

Jan
doc. J. R. Wierowski
febini *W. aut. v.*

JAN VÁŽNÝ

PROF. NELL'UNIVERSITÀ DI BRNO

14-F-213

APPUNTI ALLA DOTTRINA CLASSICA
DEI CONTRATTI A FAVORE DI TERZI



PALERMO
ARTI GRAFICHE COMM. GIUSEPPE CASTIGLIA
VIA SALADINO, 5-7
1934 - XII

Questo campo di dottrina dei giureconsulti classici è ora splendidamente illuminato nel recentissimo studio, forte nel metodo ed attraentissimo nei risultati, 'Lineamenti d. dottrina d. rappresentanza diretta in diritto romano', di Salvatore RICCIBONO (1). Volendo partecipare alle onoranze del Maestro, che è ugualmente circondato da gloria mondiale come sinceramente amato da tutti quelli che Lo conoscono, credo di non poterlo meglio che con questi modesti appunti sul tema, intorno a cui ha scritto la sua recentissima opera, direi quasi l'opera di giubileo. Lo svolgimento che se segue si riattacca alle mie osservazioni contenute nel libro 'Římské právo obligační, 1927' (2); con queste pagine vorrei esprimere la gioia che ho sentito, studiando il nuovo lavoro del Maestro, perchè ho visto, che le mie opinioni specialmente per quel che riguarda la funzione del 'solutionis causa adiectus' nel tema in esame erano vicine alla verità. Ed è appunto la funzione di questo istituto nei contratti a favore dei terzi di cui mi voglio occupare qui più ampiamente.

Per avere la chiara visione del domma civile romano basta porre mente a due testi: quello di Q. Mucio Scaevola (fr. 73 § 4 D. 50, 17): 'nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest'; e quello di Ulpiano (fr. 38 § 17 D. 45, 1): 'alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur'. Si vede l'inflessibile rigidità del domma in tutto il periodo di svolgimento del diritto romano. Basti ricordare questi due testi e riferirsi in questa materia all'ampia trattazione di Giovanni PACCHIONI (3), uno dei primi applicatori della moderna critica testuale al nostro campo. Naturalmente, nell'ambiente sociale dell'impero, il rigido domma della invalidità della 'stipulatio alteri' doveva urtare contro le esigenze del commercio giuridico.

(1) 'Ann. del Sem. Giurid. di Palermo', vol. XIV, p. 389 segg.

(2) Jan VÁŽNY 'Římské právo obligační', vol. II, Bratislava 1927, pag. 71 segg.

(3) 'I contratti a favore dei terzi', Milano, Vallardi. Cfr. VÁŽNY, 'Il problema generale dei contratti a fav. di terzi', 'Bull. dell'Ist. di d. r.', 40 (1932), 43 segg.

Supponiamo che un imprenditore abbia preso una fornitura di qualche opera o merce; niente di più naturale della realizzazione di quest'affare mediante stipulazione colla quale l'imprenditore accetta la promessa di un altro di fornire l'opera o di consegnare la cosa al terzo. Ma v'è ancor di più. Il diritto romano direttamente imponeva in certe situazioni di fatto alla persona che *contrae coll'altra* di curarsi degli interessi di un terzo, o 'legem dicendo' o 'stipulando' a favore di questo: il locatore che vende il fondo locato, 'curare debet, ut apud emptorem colono frui liceat'; il tutore che cede l'amministrazione al contutore, deve stipulare da questi 'rem pupilli salvam fore'. (4). E veramente in tutte queste ipotesi ammisero i giureconsulti classici la validità della stipulazione resp. del 'pactum adiectum' (5). Ma c'è la questione, se era già la giurisprudenza classica che desumesse da questi singoli casi il principio generale della validità della stipulatio 'in favorem tertii' per il promissario in base al suo interesse giuridico nel contratto. Credo col PACCHIONI (6) che questo si debba negare. L'interpolazione di cui si tratta, consiste nella generalizzazione delle decisioni classiche, riflettenti singoli casi.

1. Fra gli espedienti adoperati dalla giurisprudenza classica per sfuggire alle conseguenze inique della regola 'alteri stipulari nemo potest', meritano particolare attenzione l'istituto della pena convenzionale e quello dell'*adiectio solutionis causa* ognuno per sé, e tutti e due combinati per questo scopo. Ed è appunto la figura di questi due istituti, combinati fra loro, che offre tanto interesse, sebbene la scienza non si sia — per quel che io sappia — occupata del problema.

2. Che la pena convenzionale fosse adoperata per gli scopi della 'stipulatio alteri', è una cosa già di per se assai ovvia. Ma ne abbiamo anche attestazioni nelle fonti. Anzi tutto il noto frammento di Ulpiano ad Sab. D. 45, 1, 38, 17.

Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio...

Certo, il frammento è interpolato, come ben videro il PACCHIONI (7) e gli autori da lui citati, e cioè dal periodo: 'inventae', sino a: 'nihil interest mea'. Lo scopo dell'interpolazione sta nella connessione col principio generale della validità della 'stipulatio alteri' per il promissario nei limiti del suo eventuale interesse.

(4) Confr. BONFANTE 'Istituzioni', pag. 398.

(5) Confr. fr. 38 § 21 D. 45, 1; fr. 25 § 1 D. 19, 2; fr. 38 § 20 D. 45, 1. Veggasi PACCHIONI, op. cit., pag. 16 segg. Confr. VÁŽNÝ, op. cit., 69, 70, 72.

(6) Op. cit., pag. 16 segg.

(7) Op. cit., pag. 20 segg.

sario nei limiti del suo eventuale interesse. Non mi pare però giusta la concezione del PACCHIONI, che questo principio, sorto nella dottrina postclassica (teodosiana), venga dai compilatori limitato e che appunto la pena convenzionale nel nostro caso fosse l'espediente inventato dai compilatori, i quali avrebbero interpolato in proposito il periodo: 'plane si velim hoc facere'. È vero, sì, che questo periodo comincia col difettoso cambiamento di soggetto (dalla terza alla prima persona), ma questo non significa altro se non che i compilatori, avendo nel contesto precedente interpolato: '...nihil interest mea', hanno dovuto formalmente mutare il periodo seguente: 'plane si quis hoc velit facere', conservato per fortuna nelle Istituzioni (3, 19, 19), ed hanno cambiato la persona: 'plane si velim hoc facere' (8).

Gli indizi formali sono così in prò della genuinità di questo brano, che è prova, che i classici adoperavano la pena convenzionale nella funzione da noi indicata. Un altro testo, attestante l'uso della pena convenzionale per effettuare indirettamente la 'stipulatio alteri', fr. 98 § 5 D. 46, 3, di Paolo, appartiene a quell'interessante gruppo di testi, in cui viene combinata la pena coll'istituto del 'solutionis causa adiectus', e perciò ne tratteremo più avanti.

3. Altro espediente nel campo dei contratti a favore del terzo, che la tecnica giuridica romana metteva a disposizione, era l'*adiectio solutionis causa*. Infatti, se a nulla serviva la 'stipulatio alteri', e similmente, rispetto all'altro, la 'stipulatio sibi et alteri', notevoli possibilità erano nella 'stipulatio sibi aut alteri'. Anche questo è molto ovvio, anzi tanto ovvio che i giureconsulti non sentono il bisogno di contestare il fatto naturale che il terzo, a cui favore le parti concludono la stipulazione, possa apparire nel testo della stipulazione come 'solutionis causa adiectus'. Questo si capisce da sé. I testi, che possediamo in materia, contengono elementi un po' irregolari, ma la loro soluzione non si capisce, se non col presupposto, che la 'solutionis causa adiectio' era generalmente adoperata per dar qualche effetto ai contratti a favore di terzi.

Testo notevolissimo in questa materia è il fr. 45 D. 24, 3 di Paolo, di cui ora possediamo una vigorosa interpretazione nello studio citato del RICCOBONO. Mi permetto di riprodurre qui le osservazioni da me fatte su questo testo, cinque anni fa nel libro citato sulle obbligazioni.

Importantissimo strumento di cui si serviva il diritto per render efficaci i contratti a favore di terzi era la stipulazione, nella quale il terzo appariva alternativamente accanto allo stipulatore, e poteva ac-

(8) Il testo genuino si ricostruisce, col sussidio di quello delle Istituzioni (3, 19, 19), molto semplicemente: alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino filius patri stipuletur. plane si quis hoc velit facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur poenae stipulatio.

quistare come 'solutionis causa adiectus'. Caratteristico è il caso del fr. 45 D. 24, 3. Si trattava della stipulazione con cui l'avo paterno della donna, si era fatto promettere dal marito 'dotem omnem Sei uxori vel G. S. avo materno (sibi) reddi restituique'. Paolo interpreta la stipulazione come « sibi aut illi (uxori) dare », cosicché la moglie può acquistare come 'solutionis causa adiecta' (contro PACCHIONI ⁽⁹⁾).

Quasi nello stesso tempo che io scrivevo queste osservazioni la stessa tesi fu sostenuta dal BESELER ⁽¹⁰⁾ contro il GRADENWITZ: « die Reihenfolge der in der Stipulation genannten Personen ist unerheblich. Titio aut mihi ist ebensoviele wie mihi aut Titio », eliminando inoltre con vigore gli ostacoli che potrebbero sorgere a prima vista dal fr. 98, § 7 D. 46, 3. Tutto questo è ora splendidamente confermato dal RICCOBONO: « l'ordine dei nomi — creditor e adiectus — non ha importanza per la validità di una stipulatio con adiectus s. c.; la giurisprudenza richiede ogni volta un elemento sostanziale, sicuro ed immediato, cioè la esclusiva capacità di una tra le persone nominate d'acquistare da quella stipulazione (creditor); mentre l'altra, non avendo siffatta capacità, figura come adiectus s. c. ». E giustamente esclude il RICCOBONO il richiamo al fr. 126, § 2 D. 45, 1 osservando: « la figura dell'adiectus solutionis causa richiede essenzialmente l'esistenza di un creditore; senza di che essa resta sospesa nel vuoto. » ⁽¹¹⁾.

4. Il punto debole di questo istituto era nell'impossibilità di costringere il debitore a pagare all'adiectus. Ma la giurisprudenza dei tempi di Papiniano ha saputo eliminare questa debolezza mediante la clausola 'utrum ego velim', aggiunta alla normale forma della stipulazione, allora: 'decem mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes?' (fr. 118 § 2 D. 45, 1). Papiniano deduce da questa cauzione un'azione 'certae pecuniae' (dalle parole 'mihi dare') e, a scelta del creditore, che si è deciso a chiedere il pagamento al terzo, un'azione 'incerti' (dalle parole 'aut Titio utrum ego velim'). Non si può dubitare che questa invenzione significa notevole arricchimento della tecnica giuridica, notevole progresso nello sviluppo dei contratti a favore dei terzi.

Questi contratti sono divenuti in base a questa clausola efficaci per il promissario. Questi può costringere il debitore a pagare al terzo (avendo nello stesso tempo il diritto di escludere questo pagamento, diritto, che normalmente il creditore in base alla stipulazione 'sibi aut alteri' non possedeva) ⁽¹²⁾. Ed appunto per questo io non credo, che già il diritto classico riconoscesse l'efficacia di questi contratti per il promissario in base al suo interesse al contratto: la giurisprudenza

⁽⁹⁾ Op. cit., pag. 72.

⁽¹⁰⁾ 'Z. Sav.-St.', vol. XLV (1926) 273.

⁽¹¹⁾ Op. cit. pag. 400 e 433.

⁽¹²⁾ Fr. 106, D. 46, 3.

seguiva altro metodo per giungere a questo risultato, il metodo cautelare, di cui possiamo distinguere due fasi, la prima, rappresentata dalla clausola 'mihi aut alteri dare', la seconda, rappresentata dalla clausola 'mihi aut alteri, utrum ego velim, dare'. Nella compilazione questo metodo viene contaminato col criterio dell'interesse. I compilatori non hanno, naturalmente, molto senso per il funzionamento delle clausole verbali; nel frammento di Papiniano (118 § 2 D. 45, 1) aggiungono: 'finge mea interesse Titio potius quam mihi solvi, quoniam poenam promiseram, si Titio solutum non fuisset'. Questa interpolazione è stata riconosciuta già dal PACCHIONI. Secondo questo autore la decisione di Papiniano ha esercitato « una influenza considerevole, offrendo l'addentellato per lo svolgimento della teoria dell'interesse nei contratti a favore di terzi nel diritto postclassico: per essa si giunge a considerare la stipulatio di un certum a favore di un terzo, che, come tale era nulla, valida come stipulatio incerti a favore dello stipulante medesimo ». Di questo dubiterei. Non è per questa via che si è giunto (nel diritto giustineo) all'efficacia dei contratti a favore di terzi; se già la giurisprudenza classica riconosceva l'efficacia della 'stipulatio alteri' nei casi eccezionali, nei quali si aveva « compenetrazione di interessi », niente di più naturale che l'ipotesi, del resto menzionata dallo stesso PACCHIONI, che il periodo posteriore (i compilatori) abbia generalizzato il principio. La decisione di Papiniano non ha avuto influenza a questo riguardo; al contrario, essa doveva subire l'influenza modificatrice del nuovo principio generale, ed appunto questa è la portata dell'interpolazione: 'finge mea interesse...' ⁽¹³⁾.

5. Ma c'era ancora un altro mezzo che stava a disposizione di co-

⁽¹³⁾ Per un'altra via prova l'interpolazione del brano citato il CUGIA, L'adiectus solutionis causa', 1919, pag. 55 segg. Egli crede che si debba ai Bizantini la trasformazione della stipulazione con 'adiectio' in contratto a favore dei terzi, il segno della quale si dovrebbe trovare nell'interpolazione 'finge mea interesse'. Contro di questo rispondo: se si vuol trovare quell'ambiente giuridico, nel quale doveva nascere la 'stipulatio' con 'adiectio' come strumento per effettuare i contratti a favore dei terzi, allora questo è difficilmente quell'ambiente che ammette generalmente l'efficacia di questi contratti per il promissario in base del suo interesse. Infatti, nel diritto giustiniano è efficace la semplice 'stipulatio Titio dari' (in base dell'interesse del promissario sul contratto). Questo semplice mezzo basta, perchè si abbia il contratto a favore del terzo, efficace per il promissario. Allora non si capisce, perchè dovrebbero i compilatori adoperare per questo scopo anche la stipulazione molto più complicata: 'mihi aut Titio, utrum ego velim, dare'. Una tale complicata stipulazione si capisce, invece, benissimo nell'ambiente del diritto classico, dove la semplice 'stipulatio alteri' è inefficace per il promissario e allora bisogna cercare i rimedi cautelari. Ma c'è ancora di più. Si può direttamente provare che l'adiectio fosse nel diritto classico naturale mezzo per dar efficacia ai contratti in favore dei terzi. Ne è prova il fr. 45 D. 24, 3. Se persino nella 'stipulatio alteri aut sibi' si proteggeva la posizione dell'alteri per mezzo della costruzione del 'solutionis causa adiectus', allora non può essere una prova più forte per la tesi che la vera, giustamente formulata 'adiectio sol. causa' fosse adoperata nella funzione dei contratti a favore dei terzi, come un mezzo affatto naturale.

lui che volendo acquistare al terzo stipulava 'sibi aut alteri', e cioè la pena convenzionale. Ecco la combinazione di due istituti, l'adiectio solutionis causa' e la pena. Le fonti ci attestano questo esempio di tal genere: 'mihi decem' (pena) 'aut Titio quinque dari' (fr. 98 § 5 D. 46, 3).

L'altro esempio di tal genere sarebbe da cercarsi nella stipulazione 'decem mihi aut hominem Titio dare' (fr. 34 § 2 D. 46, 3; fr. 141 § 5 D. 45, 1). In ambedue i casi era da risolversi la questione principale, se la prestazione (della somma minore, rispettivamente della cosa, giuridicamente rappresentante 'aliud') al terzo liberasse il debitore dal creditore. In questo riguardo bisogna distinguere questi due tipi di stipulazione, perchè ognuno era analizzato diversamente.

6. Nella stipulatio 'mihi decem aut quinque Titio dare' era da esaminare, se il pagamento della somma minore a Tizio risolvesse tutto il rapporto obbligatorio. La decisione non era facile. Non si poteva rispondere semplicemente di sì in base al criterio formale della 'conceptio stipulationis', criterio applicabile senz'altro nel caso inverso 'mihi quinque aut Titio decem' (nello stesso fr. 98 § 5 D. 46, 3); perchè, se è vero che la stipulatio 'sibi aut alteri' dalla persona del creditore 'vim accipit', non si può ritenere quest'obbligazione estinta per il pagamento della somma minore. Dal formalismo del diritto civile, illustrato nell'interessante frammento di Alfeno Varo-Paolo, (67 D. 46, 3) segue che il pagamento della somma minore da quella dovuta non effettua la 'solutio' dell'obbligazione, se anche il creditore accettante volesse accontentarsene: bisognerebbe compiere giuridicamente (se anche non economicamente) tutta la prestazione. In queste circostanze la questione, sopra menzionata, trovava risposta negativa. Se, dunque, la giurisprudenza volesse ammettere l'estinzione dell'obbligazione per il pagamento della somma minore all'adiectus, quando questa somma rappresentava la propria prestazione e la somma maggiore aveva la funzione della pena, non vi era altra via se non la costruzione dell'obbligazione come condizionale: la 'stipulatio mihi decem aut quinque Titio' doveva essere compresa e trattata come la 'stipulatio si Titio quinque non dederis, decem mihi dari' (14).

Il testo, relativo al nostro caso, il fr. 98 § 5 D. 46, 3 (Paulus XV Quaest.), merita speciale attenzione.

Qui stipulatus (LENEL: stipulatur), « sibi aut Titio », si hoc dicit « si Titio non solveris » dari sibi, videtur condicionaliter stipulari. et ideo etiam sic facta stipulatione « mihi decem aut quinque Titio dari » quinque Titio solutis liberabitur reus a stipulatore. quod ita potest admitti, si hoc ipsum expressim agebatur, ut quasi poena adiecta sit in persona stipulantis, si Titio solutum non esset. at ubi simpliciter « sibi aut Titio » stipulatur, solutionis tantum causa adhibetur Titius et ideo quin-

(14) Per queste ragioni differisco in questo punto dal BESELER 'Beitr.', IV, 207.

que ei solutis remanebunt reliqua quinque in obligatione. contra si mihi quinque, illi decem stipulatus sim, quinque Titio solutis non facit conceptio stipulationis, ut a me liberetur (15).

Il 'punctum saliens' della questione sta nella diversità della somma stipulata dallo stipulatore e quella statuita riguardo all'adiectus. Prima di tutto bisogna rilevare che la diversa somma (sia maggiore, sia minore) non si può concepire come un 'aliud'. Si tratta semplicemente di un 'plus' o di un 'minus'. Esaminiamo prima l'ultimo caso, cioè la stipulazione 'mihi quinque aut illi decem'. La questione, se il debitore venga liberato dall'obbligazione pagando la somma maggiore all'adiectus non si può risolvere che positivamente; chè nella somma maggiore è compresa quella minore. Basta confrontare 'per analogiam' il testo Pomponio, fr. 12 D. 45, 1: 'Si ita stipulatus fuero: « decem aut quinque dare spondes? » quinque debentur'. Però non basta pagare all'adiectus la somma minore, propriamente dovuta allo stipulatore, perchè questo sarebbe contro la clausola 'aut illi decem dari'; l'elemento decisivo, la verbale 'conceptio stipulationis', sarebbe violato. Né si può dire che appunto la clausola dell'adiectio sia in questo caso invalida (CUGIA nelle sue profondamente meditate indagini relative al frammento citato) (16). Non si può, cioè, dire, che l'adiectio con somma maggiore sia (almeno nel diritto classico) nulla, perchè costituisce un contratto a favore di terzo. Nessun testo esprime questo pensiero. C'è un testo di Gaio, sì, dove si dice 'aliam in Titii designari non posse' (fr. 141 § 4 D. 45, 1); ma la diversa somma non è 'alia res'. Ugualmente è certo, che allo sviluppo dell'adiectio non si opponeva la regola: 'alteri stipulari nemo potest'; anzi era la tendenza di evitare le conseguenze di questa regola iniqua, che ispirava la giurisprudenza allo svolgimento dell'adiectio'.

Più complicato è il testo in quanto si riferisce alla 'stipulatio mihi decem aut quinque Titio dari'. Quel che è certo, è la decisione 'quinque Titio solutis liberatur reus'. Ed in fatti il BESELER nell'ultima revisione critica di questo testo elimina tutta l'altra parte, relativa alla stipulazione citata, come interpolata (17).

Ma anche se la critica del BESELER è, come di solito, attraente, nonchè poggiata su indizi formali di interpolazione, (tanto nel periodo principale 'qui stipulatus', quanto nel periodo 'quod ita potest admitti'), io sarei più proclive a ritenere il testo classico, e solo lievemente deformato. A questo mi induce la considerazione che la giurisprudenza non possedeva altro mezzo per rendere efficace la stipulazione citata se non la

(15) L'ultimo periodo del frammento 'porro si decem solverit, non quinque repetet, sed mihi per mandati actionem decem debebuntur', interpolato, come hanno provato il BESELER op. cit., pag. 207 ed il CUGIA op. cit., pag. 50 segg.

(16) L. op. cit. pag. 50 segg.

(17) 'Z. Sav.-St.', XLV, pag. 485.

costruzione di questa stipulazione come condizionale. Su questo punto ha ragione il CUGIA, il quale però ritiene questa costruzione un mezzo per render la stipulazione (rispettivamente l'adiectio) valida. Non direi questo. Infatti, a rigor di diritto, se si fa astrazione dalla costruzione, nella stipulazione in esame l'adiectio non è invalida, ma non può realizzare tutto quel pieno effetto a cui le parti volevano giungere: il pagamento della somma minore all'adiectus non produce se non la estinzione proporzionale dell'obbligazione. Se i contraenti volessero quel pieno effetto, che, cioè, il pagamento all'adiectus liberasse il debitore dal tutto, dalla maggiore somma, dovuta giuridicamente in prima linea, ma secondo le intenzioni sussidiariamente come pena convenzionale, non c'era altra via. E per questo io preferirei la prima critica testuale del BESELER⁽¹³⁾, nella quale così ricostrui il primo periodo del passo: 'qui stipulatur « sibi aut Titio » hoc dicit « si Titio non solveris dari sibi »'. A questo si collega armonicamente il testo seguente, di cui il tenore classico si ottiene, a mio avviso, semplicemente, se si eliminano le parole: « quod ita potest admitti, si hoc expressim agebatur, ut ». Il giurista avrebbe perciò scritto: 'et ideo etiam sic facta stipulatione: « mihi decem aut quinque Titio dari? » quinque Titio solutis liberabitur reus a stipulatore, quasi poena adiecta sit in persona stipulantis, si Titio solutum non esset'. Il pensiero di Paolo è questo: la 'stipulatio « mihi decem aut quinque Titio dari » non si può normalmente interpretare altrimenti che 'quasi poena adiecta sit in persona stipulantis, si Titio solutum non esset', e allora il pagamento di 'quinque' all'adiectus basta alla soluzione dell'obbligazione intera. I compilatori ritengono necessario accentuare che l'effetto: 'quinque Titio solutis liberabitur reus', si verifica solamente quando le parti contraendo la stipulazione 'sibi decem aut quinque Titio' hanno espressamente dichiarato che la somma maggiore rappresenti la pena (interpolazione quasi dello stesso stampo di quella del notissimo 'animus novandi'), e aggiungono: 'at ubi simpliciter « sibi aut Titio » stipulatur, solutionis tantum causa adhibetur Titius et ideo quinque ei solutis remanebunt reliqua quinque in obligatione'. Quest'interpolazione, riconosciuta già dal BESELER e dal CUGIA, si mostra per ragioni formali: che deve significare 'simpliciter'? che significa 'solutionis tantum causa adiectus'? A mio avviso 'simpliciter' esprime il contrapposto al: 'si hoc dicit...', e perciò al 'condicionaliter'; 'solutionis tantum causa adhibitus' poi è quello a cui favore la stipulazione non si contrae (interessante locuzione quest'ultima, perchè mostra che ben compresero i compilatori in questo caso lo svolgimento del diritto). Bisogna però escludere il valore pratico che all'interpolazione attribuisce il CUGIA. Non è Giustiniano, che ammise la diversità delle somme nella 'stipulatio' e nell'adiectio,

⁽¹³⁾ 'Beitr.', IV, p. 206.

e che applicò tal tipo di stipulazione al contratto a favore di terzi. Tutto questo ammise già la giurisprudenza classica. L'interpolazione non ha, come abbiamo visto, molto valore pratico.

7. Esaminiamo ora l'altro tipo delle 'stipulatio' con 'adiectio: decem mihi aut Titio hominem dari'. Diversità di oggetti nella 'stipulatio' e nell'adiectio. Interessante è, e molto sintomatico, che in tutti gli esempi, che ci offrono le fonti, oggetto della 'stipulatio' è una somma di danaro, quello dell'adiectio una cosa. E allora possiamo giudicare che la cosa menzionata nell'adiectio rappresenti la vera prestazione, pattuita in favore del terzo, mentre la somma di danaro ha la funzione della pena convenzionale. Perciò occorre qui studiare anche questo tipo di stipulazione.

Questione principale era, se la soluzione della cosa effettua la liberazione del debitore dall'obbligazione. Diciamo subito che nelle fonti, (fra. 34 § 2 D. 46, 3; fr. 141 § 5 D. 45, 1; fr. 44 § 44, 7) è attestata la controversia: si decide nel primo frammento, che l'obbligazione si estingue 'ipso iure', mentre negli altri l'estinzione civile dell'obbligazione è negata ed ammessa solo l'estinzione 'per exceptionem'. Si ha quindi un ordinamento del tutto diverso da quello che abbiamo visto nel caso della diversità delle somme. Come spiegare questo? Facilmente, se ci accorgiamo della differenza fra la diversità delle somme e la diversità degli oggetti. Solo in questo caso c'è un 'aliud' nell'adiectio, di fronte alla 'stipulatio'. Se poniamo mente che l'adiectio vim accipit' dalla persona dello stipulante, vediamo subito che la giurisprudenza non poteva alla questione, se la soluzione della cosa all'adiectus liberi il debitore dall'obbligazione, rispondere diversamente che alla questione, se la soluzione dell'aliud al (consenziente) creditori liberi il debitore. In altre parole: per la soluzione della nostra questione era decisivo il regime della 'datio in solutum'. Ed è forse per questo che nelle nostre fonti la somma di danaro, dovuta allo stipulatore, non è qualificata espressamente come pena convenzionale, da cui si potrebbe mediante la costruzione già nota giungere molto semplicemente alla risposta affermativa, come nel fr. 98 § 5 D. 46, 3, sopra esaminato. Tutto questo non aveva luogo qui, appunto perchè nella risoluzione della nostra questione non si poteva lasciar in ombra il fenomeno della 'datio in solutum', da cui si desumeva una risposta sufficiente.

E vediamo i testi.

Iulianus fr. 34 § 2 D. 46, 3.

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

Gaius fr. 141 § 5 D. 45, 1.

Cum « mihi aut Titio » stipulor, dicitur aliam quidem rem in per-

sonam meam, aliam in Titii designari non posse, veluti « mihi decem aut Titio hominem »: si vero Titio ea res soluta sit, quae in eius persona designata fuerit, licet ipso iure non liberetur promissor, per exceptionem tamen defendi possit.

Paulus fr. 44 § 4 D. 44, 7.

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

La contraddizione fra il testo di Giuliano e quelli di Gaio e Paolo è evidente. Per risolverla e per ricostruire il pensiero genuino dei giuriconsulti bisogna partire dal principio espresso nel testo Gaiano: 'aliam quidem rem in personam meam, aliam in Titii designari non posse', e tentar di apprezzarne la vera portata. Non c'è dubbio che a questo principio non si può ricollegare altro effetto che quello negativo: la soluzione di 'aliud' all'adiectus' non può liberare, dal punto di vista del diritto civile (trattandosi di principio civile), il reo dall'obbligazione. Da ciò risulterebbe l'interpolazione del testo di Giuliano (nel testo genuino: 'non liberatur'); questo ritengono lo STEINER⁽¹⁹⁾, il CUGIA⁽²⁰⁾ e il PEROZZI⁽²¹⁾.

Però c'è la questione se il principio citato si possa riguardare come universalmente ammesso nella giurisprudenza classica. E questo si deve a mio avviso negare. Ecco la ragione. Non si può non vedere la stretta vicinanza del principio 'aliam rem in personam meam, aliam in Titii designari non posse' con l'altro: 'rem pro re solvi non posse'. Quest'ultima regola però non era ammessa universalmente, ma solo da un gruppo di giuristi, i Proculiani, mentre i Sabiniani seguivano l'opinione opposta 'rem pro re' (o, come si esprime il Gaio, III, 168, 'aliud pro alio') 'solvi posse'. Lo stesso valore bisogna, dunque, attribuire al principio che ci interessa qui, tanto più che le fonti ci danno la direttiva, attestando la stessa controversia giurisprudenziale circa il modo di estinzione dell'obbligazione ('ipso iure-ope exceptionis'). Infatti, anche nel caso, che ci interessa, cioè la soluzione di una 'res pro re', non manca il consenso del creditore; la sola particolarità sta in ciò, che questa 'alia res' è congiunta con la persona del 'solutionis causa adiectus', e il consenso è già espresso irrevocabilmente nella stipulazione, e per il creditore (non può revocare né la facoltà dell'adiectus', né la facoltà del debitore di solvere 'alia res' a questo), e

⁽¹⁹⁾ 'Datio in solutum', 1914, pag. 131, n. 2.

⁽²⁰⁾ L. op. cit., pag. 58 segg.

⁽²¹⁾ Questo si può desumere dalle seguenti parole dell'illustre romanista, contenute nella nuova edizione delle 'Istituzioni', vol. II, pag. 411, n. 2: « in diritto giustiniano si può anche promettere di pagare all'adiectus una cosa diversa da quella promessa allo stipulante, nel qual caso però il debitore non è liberato che ope exceptionis ».

per il debitore (all'adiectus' non può solvere che la designata 'alia res').

Ebbene, se nella nostra fattispecie, tanto vicina a quella della 'datio in solutum', è ugualmente attestata nelle fonti la controversia circa il modo di estinzione dell'obbligazione, non c'è che una sola via per comprendere i testi citati: cioè, di interpretarli a lume della controversia, agitata nella giurisprudenza riguardo alla 'datio in solutum'. A questo modo di interpretazione dei testi ho accennato già nel mio citato libro sulle 'obbligazioni' (22). Ma il merito appartiene al BESELER (23). Egli ha, per primo, sottoposto i testi alla nuova revisione critica al lume dell'accennato criterio interpretativo. Il risultato è quanto mai semplice. Il testo di Giuliano, com'è riprodotto nel Digesto, è espressione genuina della tesi dei Sabiniani; il frammento non è stato mutilato dai compilatori, ma solamente abbreviato, in quanto conteneva la menzione dell'opposta tesi dei Proculiani. L'interpretazione del testo gaiano è più difficile. Come, Gaio sostenitore della tesi opposta? Il punto fondamentale del testo sta nella parola 'dicitur'. Ho già espresso, nelle mie 'obbligazioni', l'opinione che non sia necessario di interpretar questa parola nel senso di un riferimento della tesi sabiniana. Adesso sono pienamente persuaso che 'dicitur' significa direttamente: si afferma dai Proculiani, come sostiene il BESELER (« dicitur = sagen die Prokulianer ») e che l'opinione propria dei Sabiniani, ricollegata al testo riprodotto nel Digesto probabilmente nel modo: 'nostri vero auctores' ecc. (BESELER), è stata cancellata dai compilatori. L'interpretazione del testo citato di Paolo è facile. Il giurista si limita a constatare la controversia. Là difficoltà nasce dal fatto che in un altro frammento ((98 § 6 D. 46, 3), lo stesso Paolo si attiene all'opinione sabiniana, come se questa fosse assolutamente inconcussa: 'liberaretur enim, et si mihi Stichum, illi Pamphilum dari stipulatus essem et Titio Pamphilum solvisset'. Per risolvere questo problema bisognerebbe rispondere prima alla questione pregiudiziale, se la controversia circa la 'datio in solutum' fosse già finita (risolta, cioè, nel senso dei Sabiniani) nel periodo di Paolo, o durata sino al tempo dei compilatori. Ma la questione, alla quale risponderci piuttosto nel primo senso, non può essere esaminata qui.

⁽²²⁾ Pag. 17, n. 3.

⁽²³⁾ 'Z. Sav.-St.', XLIII, pag. 426.