La convenzione di prestar al terzo, rappresenta necessariamente una modificazione del contratto, a volta ammissibile, cioè compatibile col determinato contenuto del contratto, a volta inammissibile: la convenzione accedente alla compra-vendita a favore del colono rientra nel contenuto di questo tipo contrattuale; la convenzione, accedente al deposito, di restituire al terzo, è già un elemento eterogeneo, non corrispondente alla struttura del contratto. Alla *stipulatio alteri*, che rappresenta veramente un tipo della stipulazione (un tipo della mera promessa di prestazione), si contrappongono, dunque, molto meglio i patti a favore d'un terzo, aggiunti ai contratti causali, piuttosto che gli stessi contratti a f. d. t. Del resto, nel caso di tale compra-vendita (contratto bilaterale) è escluso senz'altro che si possa parlare di contratto a favore del terzo; la sola formulazione precisa è il patto a favore di un terzo, aggiunto al contratto, formulazione che si trova nella regola citata.

Non appartiene a questa categoria il mutuo fatto a favore d'un terzo, caso trattato in testi relativamente numerosi. Infatti il patto non può modificare il contenuto tipico del mutuo. Ma bisogna dire anche più: la causa del mutuo non è sufficiente a giustificare la convenzione della restituzione al terzo.

Tale convenzione è necessariamente oggetto della stipulazione *alteri* (40).

Quel che abbiamo detto del mutuo, vale anche per il comodato e deposito. E' vero, naturalmente, che il contenuto tipico di questi due contratti può essere modificato mediante patti appositi, ma il patto di prestare al terzo non è compatibile col contenuto di questi tipi. Alla struttura di questi contratti, miranti alla restituzione della cosa ricevuta, e cioè, *ad restituendum ei, qui dedit*, cfr. Ulpiano-Marcellus (41): *nihilominus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit*, non è confacente il patto di prestare al terzo. Del problema, che merita particolare attenzione, mi occuperò più da vicino innanzi a III di questo studio.

1. Fra le convenzioni appartenenti a questa serie è di particolare interesse il patto, conchiuso fra il venditore del fondo locato ed il compratore, a favore del colono. A questo caso si riferiscono due testi, un frammento dal commentario ad ed. prov. di Gaio e una costituzione di Alessandro Severo.

Fr. 25 § 1 D 19, 2. *Qui fundum fruendum vel habitacionem 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 aget cum eo ex conducto.*

(40) Su questo tipo di stipulazione cfr. SEGRÉ, *Mutuo e stipulatio nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, Studi Simoncelli, p. 333 segg.

(41) Fr. 31 D 16, 3; fr. 1 § 39 eod. Il fr. 31 è ritenuto generalmente interpolato. Cfr. BESELER, *Beiträge*, III, p. 10 e 136; *Studi Bonfante*, II, p. 81; PEROZZI, *Istituzioni*, I, p. 91 n. 2, p. 111 n. 2, II p. 364 n. 2; HAYMANN, *Studi Bonfante*, II p. 441; KOSCHEMBAR-LYSKOWSKI, *Studi Bonfante*, II, pp. 480 e 496. Le parole, citate sopra, sono però certamente genuine. E' interessante notare che ciò che nel diritto classico deriva dalla struttura del contratto è concepito dai compilatori come conseguenza del *mero ius gentium* e naturale, *si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt*, il diritto, che debba essere corretto mediante i principii del *ius civile et legum ordo*.

C. 9 C 4, 65. *Emptori quidem fundi necesse non est sinere (Mommesen cum BE [k. π.] 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 parere cogitur.*

Anzi tutto bisogna escludere che la *lex venditionis*, menzionata nella costituzione potesse riguardarsi efficace direttamente per il colono, vale a dire che questi per essa acquistasse azione contro il compratore. Giustamente osserva il Pacchioni (42) che non si può ritenere che il diritto romano ammettesse senz'altro tale eccezione dal domma *nec legem dicendo quisquam alteri cavere potest*. Del resto lo stesso vale anche per il diritto giustiniano (43). Nondimeno, osserva il Pacchioni, non è naturale « intendere questa costituzione come riguardante un patto da valere solo fra il proprietario venditore e il compratore »; lo stesso varrebbe anche per l'interpretazione del frammento di Gaio. I testi citati alludono, dice il Pacchioni, ad un patto da conchiudersi fra il compratore e il colono. Questa interpretazione, respinta già dal Costa (44), non mi pare probabile, anzi, per quel che riguarda la costituzione citata, essa è inammissibile. Il testo di Gaio non è, bisogna riconoscerlo, molto chiaro; la frase *curare debet* ecc. potrebbe interpretarsi in modo vario: o nel senso ritenuto dal Pacchioni, o pensando alla cauzione a pro del colono, analoga a quella attestata da Mela nel fr. 1 § 15 D 33, 4, o, finalmente, nel senso del patto valido fra il compratore e il venditore. Ma la costituzione citata non può interpretarsi altro che riferendola alla *lex venditionis*, efficace fra i contraenti stessi: il compratore, che si è obbligato, sottoponendosi alla rispettiva *lex venditionis*, a *sinere colonum*, cioè non impedire al colono il godimento del fondo, deve, cioè è obbligato verso il venditore a lasciare il colono sul fondo. E' vero, sì, che nella costituzione

(42) Op. cit., p. 28; cfr. p. 25 segg.

(43) WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 400 n. 7.

(44) La locazione di cose, p. 74 segg.

citata l'ultimo periodo *verum ecc.* è, come osserva il Pacchioni, dopo il precedente *nisi ea lege emit* un po' sconnesso e superfluo. Ma da questo non segue che il precedente *nisi ea lege emit* sia interpolato. Al contrario, se già la menzionata irregolarità formale della costituzione debba essere segno della manipolazione compilatoria del testo, allora molto più probabile è appunto l'interpolazione del periodo *verum ecc.*, che sarebbe interpolazione di carattere esplicativo. Indizi di questa interpolazione sono: *aliquo pacto, pacto consentire, manere in conjunctione, quamvis sine scripto*.

Ma non sono i due testi citati soli che documentino il riconoscimento della *lex venditionis* a favore del colono. Lo stesso si desume indirettamente da alcuni testi che ci attestano l'uso frequente dell'altra *lex venditionis*, mediante la quale si obbligava il venditore a esigere la mercede dal conduttore e consegnarla al compratore. Tale *lex venditionis* è compresa nella fattispecie, trattata in un frammento di Proculo (l. VI epist., fr. 68 pr. D 18, 1): *si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse*; altro documento è il testo di Labeone (posterioram a Javoleno epit., fr. 59 (58) pr. D 19, 2): *insulam uno pretio totam locasti et eam vendidisti ita, ut emptori mercedes inquilinorum accederent*. Evidentemente tale convenzione ha senso solo per il presupposto che essa accedesse all'altra convenzione, mediante la quale si obbligava il compratore a rispettare la locazione, contratta dal venditore (45).

Allora dell'esistenza della *lex venditionis*, efficace fra i

(45) Che nella fattispecie citata di LABEONE, fr. 59 (58) D 19,2, sia implicitamente compresa la convenzione di rispettare la locazione pendente, ci è detto espressamente nella parte finale del frammento: *id emptori accedit quod tibi conductor debeat*. Si decide che il compratore ha diritto a quella mercede che deve il conduttore al venditore (suo locatore). Evidentemente il diritto a questa mercede non si può immaginare altro che presupponendo che il compratore rispetterà la locazione che sia cioè obbligato dall'altra *lex venditionis* a rispettarla.

contraenti, a favore del conduttore non si può dubitare. Si può constatare a questo riguardo un interessante sviluppo dottrinale. Nella giurisprudenza repubblicana era ancora controverso se questa convenzione potesse esser dedotta nel giudizio *venditi*: Servio rispose affermativamente, similmente Tuberonone (cfr. fr. 13 § 30 D 19, 1), e nessun dubbio che questa decisione dovesse essere accolta ben presto generalmente. Si potrebbe in via di ipotesi costruire la base giuridica della questione. Credo che per questo riguardo la nostra questione venga illuminata dal frammento di Giavoleno (*ex posterioribus Labeonis*), l. 79 D 18, 1.

Fundi partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emptor alteram partem, quam retinebas, annis decem certa pecunia in annos singulos conductam habeat. Labeo et Trebatius negant posse ex vendito agi, ut id quod convenerit fiat, ego contra puto, si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur: nam hoc ipsum pretium fundi videretur, quod eo pacto venditus fuerat: eoque iure utimur.

La questione di cui si occupava secondo questo frammento la giurisprudenza dei tempi di Cesare e Augusto, è molto vicina alla questione in esame, discussa dalla giurisprudenza repubblicana. Infatti in tutti e due i casi il compratore assume, sottoponendosi alla rispettiva *lex venditionis*, un'obbligazione, che rinvilisce l'oggetto stesso della compra: *sinere colonum* nel fondo comprato, assumere la conduzione di un altro terreno, obbligazioni che necessariamente influiscono sul prezzo della compra-vendita. Si può dunque ritenere che la stessa motivazione, di cui si servì Giavoleno per giustificare l'efficacia della *lex venditionis*: *ut emptor alteram partem conductam habeat*, valga anche per la convenzione *sinere colonum*: *nam hoc ipsum pretium fundi videretur, quod eo pacto venditus fuerat*.

Constatata la controversia della giurisprudenza repubblicana circa la *lex venditionis* a favore del conduttore, constatata la decisione affermativa, che attribuisce per la violazione del patto l'azione *venditi* al venditore, e resa probabile la base

giuridica della decisione, possiamo dedurne importanti conseguenze per la posizione del nostro problema generale nell'ambito di contratti causali. Il terzo non acquista niente, anche in questo campo delle convenzioni, in conseguenza del principio *nec legem dicendo nec paciscendo quisquam alteri cavere potest*. Dall'altra parte, però, non si può dire senz'altro che la convenzione fosse invalida nello stesso modo anche fra i contraenti, come la *stipulatio alteri* o come il *constitutum debiti* a f. d. t. (fr. 126 § 2 D 45, 1; fr. 5 § 5 D 13, 5). Non si può, cioè, dire che la convenzione sia nulla in conseguenza della difettosa *conceptio verborum*, o in conseguenza dell'impossibilità giuridica di prometter al terzo, chè nè quel criterio formale della *stipulatio*, nè questo criterio, valevole nel campo di mere, incolore promesse di prestazione (ad es. *stipulatio, constitutum debiti, receptum argentarii*), abbia luogo nell'ambiente di contratti causali. Qui c'era da esaminare se il patto di prestare al terzo fosse compatibile colla rispettiva causa, e se potesse esser dedotto nel rispettivo giudizio, sorgente dal contratto.

2. L'altra *lex venditionis* a favore d'un terzo, documentata nelle fonti, è il patto conchiuso fra il venditore pignoratizio e il compratore a favore del debitore: *ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam* (fr. 13 pr. D 13, 7). Si tratta di un *pactum de retrovendendo* a favore d'un terzo. Che dal patto *de retrovendendo* (46) compete al compratore un'*actio venditi*, non c'è attestato che dalla costituzione di Alessandro Severo (c. 2 C 4, 54); dai tempi anteriori non c'è che un frammento di Proculo (l. 12 D 19, 5) che afferma derivare a tal patto, conchiuso fra i coniugi, solo un'*actio in factum*. Invece nel nostro caso, nel patto di retrovendere a favore del debitore pignoratizio, era la competenza dell'*actio venditi* ammessa già da Giuliano: *scripsit Iulianus*

(46) Ofr. DE FRANCISCI, *Synallagma*, I, p. 281 segg.; VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, p. 80 segg.; BESELER, *Beiträge*, II, p. 164 e 167.

et est rescriptum ob hanc conventionem pignoratiticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem (fr. 13 pr. D 13, 7). Allora è interessante vedere che mentre la giurisprudenza si risolveva con difficoltà ad ammettere l'azione contrattuale dal normale patto di retrovendere, era già molto prima proclive a riconoscerlo nel caso speciale di questo patto a favore d'un terzo. E veramente si può immaginare che l'obbligo di colui, che ha comprato il pegno col patto di riscatto, di permettere il riscatto del pegno entro certo tempo da parte del debitore, fosse riconosciuto piuttosto parte integrante dell'obbligazione contrattuale, che non quale dovere di retrovendere pattuito nella compravendita normale. Ma si potrebbe anche pensare che ciò derivasse dalla scuola sabiniana più proclive ad estendere l'ambito del giudizio *venditi* comprendendovi anche il dovere sorgente dal patto di retrovendita: argomento sarebbe la decisione citata di Giuliano, insieme alla decisione di Sabino nel caso analogo di *pactum displicentiae* (47), e, al contrario, la citata decisione del Proculo. In ogni caso è certo che la giurisprudenza classica ammise il patto di riscatto a favore del debitore pignoratizio, riguardandolo parte integrante della compravendita pignoratizia, compatibile col contenuto di questo tipo contrattuale. Naturalmente al debitore pignoratizio medesimo non compete direttamente l'azione da questo patto. La decisione opposta delle fonti si deve ai compilatori, come hanno provato l'Eisele, il Pernice e il Pacchioni (48). Nel diritto classico il compratore non poteva *legem dicendo* a favore del debitore pignoratizio acquistargli direttamente. Cionondimeno egli poteva pattuire a favore di lui la facoltà di riscatto (tale patto non si opponeva alla struttura della vendita), anzi, sotto le circostanze, egli doveva farlo, affinché potesse mandare l'azione *venditi* al debitore. Non credo che il nostro caso si possa

(47) L. 6 D 18, 5. Ofr. DE FRANCISCI, *Synallagma*, I, p. 284 segg.; VIARD, *Les pactes ecc.*, p. 85 n. 2.

(48) Op. cit., p. 45 segg.

spiegare col concetto della rappresentanza. Nella giurisprudenza si trattava la questione: può unirsi alla figura della compravendita la convenzione che lo stesso compratore, suo erede, o il debitore pignoratizio abbiano la facoltà di retroemere, di riscattare la cosa? Ammesso questo, era deciso che il contraente possa garantirsi in questa direzione la prestazione al terzo.

3. L'altro contratto a cui può unirsi la convenzione di prestare al terzo, convenzione efficace fra le parti, è il mandato, il così detto mandato *aliena gratia*, che è poi caso analogo al così detto mandato *post mortem*. E' interessante di trovare nelle fonti ambedue queste apparizioni del concetto più generale, corrispondenti agli schemi, già studiati, della stipulazione *alteri* e *heredi*: il mandato *ut Titio fundum emeris* (fr. 2 § 2 D 17, 1), e il mandato *ut heredibus meis fundum emeris* (fr. 13 h. t.). Occupiamoci prima del mandato *aliena gratia* (49) nella funzione di cui ci occupiamo.

E' certo che il terzo che acquista da quel mandato potrebbe agire eventualmente sotto il punto di vista della gestione d'affari, allora indipendentemente da convenzione a suo favore (50). Solo il mandante può agire per la mancata prestazione al terzo. Solo il mandante è sottoposto all'eventuale azione reciproca del mandatario (51). Tutto questo è nuova prova della giustizia della ipotesi che nell'ambiente di contratti casuali, l'ammissibilità, o no, della convenzione di prestare *alteri* dipenda dal contenuto tipico del contratto. Dalla natura del mandato segue che già a priori vengano in considerazione come la prestazione al mandante, così la prestazione al terzo; nel mandato di *negotia gerere* vengono a priori in considera-

(49) Sulla struttura di questo contratto cfr. DONATUTI, *Contributi alla teoria del mandato*, II, p. 36 segg.; p. 60 segg.

(50) Cfr. PACCHIONI, *op. cit.*, p. 32 e autori ivi citati.

(51) Cfr. GAIUS (III, 155): *mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus, sive aliena; itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.*

zione così i negozi del mandante, come i negozi d'un terzo, e solo i negozi del mandatario medesimo sono esclusi (tale mandato non apparterebbe alla sfera giuridica) (52). Possiamo illustrarlo sulle fonti: *mandavi, ut negotia gereres: si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est, aut si alius idoneus gesserit, cessat mandati actio* (fr. 8 § 6 D 17, 1; questo vale in ogni caso, senza differenza, se si tratti del mandato *mea gratia* o *aliena gratia* (si pensi ad es., alla fattispecie: *si quib tutelam mandaverit gerendam*, fr. 5 § 3 D 26, 7). C'è solo il criterio dell'interesse del mandante, che è decisivo per il sorgere dell'*actio mandati*, trattasi del mandato *mea gratia* o *aliena gratia*. Basta citare il testo di Ulpiano: *si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur* (fr. 8 § 3 D 17, 1) (53).

4. Questa osservazione, fatta intorno al mandato a. g. potrebbe forse gettare nuova luce all'arduo problema del mandato *heredi, resp. post mortem mandantis* (54). Se è vero che il mandato *alteri* era riconosciuto senz'altro valido, allora si domanda: non dovrà forse valere lo stesso rispetto al mandato *heredi*?

Però bisogna procedere molto cauti. Vi era qui, nel mandato *heredi*, un ostacolo, che mancava invece nel mandato *alteri*, e cioè il *domma ab heredis persona obligatio incipere non potest*. Non c'è dubbio che il *domma* fosse in pieno vigore nel diritto classico. Ma l'esperienza tratta dall'esame del mandato *aliena gratia* potrebbe forse ispirarci questa idea: non era possibile di evitar le conseguenze della regola citata rite-

(52) GAIUS, III, 156.

(53) Cfr. fr. 28 (27) D 3, 5; RABEL, *Grundzüge*, p. 473 n. 4 e autori ivi citati.

(54) Cfr. BONFANTE, *Mandato « post mortem »*, *Scritti giuridici vari*, III, p. 262, segg. e autori citati in quello studio; *Istituzioni*, p. 480, 481 n. 1. *Index interpolationum*, I, ad l. 12 § 17, ad l. 13, ad l. 27 § 1 D 17, 1

nendo che dal mandato *heredi* sorgesse, almeno virtualmente, l'obbligazione fra le parti? Ed ecco la risposta affermativa che ci danno le fonti, due frammenti dal commentario di Gaio ad ed. prov. (fr. 27 § 1 D 17, 1, e fr. 13 h. t.) nella genuina collocazione sistematica, ricostruita dal Lenel (55); *si servum ea lege tibi tradidero (mancipio dederò), ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio (fiduciae obligatio): potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, voluti si paenitentia acta servum recipere velim. idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emereres fundum.*

Dal frammento si può desumere che nel caso di mandato *post mortem* il mandante possa revocare il mandato, che possa specialmente chiedere in tale ipotesi la restituzione del valore prestato a causa di questo mandato, in cui appunto si riflettebbe il valore giuridico del rapporto. L'importanza di questo elemento esegetico cresce ancora se si considera che anche nel deposito *post mortem* c'era la stessa naturale facoltà di revoca, inerente al contratto, che rendeva possibile ritenere tale deposito efficace fra le parti (fr. 1 § 46 D 16, 3, su questo più innanzi). Si noti poi, dallo stesso punto di vista esegetico, che le fonti (fr. 12 § 18 in f. h. t.) documentano per il caso in esame anche la spettanza dell'azione mandati al mandatario verso il mandante: *potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum.*

Ma non si oppone a tutto questo il frammento delle Istituzioni di Gaio, invocante per il caso in esame il domma *ab heredis persona*, ecc.? Ecco l'importante testo (III, 158): *item si quis quid post mortem meam faciendum mihi mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.*

A mio modesto avviso non si oppone il testo di Gaio al

(55) *Paltingenesia*, I, GAIUS, 232. Il LENEL annota: *ut superiore casu fiduciae obligatio, ita hoc casu constitit obligatio mandati. Compilatores hoc fragm. suo loco moverunt.*

mio modo di vedere il problema del mandato *heredi*. Infatti Gaio parla del mandato *post mortem eius mandatum est*, non già del mandato *post mortem mandantis*. E credo che sia una differenza fondamentale fra questi due casi di mandato *post mortem* in questo punto: mentre nel caso di *m. post mortem mandantis* può ritenersi che sorga una obbligazione fra le parti, nel *m. post mortem eius cui mandatum est* è questo del tutto escluso. E allora Gaio giustamente esclude appunto quest'ultimo mandato, invocando la regola *ab heredis persona ecc.*

Ma non si opponeva al riconoscimento del mandato *heredi* forse l'altro domma, la regola *mandatum morte dissolvitur*? Anche questo punto è assai grave, perchè la regola citata viene invocata nelle fonti precisamente nella fattispecie: *debitorem meum post mortem meam alteri solvere* (fr. 108 D 46, 3).

Ei autem, cui iussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur quia mandatum morte dissolvitur.

Non credo che vi fosse ostacolo in questa regola al riconoscimento del mandato *heredi*. Si badi che nel testo citato si tratta del mandato *post mortem mandantis alteri solvere*. A chi deve pagare il debitore dopo la morte del mandante: all'erede, o al terzo? A questi si potrebbe pagare solo in base alla volontà del creditore; ma questa volontà è svanita. Allora si deve pagare all'erede. Invece nel mandato *post mortem mandantis heredi solvere* non c'è questa collisione, non si può solvere se non all'erede come successore. Il mandato *alteri* è *valido*, ugualmente il mandato *heredi*, non già il mandato *post mortem mandantis alteri*.

E così si può giungere alla conclusione che la figura del mandato *heredi* (o *post mortem mandantis*) era riconosciuta nel diritto classico analogamente come il mandato *alteri* (*aliena gratia*) nel modo documentato (con lievi modificazioni) nel Digesto. Però si noti che questo mandato *heredi* era reso possibile solo considerandolo efficace fra le parti, facendolo così oggetto della successione. L'idea del mandato *post mortem*, efficace solo in testa dell'erede, è, come è naturale, giuridicamente impossibile. E allora, se non si dovrebbe accettare la

nostra concezione del problema di mandato *heredi*, bisognerebbe necessariamente eliminare quest'istituto dall'ambiente del diritto classico, come fa l'opinione dominante.

III.

L'esame fatto fin qui deve essere completato dallo studio di qualche contratto a cui il patto di prestare al terzo non possa unirsi. E così entriamo nell'esame del deposito e *commodato* a f. d. t. Quale effetto esercita la convenzione di prestare ad un terzo, aggiunta a questi contratti? Abbiamo già cercato dimostrare (56) che la struttura di questi contratti, documentata nelle fonti, esclude la restituzione all'altra persona che il deponente, *commodante*: *ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quacsita deposuit*. Ne segue che la convenzione di restituire al terzo sia in questo caso inammissibile. C'è dunque, da aspettare che tal deposito a f. d. t. non sia sufficiente solo a far sorgere l'azione al terzo (conseguenza della regola *nec legem dicendo nec paciscendo quisquam alteri cavere potest*), ma che esso escluda anche l'obbligazione contrattuale fra le parti. Veramente la volontà di acquistare al terzo esclude la volontà di acquistare *sibi*. Però la decisione delle fonti non è precisamente questa. Dal deposito a favore di un terzo attribuiscono le fonti l'azione e al deponente (l'azione diretta) e al terzo (l'azione utile), e lo stesso estendono al *commodato* a f. d. t. (56). Per quel che riguarda quest'ultima azione, non c'è dubbio che si tratti d'interpolazione, come hanno provato l'Eisele (58) e il Pacchioni (59). Ma non lo stesso può dirsi intorno all'azione appartenente al deponente medesimo, che nel testo relativo (cioè c. 8 C 3, 42), viene implicitamente pre-

(56) Ad II (in inizio) di questo studio.

(57) C. 8 C 3, 42.

(58) *Beiträge*, p. 80.

(59) Op. cit., p. 49 segg.

supposta e che non si può eliminare come introdotta dai compilatori (a cui non si può in questo riguardo imputare più che l'estensione della fattispecie del deposito a f. d. t. al *commodato*). Allora è vero che dal deposito a f. d. t. sorge l'azione per il deponente, che il patto di restituire al terzo possa unirsi al deposito? La risposta ci verrà data dall'analisi dei testi.

Anzi tutto bisogna notare che non abbiamo in questo riguardo altri testi che quelli relativi al deposito; e anche questi sono scarsi, però sufficienti a ricavarne la risposta alla questione che ci interessa qui, questione quasi totalmente trascurata nella scienza romanistica.

Testo principale nella nostra materia è la costituzione di Diocleziano (c. 8, C 3, 42).

Si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit successisti, iure hereditario depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intellegis nullam te ex eius pacto contra quem supplicas actionem stricto iure habere: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.

Anzi tutto è certo che il testo genuino non si doveva riferire che al deposito. Lo provò già Roberto de Ruggiero (60): « Come apparisce da tutto lo svolgimento della decisione, la *quaestio* sottoposta agli imperatori era precisamente un caso di deposito, dacchè questi dopo aver enunciato la specie accennando alternativamente ad un doppio rapporto di *commodato* e di deposito, non fanno più cenno in seguito del primo ». « L'aver nella formulazione delle varie ipotesi contemplato soltanto il rapporto di deposito... è indice certo che la specie contemplata non era il *commodato*, e che pertanto questo v'è stato poi inserito, per estendere parallelamente anche al *commodato* la soluzione contenuta nella costituzione imperiale ».

Questa osservazione riguardante la struttura logica del te-

(60) *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, XIX, p. 80 segg.

sto è senza dubbio giusta. Però bisogna che noi ci occupiamo più a fondo dei problemi che ci offre il testo. Nella costituzione citata si presuppone come cosa naturalissima l'efficacia del deposito a f. d. t. fra le parti; al deponente infatti compete l'azione (61). Ma la cosa non è così evidente. Bisogna cercare la particolare spiegazione di questo, e vedremo che la giustificazione, che si può desumere dalle fonti, si adatta precisamente al deposito, ma non più al commodato, prova che l'inserzione del commodato nella fattispecie citata si deve al rimaneggiamento compilatorio del testo.

Come si spiega dunque l'azione depositi derivante dal deposito a favore d'un terzo? A mio avviso la spiegazione si trova nel testo di Ulpiano (fr. 1 § 46 D 16, 3).

Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate.

Il deposito *post mortem* del deponente, in cui l'obbligazione deve nascere sino dopo la morte del deponente, e che dovrebbe, dunque, considerarsi nullo, si dichiara valido, tenendo conto del fatto che il deponente ha sempre, malgrado tutte le convenzioni contrarie, il diritto di revocare il deposito. Nessun dubbio che questa motivazione, riguardante il deposito *post mortem* possa applicarsi ugualmente al deposito *heredi*, ma nello stesso ordine al deposito *alteri*. Anche quest'ultimo dovrebbe essere nullo. Dalla struttura del deposito (*restituendum ei qui dedit*), dall'impossibilità di aggiungervi il patto di prestare o di restituire al terzo, dal rapporto di reciproca esclusione che sta fra la volontà di acquistare *alteri* e di acquistare *sibi*, da tutto ciò dovrebbe seguire l'invalidità del deposito a f. d. t. Se la giurisprudenza lo dichiarò valido, allora è certo che vi giunse prendendo in considerazione che la

(61) E' forse superfluo notare che la competenza dell'azione depositi al deponente segue indirettamente, sì, ma con ogni certezza, dalle parole della costituzione: *si quidem ei qui deposuit successisti, iure hereditario depositi actione uti non prohiberis.*

convenzione di restituire al terzo, di per sé qui inutile, lasci intatta la naturale facoltà spettante al deponente di revocare in qualunque momento il deposito. L'azione depositi, spettante al deponente, non è espressione dell'efficacia del patto aggiunto a favore del terzo; il patto, che sarebbe di per sé inutile, si considera innocuo, cioè come non apposto, e allora resta il normale deposito (62). Non si può dire lo stesso intorno al commodato a f. d. t. Infatti l'interpretazione del contratto nel senso che al commodante spetti la naturale facoltà di revocare quando voglia la cosa commodata, non ha luogo qui. E allora è certo che la equiparazione del commodato col deposito in questo riguardo si deve all'interpolazione.

Il deposito *heredi* veniva considerato come il deposito *sibi et heredi*. Il deposito *alteri* veniva trattato come il deposito *sibi*. Ma non si poteva interpretare quest'ultimo tipo almeno come il deposito *sibi et post mortem deponentis alteri*? La risposta si trova nell'ultima parte della costituzione di Diocleziano. Sì, il deposito *alteri* può veramente interpretarsi come fatto *sibi et post mortem deponentis alteri*, naturalmente sino al diritto giustiniano: *utilis tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio*, decidono i compilatori. Non è escluso che già il diritto classico avesse a disposizione nel caso accennato (deposito *alteri*, morte del depositante), qualche mezzo straordinario della giurisdizione pretoria, forse un'azione ex decreto. Però la via normale che conduceva nel diritto classico alla realizzazione del proposito, di acquistare al terzo, era questa: il deponente doveva, dopo aver depositato, vincolare il

(62) E allora bisogna escludere l'interpretazione del testo supposta da DE RUGGIERO: « gli imperatori rispondono che se il defunto pattuì col terzo depositario la restituzione a favore di Fotino e questi è successo per diritto ereditario al depositante, niun impedimento può esservi all'esercizio dell'azione di deposito in virtù del patto ». No, il patto è di per sé nullo, ma il deposito vale, come se fosse contratto senza il patto di restituire al terzo, per il deponente, e, naturalmente, nella stessa guisa, per il suo erede.

depositario mediante un *fideicommissum* a restituire al terzo destinatario. E' molto caratteristico che questo *fideicommissum relictum a debitore* sia sorto appunto nell'ambiente del deposito (63).

Brno, 5 dicembre 1931.

(63) ULPIANUS, disp., l. 77 D 30. *Si pecunia fuit deposita apud aliquem eiusque fide commissum, ut eam pecuniam praestet, fideicommissum ex rescripto divi Pii debetur, quasi videatur heres rogatus remittere id debitori: nam si conveniatur debitor ab herede, doli exceptione uti potest: quae res utile fideicommissum facit, quod cum ita se habet, ab omni debitore fideicommissum relinqui potest.* Su questo istituto nella nostra funzione cfr. PACCHIONI, op. cit., Appendice III, pag. 395 segg. (critica della dottrina del Hellwig).
