



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Sede di Treviso

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

TESI DI LAUREA

APPLICAZIONI EXTRACONTRATTUALI DELLA *CONDICTIO*: LA TUTELA
CONTRO L'ARRICCHIMENTO INGIUSTIFICATO IN DIRITTO ROMANO

Relatore: ch.mo prof. Roberto Scevola

Laureanda: Giulia Piazza

Matricola: 1197499

A.A. 2023/2024

Dedicato all'ansia, mia costante compagna di viaggio.

A quella sensazione, purtroppo a me molto familiare, che paralizza il corpo e si impossessa della mente, lasciando una sola convinzione: non sei e non sarai mai abbastanza.

All'ansia che più volte ha fatto vacillare la mia determinazione.

Ti dedico il mio lavoro più grande per dimostrarti che, nonostante Te, avrò sempre Me.

INDICE SOMMARIO

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.....	2
CAPITOLO PRIMO: l'evoluzione storica della <i>condictio</i>	6
1. Introduzione	6
2. <i>Legis actio per condictioem</i> e <i>condictio</i> nel processo formulare.....	7
3. Il carattere astratto della <i>condictio</i> nel processo formulare	11
4. L'ampliamento della tutela: età classica e postclassica	14
5. Le diverse forme di <i>condictio</i> nello specifico.....	19
5.1 La <i>condictio causa data causa non secuta</i>	20
5.2 La <i>condictio ob turpem vel iustam causam</i>	23
5.3 La <i>condictio sine causa</i>	25
5.4 La <i>condictio indebiti</i>	35
5.5 La <i>condictio ex causa furtiva</i>	51
CAPITOLO SECONDO: la matrice equitativa dell'istituto, tra consenso e critiche.....	61
1. La <i>condictio</i> come strumento equitativo contro l'arricchimento <i>sine iusta causa</i> .	61
2. Il fondamento della <i>condictio</i> : l'equità	63
3. L'equità come denominatore comune alle fattispecie extracontrattuali.....	67
4. La <i>ratio</i> sottesa alla tutela della <i>condictio</i>	69
5. Critica all'equità come fondamento della <i>condictio</i>	75
6. Evoluzione storica dell'istituto: sulla scia degli affari commerciali.....	84
7. Il campo di applicazione della <i>condictio</i> : il significato dell'espressione <i>re obligari</i>	85
8. <i>In rem versio</i> : l'arricchimento ingiustificato dal punto di vista economico	93
9. Deroche al requisito generale della provenienza negoziale.....	103
CAPITOLO TERZO: <i>Condictio</i> e primi passi verso l'azione generale d'arricchimento...	109
1. La <i>condictio</i> non solo in funzione dell'arricchimento ingiustificato	109
1.1 La <i>condictio ex lege</i>	110
1.2 La <i>condictio certi</i>	114
2. La <i>condictio Iuventiana</i> : il sottile confine tra <i>condictio</i> e <i>actio de in rem verso</i> ..	126
CONCLUSIONI	137
Bibliografia.....	13940
Indice delle fonti.....	144

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Il presente lavoro ha l'obiettivo di analizzare l'antico istituto della *condictio*, frutto del diritto romano, presentandone gli aspetti più problematici.

Nel sistema giuridico romano antico, la *condictio* rappresenta uno strumento processuale per tutelare specifici diritti: introdotta, inizialmente, per agevolare il recupero di debiti di una somma certa di denaro (*lex Silia*, II secolo a.C.), viene, poi, estesa anche a beni determinati (*lex Calpurnia*). Con l'avvento del processo formulare questo rimedio assume la forma di azione civile vera e propria, un'*actio in personam*, incentrata sulla pretesa di una *res certa* o di una *pecunia certa*. Come emergerà nell'elaborato, l'astrattezza della struttura di tale azione è una caratteristica essenziale che si mantiene dalla nascita dell'istituto e ne permette lo sviluppo: infatti, non è necessario specificare la causa precisa del debito, ma è sufficiente affermarne l'esistenza. Attraverso l'analisi condotta risulterà chiaro che la *condictio* esplica la sua funzione in diverse situazioni, in quanto il suo impiego non è circoscritto all'ambito contrattuale, ma viene largamente adoperata in ipotesi extracontrattuali.

La *condictio*, che permette di reclamare la restituzione di un bene o di una somma di denaro trasferiti senza una giusta causa riconosciuta dall'ordinamento che giustifichi lo spostamento, inevitabilmente intercetta l'arricchimento ingiustificato, altro protagonista di questa narrazione. Quest'ultimo designa il vantaggio economico ottenuto da un soggetto a spese di un altro senza che vi sia una valida ragione giuridico-patrimoniale ed è noto anche al nostro ordinamento italiano: infatti, il Codice civile illustra l'azione generale di arricchimento. Si tratta di un istituto che ha lo scopo di riequilibrare situazioni inique in cui «un soggetto si è arricchito a danno di un'altra persona», come stabilisce l'articolo. Questo strumento giuridico garantisce che nessuno possa trarre benefici economici a discapito di altri senza una valida ragione legale: rappresenta un principio di giustizia ed equità volto al raggiungimento della situazione *ex quo ante*. L'articolo successivo (2042) specifica la sussidiarietà dell'azione: questo rimedio è residuale, dunque, può essere utilizzato solo se non vi siano altre soluzioni legali disponibili per ottenere la restituzione del bene.

Il primo capitolo offre un'analisi dello sviluppo dell'istituto nel corso della storia romana, che si snoda lungo diversi secoli. Vengono messi in luce i molteplici cambiamenti che hanno caratterizzato l'istituto nel corso del tempo, culminando nella sua massima espressione in epoca giustiniana. Bisogna sempre tenere a mente le caratteristiche tipiche della mentalità romana: l'indole conservatrice dei Romani si riflette anche nell'evoluzione del diritto le cui modifiche, pur necessarie, avvengono con cautela e rispetto per le tradizioni. Quindi, progresso non significa stravolgere il passato quanto, piuttosto, migliorarlo gradualmente, preservando gli elementi che vengono ritenuti preziosi già presenti nel patrimonio giuridico: anche l'istituto della *condictio* riflette questo approccio all'innovazione per cui le modifiche giungono in modo graduale.

Si parte dal principio: l'origine come *legis actio per conductionem* nel periodo arcaico, caratterizzato dalla solennità e dal formalismo, per poi divenire una vera e propria azione, la *condictio*, mercè l'introduzione del processo formulare con l'abbandono delle rigide formalità. Durante la fase del diritto classico viene definito il campo d'azione di questo rimedio. Inizialmente si diffonde la *condictio indebiti*, poi, piano piano, si identificano le diverse tipologie di *conductiones*.

Nel secondo capitolo viene approfondita la funzione della *condictio*. È chiaro che fulcro dell'istituto è la necessità di recuperare ciò che è stato indebitamente acquisito dal patrimonio di controparte: è avvenuta un'attribuzione priva di fondamento giuridico e, dunque, deve essere restituito quanto ricevuto senza un valido titolo giuridico. Data la natura ingiusta di tale acquisizione, necessariamente la *condictio* si ispira a principi equitativi, contrastando situazioni che avvengono senza una giustificazione.

Si discute circa il fondamento di questo istituto: più volte le fonti fanno riferimento all'*aequitas*, come testimoniato da Pomponio. Celebre è il frammento presente nel Digesto in cui il giurista stabilisce il principio equitativo di diritto naturale che vieta l'arricchimento ingiustificato a spese altrui: *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem* (Pomp. 9 ex variis lection. D. 50.17.206). Dunque, a fondamento del *condicere* vi è la percezione di un'ingiustizia che ha bisogno di essere necessariamente riparata. Non tutti, però, concordano in ordine alla matrice equitativa dell'istituto: Sanfilippo ritiene che i riferimenti all'equità siano troppo vaghi. L'autore, infatti, nega che alla base dell'obbligazione restitutoria possa esserci l'arricchimento ingiustificato e sostiene, invece, che il fondamento vada ravvisato

nell'acquisto ingiustificato (ingiustificato in quanto manchevole di una causa per ritenere la cosa o la somma di denaro). Egli sottolinea la differenza tra l'*accipere* e il *locupletari*: nell'acquisto, l'arricchimento, inteso come effettivo aumento patrimoniale, è una conseguenza dell'acquisto stesso.

Il testo sottolinea che la *condictio* non viene adoperata soltanto con riferimento all'arricchimento ingiustificato e, d'altro canto, è l'unico strumento a disposizione per contrastarlo: in alcune circostanze, un'alternativa valida è rappresentata dall'*actio de in rem verso*. Per distinguere l'utilizzo dell'uno o l'altro istituto esiste un fattore chiave: la presenza o meno di un *negotium*. Infatti, la *condictio* richiede necessariamente un negozio giuridico previo. Tuttavia, questo requisito, che delimita in modo chiaro l'ambito di applicazione della *condictio*, come si evince dalle fonti, non sempre è rispettato e sono ammesse delle deroghe.

Per completare la trattazione della *condictio*, il terzo capitolo presenta una riflessione sul vasto campo d'applicazione di tale rimedio: sarebbe riduttivo circoscrivere la sua funzione solo in relazione all'arricchimento ingiustificato. Esistono *condictiones* che non riguardano l'arricchimento ingiustificato. La *condictio ex lege*, di creazione giustiniana, è uno strumento giuridico supplementare dal momento che è a disposizione del creditore in caso di inadempimento del debitore. Questa si attiva allorché la legge non preveda un'azione specifica per tutelare il diritto creditorio all'adempimento dell'obbligazione. Un altro esempio è la *condictio certi* che permette di recuperare somme di denaro o beni specifici che sono dovuti. Tale azione può essere esperita per qualsiasi motivo o obbligazione, purché sia immediata e attuale; dunque, non dipenda da condizione futuro o da un termine non ancora scaduto. Nel Digesto Ulpiano sottolinea che questo rimedio può essere usato in diverse circostanze: per richiedere somme dovute secondo un testamento, per ottenere un risarcimento danni secondo la legge Aquilia, per recuperare beni rubati in caso di *furtum*, per far valere i propri diritti in base a un senato consulto.

Infine, viene descritta la *condictio Iuventiana*, frutto dell'elaborazione del diritto intermedio, ossia il periodo storico che intercorre tra la compilazione giustiniana e l'età moderna. La paternità di tale invenzione è attribuita a Roffredo da Benevento, celebre giurista e glossatore medievale. Egli, infatti, ha sviluppato questa tipologia di *condictio* interpretando due fonti giuridiche distinte: un rescritto dell'Imperatore Diocleziano e un

precedente frammento di Celso, che frequentemente esprime la sua opinione sull'ingiustificato arricchimento, ponendo come base della *condictio* l'*aequitas*. L'importanza di questa *condictio*, pur non derivante dal diritto romano, risiede nel suo ruolo di precursore. Essa getta le basi per la realizzazione dell'odierna azione generale di arricchimento, ponendosi come il germoglio da cui si sviluppano i concetti alla base del sistema moderno che punisce l'arricchimento ingiustificato.

CAPITOLO PRIMO

L'evoluzione storica della 'condictio'

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. *Legis actio per condictioem* e *condictio* nel processo formulare – 3. Il carattere astratto della *condictio* nel processo formulare – 4. L'ampliamento della tutela: età classica e postclassica – 5. Le diverse forme di *condictio* nello specifico – 5.1 La *condictio causa data causa non secuta* – 5.2 La *condictio ob turbem vel iustam causam* – 5.3 La *condictio sine causa* – 5.4 La *condictio indebiti* – 5.5 La *condictio ex causa furtiva*

1. *Introduzione*

L'articolo 2041 del Codice civile italiano è rubricato 'azione generale di arricchimento'. Questa disposizione sancisce il principio per cui non è ammesso un vantaggio a favore di un soggetto a danno di altri senza che ciò sia sorretto da una causa di giustificazione.

Questo principio ha origini antiche e si ispira a un pensiero di equità e giustizia comunemente intese ancor prima di essere tradotto in termini giuridici. Nel diritto romano l'atteggiamento del *locupletatus* viene percepito come ingiusto, si avverte che c'è un'ingiustizia, qualcosa che va contro la moralità comune. Dunque, per contrastare il fenomeno dell'arricchimento ingiustificato (perché non legittimato da una *iusta causa*) o ingiusto (quando avviene un trasferimento patrimoniale contrario a principi equitativi)¹, inizialmente si fa riferimento alla *legis actio per condictioem*. Successivamente, in epoca classica, la tutela si struttura in un regime diverso: la *condictio*. Il termine *condictio* deriva dal verbo latino *condicere*, rivendicare, reclamare; infatti, quest'azione mira a ottenere ciò che è entrato nel patrimonio di controparte senza una valida motivazione.

Lo sviluppo di questo rimedio avviene con il passare dei secoli e, gradualmente dalla prima figura di *legis actio per condictioem*, da cui derivano l'introduzione della procedura per *formulas*, la *condictio* trova applicazione non solo per sanzionare debiti derivanti da contratti, ma anche nel campo extracontrattuale, diventando l'archetipo di

¹ L. VACCA, *Osservazioni in tema di 'condictio' e arricchimento 'sine causa' nel diritto romano classico*, in *Atti del Convegno dell'Università degli Studi Roma Tre (Roma, 24-25 ottobre 2003)*, Torino, 2005, 3.

tutti i moderni sistemi di ripetizione dell'indebito che si sono evoluti nell'ambito della tradizione romanista². Quindi la persecuzione dell'arricchimento indebito al di fuori delle ipotesi contrattuali è introdotta dalla giurisprudenza repubblicana in sede di *interpretatio* del *ius civile* tramite l'applicazione della *condictio*, che diventa regola generale nel diritto giustiniano³.

2. *Legis actio per conditionem e condictio nel processo formulare*

Con l'introduzione della *lex Silia* viene istituito un nuovo genere di *legis actio* (dopo la *legis actio per sacramentum* e la *legis actio iudicis arbitrive postulationem*): la *legis actio per conditionem*, utilizzata per i crediti che riguardano una specifica somma di denaro e, successivamente estesa, in virtù della *lex Calpurnia*, anche ai crediti relativi alle prestazioni di una *certa res*⁴.

L'attore, con l'ausilio dei verbi *aiō* e *oportere*, dichiara la sua pretesa ed afferma che gli è dovuta una certa somma pecuniaria da parte del convenuto. A differenza di quanto avveniva nella *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, in questo caso l'attore non specifica la causa su cui si basa il credito⁵. A questo punto domanda all'avversario di ammettere o negare il proprio obbligo (*id postulo, aias an neges*). In caso di risposta negativa l'attore intima controparte di presentarsi al trentesimo giorno per *iudice capere*, ossia per ottenere la nomina del *iudex privatus* che si occupa della questione (*quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico*⁶).

È interessante analizzare quanto afferma Gaio⁷ perché egli rileva che al tempo delle *legis actiones* 'condicere' presenta il suo significato più proprio: *denuntiare*, intimare formalmente⁸, mentre ai suoi tempi *condicere* assume un'altra sfumatura di significato dal momento che non viene fatta alcuna *denuntiatio*⁹.

² P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, 5.

³ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, IV, Torino, 2002, 501.

⁴ C. SANFILIPPO, *Il fondamento dell'obbligazione da indebito*, Milano, 1943, 9.

⁵ C. SANFILIPPO, *Il fondamento*, cit., 10.

⁶ Gai 4.17b.

⁷ Gai 4.18.

⁸ Infatti, a Gai 4.15, viene evidenziato il significato di denunciare: *comperendum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant*.

⁹ Gai 4.18: *nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit*.

Quindi, con la formula della *condictio* il pretore istruisce lo *iudex* a condannare il convenuto nel caso in cui risulti che, in conformità al diritto civile, sia obbligato a trasferire (*dare oportere*) al ricorrente una specifica somma di denaro o un altro bene specifico¹⁰. Ciò che il giudice deve valutare è da un lato la pretesa attorea, dall'altro una fonte di obbligazione che non viene menzionata dal momento che la formula della *condictio* non lo richiede. Si tratta di una formulazione resa in termini astratti che permette di far riferimento sia a una pretesa basata su un contratto sia a una pretesa con fondamento extracontrattuale. È proprio questo carattere di astrattezza che ha permesso alla *condictio* di adattarsi alle varie esigenze diventando uno strumento generale di tutela con riguardo a pretese restitutorie eterogenee¹¹. La sua struttura, prescindendo da una causa *debendi* predeterminata, riesce ad abbracciare più fattispecie diverse tra loro che, però, si caratterizzano tutte per un incremento patrimoniale, privo di fondamento giuridico, i cui effetti non possono essere mantenuti all'interno dell'ordinamento.

Se è certo che l'avvento della *legis actio per condictioem* si verifica con l'emanazione della *lex Silia*, risulta complessa la sua datazione. Infatti, questa *lex* viene menzionata solo da Gaio e la stessa *gens Silia* resta pressoché sconosciuta fino all'età augustea. Invece, per quanto concerne la *lex Calpurnia* è possibile raccogliere qualche delucidazione in più. La *lex Calpurnia* più famosa è quella *de repetundis*, fatta votare nel 149 a.C. da L. Calpurnius Piso Frugi¹². Si è addirittura pensato che potesse essere questa legge del 149 ad aver esteso l'applicabilità della *legis actio per condictioem* anche ai crediti di cose determinate diverse dal denaro; ma, essendo che la *lex de repetundis* riguarda le malversazioni commesse dai magistrati romani che si appropriano di denaro o cose mobili di cui sono in possesso in virtù del proprio ruolo, appare difficile che possa contenere anche indicazioni sulla *legis actio per condictioem*. Se non è possibile riferirsi a questa legge è, però, importante considerare che L. Calpurnio Pisone in quel periodo presenta diverse iniziative legislative in varie materie. Questo particolare, sicuramente, aiuta nella datazione: con tutta probabilità si può inquadrare la legge non lontano dal 149.

¹⁰ B. KUPISCH, *Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 424.

¹¹ P. CERAMI, *Riflessioni in tema di 'condictio Iuventiana' e 'iusta locupletatio'*, in *AUPA*, LIX, 2016, 156.

¹² G. NICOSIA, *La 'legis actio per condictioem' e la novità dell'intervallo dei trenta giorni*, in *AUPA*, LIII, 2009, 65.

Così questa disposizione viene datata tra il 149 e il 160 e, a rigore, la *lex Silia* la precede di poco.

Il processo nel periodo arcaico si svolge attraverso diverse *legis actiones*; la *legis actio per condictionem* è la più recente ed affianca le altre più datate. I rimedi processuali di quel tempo sono formule fisse e tipiche, fruibili ai soli *cives* romani. Il processo è orale: le parole pronunciate dalle parti risultano detentrici della certezza del diritto, devono essere precise. La forma coincide con la sostanza: se ci si esprime in maniera erronea, allora si perde la causa.

I cambiamenti a Roma non avvengono in modo repentino, è necessario un lungo processo evolutivo. Infatti, connotazione fondamentale del pensiero romano è il tradizionalismo, una cautela nell'abbandonare ciò che è presente considerando il vecchio utile.

Anche in questo caso il mutamento si svolge in modo graduale, dapprima le *legis actiones* coesistono con il nuovo processo formulare (la legge desueta resta comunque efficace all'interno dell'ordinamento romano), poi, a poco a poco, vengono sostituite e definitivamente abolite con la *lex Iulia iudiciaria* nel 17 a.C.¹³. Con il tempo si abbandonano il rigore e la ritualità richiesti dal periodo arcaico, formandosi così un sistema in grado di dare tutela anche a situazioni giuridiche estranee al *ius civile*: un processo che non sia a panaggio dei soli cittadini romani.

Aumentando i flussi commerciali, si incrementa anche la quantità di stranieri che si interfacciano con i Romani e si sviluppano nuove esigenze che le vecchie *legis actiones* non sono idonee a fronteggiare. Così si profila una nuova struttura processuale che superi i limiti delle, ormai anacronistiche, *legis actiones*: viene agevolato l'accesso al diritto anche agli stranieri. Si crea la figura del *praetor peregrinus* con il compito di dirimere le controversie *inter cives et peregrinos* o anche solo *inter peregrinos* e viene meno il formalismo estremo ancorato ai *certa verba* (gli schemi orali fissi che venivano seguiti pedissequamente)¹⁴.

¹³ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, III, 2006, 73 e, soprattutto, qualche tempo prima, A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alla 'condictiones' giustinianee*, Milano, 2002.

¹⁴ Gaio nelle sue *Istituzioni* è testimone del formalismo eccessivo che contraddistingue le *legis actiones*, carattere che fu fatale per la loro sopravvivenza. È necessario seguire in modo rigoroso quanto previsto dal formulario, altrimenti si perde la lite, è sufficiente una singola parola sbagliata per far cambiare completamente il significato della frase, portando alla soccombenza del soggetto. Questo accade al tale nell'esempio riferito da Gaio che non esperisce l'azione corretta relativa alle viti recise (*vitibus succisis*)

Viene apportata una grande novità con questo sistema: trova spazio la scrittura, diversamente da quanto accadeva prima per cui tutto si svolgeva oralmente, ora le formule vengono messe per iscritto.

L'innovativo processo formulare ha carattere unitario: un solo procedimento impiegato per l'esercizio delle varie *actiones*¹⁵. Anche questo è caratterizzato dalle due fasi: la prima *in iure* e la seconda *apud iudicem*. La prima è la fase di diritto, non si entra nel merito; si fissano i termini giuridici della controversia e si indica la regola iuris da utilizzare. Questa fase è condotta dal magistrato che detiene *iuris dictio* (i magistrati giusdicenti del processo formulare sono i due pretori, urbano e peregrino, l'edile curule e i governatori provinciali e tutti esercitano giurisdizione sulla base di un editto¹⁶). Il magistrato, dopo aver convalidato la formula (che contiene la nomina del *iudex* e gli aspetti giuridici della disputa), concede l'azione affinché il procedimento prosegua con la fase successiva e si concluda con una sentenza.

Momento saliente di questo processo è quello della *litis contestatio* che precede la fase *apud iudicem*. Quel fascio di atti volontari nel quale convergono il *dare iudicium* del pretore, il *dictare iudicium* dell'attore e l'*accipere iudicium* del convenuto si chiama *litis contestatio*¹⁷. Si tratta di un elemento fondamentale, presupposto della decisione giudiziale, in quanto segna il passaggio tra una fase e l'altra e cristallizza in modo definitivo i termini giuridici come fissati nella formula (non è più possibile modificare la formula dopo la *litis contestatio*).

Invece, la seconda fase *apud iudicem* è quella più informale durante la quale ciascuna parte esprime le proprie ragioni liberamente e allega le proprie prove. Il giudice è tenuto ad accertare la fondatezza delle pretese, stabilendo, quindi, di assolvere o condannare il convenuto, valutando le circostanze e attenendosi ai termini fissati dalla formula. Egli per comporre la lite deve operare un sillogismo: *si paret* (la domanda risulta valida), allora condanna; *si no paret* (la richiesta non è giustificata), allora sceglie

perché fa riferimento agli alberi recisi (*arboribus succisis*) (Gai 4.11): un errore che sembra insignificante non lo è. Nel passaggio 4.30 il giurista sottolinea che questo rigore ha determinato l'obsolescenza delle *legis actiones* (*sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet*).

¹⁵ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 74.

¹⁶ Sul punto, cfr. A. SACCOCCIO, '*Si certum petetur*', cit., 98 ss. e M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 75.

¹⁷ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 77.

l'assoluzione. Il giudice che si occupa di questa fase non detiene la *iuris dictio*, ma ha il potere di emettere la sentenza (*iuris actio*).

3. Il carattere astratto della *condictio* nel processo formulare

La *condictio* è la versione formulare della *legis actio per condictioem*¹⁸.

Dopo una prima commistione tra le due forme di tutela (*legis actio per condictioem* e *condictio*), la *lex Aebutia*, databile intorno al 130 a.C., abolisce la *legis actio*¹⁹.

La *condictio* ricalca i caratteri della *legis actio*, in quanto ne è erede e dà copertura alle stesse situazioni giuridiche: si perseguono i crediti per cui l'attore sostiene che esiste un obbligo di *dare* nei suoi confronti da parte dell'avversario (obbligo che viene formalizzato spesso con il verbo *oportere* e che può riguardare una somma di denaro o un insieme di cose determinate). Un elemento ricorrente tra i due mezzi di tutela, che si è mantenuto nel tempo perché fondamentale per come è strutturata la *condictio*, è la totale ininfluenza della causa dell'azione. Nella *legis actio per condictioem* l'attore non indicava la causa, o fonte, del credito affermato. Ciò trova puntuale riscontro nella *condictio* formulare, la cui formula era senza *demonstratio*²⁰.

La formula è la colonna portante del processo formulare, tanto al punto che è proprio a questo documento che si deve il nome dello stesso procedimento (processo *per formulas*). Chiamato anche *iudicium*, questo scritto contiene i termini giuridici della lite, concordati dalle parti innanzi al magistrato, e l'invito allo *iudex* di emettere la sentenza. La formula è composta di più *partes*, alcune imprescindibili, altre eventuali²¹. Dopo l'*intentio*, frammento essenziale, che chiarisce il *petitum* dell'attore²², in genere si trova la *demonstratio*. Gaio afferma che questa parte della formula contiene l'oggetto della controversia, la *res* per la quale si è agito²³; inizia sempre con *quod* poiché indica la fonte

¹⁸ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 159.

¹⁹ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 73.

²⁰ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 159.

²¹ Gai 4.39: *Partes autem formularum hae sunt: demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio.*

²² Gai 4.41: *Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, uelut haec pars formulae: SI PARET NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERE; item haec: QVIDQVID PARET NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE <OPORTERE>; item haec: SI PARET HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM AVLI AGERII ESSE.*

²³ Gai 4.40: *Demonstratio est ea pars formulae, quae principio ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur, uelut haec pars formulae: QVOD AVLVS AGERIVS NVMERIO NEGIDIO HOMINEM*

del rapporto, la causa in senso giuridico. Proprio questo spezzone della formula è quello mancante nella *condictio* poiché non è necessario asserire il fondamento giuridico dell'azione.

Questa inclinazione all'astrattezza con l'assenza della *demonstratio* è stata rinvenuta da Julius Baron, studioso della seconda metà dell'Ottocento. Egli ha sostenuto, infatti, che la *condictio* fosse un'azione astratta che non dovesse essere correlata a una *causa debendi*²⁴.

La *condictio* è un'azione esperibile per ogni pretesa civile *in personam* a prescindere dal tipo di causa e dal tipo di fonte (contratto o delitto).

Le azioni possono essere classificate secondo vari aspetti: una distinzione fondamentale è quella tra *actio in rem* ed *actio in personam*. La *condictio* è un'*actio in personam*, ossia un'azione che tutela un diritto relativo (crediti da contratto o da delitto). Si è soliti differenziare i due tipi di *actio* perché quelle *in rem* sono dirette contro una cosa, mentre quelle *in personam* contro la persona. Quindi, le prime vengono esperite contro chiunque si frapponga tra il titolare e il bene di cui afferma la spettanza; invece, quelle *in personam* vengono usate contro colui che è tenuto, per contratto o per delitto, ad osservare un determinato comportamento verso controparte²⁵. È importante rilevare che il soggetto passivo contro cui si agisce è diverso, quindi, si hanno delle conseguenze processuali diverse. Essendo le *actio in rem* rivolte a chiunque (*erga omnes*), nella *intentio* si indica il solo nome dell'attore in quanto, prima della *litis contestatio*, non è possibile identificare controparte nella generalità dei consociati; diversamente, nel caso di *actio in personam* nell'*intentio* vengono riportati entrambi i nomi delle parti perché l'attore si è dichiarato creditore di un determinato soggetto.

Le azioni sono ripartite anche distinguendo quelle civili da quelle onorarie (definite anche pretorie). La suddivisione è semplice e rapida da operare: le une trovano fondamento nel *ius civile*, le altre si basano sul *ius onorario* e la distinzione è ravvisabile

VENDIDIT, item haec: QVOD AVLVS AGERIVS <APVD> NVMERIVM NEGIDIVM HOMINEM DEPOSUIT.

²⁴ Cfr. A. SACCOCCIO, 'Si certum petetur', cit., 98 ss. e M. VARVARO, 'Condictio' e 'causa actionis', in *AUPA*, LVII, 2014, 270, nt. 8.

²⁵ Gaio parla prima delle azioni *in personam*, poi di quelle *in rem*. (Gai 4.2: *In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere*; Gai 4.3: *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive; aut cum actio ex diverso adversario est negativa*).

già dall'*intentio*. Se la pretesa attoria riguarda l'appartenenza di un bene *ex ius Quiritium*, la spettanza di un *ius* (servitù prediali, usufrutto o diritti affini) o di un diritto di obbligazione espresso con il verbo *oportere*, allora si tratta di una causa di *ius civile*. Al contrario, nel momento che la domanda dell'attore non riguarda i tre ambiti del *ius civile* l'azione è onoraria.

Appare evidente che la *condictio* sia una azione di diritto civile: riguarda un obbligo definito con il verbo *oportere*. Le azioni civili, a loro volta, si suddividono tra quelle di diritto stretto e quelle *ex fide bona*; l'*oportere* della *condictio* è puro e semplice: si tratta di un *iudicium* di diritto stretto. Invece, l'*intentio* dei *iudicia ex fide bona* presenta un dovere giuridico di adempimento a carico del convenuto attraverso il verbo *oportere* qualificato *ex fide bona*. La buona fede viene elevata a linea guida per il giudice nella decisione della lite, diventando un vero e proprio principio di giustizia sostanziale. Lo *iudex*, quindi, amplia il suo raggio d'azione e si allargano le maglie del suo potere. I giudizi di buona fede hanno origine dai quattro contratti consensuali (compravendita, locazione, società, mandato), ma, poi, a poco a poco, l'elenco aumenta²⁶.

Dunque, la *condictio* è un'azione *in personam*, civile, di diritto stretto, che non richiede l'indicazione della causa per cui si agisce. Vi è un'assoluta irrilevanza della causa come elemento oggettivo che sta alla base del negozio giuridico. I motivi personali che spingono un soggetto a concludere un negozio possono essere i più disparati, ma la causa in senso giuridico è diversa dalle pulsioni interiori di una parte del negozio perché incide sulla formazione e sulla successiva stabilità del vincolo tra i due individui.

La presenza della causa è importante per la classificazione dei negozi, si distingue tra negozi causali e astratti: i primi sono invalidi in mancanza di un fondamento oggettivo proprio perché la causa è interna al negozio e ne determina la struttura; mentre gli effetti di quelli astratti si producono a prescindere dalla causa, che non è rilevante e non emerge dalla struttura del negozio stesso²⁷. In presenza di un negozio astratto ci si serve della *condictio* che, appunto, non richiede di far riferimento alla causa.

È intuitivo che la mancanza di *demonstratio* (nella quale si dichiara il presupposto del rapporto tra le due parti) comporta una struttura formulare meno complessa e

²⁶ Gai 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae, commodati, pignericium, familiae erciscundae, communi dividundo.*

²⁷ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 157.

flessibile, che consente l'applicazione di più fattispecie. Chiaramente, senza la specificazione della causa, lo strumento diventa elastico e si allargano le maglie della tipicità, abbracciando un qualsiasi tipo di impegno. «*Promittis mihi dare 100?*» «*Promitto*». Questa promessa è molto generica e non si conosce la ragione dello scambio di denaro.

4. *L'ampliamento della tutela: età classica e postclassica*

Come si è detto, i cambiamenti a Roma non avvengono in maniera radicale, anzi necessitano di tempo e di ripensamenti; proprio per l'attaccamento alla tradizione di questa cultura si opera con grande prudenza. Per questo, l'abolizione del processo *per formulas* non si verifica in modo sbrigativo: durante il periodo classico (dal 27 a.C., anno in cui sale al potere Augusto, al 284 d.C., momento in cui cade la dinastia dei Severi) questo procedimento viene affiancato dalla *cognitio extra ordinem* che, solo nella fase postclassica (dal 284 al 565, anno di morte di Giustiniano), lo sostituisce. Anche in questo caso il nuovo processo origina dall'esigenza di adeguarsi all'evoluzione della società: le formule non sono più il mezzo giusto per offrire tutela.

Il periodo classico è noto perché la tecnica giuridica giunge al suo massimo sviluppo. La giurisprudenza dell'epoca si dice classica e, per estensione, vengono definiti *classici* anche il diritto e il periodo in cui operano quei giuristi classici che producono opere con grande raffinatezza scientifica e vividezza di ragionamento; inoltre, il metodo di questi pensatori viene eletto a modello universale: classico²⁸. L'elaborazione di tipo casistico raggiunge il suo punto più alto e il livello scientifico viene affinato tanto che Schiavone, storico e saggista italiano, parla di rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico.

Questo progresso e perfezionamento tecnico, però, si arresta con l'avvento del Dominato, fase che porta un crollo del livello scientifico e un calo degli studi. L'orientamento di autocrazia e la tendenza assolutistica estirpano la libertà di opinione e di espressione: quei liberi pensatori che hanno elaborato testi prestigiosi vengono meno e si sacrifica lo spirito critico per seguire la volontà del *princeps*. Si giunge al volgarismo giuridico per cui i giuristi non comprendono quanto detto dai loro predecessori e, per aiutarsi nell'interpretazione del testo, realizzano dei glossemi, note che definiscono e

²⁸ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 11.

spiegano i passi antichi (infatti iniziano sempre con *id est*). È un periodo di crisi: c'è confusione e poca coordinazione tra le varie fonti giuridiche. Arangio Ruiz, giurista e studioso del secolo scorso, afferma che si tratta di un vero e proprio travaglio delle *leges* e degli *iura* che provoca incertezza nel diritto. Si perde quello spazio autonomo riservato ai giuristi, che era stato gelosamente custodito dai precedenti giuristi: ora gli uomini del diritto sono costretti a scrivere le costituzioni imperiali e il loro sapere viene messo a completa disposizione del *princeps*; giuristi e funzionari combaciano, i prefetti che un tempo guidavano l'amministrazione pubblica ora sono giuristi.

A riprova della profonda decadenza che affligge l'ordinamento è importante ricordare che viene introdotto un automatismo nella modalità di risoluzione delle controversie: vengono ancorate delle linee guida al principio di libero convincimento del giudice. Infatti, viene emanata la legge delle citazioni nel 426 a Ravenna dall'imperatore romano d'Occidente Valentiniano III e, successivamente, inserita nel Codex Teodosianus, fatto compilare dall'imperatore Teodosio II.

Per giungere a questa norma, innanzitutto si stabilisce una gerarchia tra i giuristi conosciuti, vissuti fino al II secolo, per poi individuare un modo per condurre le controversie. Viene deciso che la parte che cita i pareri di determinati giuristi e a determinate condizioni si assicura la vittoria. I pareri da analizzare sono quelli pronunciati da Emilio Papiniano, Domizio Ulpiano, Giulio Paolo ed Erennio Modestino, i maggiori operatori del diritto dell'età classica inoltrata, a questi viene aggiunto Gaio (al quale viene riconosciuto il *ius respondendi post mortem*). Vince la lite chi raccoglie il parere unanime dei cinque; nel caso in cui i pensieri dei giuristi siano controversi ha la vittoria colui che recupera l'opinione della maggioranza; nel caso di parità si guarda chi porta il parere di Papiniano. È un metodo che non guarda più l'*aequitas*, principio elaborato nel tempo per cui si seguiva il giusto, il senso di giustizia, ma si rifà a un mero criterio numerico.

A cavallo tra il periodo classico e postclassico si instaura una nuova forma processuale: la *cognitio extra ordinem*, che presenta caratteristiche diverse dal precedente processo formulare. Inizialmente il suo utilizzo è circoscritto alle liti riguardanti i fedecommissi, istituto che prevede che il *testator* dia un bene a una persona di fiducia affinché lo trasferisca al *fideicommissarius* in un momento futuro²⁹. Secondo Gaio i fedecommissi si originano per supplire all'incapacità dei *peregrini* di acquistare mediante

²⁹ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 110.

legato³⁰. Comunque sia sorta questa disciplina è utile affermare che più leggi³¹ prevedevano restrizioni in tema di successione: appare chiaro che i fidecommissi avessero funzione di aggirare tali limiti³².

Successivamente, questa forma di processo viene impiegata anche in altre materie: nelle pretese alimentari tra parenti nei pagamenti di onorari in merito a prestazioni che non si fanno rientrare nella locazione in quanto peculiari delle *artes liberales*, in materia di tutela e in tutti i casi per i quali non era previsto che si agisse *per formulas*³³. A poco a poco la *cognitio extra ordinem* non viene adoperata solo nelle province, ma anche a Roma; se in un primo momento il processo formulare sopravvive, pur modificando il proprio *modus procedendi*, poi lascia il posto al nuovo schema processuale.

Con la *cognitio extra ordinem* viene eliminato ogni residuo di formalità e non si agisce più attraverso le formule. Viene meno anche la bipartizione: non esistono più le fasi *in iure* ed *apud iudicem*, ma tutto il procedimento si svolge innanzi a un unico magistrato, un organo pubblico, investito anche del potere di emettere la sentenza. Mancando le due fasi, viene soppresso anche il momento della *litis contestatio*, ma i suoi effetti vengono comunque garantiti: se la lite è stata decisa innanzi a un giudice e viene nuovamente sottoposta al vaglio di un altro giudice, questo deve conformarsi al giudizio già pronunciato³⁴. Inoltre, le parti possono difendersi durante tutto l'arco del processo perché il *thema decidendum* non è cristallizzato nella *litis contestatio*³⁵. Novità che viene introdotta è la possibilità di impugnare la sentenza. È interessante notare che, con la *cognitio extra ordinem*, l'instaurazione del processo non dipende più dalla collaborazione del convenuto: si introduce il procedimento in contumacia, quindi, per la chiamata in giudizio del convenuto, al posto degli atti privati della *vocatio in ius* e del *vadimonium*, si fa ricorso a forme ufficiali che richiedono l'intervento di un organo pubblico³⁶.

³⁰ Gai 2.285: *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere et fere haec fuit origo fideicommissorum. Sed postea id prohibitum est, et nunc ex oratione divi Hadriani senatus consultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur.*

³¹ Si fa riferimento alle leggi Voconia e Falcidia. La prima stabilisce, come riferito da Gaio (Gai 2.226), che l'erede non possa ricevere meno del legatario; inoltre, si pensa che questa legge abbia introdotto una forte limitazione della capacità successoria delle donne, vietando di istituire un'erede donna se l'eredità fosse molto cospicua, ma vi sono dei dubbi. La *lex Falcidia*, invece, prevede che all'erede spetti la quarta parte dell'intera eredità: questa parte del lascito deve essere disponibile e non può essere destinata ai legatari.

³² M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 642, nt. 231.

³³ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 110.

³⁴ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 112.

³⁵ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 113.

³⁶ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 109.

Per quanto concerne l'evoluzione della *condictio* in questo periodo si può dire che la sua astrattezza sia perno centrale del ragionamento. Infatti, la *condictio*, non presentando alcun carattere materiale della fattispecie a fondamento del dovere di restituire un *certum* in conseguenza di un ingiusto arricchimento, consente alla ripetizione carta bianca³⁷. Si adatta a diverse fattispecie ed è in età classica che il suo campo d'azione viene definito in conseguenza alla sua natura, si sviluppano non solo applicazioni contrattuali, ma applicazioni extracontrattuali³⁸. Presupposto di questo strumento è una *datio*, intesa in senso tecnico, come traslativa della proprietà³⁹; la sua funzione è di restituire quanto trattenuto senza una valida ragione: esiste un dovere di dare sempre nel significato di trasferire la proprietà. La condanna del soccombente risulta l'obbligo di riconsegnare la stessa *res* ricevuta o l'equivalente se si tratta di cose fungibili.

Nel caso di applicazioni contrattuali la *datio* avviene con l'intenzione di ritrasferire quanto ricevuto (come nel mutuo); invece, a fondamento delle applicazioni extracontrattuali c'è una *datio* resa per una causa inesistente o venuta a mancare. Inizialmente viene introdotta la *condictio indebiti*, strumento teso a dare tutela ai casi in cui, a causa dell'astrattezza dei mezzi di trasferimento della proprietà tipici dell'epoca, il trasferimento si realizza anche in assenza dell'obbligo di effettuarlo. In tempi più recenti rispetto alla diffusione della *condictio indebiti*, la stessa tutela giuridica si ammette in una serie di altri casi nei quali, analogamente, si ha un acquisto o un'attribuzione patrimoniale senza causa o un ingiustificato arricchimento con danno altrui. Si forma così la categoria delle cosiddette *condictiones sine causa*, frutto di uno sviluppo storico le cui forme e fasi sono molto malcerte e controverse. Nel sistema della compilazione giustiniana, che presenta numerose e profonde innovazioni rispetto al diritto classico vengono tipizzate le diverse forme di *condictio*⁴⁰. Infatti, anche la struttura del Digesto rispecchia questa schematizzazione: troviamo al dodicesimo libro al titolo quarto la *condictio causa data causa non secuta*, al titolo quinto la *condictio ob turpem vel iustam causam*, al titolo sesto la *condictio indebiti* e al titolo settimo la *condictio sine causa*. Inoltre, nel tredicesimo

³⁷ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 424.

³⁸ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 160 ss.

³⁹ R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, in *AUPA*, XXXII, 1971, 185.

⁴⁰ G. ASTUTI, voce *Arricchimento (Azione di)*, *Premessa storica*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 53 ss.

libro, il titolo secondo si occupa della *condictio ex lege*⁴¹ e il titolo primo tratta la *condictio ex causa furtiva*.

La *condictio causa data causa non secuta* o *condictio ob rem non secuta* permette di agire a chi ha eseguito la sua prestazione come previsto del rapporto *do ut des* o *do ut facias* contro colui che, invece, non ha effettuato la sua controprestazione⁴². Quindi, un soggetto subisce una diminuzione patrimoniale per conseguire la sua opera, mentre controparte non svolge quanto avrebbe dovuto.

La *condictio ob turpem vel iustam causam* implica la restituzione di ciò che è stato fatto o dato secondo un disegno contrario alla morale (*turpem*) o al diritto (*iustam*): è possibile recuperare quanto dato sulla base di un accordo, a prescindere dalla natura della causa che ha generato.

La *condictio sine causa* in senso stretto raccoglie diversi casi in cui è possibile la ripetizione di ciò che è stato dato, o anche solo promesso, sulla base di un rapporto inesistente o che si è estinto. Si parla della *condictio ob dotem* per cui è concessa la *condictio* a colui che ha istituito la dote contro il tale che avrebbe dovuto essere marito, ma che non lo è in quanto il matrimonio non si è verificato. Viene concessa la *condictio* per agire nei confronti del destinatario dell'eredità se il donante sopravvive. La *condictio liberationis*, invece, è data al debitore *ex stipulatione sine causa* contro il creditore per ottenere la liberazione dal debito mediante *acceptilatio* (modalità di estinzione dell'obbligazione e si concretizza con un pagamento fittizio)⁴³.

La *condictio ex lege* è concessa qualora un'obbligazione sia introdotta da una nuova legge che non abbia previsto il genere di azione da esperire⁴⁴.

Infine, la *condictio ex causa furtiva* è intrapresa nel caso in cui un soggetto voglia trovare ristoro dopo un furto perpetrato a suo danno. Questo tipo di *condictio* è diversa

⁴¹ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 495.

⁴² M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 494.

⁴³ Il Digesto parla la *condictio liberationis*: si tratta di un'azione legale che il creditore può intraprendere contro il debitore per richiedere il rimborso di un pagamento che ha effettuato, nonostante il debitore non abbia adempiuto a un obbligo contrattuale. Il creditore che ha fatto la remissione formale dell'obbligazione del debitore, convenendo che quest'ultimo gli avrebbe fornito un garante, nel momento in cui il debitore non adempie al suo obbligo, può fare ricorso alla *condictio liberationis* per ottenere il rimborso del denaro pagato. Questa azione legale si basa sul principio che il creditore non dovrebbe sopportare le conseguenze del mancato adempimento del debito da parte del debitore. (Ulp. 39 *ad ed.* D. 12.4.4: *Si quis accepto tulerit debitori suo, cum conveniret, ut expromissorem daret, nec ille det, potest dici condici posse ei, qui accepto sit liberatus*).

⁴⁴ Paul. 2 *ad Plut.* D. 13.2.1: *Si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est*.

dalle altre per via del fondamento che sta alla sua base: presupposto per agire con la *condictio* è una *datio* in senso tecnico, ma appare evidente che una sottrazione con la forza non possa rappresentare un trasferimento della proprietà.

5. *Le diverse forme di condictio nello specifico*

La struttura, caratterizzata dall'astrattezza, ha permesso alla *condictio* di adattarsi alle varie fattispecie e sopravvivere alle diverse fasi del diritto romano. Durante il periodo classico c'è stata una spinta verso la tipizzazione delle applicazioni della *condictio*, creando, così, i diversi tipi di *condictiones* (*condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem vel iustam causam*, *condictio sine causa*, *condictio ex lege*, *condictio ex causa furtiva*). Giova comprendere le diverse peculiarità delle categorie perché vengono poi utilizzate anche nel periodo postclassico, ecco perché qui sotto si trova un resoconto di ognuna di esse. Tuttavia, è bene tener presente che, essendo in una continua evoluzione, progredendo la società e cambiando le esigenze, anche la percezione della *condictio* si sviluppa. Alcuni passi del Digesto⁴⁵ sottolineano l'orientamento per cui si vuole abbandonare la tipicità delle situazioni riconosciute dal diritto classico per giungere ad un'applicazione generale della *condictio*; si vuole stabilire un divieto più ampio e, soprattutto, universale in linea a un pensiero filosofico morale per cui è giusto sanzionare chi si arricchisce in modo ingiustificato⁴⁶. È durante il periodo giustiniano che trovano generale ammissione alcune ipotesi, già presenti nel diritto classico, che prescindono l'elemento della *datio* e configurano un obbligo dal contenuto diverso dal dare sanzionato dalla *condictio incerti*. Viene riconosciuta: la *condictio servitutis*, per cui il proprietario del fondo, che ha agito in buona fede, ma ha commesso un errore nel consentire a qualcun altro di utilizzare il suo terreno, quando, in realtà, era lui stesso a dover usufruire del passaggio attraverso il terreno di controparte, può far valere il suo diritto di passaggio⁴⁷; la *condictio possessionis*, concessa nel caso in cui un soggetto perda il possesso, ad esempio di una somma di denaro o di un bene in generale, ma sostenga che, in realtà, la

⁴⁵ Pomp. 21 *ad Sab.* D. 12.6.14: *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem*; Pomp. 9 *ex variis lection.* D. 50.17.206: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem.*

⁴⁶ A. BURDESE, *Manuale*, cit., 506.

⁴⁷ Pomp. 21 *ad Sab.* D. 12.6.22.1: *Cum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi: incerti condicam, ut iter mihi concedatur.*

res gli appartenga⁴⁸; la *condictio chirographi* che si riferisce al principio giuridico secondo cui se uno strumento (come un contratto o un documento) è rimasto in possesso del creditore dopo che una somma di denaro è stata pagata, lo strumento stesso non ha più efficacia legale. Nonostante la perdita di efficacia del documento, è comunque possibile agire con questa *condictio* per ottenerne la restituzione⁴⁹.

5.1 *La condictio causa data causa non secuta*

Per il sistema romano è importante promuovere e garantire la stabilità delle transazioni e dei contratti; nell'ottica di questo proposito si tenta di impedire che una parte unilateralmente possa rinnegare l'accordo perché ha cambiato idea o perché non è più soddisfatta del patto in precedenza concluso. Infatti, il primo frammento sotto il titolo '*De conditione causa data non secuta*' afferma che sia possibile recuperare o richiedere indietro qualcosa che è stata data in modo onesto solo se la situazione o la condizione per cui è stata data non si è verificata o è stata infranta⁵⁰. Dunque, è possibile agire con la *condictio causa data causa non secuta* per ottenere la restituzione del bene dato se la controprestazione prevista (in virtù della quale è avvenuta la *datio*) non viene eseguita⁵¹. Si è dinnanzi a un sinallagma, un patto che stabilisce uno scambio che viene disatteso da controparte, tale comportamento legittima colui che, invece, ha rispettato l'accordo a pretendere la restituzione di quanto dato. Si parla di *datio ob rem* consistente in una prestazione (*datio*) di una somma di denaro collegata al patto che colui che la riceve esegua una controprestazione⁵². È importante ricordare che, quando si parla *datio*, si fa riferimento al suo significato tecnico di trasferire la proprietà, altrimenti se si trattasse della sola detenzione o del solo possesso non sarebbe esperibile la *condictio*, ma si farebbe

⁴⁸ Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.6.15.1: *Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem. sed et si possessionem tuam fecissem ita, ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari non possit, etiam sic recte tecum per indebiti conditionem agerem.*

⁴⁹ *Impp. Diocletianus et Maximianus* C. 4.9.2: *Dissolutae quantitatis retentum instrumentum inefficax penes creditorem remanere et ideo per conditionem reddi oportere non est iuris ambigui* (a. 293).

⁵⁰ Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.1: *Si ob rem non inhonestam data sit pecunia, puta ut filius emanciparetur vel servus manumitteretur vel a lite discedatur, causa secuta repetitio cessat.*

⁵¹ Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.5.1.1: *Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est.*

⁵² B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 441.

uso della rivendica⁵³. La controprestazione viene definita come *res*, intesa in senso ampio, come integrazione di un risultato programmato tra alienante e acquirente⁵⁴; esistono diversi esempi: la costituzione di dote effettuata nell'aspettativa di un matrimonio, la *donatio mortis causa* effettuata nella previsione della premorienza del donante rispetto il donatario. In ogni caso non si verifica l'avvenimento previsto e la *datio* risulta *sine causa*, quindi, è ripetibile⁵⁵.

Questa tipologia di *condictio* è stata individuata dal pretore come mezzo di tutela nel campo dei contratti definiti innominati, ossia quelli che non rientrano nelle tipiche categorie contrattuali. Infatti, il sistema contrattuale romano, connotato dal principio della tipicità, in epoca classica, si dimostra inadeguato a soddisfare le esigenze degli affari; si avverte, così, il bisogno di dare riconoscimento giuridico a nuovi rapporti fondati sulla *conventio* delle parti e largamente usati nella prassi. Per superare la rigida tipicità contrattuale interviene il *pretor* che, in forma decretale, individua queste nuove figure giuridiche, convenzioni che non possono essere disciplinate in alcuna forma tipica di contratto, pur avvicinandosi a una di esse⁵⁶. Vengono individuate quattro categorie di contratti innominati: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*⁵⁷.

C'è grande incertezza su quali siano i mezzi legali riconosciuti dal pretore per proteggere tali accordi, sia riguardo alla loro natura che alla loro denominazione. Tuttavia, è chiaro che inizialmente si tratta di azioni *in factum* erogate tramite decreti e non per mezzo di editti, altrimenti si identificherebbero specifiche figure contrattuali⁵⁸. In secondo luogo, si tratta di vere e proprie azioni legali per inadempimento che mirano ad ottenere un risarcimento per il danno subito a causa del mancato adempimento dell'accordo⁵⁹. È probabile che già nel periodo classico siano state introdotte delle

⁵³ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 481, nt. 208.

⁵⁴ L. PELLECCHI, «*In pari causa turpitudinis repetitio cessat*». *Sull'uso del diritto romano nel dibattito civilistico odierno*, in *Atti della Giornata di studio sulle restituzioni*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2021, 46.

⁵⁵ A. BURDESE, *Manuale*, cit., 503.

⁵⁶ A. BURDESE, *Manuale*, cit., 482.

⁵⁷ Paul. 5 *Quaest.* D. 19.5.5: *Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. in hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest. qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur.*

⁵⁸ Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1: *Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur: sed ne res exemplis egeat, paucis agam.*

⁵⁹ A. BURDESE, *Manuale*, cit., 483.

formule edittali per la sola categoria dell'*aestimatum*. Successivamente, nel diritto giustiniano, è riconosciuta un'azione generale per ogni contratto innominato, variamente denominata, per richiedere il risarcimento in caso di inadempimento (*praescriptis verbis*⁶⁰, *incerti* o *civilis incerti*⁶¹). Inoltre, nelle ipotesi di *do ut des* e *do ut facias*, esiste anche la possibilità di ricorrere alla *condictio* per ottenere la restituzione della cosa⁶². Viene concessa anche come *condictio ex poenitentia*, fuori dai casi di inadempimento di controparte: si dà facoltà a chi ha compiuto la propria prestazione di recedere dal contratto prima che controparte adempia. La *condictio*, quindi, viene accordata *ex poenitentia* per sanzionare il diritto di recesso unilaterale, finché non è compiuta la prestazione di controparte⁶³. Infine, resta valida la possibilità, già prevista in epoca classica, di esperire l'*actio doli* nel caso in cui la prestazione compiuta consistesse in un *facere*, allo scopo di ottenere un indennizzo. L'*actio doli* è una tutela penale, pretoria, e sussidiaria, dunque, presupporrebbe l'inesistenza dell'obbligo per la controprestazione, inesistenza affermata da Paolo⁶⁴, ma smentita da altri testi (ad esempio da Ulpiano quando parla di un caso specifico: dopo la fuga di uno schiavo, è prassi diffusa che chi dà l'informazione del luogo nel quale si nasconde il fuggitivo venga ricompensato. Questo servizio non è considerato illegale, anzi; dunque, colui che fornisce l'informazione riceve la gratifica per una causa non disonesta. Se, però, non viene data la ricompensa si stabilisce che per il soggetto sia

⁶⁰ Cels. 8 dig. D. 19.5.2: *Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.*

⁶¹ Alla fine del passo si stabilisce che Giuliano venga giustamente criticato da Mauriciano dal momento che non è necessaria un'azione *in factum*, ma è sufficiente un'actio civilis incerti che descriva il rapporto. Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.7.2: *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*

⁶² Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.2: *At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio. quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit. sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem.*

⁶³ G. GROSSO, voce *Contratto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 757.

⁶⁴ Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.3: *Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.*

possibile agire dal momento che si è creato un accordo che produce effetti: sussiste l'obbligo di controprestazione⁶⁵).

Ricapitolando se la *datio*, la prima prestazione del rapporto sinallagmatico, viene eseguita in vista di una controprestazione lecita, l'alienante potrà ricorrere alla *condictio* solo se l'*accipiens* non corrisponde con la controprestazione attesa (dunque *re non secuta*)⁶⁶.

5.2 La *condictio ob turpem vel iustam causam*

La *condictio ob turpem* è la forma di *condictio* esercitabile al fine di ottenere la ripetizione di una cosa, trasferita in esecuzione di un atto contrario alla morale. Anche in questo caso, come nell'ipotesi di *condictio ob rem*, è previsto uno scambio: si tratta di un rapporto di prestazioni reciproche. Ciò che rileva, diversamente dalla *condictio ob rem*, è che la controprestazione pattuita in cambio della *datio* di denaro si presenta come illecita⁶⁷; la dazione viene data affinché chi la riceva non commetta sacrilegio o furto o non uccida un uomo⁶⁸.

Quello che viene attuato è uno scambio moralmente scorretto perché trova fondamento in una ragione ignobile. La violazione che viene perpetrata concerne il buon costume, il *mos maiorum*, quell'insieme di comportamenti fondamentali di onestà, pudore e onore elevati a canoni di condotta. L'illiceità della controprestazione offende il senso del diritto più gravemente della violazione della reciprocità nello scambio⁶⁹: sicuramente rileva la mancanza della controprestazione, ma ciò che appare veramente non tollerabile è la natura immorale della controprestazione.

⁶⁵ Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15: *Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur: quae res non facit eos fures. solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hocquod datur. quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet conditionem. Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est ut, si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis. nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.*

⁶⁶ L. PELLECCHI, «*In pari*», cit., 46.

⁶⁷ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 429.

⁶⁸ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 161

⁶⁹ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 429.

L'azione era concessa solo se la volontà di compiere l'atto turpe apparteneva all'*accipiens*⁷⁰. Diversamente, la *condictio* non viene concessa se l'illiceità è comune anche al *tradens*. All'interno del Digesto sono presenti più esempi per i quali è negato l'esercizio della *condictio* dal momento che la *turpitude* è tanto del *dans* quanto dell'*accipiens*: Paolo parla del diniego della ripetizione di indebito opposto al *solvens* di una somma di denaro, elargita a favore di un giudice per corromperlo⁷¹; Ulpiano, invece, fa riferimento al diniego della ripetizione di quanto pagato per comperare il silenzio di un soggetto, che era venuto a conoscenza di un adulterio compiuto dal *solvens*⁷²; sempre Ulpiano parla anche del diniego della ripetizione del denaro pagato a una meretrice⁷³.

A riguardo, incisiva è la nota massima formulata dagli interpreti medievali: *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis* (letteralmente: 'in ugual causa di turpitudine migliore è la condizione di chi possiede'). Il possessore dell'oggetto promesso come controprestazione della prestazione turpe ha una posizione più forte rispetto a chi ha promesso la prestazione, dunque, chi ha ricevuto un pagamento indebito non è tenuto a restituirlo perché la prestazione costitutiva è un'offesa al buon costume⁷⁴.

Esiste anche la *condictio ob iustam causam*: si applica ai casi di *datio ob rem iniustam* alla cui base c'è una causa contraria alla legge. Quindi, tale tipologia di *condictio* viene utilizzata per contrastare quelle ipotesi di trasferimento della proprietà considerate ingiuste perché la loro causa è vietata per legge, come ad esempio un qualsiasi atto di donazione, vendita o mutuo invalido⁷⁵.

⁷⁰ Ulp. 26 ad ed. D. 12.5.2: *Ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. in qua specie Iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas. condici posse.*

⁷¹ Paul. 10 ad Sab. D. 12.5.3: *Ubi autem et dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur.*

⁷² Ulp. 26 ad ed. D. 12.5.4.1: *Idem si ob stuprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se: cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt.*

⁷³ Ulp. 26 ad ed. D. 12.5.4.3: *Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitude versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.*

⁷⁴ Paul. 3 quaest. D. 12.5.8: *Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen si solveris, non posse te repetere, quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitude, superesset: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiore esse et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est.*

⁷⁵ Ulpiano afferma che Sabino, ed in precedenza anche Celso, abbraccia l'opinione dei giuristi antichi secondo cui è possibile ripetere ciò che è in possesso di qualcuno per una causa ingiusta (Ulp. 18 ad Sab. D. 12.5.6: *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est*). Gaio stabilisce che sia possibile agire con la *condictio* nel caso in cui si trattenga la *res* da una donazione non ammessa perché senza causa o per

5.3 *La condictio sine causa*

Per poter svolgere una descrizione corretta della *condictio sine causa*, è necessario premettere una riflessione chiarificatrice di alcuni punti. L'osservazione che deve essere effettuata riguarda il rapporto tra la *condictio* e il trasferimento della proprietà: essa è il mezzo che l'ordinamento romano ha elaborato per sanzionare i casi di attribuzione patrimoniale privo di causa giustificativa.

Infatti, Bonfante, celebre giurista che visse a cavallo tra l'Ottocento e il Novecento, definisce l'arricchimento ingiusto come l'aumento patrimoniale che si fonda su di una causa o un rapporto giuridico ingiustificato perché la causa prossima dell'acquisto è congiunta per avventura a una causa remota inesistente o inefficace per il diritto⁷⁶.

Nel corso del tempo l'impiego del *condicere* aumenta: non si fa più riferimento solo agli utilizzi della *legis actio per condictioem*, ma anche ad altri ambiti. Fra questi, come già visto, ci sono le *dationes rerum*. La *datio* nel suo significato tecnico di trasferimento della proprietà costituisce fisiologicamente il campo più vasto di impiego pratico della *condictio restitutoria*⁷⁷. Perché avvenga in modo corretto per l'ordinamento giuridico un trasferimento della proprietà serve che vi sia l'assoluta disponibilità della *res* in questione (intesa come oggetto corporeo) e che tale disponibilità sia sorretta da una giustificazione. Dunque, i fatti che riguardano il trasferimento di proprietà hanno una duplice funzione: di attribuzione e di giustificazione a seconda che siano considerati dal punto di vista del vecchio o dal nuovo proprietario⁷⁸. Tali fatti sono definiti dai Romani con il termine *causae*. Si delinea la distinzione tra le due diverse cause: da un lato la causa di attribuzione o acquisto (*iusta causa traditionis, causa dandi, causa acquirendi*) e dall'altro la causa di giustificazione (*causa retinendi*). Da una parte si profila la causa prossima o immediata che opera il trasferimento della proprietà, dall'altra la causa remota che dovrebbe ritenzione, ma, invece, è invalida o falsa⁷⁹.

causa ingiusta (Gai. 11 *ad ed. D. 24.1.6: Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur: ex quibus causis condictio nasci solet*).

⁷⁶ G. ASTUTI, voce *Arricchimento*, cit., 58.

⁷⁷ B. CORTESE, *Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici*, Napoli, 2013, 42.

⁷⁸ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 425.

⁷⁹ G. ASTUTI, voce *Arricchimento*, cit., 57.

Nel momento in cui manca la causa, il trasferimento è privo di fondamento: l'elemento che rende ingiustificato l'acquisto della proprietà è la mancanza di causa per ritenerlo. Quindi, è possibile applicare la *condictio* quando esiste la causa di attribuzione, ma manchi quella di giustificazione⁸⁰.

Nel caso in cui il trasferimento non sia valido il vecchio proprietario può esperire la rivendica per ottenere la restituzione del bene. Invece, il soggetto ricorre alla *condictio sine causa* nel caso in cui la proprietà è andata perduta perché la cosa è stata confusa con altre o consumata⁸¹. In un certo senso sembra che la *condictio sine causa* si sostituisca alla tutela originariamente data mediante alla *rei vindicatio* la quale in se stessa, strutturalmente, esprime il carattere ingiustificato del possesso⁸². Dunque, la *condictio* è utilizzata nelle ipotesi in cui il trasferimento patrimoniale in sé è valido, ma risulta ingiustificato in quanto non sorretto dalla causa negoziale individuata nell'accordo.

Questa tipologia di *condictio* si ispira al principio equitativo del *bonum et aequum* che non tollera i soprusi e, proprio in virtù del senso di giustizia, non permette ipotesi di arricchimento ingiustificato. Infatti, questo rimedio ha la funzione di recuperare ciò che risulta nel patrimonio del convenuto *sine causa*, senza una giustificazione riconosciuta dall'ordinamento⁸³. La mancanza della causa è rilevante sia nel momento della *datio*, sia nel momento della promessa di '*dare rem*', in quanto tale promessa, essendo astratta, secondo il *ius civile* avrebbe dovuto essere considerata di per sé causa valida non solo dell'obbligazione a compiere il trasferimento, ma anche dell'arricchimento che dal bene trasferito derivava all'*accipiens*. Dunque, si tratta di un mezzo di tutela che trova applicazione in tutti i casi in cui un individuo si arricchisce a danno di un altro soggetto

⁸⁰ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit. 429.

⁸¹ Giuliano fa un esempio della *condictio* usata in questo senso. È il caso del pupillo che presta denaro o paga un debito senza l'autorizzazione del suo tutore. Nel caso in cui il denaro viene speso, l'accordo si considera risolto. Tuttavia, se il destinatario presta o paga quel denaro a un'altra persona senza autorizzazione e il denaro viene speso, allora sia il destinatario originale che il nuovo debitore sono obbligati verso il pupillo. La *condictio* serve al pupillo per far valere la sua obbligazione nei confronti di coloro che hanno ricevuto il denaro senza autorizzazione. Il *pupillus* attraverso la *condictio* richiede il rimborso del denaro o il ripristino del bene che è stato trasferito in modo non autorizzato. (Iul. 10 *Dig. D.* 12.1.19.1 *Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia conductionem habet vel liberatur non alia ratione, quam quod factio eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse: quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, consumpta ea et ipse pupillo obligatur vel eum a se liberabit et eum qui dederit obligatum habebit vel se ab eo liberabit. Nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit: item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit*).

⁸² B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit. 427.

⁸³ Pap. 8 *quaest. D.* 12.6.66: *Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit*.

senza che vi sia una *iusta causa* intesa come progetto negoziale che deve essere valido e lecito secondo i principi dell'ordinamento affinché riesca a legittimare il trasferimento di ricchezza⁸⁴.

La complessità di questa tematica è evidente: oltre a tener presente quando è rilevante la mancanza della causa, bisogna disquisire delle peculiarità della *datio*. Infatti, la *datio* può essere considerata in due modi distinti: un negozio di attribuzione autonomo o un atto di adempimento di un'obbligazione⁸⁵. Nel caso in cui si tratti di una *datio* separata ed indipendente allora il trasferimento di proprietà avviene contemporaneamente al momento in cui le parti negoziano e concordano sul trasferimento stesso: non c'è alcuna fase di promessa e la proprietà del bene viene trasferita immediatamente. In questo contesto non c'è alcun dovere residuo di adempiere ad ulteriori prestazioni dal momento che il passaggio di proprietà è istantaneo. Un esempio è la *datio donandi causa* di cui si occupa il titolo primo del ventiquattresimo libro del Digesto.

Le ipotesi che, invece, interessano l'analisi sulla *condictio* sono quelle in cui la *datio* rappresenta un atto di adempimento di un'obbligazione derivante da un negozio giuridico che impone tale obbligo, quindi essa parte dell'adempimento di un obbligo contrattuale. Questo si verifica quando una parte ha un debito nei confronti dell'altra parte e, per ottemperare al proprio dovere, trasferisce la proprietà di un bene: si tratta di una forma di adempimento di un'obbligazione che è stata previamente concordata. La casistica offre una serie di ipotesi piuttosto articolata, resa maggiormente complessa dal collegamento causale tra alcuni negozi traslativi (in cui la *datio* può estrinsecarsi) e negozi obbligatori. Infatti, è chiaro che la causa del trasferimento di proprietà e la giustificazione di tale trasferimento siano strettamente connesse, ma questo non significa che si debbano considerare necessariamente separate o integrate in modo netto. In generale, quando avviene un trasferimento di proprietà, la motivazione che sta alla base di tale trasferimento (la causa del trasferimento) coincide spesso con la ragione per cui quel trasferimento è legittimo e i suoi effetti devono essere ritenuti validi (la giustificazione dell'attribuzione). In altre parole, il motivo per cui qualcuno trasferisce la proprietà di un bene solitamente è anche la ragione per cui quel trasferimento è lecito e i suoi effetti devono essere rispettati.

⁸⁴ Ulp. 43 *ad Sab.* D. 12.7.1.3: *Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam.*

⁸⁵ B. CORTESE, 'Quod sine iusta causa', cit., 43.

Tuttavia, ci sono situazioni più complesse in cui la causa che ha determinato il trasferimento di proprietà può essere distinta dalla giustificazione di tale trasferimento. Questo accade perché alcuni tipi di negozi traslativi possono consentire trasferimenti anche in assenza di una causa effettiva e valida. In queste situazioni, il problema si pone riguardo alla giustificazione del trasferimento, poiché non c'è una motivazione evidente. Anche in altre circostanze si assiste alla scissione tra causa di trasferimento e causa di attribuzione: anche se vi è una causa iniziale per il trasferimento della proprietà, questa non è sufficiente a giustificare il trasferimento stesso. Emerge il problema di determinare se il trasferimento debba essere considerato legittimo e se i suoi effetti possano essere conservati.

Le *dationes*, dunque, presentano una complessità intrinseca che va oltre il concetto di mera trasmissione di proprietà coinvolgendo questioni che riguardano la legittimità del trasferimento stesso⁸⁶. Infatti, le dazioni differiscono da altri modi di trasferimento di proprietà perché mettono in evidenza una separazione tra il piano reale, cioè l'acquisto effettivo della proprietà, e il piano della giustificazione dell'attribuzione, cioè la legittimità o meno del trasferimento dal punto di vista etico o equo: il fatto che un bene sia trasferito da una parte all'altra (piano reale) non implica automaticamente che questo trasferimento sia considerato giusto o corretto da un punto di vista etico o equo (piano della giustificazione). Si sottolinea l'importanza di comprendere come funzionano i meccanismi di trasferimento di proprietà, analizzando sia il rapporto con il concetto di causa di trasferimento e sia quello con la giustificazione del trasferimento. Infatti, la sovrapposizione autonoma tra la causa del trasferimento e la causa di giustificazione ostacola una ricostruzione lineare del sistema di restituzione.

Nel Digesto⁸⁷ Ulpiano afferma che è possibile applicare la *condictio sine causa* ai casi di promesse fatte senza una valida ragione e di pagamenti effettuati per debiti inesistenti; chi si è impegnato in una promessa priva di causa non può richiedere la restituzione di quanto ha trasferito perché non ha effettuato alcun pagamento, ma può

⁸⁶ B. CORTESE, 'Quod sine iusta causa', cit., 59.

⁸⁷ Ulp. 43 ad Sab. D. 12.7.1.1: *Est et haec species condictio, si quis sine causa promiserit si solverit quis indebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem. 1. Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est condictioem locum habere. 2. Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi quae finita est vel secuta non est, dicendum est condictioem locum fore.*

ottenere la remissione dell'*obligatio*⁸⁸. Secondo quanto afferma Ulpiano il rimedio è utilizzabile anche se la causa della promessa, la sua ragion d'essere, sussista al momento della promessa, ma non si verifica. Infatti, subito dopo sottolinea il concetto e constata che la *condictio* viene esperita sia che la promessa non poggi *ab origine* su una causa sia che ci sia una causa per la promessa che si è conclusa o non verificata. Dunque, la tutela ha luogo sia quando viene assunto un impegno con *stipulatio* fin dall'inizio sfornita di causa (viene, quindi, restituito ciò che è pervenuto al convenuto *non ex iusta causa*), sia quando nel principio la ragione del promettere con stipulazione era presente, ma successivamente ha finito di avere questa funzione o non ha fatto seguito (viene ridato ciò che è solo in un secondo momento risulta acquistato *non iustam causam*).

Un ulteriore elemento che aumenta la difficoltà della riflessione che si sta svolgendo è il complesso rapporto tra *datio* come trasferimento della proprietà di un bene e la *traditio* mediante la quale la *datio* normalmente viene attuata. È necessario coordinare l'efficacia dell'elemento causale richiesto per la produzione degli effetti traslativi del *tradere* con l'assenza della *iusta causa* quali fondamento del *condicere*⁸⁹. In altre parole, se la richiesta di restituzione mira a recuperare ciò che è stato acquisito dall'*accipiens* in modo ingiusto, come può essere stato acquistato tramite una *traditio*, la quale, però, non ha effetto traslativo a meno che non sia accompagnata da una causa giusta? E se esiste una causa giusta, come si spiega l'obbligo di restituire?

Tutto ciò costituisce una sfida per gli interpreti delle fonti romane nel conciliare l'efficacia del trasferimento avvenuto causale con il sorgere di un obbligo di restituzione quanto validamente pervenuto nel patrimonio dell'accipiente in buona fede⁹⁰.

Trovare una giustificazione al fatto che la *condictio* viene usata in casi in cui la proprietà passa nel patrimonio dell'accipiente *ex iusta causa*, ossia *sine causa*, non presenta particolari problemi per il trasferimento avvenuto mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, infatti, questi modi di acquisto della proprietà, a differenza della *traditio*, essendo astratti, hanno di per sé effetti traslativi.

La *mancipatio* è una forma molto antica di acquisto della proprietà che trova fondamento nei *mores maiorum* ed è stata confermata dalla legge delle XII Tavole⁹¹.

⁸⁸ L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 19.

⁸⁹ B. CORTESE, '*Quod sine iusta causa*', cit., 60.

⁹⁰ L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 5.

⁹¹ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 129.

Insieme a *nexum* e *solutio per aes et libram*, la *mancipatio* è uno *gestum per aes et libram*, atti che si compiono con il rame o il bronzo e ci si serve di una bilancia. Infatti, la *mancipatio* (la cui denominazione antica è *mancipium* da *manu capere*) è una vendita reale, ossia lo scambio tra una *res Mancipi* contro il prezzo costituito da metallo pesato in un'epoca che ancora non conosce la moneta coniata⁹². Con l'introduzione della moneta coniata intorno alla metà del IV secolo a.C. diventa una vendita fittizia⁹³ che si svolge con le seguenti modalità: il *mancipio accipiens*, tenendo nelle mani alcuni pezzi di bronzo (*aes*), pronuncia una dichiarazione solenne alla presenza di cinque testimoni e di un *libripens* che regge una bilancia (tutti cittadini romani maschi e puberi), affermando che la cosa è sua. Alla dichiarazione dell'acquirente si accompagnano, in origine, l'effettiva pesatura sulla bilancia del bronzo costituente il prezzo, sostituita in età storica dalla pesatura simbolica di un pezzetto di bronzo e la relativa consegna del bronzo stesso al *mancipio dans* che tace⁹⁴.

La *mancipatio* dei beni mobili (come schiavi e animali) comporta il trasferimento simultaneo della proprietà e del possesso. Allo stesso modo, quella fondiaria trasferisce la proprietà, ma, affinché il *mancipio accipiens* possa esercitare il possesso su di esso, la *mancipatio* deve avvenire necessariamente sul terreno stesso. Tuttavia, da un certo momento in poi (durante l'età classica), per la *mancipatio* degli immobili non è più stato necessario recarsi fisicamente sul posto. Infatti, essa avviene in assenza della *res* oggetto di negazione: in questo modo viene acquistata la proprietà, ma non il possesso, che richiede un'ulteriore consegna da parte del *mancipio dans* tramite la *traditio*⁹⁵.

Col passare del tempo, le formalità richieste diventano meramente simboliche. La *mancipatio* diviene un atto astratto di trasferimento del dominio *ex iure Quiritium* sulle *res Mancipi*, che può essere motivato anche da cause diverse dalla vendita, grazie

⁹² A. BURDESE, *Manuale*, cit., 299.

⁹³ Gai 1.113: *Coemptione uero in manum conueniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam uenditionem; nam adhibitis non minus quam v testibus ciuibus Romanis puberibus, item libripende, emit is mulierem, cuius in manum conuenit.*

⁹⁴ Gai 1.119: *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam uenditio; quod et ipsum ius proprium ciuium Romanorum est, eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus ciuibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit: 'hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra'; deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.*

⁹⁵ Gai 1.121: *In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae servi/ae et liberae, item animalia quae Mancipi sunt, nisi in praesentia sint, Mancipari non possunt adeo quidem, ut eum qui mancipio accipit adprehendere id ipsum; quod e mancipio datur necesse sit: unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur. Praedia uero absentia solent Mancipari.*

all'aggiunta di clausole specifiche (*leges mancipii*) o di dichiarazioni solenni (*nuncupationes*) che precisavano gli effetti realmente voluti dalle parti. Questo meccanismo per trasferire la proprietà resta in vigore per tutta l'età classica, decade in età postclassica e vede legislativamente stabilita la sua fine da Giustiniano con una costituzione del 513 d.C.⁹⁶.

Un altro negozio formale e solenne è l'*in iure cessio*, sicuramente più recente rispetto alla *mancipatio*, ma ad ogni modo precedente alle XII Tavole che espressamente lo confermano⁹⁷. Si tratta di un'applicazione, a scopo negoziale, della forma processuale della *legis actio sacramento in rem* e la sua introduzione probabilmente avviene per ovviare all'inalienabilità dei fondi e all'alienabilità solo dietro corrispettivo delle *res mancipi*⁹⁸. È costituita da una *reivindicatio* effettuata *in iure*, dunque, nel tribunale del magistrato giurisdicente, colui deve acquistare la proprietà della *res* pronuncia la formula *àio hanc rem meam esse ex iure Quiritium* (dico solennemente che questa cosa è mia) e tocca la cosa con la *festuca*; il proprietario del bene, in luogo della *contravindicatio*, tace (contegno passivo qualificato come *cedere*, *cessio*, termine dal quale trae il nome l'atto); a questo punto avviene l'*addictio* con cui il magistrato attribuisce la proprietà al rivendicatore⁹⁹. L'*in iure cessio* rimane in uso per tutta l'età classica; tuttavia, l'istituto scompare in età postclassica dal momento che vengono meno le *legis actiones* con l'introduzione di nuove figure processuali e la *traditio* viene considerata sufficiente per trasferire qualsiasi bene materiale.

Dopo la breve analisi di queste due forme di acquisto giova evidenziare che *mancipatio* e *in iure cessio* presentano alcuni limiti: anzitutto sono negozi di *ius civile*, quindi, restano appannaggio dei soli *cives romani*; inoltre, la loro origine è risalente e richiedono alcune formalità. Diversamente, la *traditio* risulta il modo più agevole per l'acquisto della proprietà.

⁹⁶ A. BURDESE, *Manuale*, cit., 302.

⁹⁷ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 133.

⁹⁸ A. BURDESE, *Manuale*, cit., 303.

⁹⁹ Gai 2.24: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani uelut praetorem urbanum [aut praesides prouinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur. hoc fit etiam in prouinciis apud praesides earum.*

Infatti, la *traditio* è un negozio bilaterale che si compie con la consegna della cosa: senza solennità; essendo appartenente allo *ius naturale* è fruibile anche dai non cittadini¹⁰⁰.

Dunque, la consegna, detta giuridicamente *traditio*, è un antico istituto fondato sul concetto eminentemente materiale della dazione di una cosa da mano a mano. Ossia, secondo la stessa accezione comune del termine consegna, si ha un passaggio effettivo, un movimento o spostamento dell'oggetto (inteso appunto come cosa materiale e determinata), da un soggetto (*tradens*) a un altro (*accipiens*)¹⁰¹. Oggetto della *traditio* sono pertanto solo le *res corporales*, le sole suscettibili di possesso¹⁰². Si tratta, quindi, di una figura che, differentemente dalle fattispecie traslative della *mancipatio* e dell'*in iure cessio*, il diritto non è portato a creare artificialmente, ma viene dedotta dalla realtà della vita, e, in virtù di questo, possono connettersi effetti giuridici diversi¹⁰³. Infatti, si può procedere mediante *traditio* per svariate finalità e per ogni scopo diverso è possibile rinvenire una specifica causa, intesa come ragione oggettiva che sta alla base del negozio; si può consegnare per vendere e adempiere alla relativa obbligazione (*causa vendendi*), oppure si può consegnare perché si desidera costituire dote (*causa dotis*) o, ancora, si può consegnare con l'obbiettivo di adempiere ad un'obbligazione di dare (*causa solvendi*). Tutte queste diverse cause sono definite *iustae* in quanto giustificano l'acquisto della proprietà e vengono riconosciute dall'ordinamento come conformi a *ius*.

Il problema interpretativo che pone la *traditio* è dovuto alla sua natura che appare contraddittoria nelle fonti riguardo la necessità di una causa che supporti l'atto. Esistono scritti¹⁰⁴ che testimoniano l'esigenza di una *iusta causa traditionis*, sulla base dei quali è

¹⁰⁰ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 311.

¹⁰¹ C.A. FUNAIOLI, voce *Consegna (in generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 131.

¹⁰² Gaio, infatti, fa riferimento a specifiche cose materiali quando parla dei modi attraverso i quali è possibile trasferire la proprietà di un oggetto, prendendo come ad esempio un vestito, dell'oro o dell'argento, e sottolineando che non possono essere trasferite legalmente senza la consegna fisica dell'oggetto stesso. (Gai 2.19: *Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.*).

¹⁰³ C.A. FUNAIOLI, voce *Consegna*, cit., 131.

¹⁰⁴ Gaio asserisce che per trasferire in modo immediato la proprietà un bene mobile (come una veste, dell'oro o dell'argento) da un soggetto ad un altro, che sia per vendita, donazione o per qualsiasi altro motivo, è necessario che il trasferente sia effettivamente il proprietario del bene (Gai 2.20: *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero, sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim*); Ulpiano afferma la proprietà dei beni mobili non mancipi può essere trasferita attraverso la *traditio* del bene stesso, senza le formalità della *mancipatio*, a condizione che ciò avvenga per una giusta causa. (Ulp. 19.7: *Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis*); Anche Paolo esprime il carattere causale della *traditio* stabilendo che ovvero la mera consegna non

stata elaborata la teoria della causalità della *traditio*, ampiamente condivisa dalla maggior parte della dottrina. Quindi, la *traditio* viene considerata come un trasferimento intrinsecamente causale in cui la causa è costituita da scopi riconosciuti dall'ordinamento come tipici, essenzialmente identificati con accordi negoziali. Questa visione, come detto, si scontra con la *condictio*: un'*actio in personam* che sanziona le attribuzioni ingiustificate all'interno di un sistema giuridico in cui la causa tipica dovrebbe permettere un controllo preventivo sulla giustificazione del trasferimento della proprietà.

Più studiosi si sono interrogati circa la tensione creata dall'interpretazione della *traditio* come negozio causale e la struttura della *condictio*. Si è giunti alla rottura del dogma della necessità di un valido *titulus acquirendi* (causa) per l'efficacia del *modus acquirendi* (atto di consegna), conducendo al modello astratto in cui il trasferimento della proprietà è comunque efficace autonomamente ed indipendente dalla presenza di un titolo che ne motivi la causa¹⁰⁵. Il Betti¹⁰⁶ propone l'idea che gli effetti traslativi dipendano dal rapporto giuridico ed economico che le parti intendono stabilire, riconosciuto idoneo dall'ordinamento. Così le *iustae causae* vengono individuate negli accordi negoziali, come la vendita, il mutuo, la *stipulatio*. In contrapposizione alla teoria causale, Voci¹⁰⁷ elabora quella dell'astrattezza del negozio traslativo: la causa risulta, quindi, semplicemente un indicatore esteriore della volontà delle parti di effettuare il trasferimento piuttosto che un elemento essenziale per l'efficacia del trasferimento stesso. La *iusta causa*, dunque, lungi dal costituire un requisito richiesto per la validità della *traditio*, rappresenta meramente l'indizio della volontà delle parti di effettuare con *traditio* il passaggio dell'appartenenza della cosa¹⁰⁸, considerando irrilevante l'eventuale dissenso tra i due soggetti circa la funzione cui la *traditio* adempie. Infatti, Giuliano, in un passo del Digesto¹⁰⁹, sostiene che l'essenza del trasferimento di proprietà non

possa trasferire il dominio, ma è necessario che ci sia una causa, come quella legata alla vendita, o a un'altra causa considerata giusta. (Paul. 31 *ad ed.* D. 41.1.31.1: *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditionis aut aliqua iusta causa praecesserit propter quam traditio sequeretur*).

¹⁰⁵ B. CORTESE, 'Quod sine iusta causa', cit., 63.

¹⁰⁶ E. BETTI, *Sul carattere causale della 'traditio' classica (a proposito di studi recenti)*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, Palermo, 1939, 115.

¹⁰⁷ P. VOCI, 'Iusta causa traditionis' e 'iusta causa usucapionis', in *SDHI*, XV, 1949, 141ss.

¹⁰⁸ A. BURDESE, *Manuale*, cit., 306.

¹⁰⁹ Iul. 13 *Dig.* D. 41.1.36: *Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus*.

dovrebbe dipendere dalle opinioni divergenti sulle ragioni o sulle circostanze del dare e dell'accettare, purché ci sia un accordo sull'oggetto del trasferimento stesso. Il giurista retoricamente si chiede il perché qualora le parti si siano accordate sul trasferimento, ma dissentano sulla causa, la *traditio* dovrebbe essere inefficace¹¹⁰, ponendo ad esempio il caso in cui una persona crede di dovere trasferire una proprietà all'altra a causa di un testamento, mentre l'altra persona crede di averne diritto a causa di un impegno contratto e l'ipotesi in cui un soggetto dà del denaro all'altro come regalo, ma l'altra persona lo accetta come un prestito. Proprio a partire dal testo di Giuliano, Voci dà fondamento alla sua opinione per cui la giusta causa sarebbe una specie di descrizione formale della volontà delle parti anziché un titolo giuridico fondante l'atto di trasferimento.

Il passo di Giuliano non passa inosservato anche ai sostenitori della causalità della *traditio*. Il Betti risponde che, quando si tratta di una causa relativa a un obbligo di dare, non è necessario che la causa stessa sia effettivamente realizzabile o concreta tra le parti coinvolte. È sufficiente che chi ha il diritto ritenga che ci sia una valida ragione economica e giuridica per la perdita del proprio diritto e il conseguente acquisto, e che le parti siano concordi su questo punto. Nel contesto della *traditio*, l'adempimento dell'obbligazione di dare è considerato valido se le parti mirano a estinguere l'obbligazione stessa.

Anche il Cannata si è interrogato sulla questione e sostiene che *causa vendendi e causa dotis* certamente costituiscono *iustae causae*, tuttavia non si tratta di giusta causa in senso moderno quale elemento tipizzato del negozio traslativo, ma si intendono forme differenti di accordi causali¹¹¹. Dunque, Cannata considera la consegna traslativa come un evento che avviene casualmente e, quindi, esclude che il passaggio di proprietà senza una causa specifica possa svolgersi attraverso la semplice consegna fisica dei beni. Tuttavia, riconosce che in casi specifici, come quando si tratta di adempiere un obbligo di dare, la causa della *traditio* assume un significato diverso: l'obbligo stesso da soddisfare, che è di natura astratta, non fornisce una causa diretta alla tradizione, ma piuttosto un fine o uno scopo per il quale avviene la consegna dei beni.

Infine, Letizia Vacca, seguendo le idee di Betti, giunge alla conclusione che ci sono due momenti distinti nelle transazioni giuridiche: uno obbligatorio, che è legato alla causa giusta nel senso di una funzione sociale ed economica rilevante giuridicamente, e

¹¹⁰ B. CORTESE, '*Quod sine iusta causa*', cit., 65.

¹¹¹ La *traditio* viene definita anche come negozio a causalità multipla o con cause alternative da G. PUGLIESE - F. SITZIA - L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, III, Torino, 1991, 466.

uno traslativo, che riguarda il passaggio della proprietà e dipende dall'intenzione delle parti coinvolte. Quindi, secondo questa prospettiva, il diritto oggettivo non si limita alla sola *iusta causa traditionis* (cioè, il motivo valido per trasferire la proprietà), ma comprende anche la causa oggettiva della tradizione, che è il trasferimento effettivo della cosa stessa e costituisce il minimo motivo per il quale l'ordinamento giuridico attribuisce gli effetti tipici del trasferimento di proprietà.

Per concludere la riflessione sulla *condictio sine causa* è utile fare un'ultima considerazione. Infatti, giova notare che l'eredità del diritto classico, su cui i compilatori del periodo postclassico hanno elaborato il proprio pensiero, è complessa tanto che in alcuni casi questa tipologia di *condictio* viene etichettata come una clausola generale che ricomprende altre *condictiones*, in altri, invece, è considerata come una specifica forma di *condictio*. La difficoltà degli autori è riscontrata anche nel Digesto: l'intero titolo oscilla tra i poli di una *condictio sine causa* speciale (limitata a pochi casi) e di una *condictio sine causa* dal valore generale¹¹².

Questo aspetto ha reso estremamente complicato per i compilatori formulare il titolo riguardante la *condictio sine causa*, come si può dedurre dall'inserimento di testi che non trattano esclusivamente della mancanza in senso tecnico della causa, ma piuttosto si riferiscono a generale mancanza di giustificazione¹¹³. L'intera compilazione dei titoli del libro XII dedicati alle *condictiones*, riferendosi alle diverse fattispecie restitutorie, mostra un intrecciarsi di concetti legati alla mancanza di una *iusta causa*. Questo rileva che, nonostante siano considerate ipotesi applicative della *condictio*, queste forme non siano mai state tipizzate in modo preciso dalla giurisprudenza classica.

5.4 *La condictio indebiti*

L'ordinamento romano si è adoperato per prevenire situazioni di iniquità; tuttavia, è stato pensato un intervento nel caso in cui le precauzioni non fossero sufficienti. La *condictio indebiti* emerge come soluzione nel caso in cui vi siano degli spostamenti patrimoniali, legati ai diritti reali, effettuati nella convinzione di adempiere un obbligo, nonostante, in realtà, il contratto che impone l'obbligo non esiste o è inefficace¹¹⁴.

¹¹² B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 428.

¹¹³ B. CORTESE, *'Quod sine iusta causa'*, cit., 58.

¹¹⁴ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 430.

Dunque, quando viene pagato un indebito (si configura una *solutio indebiti*) viene eseguita una prestazione non dovuta¹¹⁵. Tecnicamente avviene una *datio*, quindi, a tutti gli effetti, si verifica il trasferimento di proprietà promosso dal *solvens*, che, erroneamente, ritiene di esservi tenuto, d'altro canto l'*accipiens* diventa proprietario del bene o della somma, inconsapevole dello sbaglio. Questo determina l'obbligazione di restituire la cosa o il denaro in capo all'*accipiens*, obbligazione che viene tutelata mediante la *condictio indebiti*¹¹⁶.

Quindi, la *condictio indebiti* permette di rimuovere gli effetti, sul piano economico, di un trasferimento errato, consentendo di recuperare ciò che è stato trasferito¹¹⁷. Come detto poco sopra, il trasferimento della proprietà non viene intaccato dall'errore: infatti, malgrado l'inesistenza dell'obbligazione, si produce lo spostamento della proprietà, quindi, persiste la *causa traditionis*, ossia l'accordo volto ad adempiere una determinata obbligazione. Il trasferimento di un bene come adempimento di un debito, come ad esempio, procurare la proprietà di una somma di denaro a titolo di vendita o mutuo, o di un oggetto di un legato, porta comunque all'acquisto della proprietà, anche se il debito non esiste e la *causa solvendi* è viziata. Perciò, in questi casi, non essendo la proprietà effettivamente dovuta, la *condictio indebiti* interviene per correggere questo risultato che appare insoddisfacente¹¹⁸. Ergo, si ha *indebitum* quando l'interessato non è debitore in termini di *ius civile*¹¹⁹.

Dalla descrizione di questa situazione emergono i requisiti necessari affinché possa esercitarsi la *condictio indebiti*: da un lato è richiesto l'elemento centrale di tutta la vicenda, ossia l'errore del *solvens*, dall'altro l'accipiente deve essere in buona fede. Quindi, colui che effettua la consegna risulta ignaro dell'equivoco, tutt'al più se fosse a conoscenza dell'inesistenza del debito si rilevarebbe l'intenzione di compiere una donazione poiché è esclusa la ripetizione *qui sciens indebitum solvit*¹²⁰. Inoltre, è necessario che l'*accipiens* non sia consapevole che la prestazione non è dovuta, altrimenti, se egli *sciens indebitum accipit*, commetterebbe furto.

¹¹⁵ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 493.

¹¹⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 611 s.

¹¹⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 436.

¹¹⁸ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 426.

¹¹⁹ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 430.

¹²⁰ Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.1.1: *Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.*

La *condictio indebiti* può essere azionata in caso di debito di diritto civile con una *exceptio perpetua*¹²¹: si tratta di un debito di diritto civile per il quale, però, esiste un'eccezione che lo rende inapplicabile o non esigibile e viene equiparato a un *indebitum*. Quindi, anche se il debito formalmente esiste, non può essere richiesto e, di conseguenza, viene trattato come se non fosse dovuto.

Questa tipologia di *condictio* viene adoperata anche nel caso di indebito pretorio, ossia situazioni in cui è il pretore che rileva un debito non dovuto.

Diversamente, basta la presenza della *naturalis obligatio* per escludere l'azionabilità della *condictio indebiti*. Tale obbligazione rappresenta una situazione per cui un soggetto deve adempiere, in ordine a regole sociali e morali, ad una prestazione che non può essere richiesta giudizialmente; l'elemento che caratterizza tale situazione, quindi, è la mancanza di riconoscimento di una tutela¹²².

Inoltre, l'esercizio della *condictio indebiti* è escluso nel caso in cui sia presente un'obbligazione tutelata da azioni che danno luogo a litiscrescenza che, in tempi più antichi erano garantite mediante *manus iniectio*¹²³: una su tutte è quella del *legatum per damnationem*. Si tratta di una forma di legato regolata dal diritto romano di cui parla anche Gaio: assieme al *legatum per vindicationem*, *sinendi modo* e *per praeceptionem* costituisce i *genera legatorum*. I vari *genera legatorum* si distinguono a seconda del *verba* adoperati dal testatore: quelli usati nel caso del *legatum per damnationem* producono effetti obbligatori¹²⁴. Dunque, l'erede è *damnato*, ossia obbligato a eseguire una certa prestazione nei confronti del legatario¹²⁵ che beneficia della disposizione testamentaria; si crea una vera e propria obbligazione in capo all'erede che deve adempiere al lascito.

Nel caso di legati obbligatori sottoposti a termine o condizione viene introdotta a favore del legatario la *satisfatio legatorum servandorum causa* (successivamente estesa anche ai fedecommissi ed anche ai legati *per vindicationem*). Se l'erede rifiuta di fornire la *satisfatio*, il pretore stabilisce una *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, che, secondo una costituzione di Caracalla, dopo sei mesi colpisce anche i beni dell'erede, permettendo al legatario di soddisfarsi sui frutti. Questa *missio in*

¹²¹ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 430.

¹²² M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 527.

¹²³ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 612.

¹²⁴ Gai 2.201: *Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEVS STICHVM SERVVM MEVM DARE DAMNAS ESTO; sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est.*

¹²⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 749.

possessionem, attraverso le vicende del periodo postclassico, diventa l'ipoteca legale sui beni dell'erede, sancita a favore dei legatari da Giustiniano.

In caso di un legato *per damnationem*, che ha come oggetto un bene specifico, l'erede o il *bonorum possessor*, se citati in giudizio per il suo adempimento, possono richiedere al legatario, oltre alla *stipulatio Falcidia*, una garanzia supplementare chiamata *cautio evicta hereditate legata reddi*. Con questa garanzia, il legatario si impegna a restituire quanto ricevuto se l'erede o il *bonorum possessor* abbiano perso la *petitio hereditatis* intentata da un altro soggetto che rivendicava l'eredità.

Esempi di fattispecie per cui è possibile che il soggetto ritenga di essere legalmente obbligato a fare qualcosa, che, in realtà, non è tenuto a compiere sono i seguenti: la compravendita consensuale in relazione al pagamento del prezzo, oppure il debito del mutuo o, ancora, la stipulazione¹²⁶. Nell'ipotesi della compravendita consensuale le parti si accordano verbalmente o per iscritto sul trasferimento di proprietà, tuttavia, per un qualche motivo l'accordo non è valido, e, quindi, non crea un vero obbligo di pagamento. È possibile che si ritenga di dover restituire un prestito, ma, in realtà, il contratto di mutuo risulta invalido o non effettivo. Ancora, è possibile, nell'ambito dei contratti verbali come la *stipulatio* che l'obbligazione sia inesistente o non valida.

È chiaro che per agire mediante il rimedio in questione si debba configurare una *solutio indebiti*. Questo viene specificato da Paolo¹²⁷ quando spiega di cosa si tratta l'*indebitum*; infatti, questo si riferisce a un pagamento eseguito erroneamente, quindi, non dovuto affatto, ma anche a quello che viene effettuato alla persona sbagliata e quello compiuto da una persona che effettivamente non è debitrice. Sempre da questo frammento, risulta che la fattispecie dell'indebito oggettivo (ossia l'inesistenza assoluta del debito) e quella dell'indebito soggettivo (che si verifica nel momento in cui esiste l'obbligazione, ma in capo a un debitore o creditore diversi) per l'ordinamento romano presentano il medesimo regime¹²⁸.

Per approcciarsi alla materia, quindi, è utile chiarire cosa sia la *solutio indebiti*. Nella storia del diritto romano, la *solutio indebiti* si configura come una variante della *solutio*, atto giuridico formale. Nata da un'interpretazione pontificia, questa procedura

¹²⁶ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 430.

¹²⁷ Paul 70 *ad Plaut.* D. 12.6.65.9: *Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat.*

¹²⁸ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 612 e B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Padova, 2009, 111.

assume un ruolo fondamentale, caratterizzato dalla simmetria rispetto all'atto con cui viene assunto un vincolo; rappresenta lo strumento per liberarsi da vincoli originariamente di natura fisica (come il *nexus*) e, successivamente, anche da obblighi prettamente giuridici (come quelli derivanti dalla *sponsio*)¹²⁹. Infatti, con l'evoluzione dell'ordinamento romano la *solutio per aes et libram* diventa l'*imaginaria solutio*, una forma di liberazione che si adegua a qualsiasi obbligazione, viene enfatizzato il carattere di scioglimento del *vinculum iuris* e l'espressione *solutio* esprime vividamente il concetto di liberazione¹³⁰. Successivamente, con l'abbandono delle rigidità formali, la *solutio* da solenne atto di liberazione si trasforma in un semplice atto di natura satisfattiva. Questa viene concessa per le obbligazioni non formali, dunque, si esaurisce con un *retro pecuniae tantundem solvere*¹³¹. Quindi, è con la scomparsa del *nexum* e l'uso sempre più diffuso dell'*imaginaria solutio* che a questa viene associato il concetto di pagamento: questo sviluppo avviene in epoca più recente¹³².

Come è possibile evincere dal già citato frammento di Paolo (D. 12.6.65.9), la *solutio indebiti* è l'atto che estingue un'obbligazione indebita in quanto inesistente o non esistente in capo all'adempiente.

Appurata la necessità della *solutio indebiti*, risulta chiaro che la *condictio indebiti*, quale mezzo di tutela che mira al recupero di quanto prestato, presuppone che, nonostante l'inesistenza dell'obbligazione, la *datio* produca i suoi effetti¹³³. Si conclude, dunque, che in virtù della *solutio indebiti*, si realizza una dazione con efficacia traslativa, a prescindere dalla mancanza e dalla validità dell'obbligazione.

Come afferma Kupisch¹³⁴: «la *condictio indebiti* si orienta in gran parte secondo il modello della *condictio sine causa*, ampliato dal presupposto dell'errore». Quindi, ci si interroga come, soprattutto in età classica, si sia potuto coordinare il concetto di *sine causa* con l'istituto della *condictio indebiti*.

¹²⁹ B. CORTESE, *'Indebiti solutio'*, cit., 112.

¹³⁰ M. SARGENTI, voce *Pagamento (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, 532.

¹³¹ Pomponio, infatti, per spiegare che, come è stato stipulato un contratto, può essere sciolto, afferma che nel caso di un mutuo deve essere restituita una somma equivalente di denaro per liberarsi dal vincolo (Pomp. 4 *ad Quintum M. D.* 46.3.80: *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*).

¹³² M. SARGENTI, voce *Pagamento*, cit., 534.

¹³³ B. CORTESE, *'Indebiti solutio'*, cit., 114.

¹³⁴ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 430.

Per condurre tale esame bisogna partire indagare la causalità dell'atto traslativo con un rimedio restitutorio previsto in ipotesi di indebito. La complessità dell'analisi è ampliata anche dalla mancanza di chiarezza nelle fonti: ad esempio, Paolo¹³⁵, nel Digesto, parlando della nuda *traditio*, stabilisce che la mera consegna non è sufficiente a trasferire la proprietà, ma necessità di una giusta causa per procedere alla consegna stessa. Secondo il giurista questa giusta causa deve preesistere alla consegna della *res*, deve caratterizzare il rapporto tra le parti che precede la *traditio* stessa¹³⁶. Paolo, inoltre, afferma, che una *iusta causa* potrebbe essere una vendita o un altro tipo di contratto che giustifica il trasferimento della *res*. Gaio¹³⁷, diversamente, sostiene che attraverso la semplice consegna il soggetto che riceve la *res* immediatamente ne diventa proprietario: non viene richiesto che la causa sia *iusta*, né tanto meno che sia antecedente e preesistente all'atto.

La questione da dirimere è la seguente: come conciliare la *condictio*, un'*actio in personam*, nel caso di una *solutio indebiti* che avviene mediante una *traditio*, la quale apparentemente non presenta una *iusta causa* che sia in grado di giustificare il trasferimento della proprietà¹³⁸.

Cannata¹³⁹ presenta la *causa venditionis*, la *causa credendi*, la *causa donandi*, e la *causa dotis* come esempi di giusta causa di *traditiones*, considerandoli come «forme differenti di accordi causali, una sorta di unione fra la volontà del *tradens* e quella dell'*accipiens* per realizzare, un'unione che dà vita al trasferimento» piuttosto che rientranti nell'idea di causa in senso tipico, quale elemento autonomo del negozio traslativo. L'autore sottolinea che, nel caso di una *traditio* con l'intento di adempiere ad un'obbligazione di dare (quindi nell'ipotesi della *solutio*), l'obbligo da soddisfare potrebbe essere una *stipulatio* che, in virtù della sua natura astratta, non può fornire una causa per la consegna, ma soltanto uno scopo. Pertanto, in questo caso l'accordo causale si concretizza nella volontà di estinguere l'obbligazione e trova espressione nella *causa solutionis*. La *causa solutionis*, dunque, non appare come una causa nel senso classico di un negozio giuridico, ma piuttosto un concetto elaborato dai giuristi romani per indicare

¹³⁵ Paul. 31 *ad ed.* D. 41.1.31: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

¹³⁶ B. CORTESE, '*Indebiti solutio*', cit., 115.

¹³⁷ Gai 2.20: *Item si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa, sive ex donationis, sive quavis alia ex causa statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

¹³⁸ B. CORTESE, '*Indebiti solutio*', cit., 117.

¹³⁹ C.A. CANNATA, '*Traditio*' e '*traditio*' astratta: una precisazione storico-comparatistica, in *Scritti in onore di R. Sacco*, I, Padova, 1994, 157 s.

lo scopo specifico di estinguere un'obbligazione¹⁴⁰. Ciò che è rilevante per il trasferimento della proprietà non è l'effettiva esistenza dell'obbligazione o il fatto che il *tradens* non sia tenuto a adempiere: ciò che invalida la costruzione della traslatività della *traditio solutionis causa* è, invece, che le parti abbiano concordato la destinazione del trasferimento di beni o denaro, specificando che esso serva a saldare un presunto debito. Per la validità del pagamento, l'accordo deve riguardare la finalità estintiva dell'obbligazione, indipendentemente dal fatto che l'obbligazione esista o meno¹⁴¹.

Quindi, è chiaro che la *causa solutionis* presenti una forza tale da poter trascendere un valido fondamento obbligatorio. La *causa traditionis*, per alcuni studiosi, tra cui Kupisch¹⁴², risulta un residuo tradizionale dell'antica *solutio per aes et libram*, istituto che, in virtù del rigido formalismo, ha un'efficacia traslativa autonoma. Alla scomparsa della solennità tipica del diritto arcaico, la *causa solutionis* mantiene la sua forza vincolante per via del tradizionalismo che connota il diritto romano e giustifica gli effetti traslativi delle attribuzioni patrimoniali, anche quelle non dovute come nell'ipotesi della *solutio indebiti*¹⁴³. L'idea di una *causa solutionis* autonoma, capace di basare la *traditio* e il trasferimento di beni non contraddice la natura di quest'ultima di atto causale adeguato ad ogni contesto obbligatorio. Effettivamente, l'effetto reale deriva dalla *causa solutionis*, anche nella *solutio indebiti*, che giustifica il passaggio di proprietà di beni o denaro e l'utilità della *condictio*. Tuttavia, questa visione implica inevitabilmente l'astrattezza della *traditio*, perché la *causa solutionis* sarebbe fittizia e non rispecchierebbe la reale volontà delle parti¹⁴⁴. L'esempio stesso della *solutio indebiti* lo dimostra.

In risposta alla contraddizione tra la causalità della *traditio* e la struttura della *condictio indebiti* viene elaborata la causa putativa¹⁴⁵. Si tratta di una costruzione giuridica che assume grande rilevanza dal momento che influisce sulla successiva elaborazione riguardante gli schemi di trasferimento della proprietà¹⁴⁶. Questa concezione della causa putativa risale ai Glossatori che hanno mal interpretato il passo di Paolo (D. 41.1.31). Se è certo che la realizzazione della causa putativa avviene durante l'epoca del

¹⁴⁰ B. CORTESE, *'Indebiti solutio'*, cit., 118.

¹⁴¹ C.A. CANNATA, *'Traditio' e 'traditio' astratta*, cit., 160.

¹⁴² B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 423.

¹⁴³ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 426.

¹⁴⁴ B. CORTESE, *'Indebiti solutio'*, cit., 120.

¹⁴⁵ L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 11.

¹⁴⁶ B. CORTESE, *'Indebiti solutio'*, cit., 121.

diritto intermedio, è possibile riferire che alcuni giuristi romani già avevano compiuto dei passi in quella direzione. Infatti, a partire da Nerazio¹⁴⁷, tra il I e il II secolo d.C., alcuni ammettono che l'errore in buona fede sulla reale esistenza della causa di un negozio possa avere effetti giuridici¹⁴⁸. Chiaramente non concepiscono che l'errore sulla causa permetta che si verifichino gli effetti traslativi della *traditio*; tuttavia, considerano possibile che, anche nel caso in cui la causa del negozio risulta, in realtà, inesistente, possa avvenire l'acquisto della proprietà di un bene per usucapione. Questa regola, però, non si applica a tutti i tipi di negozi; infatti, non è possibile usucapire un bene se la causa del negozio è la compravendita (*causa emptio*).

Ora tornando all'operato dei glossatori, questi hanno travisato quanto scritto da Paolo. Il giurista sostiene che per ottenere la restituzione di un pagamento indebito (quindi in caso di *condictio indebiti*) sia necessaria una giusta causa. Quello che gli interpreti colgono è un altro significato: ritengono che all'interno della *iusta causa* sia contenuta anche la causa putativa, ovvero una causa che le parti, in buona fede, hanno ritenuto, in modo errato, valida: solo in questo modo la *traditio* che ha trasferito la *res* non dovuta può considerarsi avvenuta secondo giusta causa.

La glossa di Accursio al passo di Paolo suona così:

Gl. *iusta causa* ad D. 41.1.31: *vera vel putativa, alioquin, id est si dicas ex putativa non transferri dominium, totus titulus de condictioe indebiti repugnaret: qui titulus habet locum quando transfertur dominium alicuius rei ex putativa causa.*

In un'ottica pragmatica e concreta, il glossatore osserva che la giusta causa del sistema romano, menzionata da Paolo, per forza, deve includere anche la causa putativa (la *iusta causa* è putativa nel momento in cui è nelle intenzioni delle parti, ma risulta priva dal punto di vista obbligatorio¹⁴⁹), altrimenti l'intera base giuridica per chiedere la restituzione di ciò che è stato indebitamente trasferito perderebbe senso. Quindi, afferma

¹⁴⁷ Ner. 5 membr. D. 41.10.5: *Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset. 1. Sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio. quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emissem id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.*

¹⁴⁸ L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 12, nt. 28.

¹⁴⁹ B. CORTESE, *Indebiti solutio*, cit., 121.

il glossatore, sarebbe necessario cancellare il titolo della *condictio indebiti* per la contraddittorietà con il sistema.

È evidente che questa interpretazione non segua un ragionamento con un esame approfondito del fenomeno, ma semplicemente sia dettata dalla difficoltà di associare il rimedio della *condictio indebiti* alla struttura del trasferimento. È un tentativo di dare coerenza al sistema romano e al titolo contenuto nel Digesto. Come afferma Cortese¹⁵⁰: «in sostanza, ciò che dà vita all'invenzione della causa putativa è meramente la presenza della stessa *condictio indebiti*»¹⁵¹. Gli interpreti medioevali, infatti, faticano a comprendere le soluzioni offerte dalle fonti romane che si caratterizzano per una pragmaticità e da principi tratti dai casi pratici. Oltre alle difficoltà dettate dalla *forma mentis* del loro periodo, i glossatori possiedono anche convinzioni diverse da quelle diffuse in epoca romana. Infatti, la concezione medievale della causa è usata per spiegare come la proprietà di un bene possa passare da un soggetto all'altro. L'idea di *causa remota* e *causa proxima*, tipica del diritto medievale, viene applicata anche alla traslazione della proprietà, combinandola con i concetti di *titulus* e *modus*, elementi necessari per il trasferimento di un diritto reale a titolo derivativo¹⁵².

Tuttavia, la causa putativa non è in grado di risolvere la questione problematica di compatibilità con il concetto di trasferimento causale. Infatti, ammettere la presenza della *iusta causa* anche quando l'obbligazione sussiste validamente solo nel convincimento delle parti, conduce inevitabilmente alla concezione di un trasferimento astratto¹⁵³.

L'idea del trasferimento astratto, però, non è in linea con le fonti romane poiché parlano infatti di *traditio ex iusta causa*. L'espressione '*ex iusta causa*' implica, quindi, la necessità di una giusta causa reale.

Anche se, a ben vedere, come già affermato, le stesse fonti non sono del tutto concordi: Gaio¹⁵⁴ afferma che il trasferimento della proprietà tramite consegna è riconosciuto come valido e legittimo poiché si basa su un principio di equità naturale: la volontà di un proprietario che desidera liberarsi di un bene e cederlo ad un altro soggetto

¹⁵⁰ B. CORTESE, *'Indebiti solutio'*, cit., 122.

¹⁵¹ B. CORTESE, *'Indebiti solutio'*, cit., 122.

¹⁵² B. CORTESE, *'Indebiti solutio'*, cit., 122.

¹⁵³ L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 12.

¹⁵⁴ Gai. 2 *aur.* D. 41.1.9.3: *Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.*

deve essere rispettata e considerata efficace. Secondo un passo di Giuliano¹⁵⁵, qualora le parti siano in disaccordo sulla causa del trasferimento della proprietà, questa divergenza non intacca l'effetto traslativo perché la *traditio* si mantiene valida e la proprietà passa. Dunque, il disaccordo sulla causa non impedisce il passaggio di proprietà perché ai fini traslativi l'accordo sulla *datio* è l'elemento fondamentale della *datio* stessa.

Partendo da questi testi, è sorto un orientamento in dottrina, il quale sostiene che il semplice accordo delle parti, con cui si trasferisce la proprietà di un bene dall'una all'altra, basti a produrre l'effetto reale del trasferimento stesso¹⁵⁶. In questa visione, la *iusta causa* non assume il significato moderno di rapporto obbligatorio su cui si basa l'atto di trasferimento, quanto piuttosto di semplice indicatore della volontà delle parti. Di conseguenza, la validità del trasferimento non dipenderebbe dall'esistenza di una causa (effettiva o putativa), ma unicamente dalla volontà reciproca di trasferire la proprietà.

Questa concezione si fonda principalmente su due testi già citati in questo paragrafo: quello di Paolo (D. 41.1.31) e quello di Giuliano (D. 41.1.36). I giuristi, infatti, esaminano la medesima situazione enfatizzandone diversi aspetti: il primo pone l'accento sulla definitività dell'acquisto che avviene mediante *traditio*; egli ritiene necessaria la giusta causa per convalidare tale acquisto. Il secondo, invece, si concentra sulla necessità del consenso per il trasferimento stesso; secondo il Giuliano la *traditio* è valida soltanto se entrambe le parti si trovano d'accordo sul passaggio di proprietà¹⁵⁷. L'aggettivo *iusta* che fa riferimento alla causa sottolinea l'importanza di una giustificazione valida per il trasferimento: se questa manca, l'acquisto non è nullo, tuttavia, può essere revocato tramite la *condictio*. Quindi, risulta che la causa nella *traditio* non è l'obbligazione o il negozio sottostante, ma l'accordo tra le parti di trasferire la proprietà. Tale accordo rappresenta quello che Cortese¹⁵⁸ definisce come *interesse traslativo*, ovvero il motivo per cui le parti desiderano il trasferimento. Chiaramente, però, questo interesse traslativo

¹⁵⁵ Iul. 13 dig. D. 41.1.36: *Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.*

¹⁵⁶ B. CORTESE, *'Indebiti solutio'*, cit., 127.

¹⁵⁷ B. CORTESE, *'Indebiti solutio'*, cit., 131.

¹⁵⁸ B. CORTESE, *'Indebiti solutio'*, cit., 132.

deve inserirsi in un contesto più ampio, che potrebbe essere un negozio giuridico. Se il contesto è valido, il trasferimento è solido e definitivo.

Quindi, riassumendo, la validità dell'interesse che le parti desiderano perseguire, indipendentemente dal fatto che esso corrisponda a una causa negoziale tipica o atipica, è indispensabile: infatti, la sua possibile mancanza giustifica l'esistenza del sistema di rimedi rappresentato dalle *condictiones*.

Quello che bisogna tenere a mente è che questo non significa che la volontà delle parti sia l'unico elemento determinante per il trasferimento. La dottrina della *causa solutionis*, che individua nella causa negoziale il fondamento del trasferimento, è errata. Infatti, se le parti sono in errore sulla causa negoziale (ad esempio, credono di estinguere un debito inesistente), il trasferimento può comunque avvenire. Questo perché la causa immediata del trasferimento è l'accordo tra le parti, non la causa negoziale.

Dopo quest'analisi della *condictio indebiti*, a questo punto, giova rilevare che, per quanto, con riguardo alle elaborazioni giuridiche relative alla tutela restitutoria di un bene o di una somma determinata (in generale di un *certum*) ci sia un'assenza di una precisa corrispondenza tra fattispecie concreta e azione giuridica da intraprendere¹⁵⁹ perché la riflessione dottrinale si è concentrata sulla mancanza di una giustificazione teorica per gli effetti giuridici derivanti da fattispecie attributive, per il caso specifico della *condictio* in applicazione alle ipotesi di *indebiti solutiones* è bene compiere un approfondimento.

Dunque, è innegabile che la *condictio indebiti*, seppur già accennata in epoca severiana da Papiniano e Paolo, trova il suo definitivo assetto solo con Ulpiano e finisce per rivestire un ruolo peculiare all'interno del panorama giurisprudenziale romano, occupando una posizione di tutto riguardo¹⁶⁰. Se in passato la dottrina era incline a considerare la *condictio indebiti* come punto di partenza da cui si è sviluppata la *condictio* restitutoria, più di recente, Saccoccio sostiene, invece, che il nucleo centrale della *condictio* extracontrattuale, elaborata in epoca severiana si è definitivamente configurato attorno a questa tipologia di *condictio*¹⁶¹. Secondo l'autore, lo sviluppo del pensiero di

¹⁵⁹ Cortese asserisce che la mancanza della corrispondenza tra fattispecie e tutela restitutoria sia evidente anche a livello lessicale: infatti, non si riscontrano specificazioni precise in merito alla *condictio* tanto che nelle fonti il riferimento a tale azione è espresso in termini generici con l'uso di verbi quali *'repetere'*, *'condicere'*, *'restituere'*, *'revocare'*, senza fornire una definizione puntuale della specifica condizione richiesta per l'esercizio della tutela (B. CORTESE, *'Quod sine iusta causa'*, cit., 37).

¹⁶⁰ B. CORTESE, *'Quod sine iusta causa'*, cit., 37.

¹⁶¹ A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'*, cit., 526.

Papiniano, Paolo e, soprattutto, Ulpiano viene influenzato dalla teorizzazione di Gaio sulle *fontes obligationes* che «ha spezzato in due l'unità concettuale del *certum petitur* tutelato mediante *condictio*, dando origine alla distinzione tra *condictio* contrattuale e extracontrattuale»¹⁶².

Con le parole di Gaio emerge una questione diversa dalla rilevanza della *condictio indebiti*: il problema delle fonti; è chiaro che si tratti di due concetti distinti. Tuttavia, il problema delle fonti incide nell'esame di questa *condictio* dal momento che la dottrina ha attribuito un grande peso alle affermazioni del giurista sul *condicere* in caso di mutuo e indebitato tanto da considerarle punti fermi per il sistema delle *obligationes ex re* in funzione restitutoria¹⁶³.

Come afferma Sanfilippo¹⁶⁴ più ci si addentra nell'esame di questa materia più ci si rende conto che si deve ampliare il campo d'analisi considerato: «la costruzione delle *obligationes re* (di cui quella dell'indebito non è altro che un capitolo) non può considerarsi avulsa dal più ampio e grave problema delle fonti delle obbligazioni in cui essa s'inquadra, sicché seguendo la sorte fatale di ogni ricerca scientifica l'indagine deve necessariamente allargarsi a più orizzonti e riscendere alle più profonde radici del problema». Quindi, è necessario osservare quanto scrive Gaio sulle fonti delle obbligazioni per capire l'inquadramento della *condictio indebiti*.

La riflessione che compie Gaio, dunque, influisce fortemente sulla sistematica delle fonti di *obligationes*¹⁶⁵: dalle sue parole si determina la *summa divisio*, prevedendo da un lato le obbligazioni che nascono da contratto (che si articolano nei quattro genera: *re- verbis-litteris-consensu contractae*) e quelle che sorgono da delitto.

Questa impostazione generale non presenta criticità evidenti. Tuttavia, sorge un dubbio approfondendo il concetto di *obligatio ex contractu*; Gaio, infatti, considera questa categoria come una conseguenza diretta e immediata delle *obligationes re contractae*.

Gaio scrive:

¹⁶² A. SACCOCCIO, 'Si certum petitur', cit., 525.

¹⁶³ B. CORTESE, 'Quod sine iusta causa', cit., 38.

¹⁶⁴ C. SANFILIPPO, *Il fondamento*, cit., 15.

¹⁶⁵ B. CORTESE, 'Quod sine iusta causa', cit., 110.

3.90-91: *re contrahitur obligatio velut mutui datione; mutui autem datio proprie in his (fere) rebus contingit, quae res pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.* 91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri conditione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere.*

L'*obligatio re* viene solitamente identificata con un'obbligazione che si realizza mediante la dazione della cosa. In realtà, il contenuto dell'*obligatio re* varia a seconda della fattispecie al quale si accosta tale concetto¹⁶⁶. Nel primo passo il giurista indica il mutuo come fattispecie tipica. Il mutuo viene definito come contratto attraverso il quale una parte (il mutuante) consegna all'altra parte (il mutuatario) una quantità di beni fungibili (cioè, beni che possono essere misurati in termini di peso, numero o misura) come denaro, vino, olio, grano, rame, argento, o oro. Questi beni diventano di proprietà del mutuatario al momento della consegna, con l'obbligo per quest'ultimo di restituire al mutuante, in una data futura, non gli stessi beni esatti, ma altri beni della stessa natura e quantità.

Nel passo successivo emergono maggiori dettagli sulla peculiarità dell'*obligatio re contracta* in riferimento all'accostamento tra mutuo e *solutio indebiti*, accumulati dalla tutela fornita dalla *condictio* nei confronti di colui che *mutuum accepisset* e del soggetto che paga l'indebitum. Quindi, il giurista dell'epoca antoniniana avvicina il fenomeno dell'obbligazione derivante da mutuo a quello derivante dall'*indebiti solutio* basandosi sull'*obligatio* protetta dalla *condictio*¹⁶⁷. Come osserva il Cannata¹⁶⁸, come nel mutuo

¹⁶⁶ B. CORTESE, 'Quod sine iusta causa', cit., 111.

¹⁶⁷ B. CORTESE, 'Indebiti solutio', cit., 133.

¹⁶⁸ C.A. CANNATA, 'Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem'. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano, in *Atti del Convegno internazionale ARISTEC (Padova-Verona, 25-26-27 settembre 2003)*, a cura di L. Vacca, VI, Torino, 2005, 18.

anche nella *solutio indebiti* avviene il trasferimento della titolarità dei beni da un soggetto all'altro; è da sottolineare che il meccanismo restitutorio deriva direttamente dalla presenza della cosa nel patrimonio dell'*accipiens* che, appunto, acquista la proprietà del *quantum* trasferito.

Tuttavia, il fattore che genera l'obbligazione restitutoria è diverso nelle due ipotesi. Nel caso del contratto di mutuo, che opera effettivamente sul piano dei diritti reali, il bene o la somma entra a far parte del patrimonio del mutuatario (che, conseguentemente, può disporne a suo piacimento) ed è l'accordo tra le parti che qualifica la cosa o il denaro come *rea alienae*, dunque, destinate alla restituzione, sebbene *tantundem*. Pertanto, il trasferimento dei beni nel mutuo avviene mediante una *traditio credendi causa*, fondata sulla volontà delle parti e su un interesse valido, che contiene tutti gli elementi necessari per permettere la traslazione del bene¹⁶⁹. La qualifica dei beni come *alienae*, che determina l'obbligazione restitutoria, deriva dal consenso delle parti alla restituzione, in conformità con la funzione del mutuo: l'accordo individua nel patrimonio del mutuatario le *res alienae* o l'*aes alienum*, che devono essere restituite nella stessa quantità e genere di quelle ricevute.

Nell'ipotesi di *solutio indebiti* realizzata mediante *traditio*, in modo analogo, l'accordo solutorio possiede gli elementi necessari per trasferire il bene o il denaro: un accordo e una causa (*causa solutionis*) validi che permettono il completamento dell'operazione sul piano dei diritti reali. Tuttavia, in questo caso, a qualificare i beni come *res alienae* o il denaro come *aes alienum* non è l'accordo delle parti, bensì una valutazione di giustizia sostanziale basata oggettivamente sulla presenza ingiusta del bene nel patrimonio dell'*accipiens*¹⁷⁰. Dunque, nel caso della *causa solvendi*, come precisa il Cannata¹⁷¹, l'accordo solutorio deve esplicitare che il denaro ricevuto serve a saldare un debito. Tale accordo può anche specificare a quale debito si riferisce il pagamento, ma non è obbligatorio tanto che la giurisprudenza si è prodigata per elaborare dei criteri che permettano di determinarlo in caso di mancata indicazione. In altre parole: è importante che le parti siano concordi sulla natura del pagamento, piuttosto che l'effettiva esistenza del debito stesso.

¹⁶⁹ C.A. CANNATA, '*Cum alterius detrimento*', cit., 18.

¹⁷⁰ B. CORTESE, '*Indebiti solutio*', cit., 137.

¹⁷¹ C.A. CANNATA, '*Cum alterius detrimento*', cit., 18.

Riassumendo, questa costruzione mette in evidenza che il meccanismo dell'attribuzione patrimoniale nel mutuo e nella *solutio indebiti* opera pienamente sul piano dei diritti reali; si devono, però, riconoscere delle differenze. Nel mutuo ciò che determina la restituzione è l'accordo delle parti, capace di qualificare l'oggetto dell'attribuzione come *res aliena* o *aes alienum*. Diversamente, nell'atto di pagamento non dovuto, mediante la *traditio* la proprietà viene trasferita in modo definitivo al ricevente; pertanto, non esiste un accordo che qualifichi il denaro come *aes alienum* per il destinatario. È chiaro che «sul piano delle obbligazioni, il dovere dell'*accipiens* alla loro restituzione non è desumibile dalla volontà delle parti»¹⁷². Pomponio riporta l'opinione di Celso¹⁷³ a riguardo: il *restituere* in capo al soggetto che ha ricevuto un pagamento non dovuto nasce anche senza esplicito accordo tra le parti; si forma un'obbligazione tacita (*tacita obligatio*) indipendente dalla volontà dei soggetti coinvolti.

Dopo aver analizzato le parole di Gaio, è importante compiere un'ultima riflessione in merito alla classificazione delle fonti di obbligazione. È stato posto l'accento sulla *summa divisio* di Gaio e sul contraddittorio significato dell'*obligatio ex contractu*. La categorizzazione proposta da Gaio viene poi emendata dallo stesso giurista prevedendo una tripartizione. Tale ultima visione, successivamente, cede il posto alla concezione elaborata in epoca giustiniana; dunque, in tempi più recenti, si distinguono quattro fonti di obbligazione: contratto, quasi contratto, delitto e quasi delitto. La *condictio indebiti* non è riconducibile alla categoria delle obbligazioni da contratto e nella tripartizione di Gaio viene collocata tra le *variae causarum figurae*¹⁷⁴. Successivamente, questa scelta determina l'inclusione nelle *obligationes quasi ex contractu*.

Ciò che ha fatto discutere è l'espressione '*proprio quodam iure*' che il giurista antoniniano usa per definire il gruppo delle *variae causarum figurae*. Infatti, in molti si sono domandati cosa significhi tale espressione in relazione alla *condictio indebiti*. Dunque, le teorie sul fondamento dell'obbligazione da indebito sono molte¹⁷⁵: chi fa

¹⁷² C.A. CANNATA, '*Cum alterius detrimento*', cit., 20.

¹⁷³ Pomp. 11 *ad Sab.* D. 13.6.13.2: *Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem. Nam et Celsus filius aiebat, si iussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: idem ergo et in commodato erit dicendum. Nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur.*

¹⁷⁴ G. ASTUTI, voce *Arricchimento*, cit., 54.

¹⁷⁵ Sanfilippo analizza in modo approfondito ogni ipotesi (SANFILIPPO, *Il fondamento*, cit., 39 ss.).

riferimento all'arricchimento ingiustificato; altri ritengono che sia ravvisabile nel *negotium* in cui consisterebbe il *solvere*¹⁷⁶; alcuni sostengono che risieda nella *datio* stessa; altri, ancora, lo rintracciano in una volontà unilatera del *solvens* di obbligare l'*accipiens* alla restituzione; c'è chi ritiene che si individui in una convenzione tacita tra *solvens* e *accipiens* in ordine alla restituzione del pagato che risulta non dovuto; infine, alcuni ritengono che si possa dedurre dalla dottrina del pagamento come riconoscimento astratto del debito promossa da Bahr.

Dunque, per giungere a una conclusione soddisfacente si è osservato che l'obbligazione di restituzione dell'indebito nasce per l'accipiente dal fatto che, in seguito alla *datio*, questo ha acquistato la proprietà della cosa altrui, senza una causa giuridica che ne giustifichi la ritenzione. Si è, quindi, stabilito che il fondamento di questa obbligazione debba ravvisarsi nell'acquisto ingiustificato e che l'elemento che rende tale acquisto ingiustificato è la mancanza di causa per ritenerlo¹⁷⁷.

Infine, per concludere la nostra analisi, è necessario tornare sui nostri passi e riprendere quanto è stato in precedenza accennato. Infatti, è stato riferito il pensiero di Saccoccio secondo cui la *condictio indebiti* rappresenti il passo iniziale che favorisce lo sviluppo della *condictio* extracontrattuale. Storicamente, il problema del pagamento non dovuto emerge con frequenza nella prassi giuridica anche risalendo a tempi molto antichi. Questo perché l'indebito incarna il caso tipo di attribuzione senza causa originaria, motivo per cui spesso nelle fonti si menziona l'*indebitum*. Questi riferimenti aiutano ad argomentare la *ratio decidendi* che porta alla concessione o alla negazione della *condictio*, cioè la restituzione di quanto indebitamente pagato¹⁷⁸.

Tuttavia, non è possibile affermare con certezza se l'*indebiti solutio* abbia dato vita alle elaborazioni teoriche riguardanti la *condictio sine iusta causa*. Però alcuni

¹⁷⁶ Giuliano nel tentativo di trovare una soluzione a un caso riguardante la costruzione di un edificio presso la proprietà altrui, cercando di comprendere quale sia l'azione legale da poter esperire, afferma: *is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit*. Quindi, colui che paga una somma di denaro non dovuta, per questo fatto di per sé stesso compie una transazione, un affare. (Iul. 13 dig. D. 12.6.33: *Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conditionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse*).

¹⁷⁷ G. ASTUTI, voce *Arricchimento*, cit., 55.

¹⁷⁸ B. CORTESE, '*Quod sine iusta causa*', cit., 38 s.

studiosi sostengono che Ulpiano abbia sviluppato il concetto di *condictio sine iusta causa* basandosi proprio sul modello della *condictio indebiti*; questa concezione trova riscontro anche nella sistematica di Gaio relativa agli atti leciti che danno origine a obbligazioni. D'altro canto, è sufficiente esaminare i testi dei giuristi precedenti a Ulpiano per vedere come il principio equitativo (riconoscibile dai *veteres* fino ai compilatori di Giustiniano) fosse già riconosciuto come base dell'unitarietà funzionale dell'*actio* restitutoria prevista in ambito extracontrattuale.

Quindi, mentre l'*indebiti solutio* ha certamente avuto un ruolo significativo nello sviluppo delle *condictio extracontrattuali*, attribuire ad esso l'origine di tutte le elaborazioni teoriche sul tema sarebbe riduttivo. La consapevolezza del principio equitativo come fondamento dell'unitarietà dell'*actio* restitutoria è evidente già nei giuristi più antichi e nei compilatori successivi, mostrando una continuità nell'approccio al problema del pagamento indebito nel diritto romano.

5.5 La *condictio ex causa furtiva*

Questo tipo di *condictio* è particolare: tutte le altre richiedono un *negotium contractum* tra le parti, consistente in una *datio*, intesa, in senso tecnico, come traslativa della proprietà¹⁷⁹. La *ratio* della possibilità di agire proprio con una *condictio* contro un ladro va ricercata nel significato tecnico di *datio*; questo concetto, infatti, è successivo all'uso di questo mezzo di tutela nel caso di furto in quanto si afferma con l'inizio del principato. Quindi, si è optato per mantenere lo schema abituale, continuando a impiegare la *condictio* che in origine non presentava quel carattere eccezionale, apparso solo in età più avanzata¹⁸⁰. Il ladro non diventa proprietario e l'attore derubato è già proprietario, quindi, non può pretendere di divenirlo ancora. Gaio esprime in modo chiaro questo concetto: afferma che ciò che è nostro, non può essere dato a noi affinché diventi nostro. Inoltre, stabilisce che non è possibile utilizzare più di un tipo di procedure per reclamare una cosa propria riconoscendo, però, un'eccezione nel caso dei ladri che possono essere sottoposti a più azioni per punirli e ottenere la restituzione della *res rubata*¹⁸¹. Dunque,

¹⁷⁹ R. SANTORO, *Studi*, cit., 185.

¹⁸⁰ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 503.

¹⁸¹ Gai 4.4: *Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere SI PARET EUM DARE OPORTERE. Nec enim quod nostrum est nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res quae nostram iam est nostra amplius fieri potest.*

appare singolare la scelta di servirsi della *condictio* in caso di *furtum* perché non si concretizza una *datio* in senso tecnico, ma viene legittimata per via dell'uso ormai consolidato. In origine la *datio* non si definiva come il passaggio di proprietà, ma stava semplicemente a significare che qualcuno si era impossessato del bene.

La *condictio* è una azione reipersecutoria: mira al riottenimento del bene o del suo valore. In genere questa tipologia di azione si contrappone a quella penale con la quale si intende ottenere l'inflizione di una punizione. Le azioni penali si originano da un atto illecito, i *delicta* o i *maleficia*, comportamenti volontari che l'ordinamento vuole rimproverare. Dapprima le azioni penali riguardavano fattispecie esclusivamente ricomprese nel *ius civile* (vengono annoverate anche da Gaio e sono: il furto, la rapina, il danneggiamento (*damnum iniuriua datum*) e la *iniuria*), poi vengono riconosciuti a fondamento di azioni penali anche gli illeciti pretori¹⁸². Si tratta di altre situazioni che generano degli illeciti, ma non sono ammessi dal *Ius Quiritium*: è il pretore che dà tutela a questi casi e li considera come *delicta*, illeciti extracontrattuali. Esistono diversi esempi di illeciti di *ius honorarium*: vengono introdotte l'*actio effusis vel deiectis* per fornire rimedio al danno cagionato da cose gettate o versate da abitazioni con più piani¹⁸³ e l'*actio positum vel suspesum* per agire contro l'abitante di una casa dal cui balcone o tetto fosse caduto un oggetto appoggiato o sospeso (tipicamente panni del bucato stesi ad asciugare) cagionando danno ai passanti¹⁸⁴. L'inserimento di queste nuove fattispecie è originato un cambiamento economico sociale: l'evoluzione del contesto storico va di pari passo con i mutamenti nel campo giuridico. Infatti, così nascono nuove esigenze da tutelare che prima non erano pensabili. Le fattispecie che il pretore va a tutelare si originano in conseguenza allo sviluppo urbanistico delle città, l'*Urbs* si popola sempre di più abitanti e, per ospitare

Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur SI PARET EOS DARE OPORTERE quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.

¹⁸² M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 497.

¹⁸³ Ulp. 23 *ad ed.* D. 9.3.1: *Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: «Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. si eo ictu homo liber perisse dicitur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. si vivet nocitumque ei esse dicitur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicitur, in iudicio adiciam: aut noxae dedere».*

¹⁸⁴ Ulp. 23 *ad ed.* D. 9.3.5.6: *Praetor ait: «Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicitur, aut idem dari aut noxae dedi iubebo».*

tutte queste persone, si modifica la struttura abitativa: si costruiscono edifici a più piani. In questo modo trova soluzione il problema dell'elevato numero di cittadini; tuttavia, se ne crea uno di sicurezza dei luoghi pubblici che, appunto, viene fronteggiato dal *ius honorarium*.

Queste nuove fattispecie vengono annoverate tra le fonti di obbligazione prima da Gaio nella categoria delle *variae causarum figurae*¹⁸⁵ e poi compaiono nella quadripartizione di Giustiniano tra le *obligationes quasi ex delicto*¹⁸⁶.

Esistono delle peculiarità riferite alle azioni penali che le contraddistinguono da quelle reipersecutorie. L'azione penale è in intrasmissibile passivamente, è cumulabile e può essere esperita per via nossale. Essendo la responsabilità penale personale, l'azione penale non può essere trasmessa agli eredi di colui che ha compiuto l'atto. Solo chi compie l'illecito ne risponde. Al contrario le azioni reipersecutorie, avendo come obiettivo il risarcimento, possono essere esperite contro gli eredi di colui che è tenuto al reintegro.

La *condictio ex causa furtiva* è un'azione reipersecutoria con la finalità di giungere alla restituzione di un bene rubato ed offre, quando è possibile, una forma di recupero diretto del bene stesso. Le azioni reipersecutorie, come suggerisce il nome della categoria *rem persequimur*: si persegue la 'res', intendendo con *res* non solo la cosa nella sua fisicità, ma l'interesse patrimoniale che è stato lesa. Dunque, proprio perché l'obiettivo è la restituzione della res, questa può avvenire anche tramite gli eredi di colui che si è macchiato dell'atto contrario all'ordinamento. Infatti, anche dopo la morte del ladro l'azione di restituzione perpetrata attraverso la *condictio ex causa furtiva* si mantiene perché si estende agli eredi¹⁸⁷.

Questo tipo di *condictio*, come le altre azioni reipersecutorie, non può essere cumulata. Il cumulo è escluso per le azioni reipersecutorie, quindi, l'interessato che esige

¹⁸⁵ Gai. 2 *aur.* D. 44.7.1: *Obligations aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

¹⁸⁶ Nelle Istituzioni di Giustiniano i compilatori hanno riformulato la tripartizione operata da Gaio, scindendo la categoria delle *variae causarum figurae* nelle due *obligationes quasi ex contractu* e *obligationes quasi ex maleficio*. (I. 3.13.2: *Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut ex maleficio aut quasi ex contractu aut quasi ex maleficio*).

¹⁸⁷ Ulp. 42 *ad Sab.* D. 13.1.7.2: *Condictio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat, nec tantum si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit: sed et si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus vel non apud ipsum, post mortem tamen furis, dicendum est conditionem adversus heredem durare. quae in herede diximus, eadem erunt et in ceteris successoribus.*

una volta il risarcimento per l'intero deve ritenersi soddisfatto¹⁸⁸. Differentemente nel caso delle azioni penali è previsto il cumulo: tutti possono pagare per l'intero perché ognuno deve pagare l'intera pena in quanto tutti sono colpevoli e devono essere puniti.

La questione della nossalità non riguarda le azioni reipersecutorie come la *condictio*, ma attiene alle sole azioni penali. Infatti, nel caso in cui l'illecito sia commesso da soggetti a potestà (*fili familias* o *servi*), si agisce contro l'avente potestà (rispettivamente *pater familias* o *dominus*). L'azione esperita come *noxalis* pone l'avente potestà, se soccombente, davanti ad una scelta alternativa: può decidere di pagare la pena oppure di dare a noxa (*noxae dedere*) il colpevole al soggetto offeso mediante *mancipatio*¹⁸⁹. Il brocardo *noxae caput sequitur* sancisce letteralmente che la colpa segue il capo: le conseguenze del delitto sono legate alla persona, dunque, nel caso di soggetto a potestà, ne risponde il suo avente potestà, però, nel momento in cui egli diventa *sui iuris*, allora è possibile agire direttamente contro di lui; se, invece, la potestà viene trasferita a un terzo, ecco che a rispondere sarebbe il terzo¹⁹⁰.

In età classica avanzata si diffonde la prassi per cui il creditore invita il debitore a adempiere, affinché questo sia certamente a conoscenza del suo debito e abbia la possibilità di rispettare il proprio impegno. Si afferma il principio per cui di norma il debitore cade in mora dal momento dell'*interpellatio* (l'esplicita richiesta di adempimento). Esistono, però, due casi per i quali l'*interpellatio* è superfluo: il primo riguarda un negozio costitutivo dell'obbligazione con termini iniziale nel caso in cui il *dies* scada; il secondo è proprio quello delle obbligazioni derivanti da atto illecito. Caso emblematico è l'ipotesi per cui il ladro è tenuto a restituire la cosa rubata in forza della *condictio*: il ladro cade automaticamente in mora sin dal momento del furto¹⁹¹. La condizione del debitore in mora è sicuramente più complessa rispetto a quella di qualsiasi altro obbligato, poiché è tenuto responsabile non solo del perimento della cosa, ma anche delle eventuali impossibilità sopravvenute nell'adempimento, indipendentemente dalla

¹⁸⁸ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 98.

¹⁸⁹ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 99.

¹⁹⁰ Gai 4.77: *Omnes autem noxales actiones caput secuntur. nam si filius tuus seruiusue noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem peruenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur. ex diuerso quoque directa actio noxalis esse incipit. nam si pater familias noxam commiserit, et is se in adrogationem tibi dederit aut seruius tuus esse coeperit, quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse quae ante directa fuit.*

¹⁹¹ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 428.

causa che le abbia generate: il *periculum* è, in ogni caso, a carico del debitore moroso. Nel Digesto si fa riferimento alla morosità del debitore inadempiente¹⁹² quando, in tema di *condictio ex causa furtiva*, si parla della valutazione della cosa rubata; viene sottolineata l'importanza di considerare il momento di massimo prestigio della cosa, il periodo in cui il suo valore è al culmine. In proposito alla condizione dell'inadempiente si richiama il concetto di *perpetuatio obligationis*, per cui l'impossibilità sopravvenuta dell'obbligazione grava non più sul creditore, ma sul debitore che non ha osservato il suo obbligo. L'obbligazione permane e si consolida nel tempo, dunque, anche nel caso in cui la prestazione diventi successivamente impossibile sussiste; anzi, è proprio il debitore che ne deve rispondere. Tuttavia, Giustiniano esenta il debitore dalla responsabilità qualora sia in grado di dimostrare che il deterioramento della cosa sarebbe avvenuto in ogni caso anche se la stessa fosse rimasta in possesso del creditore.

Quando un soggetto subisce un furto diverse sono le azioni che può esercitare a seconda di ciò che intende ottenere¹⁹³. Con la *condictio ex causa furtiva* si mira alla restituzione della *res*, con l'*actio furti* si richiede una sanzione per il ladro, con l'*actio* si rivendica il proprio diritto di proprietà, con l'*actio ad exhibendum* si ottiene la presentazione della cosa mobile.

Il *furtum* è conosciuto fin dai tempi della legge delle XII Tavole, viene definito come la sottrazione illecita di una cosa mobile altrui. Successivamente, la nozione si amplia e all'interno di questa categoria di illecito si considerano tutta una serie di comportamenti che non trovano altra collocazione come il danneggiamento doloso di cose altrui o l'*acceptilatio* dolosa del credito da parte dell'*adstipulator* (un concreditore che può esigere il pagamento dal debitore, estinguendo l'obbligazione; tuttavia, in questo caso egli attua l'*acceptilatio* dell'obbligazione in modo fraudolento per impoverire il creditore). Con la comparsa della categoria del *damnum iniuria datum*, agli inizi del III secolo a.C., il perimetro della definizione di *furtum* si restringe; danneggiamento e *acceptilatio* integrano gli estremi del nuovo delitto¹⁹⁴. Nonostante questa restrizione, resta

¹⁹² Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.1.8.1: *Si ex causa furtiva res condat, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur: placet tamen id tempus spectandum, quo res umquam plurimi fuit, maxime cum deteriore rem factam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere videtur.*

¹⁹³ Ulp. 42 *ad Sab.* D. 13.1.7.1: *Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam. ea res facit, ut neque furti actio per conductionem neque condictio per furti actionem consumatur. is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et conductionem et vindicationem, habet et ad exhibendum actionem.*

¹⁹⁴ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 499.

fermo il concetto di *amotio rei* che copre una serie di ipotesi più ampia della iniziale idea di sottrazione illecita di una cosa mobile altrui. Infatti, per *amotio rei* si intende l'impossessamento della cosa e il successivo allontanamento dal luogo in cui si trova, il ladro entra nella disponibilità del bene in modo autonomo, facendolo uscire dalla sfera di vigilanza del possessore. Con la fine della Repubblica si ritiene sufficiente la *contractatio rei* (il contatto fisico con la cosa), nozione che si estende fino a ricomprendere anche i casi in cui manchi la sottrazione materiale come quando il detentore si rifiuta di restituire la cosa iniziando a possederla per sé oppure nel caso in cui il comodatario usi la cosa in modo diverso da quanto pattuito (in proposito si parla di *furtum usus*).

Dunque, se l'aspetto oggettivo richiede un contatto fisico con la cosa, la sua asportazione, l'aspetto soggettivo, invece, si lega al requisito del dolo. È richiesto un dolo specifico per distinguere il furto da altre figure delittuose, in alcuni casi rileva che il ladro agisca contro la volontà del proprietario della cosa (*invito domino*), altre che intenda conseguire un lucro cessante (*lucri faciendi gratia*), altre ancora che abbia l'intenzione di commettere furto (*animus furandi*)¹⁹⁵. È Paolo che rileva questi elementi e definisce il furto come l'apprensione di una cosa allo scopo di trarre guadagno o dalla cosa stessa o dal suo possesso¹⁹⁶.

Fin dal riconoscimento di questo delitto se ne identificano diversi casi da cui derivano differenti modalità di tutela e azioni: Servio Sulpicio Rufo individua quattro *genera furtorum* (*manifestum, nec manifestum, conceptum, oblatum*), invece, Gaio è di diversa opinione: condivide la scelta di Labeone di attribuire la qualità di *genus* soltanto al *furtum manifestum* e al *furtum nec manifestum*, considerando gli altri come *species actionis furto cohaerentes*¹⁹⁷.

Si distingue tra *furtum manifestum* e *nec manifestum* a seconda del fatto che il ladro sia colto in flagrante o meno, il discrimine è la scoperta del furto nel momento in cui viene realizzato; il primo, dunque, riguarda il colpevole che viene sorpreso a commettere il reato. Le XII Tavole stabiliscono pene diverse e più gravi in base a chi è il

¹⁹⁵ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 500.

¹⁹⁶ Paul. 39 *ad ed.* D. 47.2.1.3: *Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere.*

¹⁹⁷ Gai 3.183: *Furtorum autem genera Servius Sulpicius et Masurius Sabinus IIII esse dixerunt, manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum; Labeo duo, manifestum (et) nec manifestum; nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum; quod sane verius videtur, sicut inferius apparebit.*

reo: se si tratta di uomo libero egli viene fustigato e poi aggiudicato come schiavo al derubato, se è uno schiavo allora è previsto che, dopo la fustigazione, il reo venga gettato da una rupe¹⁹⁸; inoltre, viene legittimata l'uccisione del ladro nei casi in cui l'illecito avvenga di notte¹⁹⁹, oppure egli tenti di difendersi con un'arma o nel caso in cui il derubato abbia proferito urla di aiuto²⁰⁰. Al *furtum manifestum* le XII Tavole equiparano il ritrovamento della cosa rubata per mezzo della *quaestio lance licioque*, un antico rito che prevede la perquisizione presso l'abitazione del ladro; tale pratica risulta del tutto desueta dopo l'età antica tanto che Gaio la giudica ridicola. Sicuramente tale prassi presenta alcuni elementi peculiari: il derubato svolge la sua ricerca *nudus, licio cinctus, lancem tenens*, questo per evitare che, grazie alle proprie vesti, possa introdurre il bene in questione nella casa del *fur*²⁰¹. Nel periodo preclassico si concede l'*actio furti manifesti* (contro il *furtum manifestum*), azione penale pretoria che consente al derubato di perseguire il quadruplo del valore della cosa rubata²⁰². Il *furtum nec manifestum* viene definito in negativo, appartiene a questa figura ciò che non è *furtum manifestum*²⁰³. Come previsto già dalle XII Tavole²⁰⁴, l'*actio furti nec manifesti* condanna il reo ad una pena pecuniaria per il valore del doppio della cosa rubata.

L'*actio furti (manifesti e nec manifesti)* è un'azione penale infamante, dunque, il reo che macchia il suo onore con un comportamento disdicevole subisce una variazione nella sua condizione giuridica. Il soggetto perde alcune capacità nel campo di diritto pubblico (non può ricoprire cariche pubbliche), ma anche nell'ambito privato (gli è vietato proporre istanze giudiziarie nell'interesse altrui). Attivamente legittimato a esperire questa azione è il derubato che non sempre risulta il proprietario della cosa perché si deve cercare la persona che ha un interesse giuridicamente apprezzabile a che la cosa non venisse rubata: in caso di furto al comodatario il legittimato è proprio quest'ultimo

¹⁹⁸ Tab. 8.14: *Ex ceteris ... manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt ei, cui furtum factum esset ...; servos ... verberibus affici et e saxo praecipitari; sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ...sarcir.*

¹⁹⁹ Tab. 8.12: *Si nox furtum faxsit, si occisit, iure caesus esto.*

²⁰⁰ Tab. 8.13: *Luci ... si se telo defendit, ... endoque plorato.*

²⁰¹ Gai 3.193: *Qui si quaerere velit volet nudus quaerito licio cinctus lancem habens. Si concapit furtum manifestum esto.*

²⁰² M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 502.

²⁰³ Gai 3.185: *Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quae diximus, intellegitur. nam quod manifestum non est, id nec manifestum est.*

²⁰⁴ Tab. 8.16: *Si adorat furto, quod nec manifestum erit ..., <duplione damnum decedito>.*

perché il comodante, anche se proprietario, è carente di interesse e può rifarsi sul comodatario per la responsabilità di custodia.

L'*actio furti* può essere cumulata con la *condictio ex causa furtiva* perché hanno due scopi diversi: la prima promuove la punizione del reo; la seconda mira alla restituzione di quanto è stato rubato, considerando anche l'interesse negativo: si equipara lo stato delle cose attuale con quello antecedente al fatto, cercando di ripristinare la situazione *ex quo ante*.

La *rei vindicatio* è uno strumento giuridico con il quale il proprietario ottiene dal giudice il riconoscimento del suo diritto e ottiene nuovamente il possesso sulla cosa di cui si è dichiarato *dominus*. L'onere della prova in ordine alla proprietà contesa incombe sull'attore. Nel caso in cui il convenuto non restituisca volontariamente la cosa, egli è condannato al valore del bene, la cui stima (*litis aestimatio*), trattandosi di un'azione arbitraria, è stabilita dall'attore sotto giuramento. La *litis aestimatio* deve contenere, oltre al prezzo della *res*, l'indennizzo del danno dal proprietario subito.

L'*actio ad exhibendum* è legata alla *rei vindicatio*. Infatti, è un'azione che serve a ottenere la messa in mostra del bene e ritorna utile nel caso in cui si promuova la rivendicazione di un oggetto che viene tenuto nascosto dal convenuto²⁰⁵. L'attore legittimato a esperire tale azione è colui che intende agire, a seguito dell'esibizione, con la *rei vindicatio* o altra azione reale o un'azione nossale²⁰⁶. Quest'ultima azione viene chiamata *iudicium directum*²⁰⁷, una sorta di giudizio principale. Per quanto concerne il rapporto tra i due giudizi è importante notare che non importa se il giudizio diretto sia esperito utilmente al momento in cui si agisce con l'esibizione o soltanto in seguito: spesso, la domanda di esibizione mira proprio a creare le circostanze che permettono il nascere dell'azione principale²⁰⁸.

²⁰⁵ Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.1: *Haec actio perquam necessaria est et in usu cottidiano et maxime propter vindicationes inducta est.*

²⁰⁶ S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, 365.

²⁰⁷ Infatti, nel Digesto viene menzionato il termine '*iudicium directum*' nella spiegazione di quanto deve fare il giudice: egli ha il compito di valutare le eccezioni sollevate dal possessore; se nel suo esame ritiene di dover eseguire una indagine maggiormente approfondita, questa potrà avvenire una volta ordinata l'esibizione, proprio nel giudizio principale (Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.3.13: *Ibidem subiungit iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare, quas possessor obicit, et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi, si obscurior vel quae habeat altiore quaestionem, differendam in directum iudicium re exhiberi iussa: de quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione iudicat, veluti pacti conventi, doli mali, iurisiurandi reique iudicatae*).

²⁰⁸ S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 366.

Sporge spontanea una domanda: perché in caso di furto viene concesso di azionari diversi mezzi di tutela (*actio furti, condictio ex causa furtiva, rei vindicatio, actio ad exhibendum*)? La risposta, seppur semplice, viene data da Gaio; infatti, il giurista non nasconde l'odio nei confronti del ladro, anzi lo esprime in modo esplicito²⁰⁹: la possibilità di esperire più azioni è funzionale ad una maggiore garanzia per il derubato. Colui che è stato depredata deve ragionare e, conoscendo le differenze delle azioni in considerazione del loro regime, scegliere quella più adatta alla sua situazione e alle sue esigenze. Se il ladro ha accumulato debiti che superano il valore dell'attivo del suo patrimonio, al derubato conviene agire con la *rei vindicatio* perché se la cosa è integra e reperibile, la recupera per intero, invece esercitando la *condictio ex causa furtiva* riceverebbe la percentuale offerta dal *bonorum emptor*. Diversamente, se il furfante è un soggetto solvibile, il rimedio migliore è la *condictio* perché, essendo un'*actio in personam*, è comunque esperibile contro il ladro debitore che non sia più possessore della cosa ed anche nel caso in cui il bene sia perito (questo perché, come riferito poco sopra, il ladro è considerato sempre in mora). È vantaggioso attivare la rivendica nel caso in cui si conosca l'identità dal ladro perché il legittimato passivo è sempre il possessore del bene, invece, se il bene è venuto meno o non si è al corrente di chi sia il possessore della *res*, la *rei vindicatio* non va a buon fine.

²⁰⁹ Gaio verso la metà del passo Gai 4.4 afferma che, proprio per il disprezzo provato contro i ladri, sono previste più azioni al fine di obbligarli ed assicurare in più modi tutela a colui che ha subito il furto (*Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantu*).

CAPITOLO SECONDO

La matrice equitativa dell'istituto, tra consenso e critiche

SOMMARIO: 1. La *condictio* come strumento equitativo contro l'arricchimento *sine iusta causa* – 2. Il fondamento della *condictio*: l'equità – 3. L'equità come denominatore comune alle fattispecie extracontrattuali – 4. La *ratio* sottesa alla tutela della *condictio* contratto – 5. Critica all'equità come fondamento della *condictio* – 6. Evoluzione storica dell'istituto: sulla scia degli affari commerciali – 7. Il campo di applicazione della *condictio*: il significato dell'espressione *re obligari* – 8. *In rem versio*: l'arricchimento ingiustificato dal punto di vista economico – 9. Deroghe al requisito generale della provenienza negoziale

1. *La condictio come strumento equitativo contro l'arricchimento sine iusta causa*

La *condictio* viene principalmente impiegata per correggere attribuzioni ingiustificate. Questo tipo di azione legale si concentra sulla restituzione di beni o vantaggi che sono stati indebitamente acquisiti, senza una valida ragione. Anche se le situazioni in cui viene utilizzata questa *actio* sono varie e diverse, il 'leitmotiv' che le accomuna è la tutela di una pretesa restitutoria avente ad oggetto un *certum* e funzionalmente collegata ad una situazione di vantaggio patrimoniale risultante privo di giustificazione²¹⁰. Semplificando, il processo di restituzione extracontrattuale sembra articolarsi in tre fasi: anzitutto l'attribuzione, che permette la realizzazione piena della vicenda reale a prescindere dal modo in cui avviene; poi viene valutata la presenza o l'assenza di una giustificazione per tale attribuzione: se manca una giustificazione sorge l'obbligo di restituire; infine, si utilizza la *condictio* per richiedere la restituzione dei beni o vantaggi specifici. È importante notare che l'obbligo di restituire non deriva da un'anomalia nella struttura stessa dell'attribuzione, quanto, invece, il motivo del *restituere* si trova al di fuori del processo di attribuzione in sé, in quanto l'attribuzione nel suo complesso non rispetta i principi di giustizia ed equità dell'ordinamento giuridico²¹¹, come indicato dal concetto di *sine iusta causa*, dove, l'aggettivo *iusta* indica proprio la necessità di garantire il rispetto delle istanze equitative provenienti dal *ius naturalis*.

²¹⁰ B. CORTESE, *'Quod sine iusta causa'*, cit., 81.

²¹¹ B. CORTESE, *'Quod sine iusta causa'*, cit., 82.

Più volte all'interno del Digesto la *condictio* viene accostata al tema dell'equità con espressioni quali *'iustum'* o *'aequum'*; non mancano poi i richiami al *ius naturalis*. Ulpiano nel Digesto²¹² fa riferimento a una situazione particolare che il padre di Celso ha risolto in maniera diametralmente opposta rispetto a Celso stesso. Infatti, se in un testamento è previsto che il servo che debba dare dieci all'erede per ricevere in cambio la libertà, ma egli è già libero perché previsto dai *codicilli*, allora secondo Celso (che è *naturalis aequitate motus*) è giusto che possa ripetere quanto dato; diversamente suo padre non concede tale possibilità. Dunque, da un lato Celso padre, considerando il contesto sociale relativo ai rapporti tra liberto e patrono (o erede), vede nella consegna del denaro da parte dell'apparente libero chiaramente la manifestazione di un'intenzione di donare, di un *animus donandi*, una donazione che certamente non è eseguita spontaneamente, ma per dovere (*munus*), con l'obiettivo di favorire il beneficiario o rafforzare il legame di amicizia²¹³. Dall'altro lato, invece, viene illustrato il pensiero di Celso figlio, che, associando alla giustizia il concetto di *bonum et aequum*, ravvisa nella *traditio pecuniae* gli estremi di una *datio ob causam*. Questo perché l'errore del donante esclude l'elemento soggettivo della *causa donationis*, ossia la chiara ed inequivocabile volontà di diminuire il proprio patrimonio. Rigettata l'ipotesi della *causa donationis* e riconosciuta nella consegna del denaro una *datio ob rem*, egli stabilisce la possibilità di esercitare la *condictio*, strumento per la ripetizione del denaro.

Paolo afferma che la condizione naturale dell'indebito pagato è una richiesta di ripetizione; dunque, sottolinea che in virtù dell'*aequitas* e della giustizia, se qualcuno paga una somma di denaro che non avrebbe dovuto pagare ha il naturale diritto di richiedere la restituzione di tale somma²¹⁴. Altro passo di Paolo²¹⁵ emblematico in ambito di *condictio* è quello in cui il giurista sostiene che ciò che viene dato per una ragione, ha

²¹² Ulp. 26 ad ed. D. 12.4.3.7: *Sed si servus, qui testamento heredi iussus erat decem dare et liber esse, codicillis pure libertatem accepit et id ignorans dederit heredi decem, an repetere possit? et refert patrem suum Celsum existimasse repetere eum non posse: sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse. quae sententia verior est, quamquam constet, ut et ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.*

²¹³ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 166 ss.

²¹⁴ Paul. 10 ad Sab. D. 12.6.15: *Indebiti soluti condictio naturalis est et ideo etiam quod rei solutae accessit, venit in conditionem, ut puta partus qui ex ancilla natus sit vel quod alluvione accessit: immo et fructus, quos is cui solutum est bona fide percepit, in conditionem venient.*

²¹⁵ Paul. 17 ad Plaut. D. 12.6.65.4: *Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem: veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris.*

il diritto di essere restituito secondo il giusto e l'equo. In questo frammento si sottolinea la correlazione tra il *repetere* della *condictio* e il senso del buono e del giusto: quando si dà qualcosa con una ragione specifica o un obiettivo in mente e questa ragione non viene soddisfatta, la persona che ha dato ha il diritto di ottenere ciò che è stato dato.

In un passo di Trifonino viene evidenziato che il *dominus* che ha un debito nei confronti del servo lo paga al momento della manomissione, pensando di essere tenuto in qualche modo da un'azione nei confronti del servo per ripetere tale debito, in realtà, non è in possesso di alcunché. Infatti, il debito è un debito naturale: è dovuto per ragioni intrinseche, non per una specifica richiesta del servo²¹⁶.

Papiniano afferma un principio di equità e giustizia che mira a proteggere i diritti e gli interessi delle persone; infatti, sostiene che la *condictio* sia orientata al riottenimento di ciò che è posseduto senza una giusta causa perseguendo sempre l'*aequitas*. Il giurista asserisce che la *condictio*, introdotta sulla base del buono e dell'equo, ha costituito l'usuale modo di recuperare ciò che, appartenendo a uno, è trattenuto senza fondamento presso un altro²¹⁷.

2. Il fondamento della *condictio*: l'equità

Il concetto di *sine causa* viene, quindi, collegato alla conformità dell'attribuzione nella sua interezza ai criteri di equità e giustizia che l'ordinamento ha scelto. Dunque, la valutazione effettuata per stabilire la presenza o meno della *iusta causa* guarda due elementi: da un lato l'attribuzione, il caso in questione, dall'altro i principi di equità. È importante chiarire che, in ordine a questo secondo aspetto, per quanto si faccia riferimento alla sfera della moralità e alla giustizia percepita attraverso il pratico sentire comune, si tratta sempre di regole di diritto che hanno rilevanza giuridica e non di considerazioni etiche o morali.

Anche se in genere non viene espresso il percorso interpretativo che porta alla connessione dell'azione nel contesto restitutorio, la maggior parte dei documenti

²¹⁶ Tryph. 7 disp. D. 12.6.64: *Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum: ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intellegenda est.*

²¹⁷ Pap. 8 quest. D. 12.6.66: *Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.*

suggerisce che la ratio alla base del *restituere* dipenda dalla valutazione individuale del giurista sulla coerenza complessiva generata dall'assegnazione di ciò che è giusto secondo il diritto²¹⁸. Quindi, il concetto di *sine iusta causa* si presenta in modo articolato, potendo assumere forme diverse all'interno dei singoli casi, soprattutto in relazione al contesto cui l'assegnazione si riferisce.

Nel contesto della *condictio indebiti*, la situazione in cui manca l'obbligo di estinguere un debito all'interno della relazione tra chi paga e chi riceve diventa il requisito fondamentale per il recupero del denaro pagato in eccesso. Questo significa che per ottenere il rimborso è necessario che il pagamento erroneo sia attribuito a un debito, come giustificazione valida²¹⁹.

La *condictio indebiti* segue in gran parte il modello della *condictio sine causa*, ma si basa sull'errore come presupposto (è importante che chi effettua il pagamento sia nell'errore riguardo l'assenza del debito: se non c'è l'errore, il pagamento viene considerato una donazione, mentre se il ricevente è a conoscenza dell'inesistenza del debito, commette furto)²²⁰.

Nella letteratura romanistica è stato più volte discusso il coordinamento tra *condictio indebiti* e il concetto *sine causa*; ciò in parte è sicuramente dipeso dallo stato insoddisfacente delle fonti. La complessità interpretativa è data anche dal modo in cui i Romani trattano il trasferimento di proprietà. Si crea una sorta di paradosso, un controsenso: da un lato considerano come giusto il trasferimento di proprietà senza causa, dall'altra, però, annoverano la causa tra i requisiti per il trasferimento.

Vi sono diverse spiegazioni proposte dalla dottrina per risolvere queste contraddizioni interpretative. Alcune si basano sulla distinzione tra *causa proxima* (intesa come quella che trasmette la proprietà) e *causa remota* (definita come quella che giustifica l'acquisto della proprietà, la cui mancanza rende applicabile la *condictio indebiti*); mentre altre cercano di collegare la *causa solvendi* all'attribuzione della proprietà: sostengono che la causa di giustificazione (*causa retinendi*) vada identificata con lo scopo di attribuzione (*causa dandi*) insito nella *causa solvendi*, e cioè con lo scopo, perseguito con l'attribuzione, di ottenere la liberazione. Entrambe le interpretazioni risultano complicate e artificiose: la prima ricorre a categorie discutibili rispetto al

²¹⁸ B. CORTESE, 'Quod sine iusta causa', cit., 83.

²¹⁹ B. CORTESE, 'Quod sine iusta causa', cit., 83.

²²⁰ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 430.

semplice metodo di passaggio causale della proprietà, senza poi dire che né il concetto di *causa proxima* né quello di causa remota sono documentati; la seconda perché si basa sulla concezione per cui la *solutio* sia in sé uno scopo economico autonomo, rispetto al quale attribuzione e liberazione stiano in rapporto di scambio²²¹.

Oltre ai casi di *condictio indebiti*, si è analizzato il *sine causa* nelle ipotesi di attribuzioni (oggetto di *condictio*) integranti *dationes ob rem*. Esaminando i casi in cui la causa della *datio* venga meno o il cui scopo non si sia realizzato, è possibile osservare un'altra sfumatura del substrato equitativo dell'operazione nel suo complesso²²².

La *datio* si basa sulla volontà delle parti che desiderano che avvenga il trasferimento e mirano al compimento di uno scopo (come, ad esempio, il ricevimento di un compenso), o fanno riferimento alla necessità di una determinata condizione; rappresenta un'attribuzione ingiustificata nel caso in cui l'obiettivo non sia raggiunto o venga meno il motivo della *datio* stessa. Infatti, Paolo afferma che, qualora non venga realizzata la causa per cui si è svolta un'attribuzione *honestam*, può essere chiesta la restituzione di quanto dato²²³. Quindi, nel caso si tratti di un'attribuzione che avviene in buona fede, se la ragione o la condizione per cui è avvenuta non si verifica, allora la restituzione di quanto dato può essere richiesta. Paolo ribadisce questo concetto anche in un altro passo del Digesto²²⁴, sottolineando il diritto alla restituzione di ciò che è stato dato nel caso in cui la ragione per cui si è dato non sia stata soddisfatta.

Diversamente, Kupisch sostiene che i romani non fossero a conoscenza della distinzione tra causa di attribuzione e attribuzione; dunque, nelle *dationes ob rem* la causa sarebbe unica: la causa di scambio che dovrebbe reggere l'attribuzione e giustificarla, dando una ragione al verificarsi dell'acquisto della proprietà²²⁵. Kupisch definisce la *condictio* come l'espressione di una progredita giustizia dello scambio che sanziona il mancato realizzarsi della causa di scambio²²⁶. Quindi, quando la causa di scambio non si realizza, la base dell'attribuzione cessa e la proprietà può essere recuperata attraverso la *condictio*: è possibile agire con questa *actio in personam* nel momento in cui la causa di

²²¹ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 430.

²²² B. CORTESE, '*Quod sine iusta causa*', cit., 83.

²²³ Paul. *ad Sab.* D. 12.5.1.1: *Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est.*

²²⁴ Paul. 17 *ad Plaut.* D. 12.6.65.4: *Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem: veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris.*

²²⁵ B. CORTESE, '*Quod sine iusta causa*', cit., 84.

²²⁶ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 429.

scambio, che aveva retto l'attribuzione, manca al momento della sua effettiva concretizzazione.

Tuttavia, la causa che ha motivato l'attribuzione non può essere anche la ragione della sua revoca. Viene smentita l'idea che la causa immediata dell'attribuzione possa essere la causa di scambio: la causa immediata è la volontà del trasferente e del ricevente di effettuare un trasferimento di proprietà, la volontà comune tra *dans* e *accipiens* di realizzare una *datio*²²⁷. Infatti, la *datio* traslativa è associata a tutta una serie di obiettivi e interessi come l'ottenimento di una controprestazione o il raggiungimento di uno scopo; il caso di mancata soddisfazione di questi interessi o obiettivi fornisce la giustificazione per chiedere la restituzione di quanto trasferito dal momento che il trasferimento è *sine causa*.

La *datio ob turpem o iniustam causam* è un buon esempio per vedere i due piani in cui opera da un lato la causa dell'attribuzione dell'altro la giustificazione. In questo caso il trasferimento di beni è legato a una causa illecita e questo rende ben distinguibile il piano della vicenda reale e quello causale che influisce sull'intero processo di attribuzione. Se la *datio* in tali ipotesi fosse sostenuto da una causa di scambio, anche se illecita, il trasferimento non dovrebbe verificarsi: qualora la causa sia considerata illegittima l'ordinamento giuridico non può permettere che avvenga un trasferimento sulla base di tale causa. Ogni trasferimento necessita la presenza di una causa legalmente riconosciuta. Si vuole, infatti, evitare di consentire la restituzione di quanto dato sulla base di un'attribuzione basata su una causa illecita.

La *datio ob turpem* è suscettibile di ripetizione sia che l'obiettivo illecito sia conseguito, sia che non ciò non avvenga²²⁸. Dunque, a prescindere dal raggiungimento dello scopo illecito, si stabilisce che, qualora lo scopo illecito fosse comune a entrambe le parti, la *condictio* non è attivabile²²⁹. Questo evidenzia che la considerazione alla base

²²⁷ B. CORTESE, 'Quod sine iusta causa', cit., 84.

²²⁸ A tal proposito Paolo statuisce che ogni cosa viene data per un motivo: ogni dazione è sorretta da una causa; tale motivazione del trasferimento può essere *turpe* o *honestam* (Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.5.1: *Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudine, non accipientis, aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque. 1. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. 2. Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest*).

²²⁹ Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.5.3: *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur*.

della ripetibilità si basa inequivocabilmente su criteri di equità e giustizia, piuttosto che sull'accertamento di una causa oggettiva di scambio²³⁰.

3. L'equità come denominatore comune alle fattispecie extracontrattuali

Nel contesto della potenziale configurazione di una teoria generale della protezione restitutoria i sistemi moderni menzionano il principio che impedisce di ottenere vantaggi senza giustificazione (spesso si sottolinea che esso non deve essere solo un riflesso del diritto romano antico) tuttavia bisogna tenere in considerazione anche le esigenze pratiche e le regole specifiche dell'ordinamento moderno. Nonostante la complessità di questa tematica, è possibile far riferimento a un elemento che sembra essere presente in tutte le fattispecie extracontrattuali²³¹. È necessario, quindi, individuare un legame che colleghi la necessità di sanzionare assegnazioni ingiustificate secondo il principio del buono e dell'equo e il principio che proibisce l'arricchimento ingiustificato. Viene in aiuto un passo del Digesto²³² in cui Pomponio sintetizza in modo chiaro il pensiero romano riguardo l'arricchimento ingiustificato. Il giurista, infatti, stabilisce che è un principio equitativo di diritto naturale (*iure naturae aequum est*) che nessuno si arricchisca (*neminem locupletiolem fiat*) in modo ingiustificato per il diritto con un correlativo impoverimento altrui (*cum alterius detrimento*): si crea una connessione tra diritto naturale e principio di equità e il divieto di arricchimento ingiustificato.

Pomponio conferma il nesso che intercorre tra il *condicere* e l'equità: emblematico è quando afferma che è giusto che la natura non renda nessuno più ricco a spese di un altro²³³. Questo passaggio sintetizza in modo inequivocabile il pensiero per cui a fondamento della *condictio* ci sia l'*aequitas* intesa come strumento integrativo e correttivo del *ius civile*.

Da una lettura combinata dei due passi si evince la necessità di una giustificazione, una *iusta causa* che legittimi lo spostamento patrimoniale, ciò sicuramente concretizza in modo forte il generale divieto di arricchirsi a danno altrui in violazione dei principi

²³⁰ B. CORTESE, 'Quod sine iusta causa', cit., 85.

²³¹ B. CORTESE, 'Quod sine iusta causa', cit., 88.

²³² Pomp. 9 *ex variis lection* D. 50.17.206: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem.*

²³³ Pomp. 21 *ad Sab.* D. 12.6.14: *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem.*

dell'ordinamento. Per entrambi i testi il trasferimento ingiustificato (quindi, *sine causa*) che provoca un aumento del patrimonio di una parte a discapito dell'altra costituisce un'ingiustizia. Stabilito questo assunto, è cruciale avere chiaro cosa Pomponio intenda per *iniuria*: si discute, quindi, del significato del concetto di ingiustizia e il suo senso nel contesto del diritto romano. Infatti, è importante analizzare la sfumatura di significato di questa parola in relazione al contesto generale delle formulazioni e tenendo presente le espressioni che richiamano alla sfera dell'*aequitas*, come *aequum est*²³⁴. Quello che con il termine *iniuria* il giurista latino intende comunicare non è la violazione tecnica di regole giuridiche, quanto la mancanza di aderenza ai valori di equità e ai principi generali del diritto romano. Se questo fosse solo una questione di violazione delle norme legali, non sarebbe necessario richiamare il concetto di equità. Tuttavia, il richiamo all'equità rafforza l'importanza della giustizia equa nel divieto di arricchimento senza causa nel contesto del diritto romano.

I due testi, nonostante il contenuto simile, presentano evidenti differenze e la corrispondenza non è perfetta: si è pensato che alcune parole (come il *nam* iniziale) potessero essere aggiunte nel secondo frammento dai compilatori per forzare il collegamento con il primo passo²³⁵. In realtà, viene riconosciuta la genuinità di entrambi i frammenti: l'ordine in cui le parole si succedono spinge ad escludere un'attribuzione a più persone²³⁶. Infatti, nonostante nessuno dei passi faccia riferimento all'obbligazione restitutoria, questa non solo può essere dedotta logicamente poiché il rimborso dell'arricchimento è conseguenza logica del divieto, ma anche testualmente, esaminando le *inscriptions* dei testi. Bisogna, appunto, analizzare l'originaria collocazione dei passi nelle opere di Pomponio: il primo frammento era inserito nella sezione relativa all'adempimento di obbligazioni derivanti da *stipulatio*, legato o fidecommesso, mentre il secondo è stato estratto dal libro XXI del commentario *Ad Sabinum* intitolato alla *condictio*²³⁷. Questa evidenza che il principio si inserisce nell'ottica di recupero di un determinato ammontare per cui la conseguenza di un arricchimento ottenuto in modo ingiusto, configurandosi come una *iniuria*, è la restituzione.

²³⁴ B. CORTESE, '*Quod sine iusta causa*', cit., 90.

²³⁵ R. SANTORO, *Studi*, cit., 392.

²³⁶ R. SANTORO, *Studi*, cit., 393.

²³⁷ B. CORTESE, '*Quod sine iusta causa*', cit., 91.

In conclusione, è chiaro che la *condictio* abbia una matrice equitativa. La ratio sottesa al *condicere* extracontrattuale è rintracciabile nel *bonum et aequum* come identificato da Pomponio per cui ciò che si configura come *sine iusta causa* rappresenta un'*iniuria* nel senso che la mancanza di giustificazione dell'acquisto viola i parametri di giustizia dell'ordinamento.

4. La ratio sottesa alla tutela della *condictio*

Come si è già ripetuto, la restituzione di un arricchimento illegittimo corrisponde a una ragionevole esigenza di giustizia e equità²³⁸. Questo viene ribadito più volte all'interno del Digesto e anche Ulpiano lo sottolinea:

Ulp. 18 *ad Sab D.* 12.5.6: *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est* e concentrandosi sull'enunciato *id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici* emerge in modo chiaro la *ratio* sottesa alla genesi della *condictio*.

Considerando il frammento, infatti, si può notare come questa azione legale venga elaborata dai *veteres* per chiedere la restituzione di una cosa o di una somma di denaro che è tenuta *sine iusta causa* dal convenuto: la restituzione risulta un obbligo di diritto civile. Ciò che merita attenzione è l'espressione *ex iniusta causa*: non deve essere intesa come l'assenza di causa nell'acquisto da parte del convenuto, quanto come assenza di un fondamento giuridico idoneo a giustificarne, in base ai principi basilari del *ius civile*, la conservazione degli effetti²³⁹; è proprio da qui che si generale l'obbligazione civile di restituire.

Il nucleo su cui si fonda questa azione legale è, quindi, il *sine iusta causa*, ossia mancanza del fondamento giuridico che sia valido per mantenere i benefici acquisiti. Anche altri passi del Digesto danno rilevanza alla causa: la sua assenza o il suo essere

²³⁸ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 423.

²³⁹ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 158.

ingiusta determina la concessione della *condictio*²⁴⁰. In uno in particolare²⁴¹ Papiniano enfatizza l'importanza dell'equità, sostenendo che la *condictio*, fondata sui principi del giusto e dell'equo, rappresenti il normale mezzo per recuperare ciò che appartiene a una persona, ma viene trattenuto senza giustificazione da un'altra.

Esaminando in modo combinato i due testi si nota che in nessuno dei due viene data una definizione della *sine iusta causa* in modo preciso: non viene si fa riferimento a una specifica situazione sostanziale cui riferire il '*quod sine iusta causa est*'²⁴². Infatti, la parabola evolutiva del *condicere*, che va dai *veteres*, a Painiano e Ulpiano, passando per Sabino e Celso, ha come perno la costante ricerca e riflessione sul significato di questo concetto. Per contrastare gli spostamenti di ricchezza ingiustificati che violano i principi del diritto civile, i giusti classici si sono adoperati per elaborare questo concetto individuando casi specifici di ingiusta acquisizione patrimoniale con la conseguente concessione di tutela restitutoria. Questa continua indagine si sviluppa e porta a restringere o ad ampliare la sfera di applicazione pratica della giusta causa in considerazione dei istituti giuridici connessi alle situazioni pratiche; è proprio da questa insistente ricerca che deriva la possibilità di esperire utilmente l'azione di ripetizione anche in casi d'incrementi patrimoniali non derivanti né da rapporti negoziali fra le parti, né dall'ipotesi eccezionale del furto²⁴³.

Santoro²⁴⁴ conduce una vera e propria analisi sul fondamento della *condictio*, trovando il collegamento con l'equità. Gli esiti di tale esame sono interessanti. Anzitutto l'autore sottolinea che l'orientamento generale della critica è diverso poiché non crede alla matrice equitativa dell'*actio*. Infatti, nei testi che riguardano la *condictio* ogni accenno all'equità (come presupposto dell'azione) viene considerato frutto di alterazione dei documenti stessi e privo di genuinità. Quindi, l'idea dell'*aequitas* come fondatrice della *condictio* non risulterebbe opera dei giureconsulti classici, ma elaborata dai successivi studiosi post-classici che si sarebbero ispirati alla dottrina aristotelica secondo cui il compito della giustizia è quello di eliminare il vantaggio (*κερδος*) acquisito a danno (*ζημια*) di altri.

²⁴⁰ B. CORTESE, '*Quod sine iusta causa*', cit., 88.

²⁴¹ Pap. 8 *quaest.* D. 12.6.66: *Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.*

²⁴² B. CORTESE, '*Quod sine iusta causa*', cit., 88.

²⁴³ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 158.

²⁴⁴ R. SANTORO, *Studi*, cit., 389 ss.

Tuttavia, è plausibile che i giuristi classici si fossero ispirati direttamente alle fonti greche e, dunque, risulta che tale pensiero sia stato realizzato proprio da loro. Infatti, lo stesso Cicerone dimostra di conoscere il pensiero aristotelico tanto che lo inserisce all'interno del terzo libro del *De Officiis*. La celebre opera illustra la concezione dell'autore sul miglior modo di vivere ed espone quelli che, in questa visione, sono gli *officia* ai quali l'uomo retto si dovrebbe attenere; si profila la figura del *vir bonus* ossia l'individuo che è in possesso delle virtù necessarie a condurre una vita eticamente corretta. Il primo libro si polarizza intorno ai concetti di *honestum* e *decorum*, quindi vengono messe in luce la condotta migliore da seguire nelle situazioni pratiche del quotidiano; nel secondo libro, invece, Cicerone si sofferma sul concetto di utile orientato in una prospettiva del bene comune, collegato quindi a concetti di *res publica* e comunità: riconoscendo l'importanza della cooperazione, sostiene che gli uomini si debbano unire per realizzare grandi cose e afferma che le azioni rilevanti per l'intera comunità portino vantaggio a tutti i singoli.

Infine, il terzo libro, seguendo le orme del filosofo stoico Panezio, si incentra sul conflitto tra *honestum* e utile, nel tentativo di dimostrare che, in realtà, non esiste. Infatti, il reale contrasto non risiede tra ciò che è moralmente giusto e ciò che è pragmaticamente vantaggioso, bensì tra l'ideale di integrità morale e ciò che erroneamente si ritiene utile in una prospettiva distorta e individualistica. L'unico vero bene consiste nel benessere della comunità, a cui ogni azione individuale dovrebbe essere volta: emerge nuovamente la subordinazione degli interessi personali al bene più ampio della collettività, evidenziando la priorità della *res publica*; in questo frangente viene reinterpretato anche il principio stoico della *φιλανθρωπία*, intesa come la naturale solidarietà che lega tutti gli esseri umani. È in questo contesto che Cicerone, facendo riferimento al pensiero aristotelico, condanna il comportamento del soggetto che sottrae una cosa ad un altro a proprio vantaggio²⁴⁵. Scrive che l'appropriarsi indebitamente di qualche cosa di un altro, per il proprio tornaconto a danno altrui è più contrario alla natura poiché mina le basi della vita comune e della società umana. Infatti, se fossimo disposti ad offendere ed a spogliare i nostri simili per il nostro vantaggio, si distruggerebbe inevitabilmente ciò che

²⁴⁵ Cic. off. 3.5.21: *Detrahere igitur alteri aliquid et hominem hominis incommodo suum commodum augere magis est contra naturam quam mors, quam paupertas, quam dolor, quam cetera, quae possunt aut corpori accidere aut rebus externis. Nam principio tollit convictum humanum et societatem. Si enim sic erimus adfecti, ut propter suum quisque emolumentum spoliet aut violet alterum, dirumpi necesse est eam, quae maxime est secundum naturam, humani generis societatem.*

è massimamente conforme ai principi naturali, ossia la società dell'umanità, il consorzio umano.

Santoro²⁴⁶, inoltre, prendendo in analisi un passo del Digesto²⁴⁷, afferma che l'azione concessa nel testo è una *condictio*, discostandosi sia dall'opinione di Donatuti che la considera un'*actio utilis*, sia dal pensiero di Lübtow il quale sostiene che si tratti di un'*actio in factum*. L'autore, invece, decide di abbracciare la teoria dei *veteres* (seguita anche da Celso) che identifica l'*aequitas* come fondamento della *condictio*. Nel frammento in questione Celso tratta un caso complesso. Specificatamente, la fattispecie è data da una *delegatio promittendi mutui causa* per cui un soggetto chiede una somma di denaro a mutuo a due persone (Ego e Tizio): una di esse (Ego) ordina al proprio debitore di promettere tale denaro al richiedente, il quale erroneamente ritiene che il delegato promittente sia debitore di Tizio. Si chiede se tale soggetto possa essere considerato direttamente obbligato nei confronti di Ego. Effettivamente il tale non ha alcun obbligo nei confronti dell'altro perché tra loro non è stato concluso alcun accordo direttamente, ma il giurista, facendo leva sul principio di *aequitas* che coordina l'ordinamento, afferma che sia ragionevole pensare che il soggetto, invece, sia obbligato non perché l'altro gli ha dato direttamente il denaro (infatti questo accade solo tra persone che si accordano), quanto, invece, perché il denaro che gli è pervenuto appartiene a Ego ed è *bono et aequum* che venga restituito. Nella chiusa del testo, infatti, viene detto che il denaro deve essere restituito indipendentemente dal contesto giuridico che ha generato il passaggio di pecunia²⁴⁸. Dunque, Celso riconosce l'esistenza di una *obligatio* in base all'*aequitas*.

Santoro è contrario alle idee di Donatuti e Lübtow perché già dalla terminologia usata è possibile capire che si tratti di *condictio*: Celso parla di *obligari*, verbo che indica un vincolo sanzionato da azione civile; per quanto la terminologia non sia sempre rigorosa, se si trattasse di un vincolo punito da azione pretoria, si troverebbe *teneri*²⁴⁹. Quindi l'*actio* concessa risulta essere la *condictio* fondante sui principi di equità. Celso, come prima di lui affermavano i *veteres*, accorda un'azione di ripetizione, la *condictio*,

²⁴⁶ R. SANTORO, *Studi*, cit., 303 ss.

²⁴⁷ Cels. 5 dig. D. 12.1.32: *Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia a me quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*

²⁴⁸ B. CORTESE, '*Quod sine iusta causa*', cit., 93.

²⁴⁹ R. SANTORO, *Studi*, cit., 304.

anche al di fuori del presupposto della *datio* tanto che per essere oggetto di *condictio* basta che la *res* sia *apud aliquem ex iniusta causa*. Dunque, egli sostiene che affinché la cosa sia oggetto di *condictio* è sufficiente che questa si trovi nella disponibilità altrui: non è richiesto come presupposto un *negotium contractum* tra le parti (presupposto che invece è contemplato da Giuliano: egli sostiene che sia indispensabile l'accordo tra le parti). Per Celso non è necessaria la presenza di una convenzione tra i soggetti proprio perché vede nel *bonum et aequum* il fondamento della *condictio*. D'altronde, per lui l'equità è il motore del sistema giuridico: il *bonum et aequum* si fonde con il diritto per diventare un tutt'uno. Il diritto deriva proprio dal senso di giustizia, quel sentire comune che si incontra nella vita pratica e trova la sua naturale espressione nel diritto²⁵⁰. Si tratta semplicemente di un'applicazione nel campo particolare della *condictio* della stessa idea cui è ispirata la sua concezione del diritto²⁵¹.

Anche Cerami²⁵² attenziona lo stesso passo del Digesto (Cels. 5 *dig.* D. 12.1.32) di cui si è occupato Santoro. Come loro anche molti altri autori hanno dato la propria interpretazione del testo: si tratta, infatti, di un frammento fin troppo discusso²⁵³, che alcuni ritengono chiaro e semplice, altri, invece, lo trovano alquanto complesso e poco facile.

L'analisi compiuta dal Cerami evidenzia i due profili che emergono come problematici nel testo: da un lato la delegazione del debito, dall'altro l'errore nella persona del mutuante. Le tematiche che nel discorso celsino assumono notevole rilievo con riguardo all'*iniusta locupletatio* sono: la *ratio dubitandi* introdotta dal verbo *subsisto* e la *ratio decidendi* presentata con l'espressione *sed proprius est*²⁵⁴. Il primo aspetto affrontato è il concetto di *subsisto*, che l'autore interpreta come un'espressione del dubbio metodico, tipico della riflessione giuridica di Celso figlio, soprattutto quando si analizzano situazioni complesse o problematiche.

²⁵⁰ Proprio nel primissimo frammento del Digesto, l'incipit dell'opera, Ulpiano riferisce che per potersi occupare di diritto sia necessario conoscere la provenienza del termine stesso e afferma che Celso elegantemente lo definisce come l'arte del buono e dell'equo. (Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*).

²⁵¹ R. SANTORO, *Studi*, cit., 307.

²⁵² P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 159 ss.

²⁵³ M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. 26 'Ad Ed.' D. 12.4.3.7*, in *BIDR*, XCVI-XCVII, 1993-94, 22, nt. 109.

²⁵⁴ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 160.

Per quanto concerne la *ratio decidendi* bisogna focalizzarsi, invece, sull'importanza delle parole *sed propius est* e sull'espressione *bonum et aequum est*. Infatti, Celso sostiene che, nonostante formalmente il mutuuario-delegatario non sia obbligato nei confronti del mutuante-delegante perché l'*error in personam mutuantis* ha escluso la possibilità di configurare un rapporto contrattuale diretto, sarebbe più coerente con gli obiettivi dell'*ars iuris* considerare il caso in modo diverso, soprattutto alla luce del principio che richiede che ciò che è giusto ed equo sia rispettato.

Dunque, mancando il consenso diretto tra le parti, il delegatario-mutuuario non è obbligato nei confronti del delegante-mutuante per il contratto di mutuo. Tuttavia, Celso ritiene che il delegatario sia obbligato a restituire la somma al delegante semplicemente perché il denaro del delegante è effettivamente arrivato al delegatario tramite l'operazione delegatoria.

La *ratio decidendi* si concentra su due elementi complementari: il presupposto dell'obbligo di restituzione gravante sul delegatario e la motivazione per concedere l'azione di ripetizione. Quest'ultima azione, ragionevolmente identificata nella *condictio*, è giustificata dal fatto che, secondo Celso, è possibile recuperare tutto ciò che si trova in possesso di qualcuno da una causa ingiusta, indipendentemente dalla presenza di un rapporto contrattuale diretto. Infatti, Celso va oltre la visione tradizionale dei *veteres*, che si limita a formalizzare l'obbligo di restituzione senza chiarire i dettagli e i presupposti dell'azione legale (quindi, attiene esclusivamente all'elemento della motivazione): egli non solo afferma l'obbligo di restituzione, ma fornisce anche il fondamento tecnico-giuridico di tale obbligo: il concetto di *bonum et aequum*. Il sintagma *bonum et aequum*, all'interno della concezione celsina del diritto come *ars boni et aequi*, enuclea ed evidenzia i fini tipici ed esclusivi della giuridicità, intesa come naturalità (*natura rerum et hominum*) e razionalità (equilibrio fra il bene dei singoli e l'*utilitas communis omnium*), e tutte le sue diverse manifestazioni, come la produzione, l'interpretazione e l'applicazione del diritto²⁵⁵.

I due elementi sono il *bonum* e l'*aequum*. Da una parte il *bonum* si riferisce all'equilibrio tra l'interesse generale della collettività per la certezza e l'oggettività del diritto e gli interessi individuali dei singoli membri della società per la flessibilità del diritto. Questo equilibrio si manifesta nell'armonioso coordinamento tra le norme del

²⁵⁵ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 162.

diritto civile e i principi interpretativi elaborati dalla giurisprudenza, che devono soddisfare sia l'interesse generale sia quello individuale.

Dall'altro lato, invece, l'*aequum* che concerne il rapporto tra gli interessi delle parti coinvolte in una specifica operazione giuridica. Nel caso in esame, si tratta di trovare un equilibrio tra il creditore-delegante e il debitore-delegato, considerando che il contratto tra il delegato e il delegatario è invalidato dell'errore nella persona del mutuante. Questo equilibrio si ottiene concedendo la *condictio*, che permette di bilanciare gli interessi delle parti coinvolte nell'operazione delegatoria.

Celso, dunque, esclude l'uso dell'*actio certae creditae pecuniae* a causa dell'assenza di un vero contratto tra le parti e concede, in linea con il pensiero dei *veteres*, la *condictio* che, grazie all'astrattezza della sua formula, riesce a neutralizzare inaccettabili squilibri fra l'interesse generale insito nel principio della certezza e gli interessi individuali insiti nel principio della concretezza e, dunque, permette di promuovere l'equilibrio tra ciò che desidera la comunità e le esigenze del singolo. Infatti, secondo il pensiero di Celso, il compito del giurista consiste nel perseguire e realizzare, secondo i principi dell'*ars iuris*, un doppio equilibrio: da un lato il miglior allineamento possibile tra l'interesse collettivo e gli interessi individuali; dall'altro, un bilanciamento equo tra gli interessi opposti delle parti coinvolte nel caso specifico; il raggiungimento concreto di questo doppio equilibrio può infatti permettere la sintesi di due aspetti dell'esperienza giuridica che sembrano incompatibili: la certezza e la concretezza dell'ordinamento giuridico²⁵⁶.

5. Critica all'equità come fondamento della *condictio*

Come si è visto, è possibile rintracciare nell'equità l'essenza della tutela offerta dalla *condictio*: questa *actio* è stata realizzata a fronte di una riflessione equitativa per cui è naturale, logico e, soprattutto, giusto (in termini di giustizia naturale, che non fa riferimento alle leggi, ma attinge da un senso comune di moralità umana) che nessuno si arricchisca a danno altri senza una causa giuridicamente riconosciuta dall'ordinamento. Tuttavia, non tutti sono concordi con quanto affermato: Sanfilippo ritiene riduttivo limitare il fondamento della *condictio* all'*aequitas*. Secondo l'autore il diritto naturale e

²⁵⁶ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 180.

l'equità sarebbero richiami a concetti troppo vaghi che non approfondiscono il problema della giustificazione delle attribuzioni²⁵⁷.

Dunque, egli non abbraccia il filone di pensiero della dottrina maggioritaria che, come già ricordato²⁵⁸, intende la valutazione sulla presenza o meno della giusta causa come un concetto che trae origine da un insieme di norme e principi di diritto e non da questioni etiche.

La riflessione di Sanfilippo ha origine da un assunto: l'obbligo di restituzione di ciò che è stato indebitamente ottenuto ricade sul ricevente dal momento che egli ha acquisito la proprietà di una cosa altrui a seguito della *datio* senza una base giuridica per trattenerla²⁵⁹. Dunque, affinché sorga l'*obligatio* due elementi sono fondamentali: che la ci sia il trasferimento della proprietà e che colui che riceve la cosa non abbia alcuna ragione giuridica valida per ritenerla.

Quindi, l'obbligazione si basa sull'effettivo trasferimento della proprietà di un bene da una parte a un'altra. Sanfilippo nega che questa idea possa derivare in modo implicito da un passo delle Istituzioni di Gaio²⁶⁰ come, invece, sostiene Arangio-Ruiz²⁶¹. Infatti, il testo gaiano a cui si fa riferimento parla specificatamente del mutuo e non in generale delle obbligazioni.

Quindi, servono altre argomentazioni (più forti e che non creino dubbi) per sostenere che il trasferimento di proprietà sia essenziale per l'insorgere dell'obbligazione di restituire. Sanfilippo, considerando deposito, comodato e pegno (in cui non avviene un trasferimento di proprietà) afferma che non si possa fare affidamento sulla formula *si paret dare oportere* della *condictio* poiché il *dare* implica un trasferimento di proprietà e i casi attenzionati non sono generatrici di *obligationes*.

Questa dichiarazione è avallata da alcuni passaggi del Digesto. Infatti, Ulpiano²⁶², discutendo sulle azioni che possono essere intraprese per richiedere un

²⁵⁷ B. CORTESE, *'Quod sine iusta causa'*, cit., 85, nt. 11.

²⁵⁸ Cfr. sopra, cap. II, § 3.

²⁵⁹ C. SANFILIPPO, *Il fondamento*, cit., 53.

²⁶⁰ Gai 3.90: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione. Mutui autem datio proprie in his rebus contingit quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturaredantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*

²⁶¹ C. SANFILIPPO, *Il fondamento*, cit., 54.

²⁶² Ulp. 27 ad ed. D. 13.3.1.1: *Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur "si certum petetur": qui autem alias res, per triticariam conditionem petit. Et generaliter dicendum est eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam, sive in pondere sive in mensura constant,*

pagamento o altri bene, stabilisce che è possibile esperire l'azione *si certum petetur* se si tratta di una somma di denaro, differentemente, nel caso in cui si tratta di cose diverse dal denaro contante che possono essere definite in termini di peso e misura o che siano beni mobili o immobili, si deve far riferimento alla *condictio triticaria*. Quindi, la *condictio* che ha ad oggetto una certa somma di denaro è detta dalle fonti giuridiche *actio certae creditae pecuniae*; quella che, invece, ha ad oggetto altre cose fungibili, *condictio triticaria* (da *triticum*, ossia frumento)²⁶³. Inoltre, sempre Ulpiano²⁶⁴, nel settimo libro del Digesto parla delle disposizioni legali riguardanti il diritto di godimento di specifici oggetti (in particolare dei vasi) e delle modalità di rivendicazione della proprietà in caso di necessità. Il giurista ritiene che, se viene dato l'usufrutto di vasi ad un soggetto, non sia necessario ottenere una garanzia speciale, ma sia sufficiente la promessa di una persona onesta (il *vir bonus*). Chiaramente i vasi non diventano di proprietà colui che li riceve in quanto vengono consegnati con lo scopo di usufruirne e non di certo con l'intenzione di trasferirne la proprietà; dunque, il proprietario è libero di rivenderli. La chiusa del testo è fondamentale: Ulpiano, dopo aver affermato che bisogna verificare se sia possibile esercitare la *condictio* per richiedere indietro i beni, asserisce che non sia possibile esercitare la *condictio* relativa alla propria *res* se non nei confronti del ladro.

Altro frammento²⁶⁵ da cui traspare la rilevanza del passaggio di proprietà affinché sorga l'obbligazione di restituzione è di Pomponio. Il giurista, infatti, analizza il caso in cui un servo venga sospettato di furto e consegnato dal padrone al fine di fare chiarezza sulla sua posizione per potergli infliggere la punizione corretta nel caso in cui il dubbio venisse meno. Il problema su cui si concentra Pomponio è il fatto che il servo viene

sive mobiles sint sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus et si vectigalis sit sive ius stipulatus quis sit, veluti usum fructum vel servitatem utrorumque praediorum.

²⁶³ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 438.

²⁶⁴ Ulp. 18 *ad. Sab. D.* 7.9.12: *Si vasorum ipsorum usus fructus relictus sit, non erit cautio senatus consulti necessaria, sed illa sola 'boni viri arbitrato usum fructum'. Si igitur tradita sunt fruendi causa, nemo dubitat non fieri eius qui accepit: non enim ideo traduntur, ut dominium recedat ab eo qui tradit, sed ut utatur fruatur legatarius. Ergo cum non fiant fructuarii vasa, vindicari a proprietario possunt cautione non data. Videndum est de conditione, an possit locum habere: et proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse.*

²⁶⁵ Pomp. 22 *ad Sab. D.* 12.4.15: *Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit praefecto vigilum quasi in facinore deprehensum: praefectus vigilum eum summo supplicio adfecit. ages cum Attio dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit quo minus exhiberet. sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse: sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia re aliena ita sit usus, ut sciret se invito domino uti aut dominum si sciret prohibitorium esse.*

consegnato al prefetto dei vigili e sottoposto al castigo massimo come se fosse stato colto in flagrante; dunque, discute la possibilità di esercitare la *condictio* per ottenere il *servus*. Viene riportata l'opinione di Labeone secondo cui è possibile agire anche mediante l'*actio ad exhibendum*; invece, Proculo afferma che solo nel caso in cui è stata trasferita la proprietà è possibile esperire la *condictio* combinata con l'esibizione, se, invece, il servo è rimasto di proprietà del padrone quest'ultimo può agire con l'*actio furti* perché è stata utilizzata una sua *res* contro il suo volere.

In ogni caso, anche non volendosi spingere nell'affermazione radicale per cui deposito, comodato e pegno non danno luogo ad *obligationes*, è chiaro che si tratti di figure più recenti che inizialmente hanno ricevuto tutela mediante un'*actio in factum* e, comunque, l'azione civile relativa non è una *condictio*, quanto un'azione di buona fede²⁶⁶.

Sanfilippo, poi, afferma che, nel caso in cui non passi la proprietà, il proprietario della cosa resta del *solvens*, il quale può esercitare la *rei vindicatio*; le due azioni sono alterative tra loro: se è possibile esperire la rivendica, non è possibile azionare la *condictio* e viceversa. È proprio da questa reciproca esclusione che Savigny elabora la teoria 'Windikationstheorie' che sostiene la pretesa funzione generale delle *condictiones* come surrogato della rivendica²⁶⁷: le *condictiones* possono sostituire la *rei vindicatio* quando quest'ultima non è possibile a causa di un mancato trasferimento di proprietà.

Inoltre, un altro argomento che viene menzionato per dimostrare che molti giuristi considerano il passaggio di proprietà come necessario per l'insorgere dell'obbligazione è la considerazione che in alcuni casi la mancanza di trasferimento di proprietà porta alla nullità dell'obbligazione stessa. Infatti, nei casi di nullità del trasferimento per alienità della pecunia pagata, per incapacità del *solvens*, per dissenso sulla causa la conclusione è sempre la medesima: non nasce obbligazione²⁶⁸.

A supportare quest'affermazione vi sono più passi del Digesto. Infatti, Ulpiano²⁶⁹, nell'analizzare il caso in cui un soggetto, dal momento che non ha la somma di denaro

²⁶⁶ C. SANFILIPPO, *Il fondamento*, cit., 54, nt. 3.

²⁶⁷ C. SANFILIPPO, *Il fondamento*, cit., 55.

²⁶⁸ C. SANFILIPPO, *Il fondamento*, cit., 55.

²⁶⁹ Ulp. 26 ad ed. D. 12.1.11: *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis uteraris. si vendideris, puto mutuum pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdidideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu uteraris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi.*

richiesta, dà ad un altro un bene affinché quest'ultimo lo venda e faccia uso del ricavato, esamina la possibilità di perimento della *res* ancor prima che avvenga la vendita. Discute a chi vada imputata la responsabilità del perimento: il giurista sposa la posizione di Nerva, il quale ritiene che il nodo della questione è se la cosa fosse tenuta dal proprietario con lo scopo di venderla. Se il soggetto considera la *res* come merce, allora il perimento è a carico di questo; se, invece, non si è mai contemplato il proposito di vendita allora la situazione è diversa: ne risponde il soggetto che ha ricevuto il bene. Ulpiano continua²⁷⁰ la sua riflessione riferendo quanto afferma Proculo riguardo l'obbligazione derivante da un prestito o un debito, ragionando sul concetto di equità nei rapporti contrattuali: quindi, nuovamente, si rileva l'*aequitas* come motore dell'intero sistema del diritto. Nel testo ci si chiede se colui che riceve un beneficio debba essere obbligato a restituire solo ciò che ha ricevuto o anche il valore aggiunto. Proculo sostiene che il soggetto è tenuto solo con riguardo a quanto ha ricevuto: non è possibile pretendere la restituzione di undici se è stato dato dieci perché non è possibile stabilire un obbligo superiore al valore originario concordato. Quindi, proprio per preservare l'equità all'interno del contratto e garantire che nessuna delle parti sia sottoposta a condizioni arbitrarie o ingiuste, è possibile esperire la *condictio* solo per la specifica quantità di denaro concordata.

Un altro passo²⁷¹ che risulta importante menzionare in questo contesto tratta le donazioni, in particolare, Ulpiano stabilisce che sia possibile procedere alla rivendica del bene donato se la *res* è ancora presente; tuttavia, nel caso in cui l'oggetto è stato consumato o non è disponibile, si esperisce la *condictio* nel limite dell'arricchimento. La frase precisa suona così *hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est*, quindi, è possibile ripetere mediante *condictio* nel limite in cui ciascuna delle parti si è arricchita.

Dunque, viene chiarito che l'acquisto della proprietà è un requisito necessario per il sorgere dell'obbligazione, ma non sufficiente: bisogna rintracciare un elemento esterno al trasferimento stesso su cui basare l'obbligazione. Quindi, il fondamento dell'obbligazione è la mancanza di causa per ritenere l'acquisto, la mancanza di una ragione valida da parte di chi riceve il trasferimento. L'autore con questa affermazione va

²⁷⁰ Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.11.1: *Si tibi dederò decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. sed si dederò, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse.*

²⁷¹ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.5.18: *In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est.*

controcorrente perché la dottrina ha sempre cercato di collegare l'origine della *condictio* al principio generale di equità espresso da Pomponio²⁷².

Successivamente Sanfilippo si chiede se il ritenere l'acquisto senza causa (elemento che è considerato dall'autore fondamento dell'obbligazione) possa coincidere con l'ingiusto arricchimento. Il principio dell'arricchimento viene legato al concetto di mancanza di causa tanto che spesso vengono citati insieme come se fossero l'uno la conseguenza dell'altro²⁷³. Quindi, per evitare vaghi richiami all'equità, al diritto naturale e al *ius gentium*²⁷⁴, secondo Sanfilippo è necessaria un'analisi approfondita del problema. Molti autori considerano la lotta contro l'arricchimento ingiustificato la principale funzione della *condictio*, ma esistono diverse *condiciones* che presentano diverse finalità: sarebbe riduttivo indicare come base solamente il contrasto all'arricchimento *sine causa*. La *condictio*, infatti, è un'*actio* che, per la sua struttura, si presta a diversi usi, tutti uniti dalla richiesta di un *certum*, indipendentemente dalla sua fondazione. La visione generale della *condictio* come mezzo di repressione dell'arricchimento ingiustificato ha ricevuto critiche, in particolare da parte di Mayr, che evidenzia che non può essere attribuita tale funzione alla *condictio* quando l'obbligazione sorge da un contratto (come nel caso del mutuo)²⁷⁵.

Non solo Mayr contesta il principio dell'arricchimento ingiustificato come fondamento della *condictio*: esiste una critica con un forte approccio critico. Per esempio, il Perozzi, partendo dall'analisi del sistema classico della *condictio indebiti* e delle altre *condiciones sine causa* e delle relative obbligazioni reali considerate come obbligazioni contrattuali, spiega come tutta una serie di testi della giurisprudenza antica siano stati interpretati sistematicamente in modo da sostituire l'obbligo di restituire l'arricchimento ottenuto ingiustamente a spese di un'altra persona con l'obbligazione contrattuale classica²⁷⁶. Ad ogni modo, questa interpretazione generalizzata, che considera l'ingiusto

²⁷² Pomp. 21 *ad Sab.* D. 12.6.14: *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem.*

²⁷³ C. SANFILIPPO, *Il fondamento*, cit., 56.

²⁷⁴ Celso risolve mediante il diritto della il caso in cui è stato promesso con stipulazione per errore denaro non dovuto (Cels. 6 *dig* D. 12.6.47: *Indebitam pecuniam per errorem promisisti: eam qui pro te fideiusserat solvit. ego existimo, si nomine tuo solverit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore: nec exspectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur: sin autem fideiussor suo nomine solverit quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit: quo minus autem consequi poterit ab eo cui solvit, a te mandati iudicio consecuturum, si modo per ignorantiam petentem exceptione non summovertit).*

²⁷⁵ C. SANFILIPPO, *Il fondamento*, cit., 57.

²⁷⁶ G. ASTUTI, voce *Arricchimento*, cit., 56.

arricchimento come causa tipica di obblighi extracontrattuali, sebbene possa trovare un riscontro nel diritto giustiniano in certa misura, risulta del tutto sconosciuta nel diritto classico.

Anche senza adottare questa posizione estrema di critica radicale, è evidente che le fonti non presentano il principio dell'arricchimento come base delle *condictiones*. Il testo che viene frequentemente citato in sostegno della tesi dell'arricchimento (Pomp. 21 *ad Sab.* D. 12.6.14: *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*), interpretato in relazione al passo precedente (Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.6.13.1: *Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit*), non costituisce un'affermazione generale di principio e, come già notato da Erxleben, non dimostra che la richiesta di restituzione dell'indebito sia basata sull'arricchimento. Tuttavia, questa interpretazione radicale non trova conferma nelle fonti originali e le evidenze a favore di tale tesi sono frutto di alterazioni e interpolazioni di testi giuridici.

Esiste anche una critica più recente che dimostra come molti frammenti a supporto della tesi dell'arricchimento ingiustificato siano stati aggiunti artificialmente²⁷⁷. Sanfilippo divide questi passi in tre categorie distinte: quelli in cui la menzione della *condictio* è genuina, ma il riferimento alla locupletazione è interpolato; quelli in cui è autentica la menzione dell'arricchimento, ma non il riferimento alla *condictio* manca o è inserito successivamente; quelli in cui il riferimento alla *condictio* e all'arricchimento mancano o appaiono entrambi interpolati.

All'interno del primo gruppo Sanfilippo fa riferimento al passo in cui Ulpiano²⁷⁸ afferma che nei casi in cui le donazioni non sono consentite il donatore può revocare la donazione; se il bene è ancora presente questo deve essere restituito, invece, se è stato utilizzato o consumato può essere effettuata la rivendica, ma nel limite del vantaggio tratto dal bene (dunque, secondo l'autore proprio quest'ultimo passaggio sarebbe stato oggetto di interpolazione e non risulterebbe genuino). Sempre in questo primo raggruppamento si trova il frammento di Africano²⁷⁹ che tratta le implicazioni legali

²⁷⁷ G. ASTUTI, voce *Arricchimento*, cit., 57.

²⁷⁸ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.5.18: *In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est.*

²⁷⁹ Afr. 8 *quaest.* D. 19.1.30.1: *Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim*

legate alla vendita di un oggetto da parte di una persona che ne ignora la vera proprietà; vengono discusse in particolare le responsabilità e gli obblighi del commerciante che, consapevole che il bene oggetto di vendita appartenesse a un terzo, decide comunque di vendere la *res* all'acquirente ignaro della situazione.

Il secondo gruppo, in cui si discute della genuinità del riferimento alla *condictio* presente nei testi, contiene altri passi. È presente un frammento di Africano²⁸⁰ riguardante le conseguenze della vendita di uno schiavo lasciato in eredità a qualcuno come se fosse stato ereditato dal venditore. Il giurista si interroga circa la possibilità per l'acquirente di agire mediante *condictio* al fine di richiedere il prezzo dello schiavo dopo la sua morte al presunto venditore dal momento che quest'ultimo si è arricchito sulla base di una cosa altrui. Sempre di Africano c'è un altro passo²⁸¹ che disquisisce di un contesto particolare. Il giurista, infatti, parla del caso in cui uno schiavo venduto ruba un oggetto al venditore stesso e il compratore dello schiavo vende il bene oggetto di furto. Dunque, colui che ha subito la perdita può sfruttare l'*actio negotiorum gestorum*: ha il diritto di richiedere il prezzo dell'oggetto che è stato venduto dopo essere stato rubato. Tuttavia, se colui che ha subito la perdita avesse pagato dei legati con i suoi beni personali, credendo erroneamente che fossero parte della sua eredità, l'azione dovrebbe essere data all'acquirente contro di lui.

Al terzo gruppo dove mancano o sono stati interpolati sia la menzione della *condictio* sia il riferimento dell'arricchimento fanno parte tre diversi passi di Ulpiano. Il primo²⁸² concerne le disposizioni riguardanti il pagamento degli alimenti in assenza dell'autorizzazione del pretore: in questi casi il denaro dato viene considerato come parte

alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit

²⁸⁰Afr. 2 quaest. D. 12.1.23: *Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.*

²⁸¹Afr. 8 quaest. D. 3.5.48: *Si rem, quam servus venditus subripisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer.*

²⁸²Ulp. 5 de omn. trib. D. 2.15.8.22: *Si quis de alimentis transegerit sine praetoris auctoritate, id quod datum est in praeterita alimenta cedet. nec interest tantum in quantitate sit debita, quantum datum est, an minus, an plus: nam et si minus sit, adhuc tamen id quod in solutum datum est in praeterita alimenta imputabitur. sane si is, qui de alimentis transegit, locupletior factus sit ea solutione: in quod factus sit locupletior aequissimum erit in eum dari repetitionem: nec enim debet ex alieno damno esse locuples.*

degli alimenti futuri. Nel secondo frammento²⁸³ Ulpiano afferma che, se il sostegno economico per gli alimenti è concesso tramite testamento, è possibile chiedere indietro quanto dato perché la transazione è invalidata da un senatoconsulto. In conclusione, l'ultimo passo²⁸⁴ fa riferimento alla situazione in cui la moglie versi annualmente una somma di denaro al marito; ella può attivare la *condictio* per ottenere quanto versato e ha il diritto di richiedere un rimborso aggiuntivo in base all'arricchimento dell'uomo perché non è usuale che la moglie fornisca sostegno finanziario annuale al marito o viceversa.

Davanti a questi testi, che sono stati citati in modo errato per sostenere la tesi dell'arricchimento, si trovano altre prove coerenti che indicano in modo chiaro che la causa dell'obbligazione reale tutelata dalla *condictio* è il trasferimento di proprietà senza considerare l'eventuale arricchimento. Questo traspare quando Giuliano²⁸⁵ dichiara la possibilità di agire mediante la *condictio* nel caso in cui erroneamente si sia acquistato un proprio schiavo a prescindere dal fatto che il venditore fosse o meno a conoscenza della situazione, senza far alcun riferimento all'arricchimento.

Un altro frammento in cui è evidente questo è un passo in cui Giavoleno²⁸⁶ menziona il caso in cui una donna, intenzionata a sposarsi, volendo dare qualcosa al suo promesso, decida di effettuare una remissione formale di una somma di denaro che questo le doveva; tuttavia, le nozze non hanno seguito e si stabilisce che ella abbia il diritto di esperire la *condictio* per ottenere nuovamente il suo denaro.

²⁸³ Ulp. 43 *ad Sab.* D. 12.6.23.2: *Item si ob transactionem alimentorum testamento relictorum datum sit, apparet posse repeti quod datum est, quia transactio senatus consulto infirmatur.*

²⁸⁴ Ulp. 36 *ad Sab.* D. 24.1.33.1: *Si uxor marito annuum versa vice praestiterit, restituetur ei hoc et poterit vindicare id quod exstat: credo poterit et condicere, in quantum locupletior factus est, quia non tam sollemne est annuum, quod maritus uxori pendit et quod uxor marito praestat, immo incongruens est et contra sexus naturam.*

²⁸⁵ Cels. 3 *ad Urs. Fer.* D. 12.6.37: *Servum meum insciens a te emi pecuniamque tibi solvi: eam me a te repetiturum et eo nomine conditionem mihi esse omnimodo puto, sive scisses meum esse sive ignorasses.*

²⁸⁶ Iav. 1 *ex Plaut.* D. 12.4.10: *Si mulier ei cui nuptura erat cum dotem dare vellet, pecuniam quae sibi debebatur acceptam fecit neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur, quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem pervenerit.*

6. Evoluzione storica dell'istituto: sulla scia degli affari commerciali

È importante notare che il concetto di protezione legale contro gli atti di trasferimento etichettati come ingiustificati segue pedissequamente l'evoluzione degli scambi economici tra individui privati, in particolare l'aumento delle attività commerciali: proprio questo è il terreno fertile per l'applicazione della *condictio*.

Quindi, la possibilità di prevedere la restituzione di trasferimenti patrimoniali quando il risultato economico generato da questi non è soddisfacente dal punto di vista giuridico, viene contemplata proprio come risposta legale a nuove esigenze che si profilano in corrispondenza allo sviluppo del campo contrattuale e dei rapporti economici in generale²⁸⁷. La prassi, sempre più orientata verso relazioni economiche moderne, che esulano dai tradizionali schemi formali, porta i giuristi a considerare più attentamente situazioni in cui si verificano trasferimenti di proprietà senza una chiara giustificazione, risultando, quindi, ingiustificati in ordine ai parametri di giustizia del sistema legale romano²⁸⁸.

Un esempio concreto riguarda le donazioni, come illustrato da Gaio²⁸⁹. Nel passo il giurista afferma che ciò che viene trattenuto da una donazione non concessa si intende trattenuto o senza causa o per causa ingiusta: da questo nasce la *condictio*. Dunque, anche se la causa della donazione è riconosciuta come motivo valido sia per i trasferimenti di proprietà che per gli impegni contrattuali, Gaio evidenzia che, indipendentemente dal momento in cui viene effettuata la donazione, se manca l'intenzione effettiva di compiere un atto di generosità, ciò costituisce un atto *sine causa* che può essere soggetto alla *condictio* per richiedere la restituzione della proprietà o dei benefici trasferiti.

Dunque, in maniera spontanea, lo sviluppo dei rapporti interpersonali e commerciali crea quello spazio in cui si posiziona lo strumento della *condictio*: il diritto interpreta la quotidianità umana, quindi, anche in questo caso, con l'aumento dei contratti sono state attenzionate nuove situazioni e sono emerse nuove esigenze per le quali è nata il nuovo campo di tutela.

²⁸⁷ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 423.

²⁸⁸ B. CORTESE, '*Quod sine iusta causa*', cit., 86.

²⁸⁹ Gai. 11 *ad ed. prov.* D. 24.1.6: *Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur: ex quibus causis condictio nasci solet.*

Per comprendere come diritto e storia procedano assieme basti pensare alla nascita della *condictio*: è proprio lo sviluppo delle attività economiche che promuove la genesi di questo istituto. Lo sviluppo delle attività economiche non legate all'agricoltura (quelle che conducono poi alla creazione del processo formulario) comporta un aumento delle operazioni creditizie e finanziarie che, a loro volta, determinano la creazione di nuovi crediti monetari²⁹⁰. Questo invoglia i legislatori a sostenere tali attività, tuttavia si verifica un problema nella riscossione di questi crediti. Infatti, se per quelli che spettano ai cittadini romani per la riscossione la procedura legale già esistente sembra funzionale, la *lex Silia* istituisce un nuovo metodo per recuperare i debiti di denaro: la *legis actio per condictioem*; poi, come già detto, la *lex Calpurnia* ne estende l'applicabilità ai crediti *omnis certa re*. La *legis actio per condictioem* è la risposta alla nuova esigenza e ha offerto ai creditori un metodo di tutela più efficace e, sotto alcuni aspetti, più semplice rispetto alle altre *legis actionem in personam*. Infatti, supera la necessità del sacramento e semplifica il processo per l'attore dal momento che non è necessario che specifichi la causa su cui si fonda il credito.

7. Il campo di applicazione della *condictio*: il significato dell'espressione *re obligari*

Nel contesto del diritto romano l'obbligazione di restituire un guadagno non giustificato da una motivazione riconosciuta come valida dall'ordinamento deriva dall'idea che una responsabilità possa essere collegata a una *res*. Questo concetto viene elaborato già in epoca antica dai giuristi che delineano l'ambito di azione della *legis actio per condictioem*. Dunque, un'obbligazione può formarsi *re*²⁹¹.

Come è noto, la *legis actio per condictioem*, l'ultima *legis actio* formulata, viene introdotta con una *lex Silia* ed estesa da una *lex Calpurnia* a tutti i crediti di cose determinata²⁹². La datazione di entrambe le leggi risulta difficoltosa, ma si ritiene che la categoria del *re obligari* possa aver un riferimento cronologico saldo. Infatti, la medesima viene usata nei libri *iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola *pontifex* che visse tra il 140 e

²⁹⁰ G. PUGLIESE - F. SITZIA - L. VACCA, *Istituzioni*, cit., 270.

²⁹¹ C.A. CANNATA, '*Cum alterius detrimento*', cit., 14.

²⁹² Gai 4.19: *Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re.*

l'82 a.C.²⁹³. Attraverso la *lex Silia* i giuristi concepiscono la *condictio* con una struttura astratta per poterla applicare seguendo schemi che già presenti perché la loro primaria intenzione è di garantire un'azione legale a chi abbia realizzato un mutuo informale: dunque, l'elaborazione del concetto giuridico del *re obligari* deve aver avuto inizio sin dall'inizio di questo processo.

Nelle fonti di epoca classica l'espressione *re obligari*, con le altre due *verbis* e *litteris obligari*, è utilizzata per indicare il campo d'azione della *condictio*. Non sempre l'espressione usata è questa, la formulazione varia ed in alcuni casi suona così: '*re, verbis, litteris contrahere obligationem*', ma ciò che sta a significare resta il medesimo concetto sia che i tre ablativi *re, verbis, litteris* siano complementi di causa efficiente del verbo *obligari*, sia che siano ablativi di mezzo. La leggera differenza di sfumatura di significato è pressoché impercettibile perché entrambi i due complementi espressi con l'ablativo si concentrano sulla modalità dell'azione. Tuttavia, in questa sede, giova ragionare sul significato che i romani attribuivano a tale espressione. La locuzione *verbis obligari* fa riferimento alla *stipulatio*: secondo la definizione di Gaio²⁹⁴ si tratta di quella obbligazione che si forma attraverso una formula verbale espressa in un'interrogazione e in una risposta congrua²⁹⁵. Sicuramente questo tipo di obbligazione incarna la concezione gaiana di contratto (inteso quindi come accordo) tanto che anche Ulpiano²⁹⁶ lo evidenzia, ma per tutto il diritto romano permane il valore forte dei *verba*: il sorgere e il contenuto di ciascuna obbligazione sono indissolubilmente legati alla formulazione verbale effettuata dalle parti coinvolte²⁹⁷. L'espressione *litteris obligari* denota un'obbligazione che viene contratta mediante specifiche formalità di scrittura che rappresentano un

²⁹³ C.A. CANNATA, '*Cum alterius detrimento*', cit., 14.

²⁹⁴ Gai 3.92: *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, ut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIUBES? FIDEIUBEO, FACIES? FACIAM.*

²⁹⁵ G. PUGLIESE - F. SITZIA - L. VACCA, *Istituzioni*, cit., 548.

²⁹⁶ Ulpiano afferma che la convenzione è il fondamento di qualsiasi contratto o obbligazione e stabilisce la convenzione è definita come un accordo tra le parti coinvolte in un affare che convergono in un unico pensiero; proprio alla fine del frammento il giurista sottolinea che la stipulazione, definita come contratto effettuato attraverso la pronuncia di determinate parole, richiede il consenso dei soggetti, altrimenti risulta nulla (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.3: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est).*

²⁹⁷ G. PUGLIESE - F. SITZIA - L. VACCA, *Istituzioni*, cit., 549.

consenso implicito. Come accade per la *stipulatio*, anche in questo caso non è necessario specificare esplicitamente la natura del rapporto sottostante l'obbligo, ossia non è necessario indicare la causa²⁹⁸. Gaio²⁹⁹ identifica la *litteris obligari* nel *nomen transcripticium*, operazione per cui con cui il *pater familias* trascrive una somma di denaro nel registro delle entrate e delle uscite (*codex accepti et expensi*).

‘Fil rouge’ che accomuna queste due espressioni è che il soggetto è obbligato dall'accordo per le parole che sono state pronunciate o scritte. Questo non perché le parole, siano esse espresse in forma orale o scritta, abbiano intrinsecamente un potere vincolante, quanto piuttosto poiché rappresentano l'attuazione della forma del contratto; quindi, l'obbligazione sorge solo quando tale viene attuata³⁰⁰. Come precisa Pedio, nel testo di Ulpiano che è stato menzionato poco sopra, con riferimento alla *stipulatio*, se avviene per parole, ma senza il consenso è nulla³⁰¹.

Ora non resta che domandarsi il significato dell'espressione *re obligari*, con speciale riferimento all'individuazione del corretto significato dell'ablativo *re*: l'obbligo deriva ‘dalla cosa’ o ‘da una cosa’. Spesso il concetto di *res* è stato accostato alla *datio*, la consegna della cosa che deve essere restituita. Questo collegamento tra obbligo di restituire e dazione risulta quasi naturale dal momento che non si può restituire qualcosa se non è stato precedentemente consegnato a chi è tenuto poi a ritrasferirlo; si può scorgere questo legame anche dal lessico latino: il verbo restituire *reddere* deriva da *re-dare*, ossia dare indietro. Dunque, a differenza delle altre due obbligazioni, in questo caso è legata a un oggetto e non a parole che svaniscono. Questo, però, appare un ragionamento semplicistico: *re obligari* nelle fonti sembra significare un'obbligazione che risulta dalla *datio* di una cosa perché la situazione che realizza dipende da una *datio*; ma il debitore non è obbligato dalla *datio*, ma dalla situazione che la *datio* stessa ha prodotto, ossia la

²⁹⁸ G. PUGLIESE - F. SITZIA - L. VACCA, *Istituzioni*, cit., 553.

²⁹⁹ Gai 3.128-130: *Litteris obligatio fit veluti nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam. 129. A re in personam transcriptio fit, veluti si id quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. 130. A persona in personam transcriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi.*

³⁰⁰ C.A. CANNATA, ‘*Cum alterius detrimento*’, cit., 15.

³⁰¹ Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.1.3: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

presenza nel patrimonio di chi la riceve di una cosa che non si giustifica attraverso i principi di diritto³⁰². Quindi, ciò che crea l'obbligo è la presenza della cosa in sé stessa. Appare in modo evidente il fatto che l'obbligazione di restituzione dipende dalla presenza della cosa stessa in un passo di Ulpiano³⁰³. Nel testo si parla della situazione in cui viene annullata una compravendita dopo che è stata versata una caparra da parte dell'acquirente, il giurista asserisce che sia possibile utilizzare l'*actio empti* che permette di annullare l'acquisto e riottenere la caparra. Ci si interroga sull'ipotesi in cui l'oggetto della caparra è un anello e non una somma di denaro; risulta quindi esperibile la *condictio* in quanto il bene è stato dato per una specifica ragione e quella motivazione ora è terminata: l'anello risulta nelle mani del venditore senza una giusta causa.

Anche un frammento di Africano³⁰⁴ risulta importante in ordine a questa questione. Tratta la situazione di una donna che ha ricevuto come dote una proprietà fondiaria e, dopo il divorzio, stipula un accordo con il marito. L'accordo prevede ella riceva dieci denari come parte della dote e che la proprietà fondiaria le fosse restituita. Tuttavia, dopo aver incassato il denaro, muore in concomitanza del matrimonio prima di poter ricevere il fondo. Secondo il giurista, essendo l'accordo basato sulla buona fede e sulla reciproca volontà delle parti coinvolte, è possibile proporre una *condictio* per la sua restituzione del fondo.

In entrambi i testi, dunque, si evince che l'obbligazione di restituire sorge dal fatto che la cosa (nel primo caso l'anello, nel secondo caso il fondo) è trattenuta presso il patrimonio altrui.

Dunque, il *re obligari* realizza un'obbligazione di restituire; quest'impegno deriva dal fatto che l'oggetto in questione appartiene al debitore e deve essere restituito³⁰⁵. È

³⁰² C.A. CANNATA, 'Cum alterius detrimento', cit., 15.

³⁰³ Ulp. 32 ad ed. D. 19.1.11.6: *Is qui vina emit arrae nomine certam summam dedit: postea convenerat, ut emptio irrita fieret. Iulianus ex empto agi posse ait, ut arra restituatur, utilemque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam, inquit, emptionem. ego illud quaero: si anulus datus sit arrae nomine et secuta emptione pretioque numerato et tradita re anulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an vero ex empto agendum sit. et Iulianus diceret ex empto agi posse: certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est anulus.*

³⁰⁴ Afr. 8 quaest. D. 23.3.50: *Quae fundum in dote habebat, divortio facto cum in matrimonium rediret, pacta est cum viro, uti decem in dotem acciperet et fundum sibi restitueret, ac datis decem, priusquam fundus ei restitueretur, in matrimonio decessit. illud ex bona fide est et negotio contracto convenit, ut fundus, quasi sine causa penes maritum esse coeperit, condicatur.*

³⁰⁵ L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 14.

utile menzionare nuovamente³⁰⁶ quanto scrive Gaio³⁰⁷ sul mutuo proprio nella sezione delle obbligazioni che si formano *re*. Gaio come esempio di obbligazione che si contrae mediante *re* utilizza quella del mutuo: il mutuo rappresenta storicamente un punto fermo della materia. La *datio a mutuo* riguarda propriamente quelle cose che ‘*pondere, numero, mensura constant*’, dunque, quelle *res* che possono essere misurate per peso, numero o misura. Le stesse diventano di proprietà di chi le riceve ed egli si impegna a restituirne altre, ma della stessa natura. Quindi, è evidente che il bene prestato è presente nel patrimonio del mutuatario perché il mutuante glielo ha consegnato con un accordo che ne giustifica il trasferimento di proprietà e prevede anche che venga restituito. L’accordo è idoneo non solo a giustificare il trasferimento della proprietà, ma anche a prevedere la restituzione della *res*.

La prospettiva di Gaio aiuta a comprendere il concetto di *re obligari*: l’obbligazione non si forma attraverso la *datio*, ma dalla situazione che la *datio* produce. Affermare che l’obbligazione si fonda sulla consegna dei beni mutuati sarebbe un errore perché l’obbligo nasce per chi riceve i beni (*accipiens*) e non per colui che li consegna³⁰⁸. A rendere ancora più chiaro il significato dell’espressione *re obligari* è l’affermazione finale di Gaio: il giurista sostiene che viene chiamato *mutuum* perché ‘*ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*’, quindi l’obbligazione è scatenata dal fatto che il mutuatario diventa proprietario delle cose mutate.

È importante aver chiaro l’intero contesto che si tratta: bisogna analizzare due piani d’applicazione per comprendere la portata del meccanismo. Infatti, da una parte esso agisce sul piano dei diritti reali: consente il trasferimento definitivo delle cose mediante *traditio* dal momento che fornisce la *causa traditionis*. La vicenda reale si conclude nel momento in cui viene trasferita la proprietà delle *res* mutate al mutuatario, che ne può disporre come meglio crede (alienandole, distruggendole o consumandole). Dall’altra parte, invece, sul piano delle obbligazioni, qualifica le cose come *res alienae* soggette alla restituzione del mutuante. Dunque, conferisce al mutuatario il diritto di

³⁰⁶ Cfr. sopra, cap. II, § 5.

³⁰⁷ Gai 3.90: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione. Mutui autem datio proprie in his rebus contingit quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*

³⁰⁸ C.A. CANNATA, ‘*Cum alterius detrimento*’, cit., 15.

proprietà sulle cose, ma impone anche l'obbligo di restituire al mutuante. «Lo stesso accordo ha rilevanza sul piano delle obbligazioni, ma non nel senso di fondare l'obbligazione di restituire: esso vi riveste unicamente la funzione di qualificare le cose ricevute in proprietà del mutuatario come di *res alienae* cioè di cose che, in quanto divenute del mutuatario, vanno da lui restituite a chi gliele ha date; in altre parole, di cose per la restituzione delle quali il mutuante ha un'*actio in personam* ossia la *condictio*»³⁰⁹.

Il concetto di *re obligari* è legato storicamente all'espressione *aes alienum*, comunemente usata in latino sin da tempi antichi per indicare un debito³¹⁰. Quest'espressione identifica una somma di denaro che appartiene a B, ma che è considerata altrui perché era dovuta ad A, nonostante fosse di proprietà di B. Di conseguenza, A non può rivendicare direttamente il denaro, ma deve, invece, esperire un'azione legale *in personam*.

Per concludere il ragionamento è bene analizzare la fattispecie più simile al mutuo: la *solutio indebiti*. Lo stesso Gaio³¹¹, come ricordato nel Digesto³¹², conferma la somiglianza tra il *mutuum* e il pagamento dell'indebito, istituito o come prima forma di arricchimento ingiustificato, interpretando la legge *Silia*.

Ciò che accomuna queste due fattispecie è che il ricevente diventa proprietario delle cose mediante un atto di attribuzione fornito di causa; i due istituti, però, si differenziano perché nel caso della *solutio indebiti* è possibile l'adempimento di qualsiasi obbligazione di dare, contemplando, quindi, più oggetti rispetto al mutuo che fa riferimento alle sole cose fungibili³¹³. Dunque, il pagamento dell'indebito può avvenire

³⁰⁹ L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 14.

³¹⁰ C.A. CANNATA, '*Cum alterius detrimento*', cit., 16.

³¹¹ Gai 3.91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condicione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

³¹² Gai. 3 aur. D. 44.7.5.3: *Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur.*

³¹³ Gaio stabilisce che le cose oggetto dell'obbligazione del mutuo sono quelle suscettibili di misurazione e fa alcuni esempi, citando il denaro contante, il vino, l'olio, il frumento, il rame, l'argento e l'oro- (Gai 3.90: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*).

trasferendo la proprietà delle cose non solo mediante *traditio*, ma anche attraverso la *mancipatio* in caso di *res Mancipi* e l'*in iure cessio* (anche se, come riporta Gaio³¹⁴, i romani raramente usano l'*in iure cessio*, prediligendo la più agevole *mancipatio* per le *res Mancipi* e per quelle *non Mancipi* la *traditio*).

Tuttavia, sia nel mutuo che nel pagamento non dovuto, nel più di casi si effettua il trasferimento di denaro contante: le due fattispecie, dunque, si realizzano nel momento in cui avviene il trasferimento di proprietà mediante *traditio*. Questo metodo di trasferimento della proprietà richiede una *causa* che legittimi il trasferimento stesso e lo renda efficace: si tratta di un negozio causale e, quindi, nel caso in cui manchi la causa, esso non ha effetto. Per quanto concerne il mutuo è stato, poco sopra, chiarito che l'accordo delle parti, che include la *causa credendi*, contenga già la premessa necessaria affinché il mutuatario diventi obbligato a restituire.

Tuttavia, la situazione che si presenta con la *solutio indebiti* è diversa. Infatti, in questo caso l'accordo del pagamento spesso include anche l'indicazione precisa del debito che si estingue tramite il pagamento, ma questa non è essenziale tanto che la giurisprudenza³¹⁵ ha elaborato dei criteri per stabilirla quando le parti non siano chiare in

³¹⁴ Gaio, dopo aver spiegato il meccanico processo della *in iure cessio*, afferma che in genere i romani si affidano alle *mancipationes* (Gai 2.25: *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur: quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non interest nec necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere*).

³¹⁵ A riguardo di queste regole progettate per garantire che i pagamenti siano gestiti in modo giusto ed equo Ulpiano afferma che è il debitore a dover specificare quale debito intende estinguere mediante il suo pagamento, se ciò non avviene allora è il creditore che ha il diritto di decidere. Egli deve agire come se stesse gestendo le proprie finanze, dunque, deve essere equo e scegliere un debito non contestato o un debito garantito da fideiussore (affinché questo venga liberato) o un debito che non è ancora scaduto. (Ulp. 43 *ad Sab. D. 46.3.1: Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum: possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus. Quotiens vero non dicimus, in quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus quoque debito se exoneraturus esset, si deberet, id est in id debitum, quod non est in controversia, aut in illud, quod pro alio quis fideiusserat, aut cuius dies nondum venerat: aequissimum enim visum est creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret. Permittitur ergo creditor constituere, in quod velit solutum, dummodo sic constituamus, ut in re sua constitueret, sed constituere in re praesenti, hoc est statim atque solutum est*); nel frammento successivo Florentino esprime un altro criterio di equità utile in queste circostanze: le parti devono concordare su quale debito viene estinto; di conseguenza è lasciata la libertà a entrambe di rifiutare il pagamento o di non dare il denaro se il pagamento non è destinato alla causa prevista: nessuna parte è obbligata a procedere con la transazione (Flor. 8 *inst. D. 46.3.2: Dum in re agenda hoc fiat, ut vel creditor liberum sit non accipere vel debitori non dare, si alio nomine exsolutum quis eorum velit*); Pomponio definisce un'ulteriore regola gerarchica per stabilire come attribuire i pagamenti in caso di ambiguità, indicando quali debiti debbano essere preferibilmente estinti prima: anzitutto vengono considerati i debiti che il debitore ha contratto a suo nome affinché questi affronti le sue responsabilità dirette e solo in un secondo momento vengono estinti i debiti con fideiussione; il debito con penale deve essere preferito a quello sfornito di penale; anche nel caso di debito con cauzione questo deve essere estinto prima rispetto a quelli senza cauzione dal momento che essa rappresenta una sicurezza per il creditore e tali crediti sono

merito. Ciò che è fondamentale, quindi, è che le parti siano d'accordo sul fatto che il denaro serva per estinguere un debito (senza specificare il debito stesso)³¹⁶.

Quindi, l'accordo solutorio fornisce la causa alla *traditio* che esplica il suo effetto reale, senza considerare se l'obbligazione da estinguere esiste o meno. Nel caso in cui l'obbligazione non esiste se il pagante ne era a conoscenza, la *traditio* viene interpretata come una donazione; se, invece, il *solvens*, caduto in errore, crede che il debito esista, il *accipiens* diventa proprietario dei soldi ed è obbligato restituirli; il pagante può avvalersi della *condictio* per ottenere la restituzione del denaro.

Si parla di *indebiti solutio* quando qualcuno, pensando erroneamente di essere debitore verso una determinata persona, trasferisce a quest'ultima una somma di denaro o un altro bene³¹⁷. Il presunto creditore riceve tale bene in buona fede, cioè senza sapere che in realtà il debito non esiste (altrimenti si tratterebbe di furto). Nonostante l'inesistenza del debito, avviene il trasferimento della proprietà del bene al presunto creditore, ma quest'ultimo è obbligato a restituirlo. La base di questa obbligazione è quindi l'errore sia di chi trasferisce il bene sia di chi lo riceve: da un lato se il *solvens* fosse consapevole che non esiste alcuna obbligazione di dare, l'operazione si configurerebbe come una donazione volontaria; dall'altro se l'*accipiens* sapesse dell'inesistenza del debito e si fosse approfittato dell'errore del presunto debitore, commetterebbe furto e non potrebbe diventare proprietario del denaro (dunque, in questo caso il *solvens* può esperire l'*actio furti* e dispone per la restituzione della somma della *condictio ex causa furtiva*).

In conclusione, nel caso del mutuo, «l'accordo causale, nel quale la *traditio* stessa si fonda, fornisce la ragione della qualifica di *aes alienae* del denaro mutuato e, quindi, il mutuatario è obbligato re alla restituzione»³¹⁸; al contrario, nel caso della *solutio indebiti*, non esiste una base simile per l'obbligo di *restituere*. Infatti, la *traditio* trasferisce definitivamente la proprietà dei soldi al ricevente (che quindi non possono essere

ritenuti più urgenti (Pomp. 13 *ad Quint. Muc. D.* 46.3.4: *Et magis quod meo nomine, quam quod pro alio fideiussorio nomine debeo: et potius quod cum poena, quam quod sine poena debetur: et potius quod satisdato, quam quod sine satisfactione debeo*).

³¹⁶ C.A. CANNATA, '*Cum alterius detrimento*', cit., 18.

³¹⁷ G. PUGLIESE - F. SITZIA - L. VACCA, *Istituzioni*, cit., 594.

³¹⁸ C.A. CANNATA, '*Cum alterius detrimento*', cit., 19.

considerati *aes alienae* ai fini di un dovere dell'*accipiens*) e una ragione che giustifichi l'obbligo di restituzione non può essere desunta dalla volontà delle parti³¹⁹.

8. In rem versio: *l'arricchimento ingiustificato dal punto di vista economico*

Giova, a questo punto della trattazione, specificare una questione per comprendere appieno la materia di cui si parla. Infatti, è stata sempre risaltata la funzione della *condictio* di tutela contro l'arricchimento che permette di ottenere la restituzione di quanto ingiustamente trattenuto. Tuttavia, non tutti i casi di arricchimento ingiustificato vengono risolti mediante *condictio* e l'ambito applicativo di questo istituto non è solo quello restitutorio. A testimonianza di questo si trovano nelle fonti testi che non fanno alcun riferimento alla *condictio* in caso di arricchimento ingiustificato. Un esempio è il testo³²⁰ in cui Cervidio Scevola risponde in ordine a una questione complessa. Il caso può riassumersi così: alla morte del *pater*, i tutori del pupillo ripartiscono l'attivo tra i creditori, ma il patrimonio si rivela insufficiente per il soddisfacimento di ognuno di loro; così, non riuscendo ad accontentare tutti, il giovane si astiene dall'eredità³²¹ per evitare di essere travolto dal passivo. Tuttavia, alcuni creditori hanno ricevuto più di quanto avrebbe dovuto essere loro corrisposto. Dunque, ci si chiede se i creditori debbano restituire quanto ricevuto o l'eccesso tra quanto ricevuto e quello che spettava loro. Il giurista, ispirandosi ai principi di *aequitas* e di buona fede nella protezione dei diritti e degli interessi del pupillo, stabilisce che il denaro in eccesso debba essere restituito.

³¹⁹ Infatti, alla fine del passo Pomponio afferma che la volontà negoziale delle parti o le loro dichiarazioni non ostacolano la formazione dell'obbligazione di restituire in capo a colui che ha ricevuto un debito non dovuto (Pomp. 11 *ad Sab. D.* 13.6.13.2: *Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem. nam et Celsus filius aiebat, si iussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: idem ergo et in commodato erit dicendum. nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur).*

³²⁰ Scaev. 5 *resp. D.* 12.6.61: *Tutores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno solverunt, sed postea non sufficientibus bonis pupillum abstinerunt: quaeritur, an quod amplius creditoribus per tutores pupilli solutum est vel totum quod acceperunt restituere debeant. respondi, si nihil dolo factum esset, tutori quidem vel pupillo non deberi, creditoribus autem aliis in id, quod amplius sui debiti solutum est, teneri.*

³²¹ Con riguardo al *ius abstinendi* Talamanca afferma infatti che l'effetto di questo istituto di *ius honorarium* è che il *suus* non è considerato erede, dunque, il pretore gli nega l'*hereditatis petitio* e le azioni ereditarie a suo favore e a suo carico (M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 685).

È importante notare che qui si trova ‘*tutori*’ al singolare, invece, al principio del frammento c’è ‘*tutores*’, facendo riferimento a più tutori. In realtà il dato numerico ha una rilevanza minore di quanto possa sembrare a prima vista, poiché l’uso del singolare è giustificato dal fatto che ci si riferisce alla figura del tutore in generale, così come alla figura del pupillo in generale³²². In ogni caso, dall’uso della forma ‘*non deberi*’ in riferimento al tutore e al pupillo è chiarito che questi due soggetti sono esclusi da qualsiasi azione. Dunque, non resta che capire nei confronti di chi i creditori arricchiti sono tenuti dal momento che Scevola chiarisce anche che creditori di tale somma non sono né i tutori, né il pupillo. I soggetti a cui si fa riferimento sono gli *alii creditores*: si vuole ristabilire l’equilibrio patrimoniale nei confronti di chi, immesso nel patrimonio del defunto, a causa dell’insufficienza, ha percepito meno degli altri.

Quando il giurista espone tale soluzione, nonostante il riferimento al “*debiti solutum est*” è da escludere ogni collegamento con la *condictio*³²³: è probabile che sia un’*actio in factum* elaborata sullo schema della *condictio*, di cui non si conosce la formula; tuttavia, la cosa che rileva è che rappresenta un esempio di mezzo di tutela processuale (diverso dalla *condictio*) per l’arricchimento ingiustificato³²⁴.

Ora è importante chiarire che, come afferma il Cannata³²⁵, «la nozione di arricchimento nella sua materialità è però considerata in dimensioni più vaste, e, quindi, adatta ad agevolare soluzioni opportune ed eque in settori specifici, come quello della responsabilità dell’erede di un soggetto *ex delicto*, ovvero, soprattutto in una serie di situazioni casisticamente determinate». Ciò che distingue i due ambiti è il fatto che l’arricchimento è oggetto di *condictio* quando deriva da un pagamento non dovuto o da attribuzioni patrimoniali senza causa frutto di un negozio intervenuto tra le parti. Dunque, risulta essenziale questo requisito di un *negotium* tra i soggetti per agire mediante *condictio*. La *ratio* sottesa a questa scelta è l’idea di limitare il campo di applicazione del principio, evitando che la richiesta di restituzione sfuggisse al controllo del sistema. Tuttavia, il confine dato da questo limite, seppur tracciato rigidamente per impedire di

³²² I. FARGNOLI, ‘*Alius solvit alius repetit*’. *Studi in tema di ‘indebitum condicere*’, Milano, 2001, 162.

³²³ I. FARGNOLI, *Cervidio Scevola e il problema di una ‘repetito quasi indebiti solutio*’, in *Atti del Convegno ‘Processo civile e penale nell’esperienza giuridica del mondo antico’ in memoria di Armando Biscardi di Siena (Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001)*, Milano, 2001, 10.

³²⁴ B. CORTESE, ‘*Quod sine iusta causa*’, cit., 100.

³²⁵ C.A. CANNATA, ‘*Cum alterius detrimento*’, cit., 45.

allargare le maglie di applicazione della *condictio*, come si vedrà in seguito, permette delle deroghe casistiche.

Già è stato sottolineato³²⁶ il fatto che la *condictio* risulta esperibile solo se l'arricchimento provenga da un negozio tra arricchito e arricchente: Celso forza questo limite facendo leva sul senso del giusto e sull'*aequitas*. Di diversa opinione rispetto a Celso è Giuliano che, al contrario, sostiene la necessaria presenza di un accordo tra le parti. Il testo che di seguito viene analizzato rende chiara la prospettiva di Giuliano:

Iul. 39 dig. D. 12.6.33: *Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conductionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.*

Il giurista nega l'impiego della *condictio* nel caso in cui qualcuno edifichi presso un'area di proprietà di un altro proprio perché l'arricchimento non è basato su un rapporto contrattuale tra le parti. Aggiunge, in seguito, che non basta un semplice negozio, ma è necessario che l'arricchimento sia frutto di quello specifico negozio: infatti, anche se colui che ha costruito in una zona altrui successivamente consegnasse spontaneamente la proprietà, comunque non avrebbe diritto alla *condictio* dal momento che non avrebbe dato nulla al ricevente, ma il proprietario avrebbe semplicemente iniziato a possedere l'edificio per accessione. Quindi, si conclude che non vi è alcuna provenienza negoziale (*sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conductionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat*).

La soluzione non può essere data dalla *condictio*: a colui che ha edificato non resta che attendere la rivendica del proprietario per opporre l'*exceptio doli* al fine di ottenere il rimborso delle spese sostenute nella costruzione³²⁷. In questo modo, però, si sposta il

³²⁶ Cfr. sopra, cap. II, § 4.

³²⁷ C.A. CANNATA, 'Cum alterius detrimento', cit., 42.

problema dal piano dell'arricchimento ingiustificato (ricevere un beneficio senza giusta causa) a quello dell'abuso del diritto (uso scorretto di un diritto legale per ottenere un vantaggio ingiusto).

L'uso dell'*exceptio doli* è promosso anche in altri passi del Digesto. Ulpiano³²⁸, ad esempio, suggerisce l'impiego dell'eccezione di dolo contro il soggetto che ha ottenuto una promessa senza giusta causa e tenta di farla valere in tribunale. Anche se al momento della stipulazione non è stato commesso dolo, l'atto doloso si configura nell'insistenza di far valer la promessa.

Pomponio³²⁹ consiglia l'*exceptio doli* contro il pupillo che abbia delegato il debitore a pagare un proprio creditore³³⁰. Il testo parla di un pupillo che deve una somma di denaro al suo creditore e decide di delegare al pagamento un proprio debitore, ma la delegazione avviene senza l'*auctoritas* del tutore; al momento del pagamento effettuato dal debitore il ragazzo risulta svincolato dal creditore, ma il debitore non è liberato nei confronti del pupillo. Ecco che, nel caso in cui il giovane agisce contro il debitore, quest'ultimo può opporre l'eccezione di dolo.

Dunque, non è possibile far ricorso alla *condictio* in quanto l'arricchimento non deriva da un negozio tra le parti: l'unico legame tra pupillo e debitore è la delegazione, ma essa risulta nulla dal momento che non c'è il benessere del tutore del giovane.

Anche Gaio³³¹ afferma che il debitore che paga una somma di denaro per il pupillo resta obbligato perché il fanciullo non può estinguere alcuna obbligazione senza l'*auctoritas* del tutore (non gli è permesso disporre di alcun bene senza l'autorizzazione

³²⁸ Ulp. 76 ad ed. D. 44.4.2.3: *Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur; exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec creditit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem.*

³²⁹ Il primo caso che viene trattato nel testo di Pomponio riguarda un pupillo che agisce in mancanza del benessere del proprio tutore per la delegazione al pagamento di un proprio debitore. Il giovane viene liberato nei confronti del creditore, ma lo sventurato debitore resta obbligato al ragazzo; il giurista sottolinea che il debitore può difendersi con l'eccezione di dolo (Pomp. 6 ex Plaut. D. 43.3.66: *Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditor eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus: sed exceptionem se tueri potest.*)

³³⁰ A.S. GIUMELLI, 'Quia nec natura debet'. Una riflessione sulla 'solutio' del pupillo, in RIDA, LVII, 2010, 237.

³³¹ Gai 2.84: *Itaque si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur; quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est; sed tamen si ex ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoveri potest.*

del tutore); dunque, se il pupillo, che effettivamente si è arricchito, continua a richiedere il pagamento, esso può essere respinto mediante l'eccezione di dolo da parte debitore.

Per completare il ragionamento ed esaminare la materia dell'arricchimento in relazione alla *condictio* risulta utile analizzare la seconda parte del frammento poco sopra citato. Infatti, Pomponio espone un secondo caso che presenta una variante interessante.

Pomp. 6 *ex Plaut.* D. 46.3.66: ... *si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condictere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit: sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur.*

La questione riguarda sempre un pupillo che agisce sprovvisto dell'autorizzazione del suo tutore, tuttavia in questo secondo caso trattato il fanciullo delega il pagamento non a un proprio debitore, ma a un terzo (il quale, però, ritiene di essere debitore del giovane). Quest'ultimo, dopo il pagamento, è privo di tutela: non può azionare la *condictio indebiti* nei confronti del creditore del pupillo in quanto non c'è stato pagamento di indebitato in relazione dall'adempimento del presunto debitore delegato al reale creditore³³², né nei confronti del ragazzo perché il mandato su cui potrebbe basarsi l'azione è privo di fondamento: l'atto è stato eseguito senza l'autorizzazione del tutore e il giovane non può essere vincolato a obbligazioni senza l'approvazione del suo *tutor*.

Il testo esplicitamente afferma l'impossibilità di agire mediante *condictio* (*nec pupillo condictere potest*) per la mancanza di un negozio tra il pupillo arricchito e terzo. La soluzione che Pomponio prospetta a questo problema è l'uso di un'*actio utilis* per il *quantum locupletior factum est*, un'azione pretoria fondata sull'arricchimento del pupillo consistente nella sua liberazione da un debito che viene concessa al terzo perché a sue spese è avvenuto l'arricchimento, senza ricercare un negozio intervenuto tra le parti. Il concetto a cui fa riferimento il giurista è il *versio in rem* e, come afferma il Cannata³³³, «questa locuzione che letteralmente significa 'versamento nel patrimonio (di qualcuno)' esprime il concetto di arricchimento in termini puramente economici, addirittura esclusivamente contabili, e quando una soluzione è basata sulla *versio* essa dipende dalla prova dell'arricchimento, indipendente dal fatto che esso sia giusto o ingiusto, e soprattutto dal fatto che esso dipenda da un negozio intervenuto tra le parti». Dunque, l'*in*

³³² B. CORTESE, '*Quod sine iusta causa*', cit., 99.

³³³ C.A. CANNATA, '*Cum alterius detrimento*', cit., 44.

rem versio rappresenta un fenomeno economico con cui si identifica l'entrata di un valore economico (*versio*): l'approccio è prettamente economico, piuttosto che strettamente giuridico. Questo concetto dell'*in rem versio*, seppur trovi una configurazione, non è considerato un autonomo mezzo di tutela³³⁴.

Questo concetto si accosta alla casistica prevista per estendere al *pater familias* la responsabilità gravante sul soggetto in potestà e, infatti, attiene ai caratteri accentrati e patriarcali della famiglia romana³³⁵.

È necessario inquadrare il contesto in cui siamo: figura centrale è il padre, sotto la sua potestà ci sono schiavi e figli, considerati come una sua estensione tanto che egli possiede diritto di vita e di morte (*ius vitae et necis*) nei loro riguardi. Qualsiasi bene acquistato da un soggetto *alieni iuris* diventa automaticamente parte del patrimonio del *pater*. Chiaramente questo principio funziona in relazione al lato attivo, ma non rispetto a quello passivo: figli e schivi non possono assumere impegni vincolanti per il *pater* o il *dominus*. Per evitare che il *dominus* potesse facilmente sottrarsi ai suoi impegni perché non stipulati personalmente, viene istituito il *peculium*, ossia una somma di denaro con cui il soggetto *alieni iuris* può concludere un affare; il *pater*, quindi, è responsabile di tale affare entro i limiti del *peculio* stesso. Viene, quindi, elaborata un'*actio de in rem verso*, esperita direttamente contro il *pater* che ha tratto vantaggio dal negozio concluso dal suo pupillo o dallo schiavo, ma entro i limiti dell'effettivo arricchimento (*in id quod ad eum pervenit*). Ergono in modo chiaro le differenze tra i due istituti (*condictio* e *actio de in rem verso*): la *condictio* presuppone una *datio*, pretende un legame negoziale tra le parti e mira al recupero del bene, mentre l'*actio de in rem verso* presuppone un effettivo arricchimento ed è esperita solo nei limiti dello stesso³³⁶.

Quindi, essendo la rappresentanza ignota ai Romani, è stata creata tale azione dal pretore per far fronte delle pretese contro il *pater familias* per l'arricchimento conseguito attraverso il negozio di un suo *alieni iuris*³³⁷.

Il rilevamento di un aumento patrimoniale ingiustificato porta i giuristi a riflettere sulla possibilità di esercitare la pretesa restitutoria che, in certi casi, si concretizza in forme tipiche come nelle ipotesi delle *actiones adiecticiae qualitatis*. Si tratta di una serie

³³⁴ B. CORTESE, 'Quod sine iusta causa', cit., 110.

³³⁵ P. GALLO, *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, X, Milano, 2003, 6.

³³⁶ P. GALLO, *Arricchimento*, cit., 6.

³³⁷ B. KUPISCH, *Arricchimento*, cit., 436.

di azioni realizzate dal pretore che ritiene che sia equo e giusto riconoscere la responsabilità al *pater familias* per l'attività negoziale dei suoi sottoposti; è un insieme di azioni che svolge un ruolo importante nel diritto romano, equilibrando i diritti dei creditori e le responsabilità dei padroni, promuovendo fiducia e stabilità nelle relazioni commerciali. Da un lato, quindi, vengono tutelati i creditori che possono recuperare il proprio denaro mediante il patrimonio del padrone; dall'altro i *patres familias* sono incentivati a monitorare l'attività dei loro sottoposti perché corrono il rischio di essere responsabili per il loro operato; tutto questo agevola gli scambi commerciali, promuovendo equità nelle transazioni.

In questa categoria si trovano, oltre all'*actio de in rem verso*, l'*actio exercitoria*³³⁸, l'*actio institoria*³³⁹, l'*actio quod iussum*³⁴⁰, l'*actio tributoria*³⁴¹, l'*actio quod iussu*³⁴² e l'*actio de peculio*.

³³⁸ Il primo frammento del titolo del Digesto riguardante questa *actio* specifica l'importanza di un meccanismo di fiducia nei contratti marittimi data l'urgenza e la difficoltà di verifica rispetto ad altri contesti commerciali; viene, proprio per questo, concessa l'*actio exercitoria* a favore del creditore dell'*alieni iuris* incaricato del ruolo di *magister navis* (Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.1.1: *Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret. nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore. quippe res patitur, ut de condicione quis institoris dispiciat et sic contrahat: in navis magistro non ita, nam interdum locus tempus non patitur plenius deliberandi consilium*).

³³⁹ Come viene riconosciuta l'*actio exercitoria* contro l'*exercitor* a chiunque abbia un credito o una pretesa derivante da contratti marittimi stipulati con il *magister navis*, allo stesso modo si istituisce una tutela anche per i traffici commerciali a terra. Infatti, viene elaborata l'*actio institoria*: il pretore stabilisce che chi predispone un *institor* deve essere vincolato dagli atti compiuti da quest'ultimo (Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.3.1: *Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. sed non idem facit circa eum qui institorem praeposuit, ut experiri possit: sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus adquisitis sibi actionibus: si autem vel alienum servum vel etiam hominem liberum, actione deficietur: ipsum tamen institorem vel dominum eius convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum. Marcellus autem ait debere dari actionem ei qui institorem praeposuit in eos, qui cum eo contraxerint*).

³⁴⁰ L'*actio quod iussum* è trattata assieme all'*actio de peculio* e l'*actio de in rem verso* nel quindicesimo libro del Digesto. Essa rende il padrone direttamente responsabile per i contratti stipulati dal subordinato con l'espreso ordine o autorizzazione del padrone (Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.4.1: *Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet*).

³⁴¹ Quest'azione rappresenta l'ultima linea di difesa per proteggere gli interessi dei creditori dei sottoposti di un *pater*. Infatti, garantisce che i padroni non possano abusare del loro privilegio di responsabilità limitata quando sono consapevoli delle operazioni commerciali dei loro schiavi, trattandoli come creditori comuni e assicurando una maggiore protezione ai terzi che contrattano con gli schiavi (Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.4.1: *Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur*).

³⁴² Come afferma Gaio (e confermato dal titolo quarto del quindicesimo libro del Digesto), l'*actio quod iussu* permette al *pater* di autorizzare appunto mediante lo *iussum*, un terzo a concludere un contratto col proprio schiavo. Il terzo si impegna a rispondere in *solidum* per le obbligazioni nascenti dal negozio così autorizzato (Gai 4.70: *In primis itaque si iussu patris dominiue negotium gestum erit, in solidum*

Come riporta anche Gaio³⁴³ l'*actio de in rem versio* viene accostata all'*actio de peculio*: le due azioni si fondono per diventare una singola; esistono, però, fonti che trattano in modo distinto le peculiarità di tali *actiones* e questo è testimoniato anche dal fatto che il Digesto dedica un titolo autonomo a entrambe (il quindicesimo libro al titolo primo tratta l'*actio de peculio*, mentre sempre nel quindicesimo libro il terzo titolo si occupa dell'*actio de in rem verso*).

Non sempre è facile ricostruire l'evoluzione di un istituto: proprio perché il diritto romano è casistico e, seguendo il corso della quotidianità dei Romani, esso si modula per dare tutela alle diverse situazioni. Dunque, è possibile ipotizzare che inizialmente il *de in rem verso* fosse una clausola contenuta nell'*actio de peculio* a vantaggio dei terzi creditori, permettendo il pagamento del credito non solo in ragione dei beni presenti nel peculio, ma anche nella misura in cui il *dominus* si è arricchito in conseguenza dell'attività del sottoposto³⁴⁴. Poi vengono evidenziate le due entità separate (tanto che le fonti riferiscono di casi in cui viene azionata una sola *actio*), ma vengono, di tanto in tanto, considerate come un'unica *actio* e le due formule sono usate secondo la loro reciproca funzionalità³⁴⁵.

Questo ambiguo legame tra le due azioni è rilevato dalle fonti. Ulpiano stabilisce la responsabilità per gli aventi in potestà di chi ha agito con un peculio privo di denaro o comunque insufficiente: il *pater* o il *dominus* è tenuto a rispondere per ciò che è stato versato nel suo patrimonio come se egli stesso avesse agito direttamente³⁴⁶. Nel

praetor actionem in patrem dominumue comparavi et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominiue quam filii seruiue fidem sequitur; Ulp. 29 ad ed. D. 15.4.1: *Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet*)

³⁴³ Gaio parla di un'unica *actio*: *de peculio et de in rem verso* e non di due azioni distinte. (Gai 4.72a: *Est etiam de peculio et de in rem verso actio a praetore constituta. Licet enim negotium ita gestum sit cum filio seruiue, ut neque uoluntas neque consensus patris dominiue interuenerit, si quid tamen ex ea re, quae cum illis gesta est, in rem patris dominiue uersum sit, quatenus in rem eius uersum fuerit, eatenus datur actio. Versum autem quid sit, eget plena interpretatione. At si nihil sit uersum, praetor dat actionem, dumtaxat de peculio, et edictum utitur his uerbis. Quod edictum loquitur et de eo, qui dolo malo peculium ademerit*).

³⁴⁴ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle "actiones adiecticiae qualitatis"*, Torino, 2001, 302.

³⁴⁵ A riguardo giova ricordare che Lenel nel *Das edictum perpetuum* ricostruisce la formula stabilendo che l'*actio de peculio et de in rem verso* permette di agire contro il dominus del figlio o dello schiavo con cui è stato contratto l'affare (Titolo XVIII: '*Quod cum magistro navis, institore eove, qui in aliena potestate est negotium gestum erit*': *Quod cum eo, qui in alterius potestate esset (est?), negotium gestum erit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate erit factum erit, quo minus peculii esset, in eum, in cuius potestate erit, iudicium dabo*) O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, Leipzig, 1927, 276.

³⁴⁶ Ulp. 29 ad ed. D. 15.3.1: *Si hi qui in potestate aliena sunt nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen, tenentur qui eos habent in potestate, si in rem eorum quod acceptum est conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur*.

frammento successivo³⁴⁷, sempre di provenienza ulpiana, si riconosce l'utilità dell'azione promossa dal pretore per ciò che è stato versato nel patrimonio. Infatti, come giustamente osservato da Labeone, può accadere che qualcosa sia stato trasferito nel patrimonio del *dominus* o che l'*actio* non possa avere luogo in quanto scaduti i termini per agire. A riguardo Ulpiano si interroga chiedendosi cosa accadrebbe se il *dominus* avesse già ritirato con dolo il peculio, oppure se, alla morte del servo, il *peculium* fosse scomparso e trascorso l'anno utile per intentare l'azione; il giurista conclude che l'azione è perpetua e valida in entrambi i casi.

Orbene, l'*actio de in rem verso* viene concessa nelle medesime ipotesi in cui sarebbe stata riconosciuta un'azione a un mandatario o *negotiorum gestor* ed accordata sul presupposto che il sottoposto abbia operato per rendere migliore o comunque non peggiore il patrimonio del padrone³⁴⁸. Al contrario, se le spese l'affare contratto riguarda spese che attengo *magis ad voluptatem quam ad utilitatem*, allora l'azione non può essere esperita³⁴⁹: sarebbe ingiusto accollare la responsabilità di tali comportamenti al *pater*. L'*actio* viene esperita solo fino a quando vi è un profitto effettivamente ottenuto dal *pater* nel patrimonio, ovvero fino all'ammontare dell'arricchimento presente al momento della richiesta³⁵⁰. In altre circostanze, in cui manca o non persiste un arricchimento definitivo, questa azione veniva esclusa³⁵¹: un esempio³⁵² è il caso riguardante il servo manomesso. Infatti, non è più possibile agire per un debito contratto da uno schiavo che poi viene

³⁴⁷ Ulp. 29 ad ed. D. 15.3.1.1: *Nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret de peculio: rectissime enim Labeo dicit fieri posse, ut et in rem versum sit et cesset de peculio actio. quid enim si dominus peculium ademit sine dolo malo? quid si morte servi extinctum est peculium et annus utilis praeteriit? de in rem verso namque actio perpetua est et locum habet, sive ademit sine dolo malo sive actio de peculio anno finita est.*

³⁴⁸ Ulp. 29 ad ed. D. 15.3.3.2: *Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestor habet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriolem.*

³⁴⁹ Ulp. 29 ad ed. D. 15.3.3.5: *Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem, non videtur versum, quia nec procurator haec imputaret, nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit: nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturum non esset. quid ergo est? pati debet dominus creditorem haec auferre, sine domus videlicet iniuria, ne cogendus sit dominus vendere domum, ut quanti pretiosior facta est, id praestet.*

³⁵⁰ Ulp. 29 ad ed. D. 15.3.10.6: *Versum autem sic accipimus, ut duret versum: et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio. si tamen in necem creditoris, id est perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis solutum sit, desinit quidem versum, aequissimum autem est de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem: nam et peculiaris debitor, si fraudulenter servo solverit quod ei debebat, non liberatur.*

³⁵¹ G. ASTUTI, voce *Arricchimento*, cit., 59.

³⁵² Iav. 12 ex Cass. D. 15.3.2: *Qui nummis acceptis servum manumisit, agi cum eo de in rem verso non potest, quia dando libertatem locupletior ex nummis non fit.*

liberato dal *dominus* dal momento che viene meno l'arricchimento; la libertà concessa allo schiavo non si traduce in un aumento del patrimonio del padrone.

È difficile inquadrare la situazione, comprendendo la configurazione del concetto di *in rem versum* dal momento che le fonti sono contrastanti: alcuni testi parlano di un'azione autonoma, altri, invece, di una semplice clausola allegata all'*actio de peculio*, c'è chi addirittura nega l'elaborazione di tale *actio*. Quello che si può affermare è che si tratta di un fenomeno con una sua dignità dogmatica; infatti, diventa strumento di tutela rispetto l'arricchimento ingiustificato.

Dunque, l'*actio de in rem verso* non è un'azione di arricchimento, ma un'azione in cui l'arricchimento viene preso in considerazione da un lato per permettere la condanna del convenuto e, dall'altro, come limite della condanna stessa³⁵³. Infatti, l'arricchimento viene considerato nel suo concreto ammontare unicamente per dar misura alla *taxatio* apposta alla *condemnatio* dell'azione³⁵⁴.

Un'espressione equivalente a *in rem versum* è '*id quod ad eum pervenerit*'; questa è stata ampiamente utilizzata nel contesto dei procedimenti, in particolare riguardo le azioni concesse contro l'erede dell'autore di un *delicto*, limitatamente all'arricchimento ottenuto³⁵⁵. Anche in questo caso, come accade per il *versum in rem*, l'arricchimento rappresenta sia la base della pretesa restitutoria sia il limite della condanna³⁵⁶.

Per concludere è importante sottolineare l'intelligenza pragmatica che contraddistingue il diritto romano. La formazione del diritto avviene in modo cauto e lento attraverso l'esame dei casi pratici si crea un sistema normativo che non mira a essere organico o unitario, quanto ricerca la soluzione ai problemi che nascono nella società, prescindendo da teorie dogmatiche³⁵⁷. È proprio questa *forma mentis* che permette il

³⁵³ C.A. CANNATA, *L'unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 21.

³⁵⁴ I. FARGNOLI, '*Alius solvit alius repetit*', cit., 261.

³⁵⁵ In più occasioni il Digesto contiene questa espressione. Gaio in due passi afferma che l'azione concessa contro l'erede è perpetua, ma intesa limitatamente a quanto gli è pervenuto (Gai. 4 *ad ed. prov. D. 14.2.19: Quod autem in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum pervenerit, intellegendum est ad perpetuo dandam actionem pertinere*; Gai. 4 *ad ed. prov. D. 4.3.26: In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eum pervenerit, id est quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit*). Lo stesso viene ribadito anche da Ulpiano; anche questo autore sottolinea che l'azione legale contro l'erede è concessa in modo perpetuo, ma deve riguardare solo beni o diritti che effettivamente sono stati trasmessi dal defunto (Ulp. 29 *ad ed. D. 14.4.7.5: Haec actio et perpetuo et in heredem datur de eo dumtaxat quod ad eum pervenit*).

³⁵⁶ B. CORTESE, '*Quod sine iusta causa*', cit., 44.

³⁵⁷ I. FARGNOLI, '*Alius solvit alius repetit*', cit., 260.

progresso delle regole giuridiche e il miglioramento costante dei vari istituti. Così è accaduto per la tutela contro l'arricchimento ingiustificato: sono concepiti più rimedi; la *condictio* che non può prescindere dal requisito negoziale tra le parti e l'*in rem versum* che valuta l'arricchimento ingiustificato in una prospettiva meramente economica come l'entrata di un valore in un certo patrimonio.

9. *Deroghe al requisito generale della provenienza negoziale*

È stato pocanzi chiarito che la funzione restitutoria nel caso di arricchimento ingiustificato non è l'unica della *condictio* e che essa non costituisce l'unico rimedio contro questa situazione; infatti, è stato appurato che anche l'*in rem versum* offre protezione in questo contesto. Inoltre, nel paragrafo precedente è stato più volte ribadito che il discrimine tra questi due mezzi è il requisito di un rapporto negoziale intercorso tra le parti richiesto per azionare la *condictio*: l'arricchimento ingiustificato deve essere frutto di quel rapporto.

La *condictio* fornisce protezione, attraverso la possibilità di agire mediante l'obbligazione di *restituere*, alle situazioni considerate ingiuste, perché contrarie all'*aequitas*, che si verificano qualora un soggetto acquisisca la proprietà di un bene o di una certa quantità di beni in modo ingiustificato, ovvero senza una causa che legittimi, secondo i principi dell'ordinamento, l'aumento del suo patrimonio a scapito di un altro individuo³⁵⁸. Generalmente, l'arricchimento tutelato è il risultato di un accordo tra depauperato e arricchito; tuttavia, questo requisito di provenienza negoziale è attenuato dalla giurisprudenza, che, manifestando la tendenza a impiegare un criterio più libero³⁵⁹ permette l'uso della *condictio* anche nei casi in cui l'arricchimento derivi solo dall'azione dell'arricchito o si tratti di indiretto (ipotesi in cui il un terzo si giova dell'incremento patrimoniale procuratogli da un soggetto a danno di un altro³⁶⁰).

Ci sono più esempi dell'attenuazione della rigidità del requisito che costituiscono vere e proprie deroghe al principio che normalmente viene seguito. Uno di questi è il

³⁵⁸ L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 9.

³⁵⁹ C.A. CANNATA, *L'unificazione del diritto europeo*, cit., 19.

³⁶⁰ B. CORTESE, *'Quod sine iusta causa'*, cit., 16.

passo di Celso³⁶¹ che più volte è stato citato³⁶² perché il giurista supera l'impedimento rappresentato dalla richiesta di un *negotium* tra le parti mediante l'*aequitas*. L'autore, infatti, asserisce che *quia pecunia a me quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est* (quindi, che l'obbligo di restituzione del denaro sorga è una ragione di giustizia attinente ai concetti di *bonuum et aequum*). Il *casus* concerne un soggetto (Tu) che chiede a mutuo una somma di denaro a due individui (Ego e Tizio); Ego chiede a un proprio debitore di effettuare il pagamento: il ricevente ritiene, però, che tale soggetto sia il debitore dell'altra persona a cui ha chiesto il denaro (Tizio). Celso si chiede se Tu sia tenuto alla restituzione della quantità di denaro dal momento che non ha stipulato un contratto direttamente con Ego, ma ha accettato il pagamento pensando che il soggetto fosse un debitore di Tizio. Celso nega che tra Ego e Tu sia stato stipulato un contratto di mutuo, pertanto, non si è realizzato l'accordo che serve anche come base giuridica per la *traditio* del denaro: l'offerta di Ego a Tu è effettivamente avvenuta, ma Tu l'ha accettata e ha ricevuto il denaro dal delegato, credendo erroneamente che l'offerta provenisse da Tizio³⁶³. Quindi, viene escluso il mutuo perché Tu credeva che il delegato fosse debitore di Tizio e non di Ego; questo significa che, se Tu avesse saputo la verità (ovvero che il delegato era debitore di Ego) l'accordo di mutuo tra Ego e Tu sarebbe stato effettivamente concluso³⁶⁴. Viene chiarito che, con riguardo a quel particolare denaro, non c'è stato alcun *negotium*. Inizialmente, sembra che Tu non abbia alcun obbligo verso Ego proprio in virtù del fatto che tra i due non c'è stata alcuna negoziazione, alcun accordo diretto. Celso sente la mancanza di un contratto tra le parti come un ostacolo alla concessione della *condictio* tanto che utilizza il verbo *subsisto* nel significato di fermarsi, esitare: deve interrogarsi per accordare tale rimedio al caso. Tuttavia, con una frase di impatto che non lascia alcun dubbio (*sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est*), egli afferma che è più corretto ritenere che esista tale obbligazione di restituzione e non perché il denaro è stato prestato direttamente, ma in quanto è giusto ed equo che Tu restituisca quando ricevuto.

³⁶¹ Cels. 5 dig. D. 12.1.32: *Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium tecum contraxisti: sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia a me quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*

³⁶² Cfr. sopra, cap. II, § 4; cfr. sopra, cap. II, § 8.

³⁶³ C.A. CANNATA, 'Cum alterius detrimento', cit., 48.

³⁶⁴ C.A. CANNATA, 'Cum alterius detrimento', cit., 48, nt. 88.

Pertanto, nonostante la mancanza di un *negotium* tra le parti, il fatto che i soldi versati provengano da Ego crea un'obbligazione morale ed equa per cui Tu è tenuto alla restituzione. La soluzione proposta da Celso si basa sul principio dell'*aequitas* per cui è necessario che il denaro trasferito in modo ingiusto, senza una causa, venga restituito al legittimo proprietario.

Nel medesimo titolo del passo appena menzionato un altro frammento³⁶⁵ risulta interessante a riguardo. Africano si occupa della situazione in cui uno schiavo viene lasciato in eredità a Tu, ma Ego, in buona fede, credendo di averlo ereditato, lo vende. Se lo schiavo muore, Giuliano (Africano fa riferimento al pensiero del giurista) afferma che il proprietario originario (Tu) può richiedere il prezzo di vendita da intendersi come il prezzo effettivamente ricevuto da Ego al venditore poiché quest'ultimo ha maturato un arricchimento ingiustificato (*locupletior factus sim*) dal momento che ha tratto profitto da un bene non suo. Per giungere a tale conclusione il giurista ha riflettuto in ordine al fatto che non è possibile agire mediante la *rei vindicatio* in quanto nel lasso di tempo che intercorre tra la vendita e la morte dello schiavo questo è stato usucapito; inoltre ha stabilito che l'apparente legatario e quello effettivo non sono legati da alcun rapporto negoziale³⁶⁶.

Dunque, non esiste un accordo diretto tra Ego e Tu, tuttavia le loro sfere patrimoniali si influenzano reciprocamente, creando uno squilibrio non giustificato dal punto di vista dell'equità e che determina la necessità del recupero dell'arricchimento³⁶⁷. Questo squilibrio rende necessario il recupero dell'arricchimento ottenuto. Quindi, anche in questo caso, pur mancando un *negotium* tra Ego e Tu il giurista ammette l'uso della *condictio*. Nel testo si fa riferimento alla *versio in rem* o a *id quod, pervenerit* ad Ego, ma l'azione concessa è una *condictio*³⁶⁸.

Un altro testo di Africano³⁶⁹ ammette l'impiego della *condictio*, nonostante l'arricchimento non venga determinato da un negozio tra le parti. Il caso è piuttosto

³⁶⁵ Afr. 2 *quaest.* D. 12.1.23: *Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.*

³⁶⁶ CERAMI, *Riflessioni*, cit., 173.

³⁶⁷ B. CORTESE, *'Quod sine iusta causa'*, cit., 19.

³⁶⁸ C.A. CANNATA, *'Cum alterius detrimento'*, cit., 46.

³⁶⁹ Afr. 8 *quaest.* D. 19.1.30: *Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa conditionis sit factus. nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino conditionem eo nomine de peculio non haberem aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset, tamen*

complesso perché si articola in più ipotesi. Tu acquisti da Ego lo schiavo Stico, il quale possiede un peculio; tuttavia, Stico, prima di essere consegnato a Tu (mentre ancora si trova presso Ego), riesce a commettere un furto: ruba delle monete a Ego. Nel momento che viene trasferito a Tu, lo schiavo porta con sé il denaro: il nuovo padrone, ignaro del furto e ritenendo eccessiva la quantità di denaro nelle mani di Stico, preleva la somma dal *peculium* (*ademerit*) e la spende (*consumpserit*). Africano, ancora una volta, riporta il parere di Giuliano, il quale stabilisce che Ego abbia il diritto di chiedere la restituzione del denaro. Secondo il giurista il caso è assimilabile all'ipotesi di un'attribuzione *sine causa* in quanto il denaro, che un tempo apparteneva a Ego, è arrivato presso Tu senza una ragione che giustifichi tale cambiamento di possesso; ma il cambiamento di possesso è avvenuto come se fosse stata eseguita una *traditio*. Infatti, Ego possedeva il denaro come proprio prima del furto e dopo il furto fintanto che Stico è rimasto con lui; dopo la consegna di Stico a Tu, il possesso dello schiavo e del denaro passa a Tu.

In realtà, inquadrando meglio la situazione risulta una differenza tra quanto accaduto e una *traditio sine causa*: non è mai avvenuta la consegna delle monete incriminate tra Ego e Tu, non c'è un accordo tra i due che riguardi proprio quel denaro. A riguardo Cannata sottolinea che i due soggetti non sono legati da alcun rapporto perché non hanno stipulato alcun contratto, non hanno realizzato un alcun tipo di accordo in ordine a quelle monete: «non la vendita, che aveva per oggetto lo schiavo e il peculio, perché i *nummi* non facevano parte del peculio, e non la *traditio* dello schiavo e del suo peculio, perché almeno il *dans* non sapeva nulla di quei soldi e non intendeva consegnarli al compratore; e tanto meno poteva riferirsi ai *nummi* la *mancipatio* dello schiavo, la quale, se pur c'è stata, si riferiva allo schiavo e non al denaro che lo schiavo avesse con sé»³⁷⁰.

Dunque, nonostante tra arricchito e impoverito non intercorra alcun rapporto riguardo alla fonte dell'arricchimento, è possibile esperire la *condictio* nei confronti del terzo arricchito dal momento che il compratore si giova di un'attribuzione priva di causa³⁷¹.

in proposito et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere. secundum quae dicendum: si nummos, quos servus iste mihi subriperat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.

³⁷⁰ C.A. CANNATA, 'Cum alterius detrimento', cit., 47.

³⁷¹ B. CORTESE, 'Quod sine iusta causa', cit., 17.

Stupisce che in questi due ultimi esempi Africano riporti il pensiero proprio di Giuliano. Infatti, questo ha sollevato perplessità anche in dottrina dal momento che è tale il giurista a enfatizzare la necessità di un *negotium* tra le parti per l'impiego della *condictio*³⁷². Si pensa che la riflessione promossa da Celso ispirato all'*aequitas* abbia indotto lo stesso Giuliano a un riesame della problematica dell'arricchimento ingiustificato con riferimento alle fattispecie extracontrattuali non altrimenti tutelabili³⁷³; dunque, il giurista si esprime con meno rigidità.

Anche Giavoleno³⁷⁴ espone un caso in cui viene usata la *condictio* anche in assenza di un *negotium* tra le parti. Il giurista parla di una donna che sta per convogliare a nozze e intende dare una dote al futuro marito; tuttavia, esiste una somma di denaro che il promesso deve alla donna, così ella accetta formalmente come ricevuto il denaro mediante *acceptilatio*. Tramite questa procedura il debito viene dichiarato estinto formalmente anche senza che il denaro venga effettivamente trasferito. Il matrimonio, però, non ha luogo in quanto l'uomo muore. Secondo il passo è possibile per la donna azionare la *condictio* per ottenere la restituzione del denaro dato (inutilmente) come dote. Non importa se il denaro è stato trasferito *sine causa* attraverso un pagamento effettivo o attraverso la procedura formale di liberazione del debito (*acceptilatio*), poiché il matrimonio (che era la condizione per la dote) non si è verificato, dunque, la somma può essere legittimamente richiesta indietro.

Pertanto, prescindendo dal fatto che il denaro sia stato trasferito o solo attraverso riconoscimento formale del diritto con l'*acceptilatio*, è diritto della donna ricevere quella somma perché avrebbe dovuto essere versata come dote per il matrimonio, non è stata impiegata per lo scopo previsto; non essendosi celebrate le nozze, il denaro è stato trasferito in mancanza di una giustificazione. Appurato tale diritto, è interessante ai fini di quanto si sta dicendo sottolineare che l'azione da esperire secondo Giavoleno per

³⁷² Iul. 39 dig. D. 12.6.33: *Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conductionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.*

³⁷³ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 172 s.

³⁷⁴ Iav. 1 ex Plaut. D. 12.4.10: *Si mulier ei cui nuptura erat cum dotem dare vellet, pecuniam quae sibi debebatur acceptam fecit neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condictetur, quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem pervenerit.*

contrastare l'arricchimento ingiustificato sia proprio la *condictio*. Sorprende quest'affermazione perché va contro il principio generale della ricerca di un legame negoziale da cui deriva l'arricchimento. È data la possibilità alla donna di agire mediante *condictio* nonostante ella non abbia alcun rapporto con chi si è arricchito ingiustamente, ossia gli eredi del defunto (contro cui l'azione avrà luogo).

Concludendo, come abbiamo visto sono previste alcune deroghe, ma generalmente l'arricchimento viene ad essere sanzionato mediante *condictio* nel caso in cui sia rispettato il requisito di provenienza negoziale dell'arricchimento. Dunque, l'arricchimento risulta quella *versio in rem* classificata come ingiusta che produce *re*, ossia per effetto dell'entrata nel patrimonio del valore economico, l'obbligo, per l'arricchito di restituire al depauperato ciò che ha ricevuto; tale obbligazione viene sancita dalla *condictio*³⁷⁵.

Quindi, il celebre principio formulato da Pomponio per cui nessuno può arricchirsi a danno altrui e creando ingiustizia³⁷⁶ si applica all'intera materia dell'arricchimento ingiustificato, ossia a qualsiasi *versio in rem* che possa avvenga *iniuria*; tuttavia, se la *versio in rem* non è riconducibile a un *negotium contractum* tra le parti, la sua rilevanza deve essere valutata caso per caso e, in ogni caso, non si può generalmente ammettere che una *versio in rem* non derivante da un negozio di attribuzione concluso tra le parti possa dare luogo all'uso della *condictio* come azione per la restituzione dell'arricchimento.

³⁷⁵ C.A. CANNATA, 'Cum alterius detrimento', cit., 49.

³⁷⁶ Pomp. 9 ex variis lection. D. 50.17.206: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiozem.*

CAPITOLO TERZO

'Condictio' e primi passi verso l'azione generale di arricchimento

SOMMARIO: 1. La *condictio* non solo in funzione dell'arricchimento ingiustificato – 1.1 La *condictio ex lege* – 1.2 La *condictio certi* – 2. La *condictio Iuventiana*: il sottile confine tra *condictio* e *actio de in rem verso*

1. *La condictio non solo in funzione dell'arricchimento ingiustificato*

Prima di procedere con la trattazione, è importante, a questo punto, fare una precisazione a livello di lessico. Infatti, si è menzionata la differenza tra arricchimento ingiustificato e ingiusto, ma i precedenti capitoli non vi hanno dato molto conto. Ora, a scanso di equivoci, giova precisare alcune questioni. Definito che l'arricchimento ingiustificato risulta quello privo di una giusta causa; invece, l'arricchimento ingiusto concerne il trasferimento patrimoniale contrario alle regole dell'*aequitas*. Questa netta distinzione tra i due concetti e i loro effetti persiste durante tutto il periodo classico. In età postclassica tale distinzione inizia a sbiadirsi: la lotta dell'editto pretorio contro l'acquisto iniquo, anche se giustificato dal punto di vista civile, favorisce l'attenuazione della differenza³⁷⁷. Sanfilippo³⁷⁸, rifacendosi alle ricerche di Riccobono, nota che nel nuovo sistema giuridico postclassico, l'iniquo arricchimento viene punito con le stesse azioni previste per l'arricchimento ingiustificato; di conseguenza, l'obbligo di restituire si estese anche all'acquisto iniquo, facendo scomparire la differenza tra i due concetti. Questo sviluppo culmina nella compilazione giustiniana nella quale si consolida la dottrina generale contro l'arricchimento ingiustificato basata sul principio di equità naturale. Dunque, la distinzione tra i due concetti viene meno e ciò avviene anche nel lessico.

Precisata questa questione è possibile riprendere la trattazione.

La *condictio*, sebbene si basi su uno spostamento patrimoniale ingiustificato, non è tecnicamente un'azione di arricchimento: non mira a recuperare l'arricchimento esistente quanto, piuttosto, a eliminare, almeno per equivalente, gli effetti di tale

³⁷⁷ G. ASTUTI, voce *Arricchimento*, cit., 58.

³⁷⁸ C. SANFILIPPO, *Il fondamento*, cit., 76.

spostamento³⁷⁹. Quindi, come, peraltro, già ribadito, sarebbe riduttivo limitare la funzione di questo istituto nella sola protezione contro l'arricchimento ingiustificato. Questo risulta ancora più evidente quando, con il diritto giustiniano, la *condictio* (che nel periodo classico costituiva un'unica azione con un campo applicativo vasto) viene tipizzata in una serie di *condictiones*³⁸⁰, vengono denominate in questo modo nel loro insieme e la categoria comprende anche azioni con cui si fa valere un *facere oportere*³⁸¹. Tra le azioni tipizzate alcune vengono predisposte in relazione all'arricchimento ingiustificato (la *condictio sine causa*, la *condictio causa data causa non secuta*, la *condictio ob turpem vel iniustam causam* e la *condictio indebiti*), mentre altre non vi riguardano. Tra le *condictiones* che non si riferiscono all'arricchimento ingiustificato ci sono: la *condictio ex lege*, la *condictio certi*, la *condictio triticaria* e la *condictio ex causa furtiva*.

Della *condictio triticaria* e della *condictio ex causa furtiva* il testo se ne è occupato³⁸². Sebbene all'interno dell'elaborato la *condictio ex lege* sia stata già menzionata³⁸³, di seguito si trova un approfondimento che è utile per fare maggior chiarezza.

1.1 La *condictio ex lege*

La *condictio ex lege* viene definita nel Digesto³⁸⁴ e permette di far valere obbligazioni create da una legge senza l'indicazione dell'azione da esperire³⁸⁵. Oltre al titolo nel tredicesimo libro del Digesto, questa tipologia di *condictio* viene menzionata da Modestino nel secondo libro delle *Regulae*, passo che viene, più tardi, riportato nel Digesto.

Questo crea non pochi problemi di interpretazione che necessitano un approfondimento. Infatti, Modestino presenta una classificazione delle fonti delle

³⁷⁹ TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 612.

³⁸⁰ C.A. CANNATA, *L'unificazione del diritto europeo*, cit., 16, nt. 9.

³⁸¹ I. 4.6.15: *Appellamus autem in rem quidem actiones vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare facere oportere intenditur, condictiones. condicere enim est denuntiare prisca lingua: nunc vere abusive dicimus condictionem actionem in personam, qua actor intendit dari sibi oportere: nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.*

³⁸² Cfr. sopra, rispettivamente cap. II, § 5; cap. I, § 5.4.

³⁸³ Cfr. sopra, cap. I, § 4.

³⁸⁴ Paul. 2 *ad Plaut.* D. 13.2.1: *Si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est*

³⁸⁵ G. PUGLIESE - F. SITZIA - L. VACCA, *Istituzioni*, cit., 907.

obbligazioni diversa dalla bipartizione proposta da Gaio³⁸⁶: quest'ultimo prevede una classificazione rigida che limita al contratto e al delitto i fatti giuridici da cui poteva nascere l'*obligatio*. La *summa divisio* di Gaio comprende, da un lato, la categoria del contratto (con comune denominatore la *conventio*) che include le obbligazioni formatesi *re, verbis, litteris, e consensu* e, dall'altro, il delitto che si riferisce alle obbligazioni derivanti da furto, danneggiamento, rapina e ingiuria come un unico genere³⁸⁷.

Tale visione viene ampliata con la tripartizione: è lo stesso Gaio che aggiunge un terzo elemento quale fonte di obbligazione³⁸⁸: un gruppo di casi in cui l'*obligatio* non sorge né *ex contractu* né *ex delicto*, la generica categoria delle *variae causarum figurae*, il cui fattore comune non è rappresentato da un elemento sostanziale, né da regime normativo, ma dal fatto di produrre obbligazioni secondo *proprium quodam ius*³⁸⁹. Dunque, già in epoca classica, accanto alle due fonti tipiche e antiche dell'obbligazione, esistono vari altri casi di obbligazioni che, secondo una norma speciale dell'ordinamento giuridico, sorgono da un atto volontario o da una situazione giuridica oggettiva e la sistematica si limita a raggrupparle, facendone quasi un'appendice alle categorie precise e determinate del contratto e del delitto.

Si può dire che la classificazione di Gaio non sia nata dal nulla: infatti, è stata preceduta ed influenzata dal lavoro pratico di altri giuristi che hanno sviluppato strumenti giuridici come la *condictio* per dare una base razionale alle obbligazioni. Analizzando questo sviluppo, si può interpretare il lavoro gaiano come una continuazione naturale di un processo già in corso, piuttosto che come una rottura radicale con il passato³⁹⁰.

Sicuramente l'operato di Gaio è di pregio dal momento che la sua *divisio* viene seguita per molto tempo e riesce a risolvere il problema delle fonti delle obbligazioni³⁹¹; tuttavia, il giurista ha sempre perseguito scopi didattici che si riflettono nella sua sistematica, basata su una dogmatica snella, che tenta di coniugare semplicità e chiarezza. Pertanto, l'ostacolo che si pone sul suo percorso è sicuramente la difficoltà di elaborare

³⁸⁶ Gai 3.88: *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*

³⁸⁷ R. SCEVOLA, *Considerazioni sulla 'divisio obligationum' Di Modestino (2 'Reg'. D. 44.7.52)*, in *Studi in ricordo di Carlo Augusto Cannata. Il giurista europeo. Percorsi formativi*, XXIII, 2021, 597.

³⁸⁸ Gai. 2 *aur. D. 44.7.1: Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

³⁸⁹ B. CORTESE, *'Quod sine iusta causa'*, cit., 120.

³⁹⁰ R. SCEVOLA, *Considerazioni*, cit., 595 s.

³⁹¹ R. SCEVOLA, *Considerazioni*, cit., 597.

una sistematica per una materia come quella delle fonti di obbligazione (che è in continua evoluzione) che sia il più possibile precisa, non prolissa, ma che possa comunque sintetizzare tutti i dati della riflessione giurisprudenziale orientata al soddisfacimento di utilità pratiche³⁹².

Per queste ragioni la classificazione gaiana è destinata ad essere superata. Infatti, all'epoca di Giustiniano, si prevede una quadripartizione, valorizzando come elementi fonti di obbligazione il contratto, il quasi-contratto, il delitto e il quasi-delitto.

Il passo di Modestino, allievo di Ulpiano che opera nella prima metà del III secolo d.C., mette in luce un'altra classificazione. Il testo è il seguente:

Mod. 2 reg. D. 44.7.52: *Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato.*

(...)

5. *Lege obligamur; cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut non obtemperantes contra facimus.*

Questo frammento ha generato in molti studiosi il sospetto che vi sia stata un'interpolazione dal momento che la legge viene annoverata tra le fonti di obbligazione. Per la maggior parte degli studiosi bisogna far riferimento alle sole testimonianze gaiane perché quanto prospettato da Modestino risulta «un caotico assemblaggio nel quale di genuino vi sarebbe ben poco a causa delle alterazioni dei maestri postclassici»³⁹³.

Il riconoscimento della *lex* come fonte di obbligazione sorprende poiché i Romani trovano inaccettabile l'idea che un vincolo grave e anormale, come l'*obligatio*, che investe una persona assoggettandola al potere di un'altra, possa sorgere automaticamente per effetto della legge, senza la volontà o un'azione della persona vincolata. Infatti, la cultura romana ha a cuore l'individualità e il volere del singolo che devono essere tutelati dal rischio di piegarsi alla volontà altrui; questo vero e proprio culto della iniziativa individuale deriva anche dall'autonomia riconosciuta fin dai tempi più remoti alle famiglie. Dunque, i Romani considerano essenziale la volontà del privato nel formarsi delle obbligazioni e, quindi, trovano difficile concepire l'idea di un'*obligatio ex lege*:

³⁹² B. CORTESE, *'Quod sine iusta causa'*, cit., 125.

³⁹³ R. SCEVOLA, *Considerazioni*, cit., 581.

l'obbligazione deve derivare da un atto volontario e non può essere imposta *ope legis*. Questa mentalità si riconosce da alcune circostanze: ad esempio, il magistrato, in alcuni casi, può forzare il privato ad agire in un determinato modo, ma solo se questi abbia assunto volontariamente l'obbligazione mediante una *cautio*, una garanzia, quindi, la legge o il magistrato non possono obbligare un soggetto senza il suo consenso; un altro esempio che dimostra l'importanza dell'individualità per i Romani può essere rintracciato nel fatto che, affinché una lite possa generare un'*obligatio iudicati* (ossia l'obbligazione derivante da sentenza; tale effetto è espresso dalla formula '*iudicatum facere oportere*'³⁹⁴) in capo al condannato, è richiesta la collaborazione di questo soggetto³⁹⁵.

Secondo Degni³⁹⁶, nel diritto romano, la legge non viene considerata fonte immediata di obbligazioni per motivi puramente processuali dal momento che il sistema romano è basato non su diritti, ma sulle azioni legali da esperire. Pertanto, fonti di *obligatio* risultano solo i rapporti che si collegano a specifiche *actiones*; diversamente, gli altri rapporti obbligatori, che non rientrano in questo schema, non vengono considerati come entità autonome, ma ritenuti conseguenze di altri rapporti o istituti da cui dipendono.

In tempi più recenti, invece, si è diffusa l'idea che il frammento di Modestino sia autentico tanto che la sua visione viene valorizzata e considerata un modello scientifico superiore alla classificazione di Gaio³⁹⁷, la quale risulta avere un carattere fortemente didattico. La prospettiva di Modestino, secondo Cannata³⁹⁸, rappresenta un *unicum* nel suo genere dal momento che è l'unico documento dei giuristi classici che illustra una *divisio obligationum* dal punto di vista dogmatico (e non didattico).

Focalizzandosi sul frammento n. 5 e sull'espressione '*obligatur lege*' Modestino non può che riferirsi alle obbligazioni da delitto dovendosi considerare tale formula un glossema delle parole '*aut ex peccato*'³⁹⁹. Pertanto, il giurista inquadra in modo corretto la fonte d'obbligazione non nel crimine stesso, ma nella legge o nel *ius honorarium*.

³⁹⁴ G. PUGLIESE - F. SITZIA - L. VACCA, *Istituzioni*, cit., 329.

³⁹⁵ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Fonti e vicende dell'obbligazione*, III, Milano, 1954, 41.

³⁹⁶ F. DEGNI, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Studi sul diritto delle obbligazioni*, 1926, 24.

³⁹⁷ A. SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla 'obligatio ex lege'*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XXXV, 2014, 93 s.

³⁹⁸ C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano e classico*, in *IURA*, XXI, 1970, 69, ora in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. Vacca, I, Torino, 2011, 254 (da cui si cita).

³⁹⁹ C.A. CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 423.

Le obbligazioni nascono *re, verbis, litteris* e dal consenso: tuttavia, questi quattro generi non comprendono tutte le possibili cause poiché esistono altri casi previsti dalla legge, sanzionati da rimedi speciali del diritto onorario o che derivano da situazioni particolari non riconducibili ai generi suddetti. La legge non fa sorgere l'obbligazione di per sé stessa, ma qualifica certi fatti come produttivi di obbligazione; questi fatti rappresentano la fonte. La menzione delle obbligazioni derivanti dalla legge costituisce, quindi, già un riferimento alle varie figure delle cause (che poi viene inserito esplicitamente nelle *Res Cottidianae*).

Dunque, appare fondata l'opinione per cui, già alla fine del periodo classico, la legge venga riconosciuta fonte speciale di obbligazioni. Infatti, nel sistema giuridico romano esistono alcune obbligazioni come il presunto obbligo di dotare le proprie figlie e quello corrispondente all'*actio ad exhibendum* che vengono originate dall'autorità della legge⁴⁰⁰.

1.2 *La condictio certi*

Quella che viene illustrata ora è la *condictio certi*, un'altra *condictio* che non si riferisce all'arricchimento ingiustificato.

L'espressione '*condictio certi*' viene introdotta nel diritto giustiniano quando vengono tipizzate le varie *condictiones* stabilendo il loro campo di applicazione⁴⁰¹. La *condictio certi* ha una funzione generale tanto da essere denominata *condictio certi generalis*; è dichiarata applicabile in materia contrattuale ed extracontrattuale per obbligazioni da atto lecito e illecito⁴⁰².

La principale caratteristica che consente alla *condictio* di coprire una gamma così ampia di obbligazioni a *certum* è l'elevato grado di astrattezza della sua formula. È proprio questa astrattezza che ha permesso alla giurisprudenza di prevedere l'uso dell'*actio* ogni volta che è necessario risolvere un caso concreto. Come afferma Cortese⁴⁰³ «it is certain that the original field of application of the action was that of protecting debts deriving from certain types of contracts (mortgage, stipulation, literal contracts)», il

⁴⁰⁰ A. DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, Catania, 1929, 4.

⁴⁰¹ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 495.

⁴⁰² M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 481, nt. 207.

⁴⁰³ B. CORTESE, '*Causa*' and *restutory condictio*, in *Roma Tre Law Review*, III, 2002, 70.

campo di applicazione viene modificato: inizialmente la tutela viene concessa ai soli debiti derivanti da specifici tipi di contratti, come il mutuo, la stipulazione e i contratti letterali.

Quindi, la *condictio certi* viene usata per il recupero di somme di denaro o di beni specifici che sono dovuti. Il Digesto⁴⁰⁴ chiarisce che tale *actio* può essere esperita per qualsiasi causa o obbligazione (*ex omni causa, ex omni obligatione*) purché, però, questa risulti immediata ed attuale (*praesens sit obligatio*), dunque non legata a una condizione o a un termine futuri. Inoltre, la richiesta può derivare sia da contratto certo sia da un accordo incerto. Nei frammenti successivi, Ulpiano⁴⁰⁵ amplia il campo di applicazione della *condictio* chiarendo che può essere utilizzata in diversi contesti: per reclamare le somme dovute da un legato, nel caso di danni secondo la legge Aquilia, per le ipotesi di furto e se previsto da un senato consulto. Viene, poi, specificata la necessità di esaminare nel dettaglio il caso concreto prima di concedere tale *actio*: infatti, si tratta di un rimedio applicabile a qualsiasi genere di contratto, dunque, bisogna verificare che l'azione sia adeguata a ottenere quanto richiesto. Questo approccio rispecchia la mentalità romana: il diritto è casistico e nasce proprio dalla quotidianità e dalle esigenze dei cittadini, ma si muove in modo cauto e prudente atenzionando le specifiche circostanze del caso per determinare l'applicabilità delle azioni legali.

È importante non confondere la *condictio certi* con questa sua funzione generale dall'*actio certae creditae pecuniae*; quest'ultima, infatti, viene esperita solo nei casi in cui la somma determinata di denaro è dovuta in relazione a un'operazione di credito e il ricorso si caratterizza da una *sponsio et restipulatio tertiae partis*⁴⁰⁶. Quindi, la *condictio* copre un ambito applicativo maggiore potendo essere impiegata in diverse situazioni e non limitandosi ai soli prestiti di denaro; mentre il campo d'azione della *actio certae*

⁴⁰⁴ Ulp. 26 ad ed. D. 12.1.9: *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem sit vel sub condicione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere.*

⁴⁰⁵ Ulp. 26 ad ed. D. 12.9.1-3: *Competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia. sed et ex causa furtiva per hanc actionem condictur: sed et si ex senatus consulto agetur, competit haec actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est agere volet. 2. Sive autem suo nomine quis obligatus sit sive alieno, per hanc actionem recte convenitur. 3. Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis sive coniunctim, referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat*

⁴⁰⁶ M. VARVARO, 'Condictio', cit., 282.

creditaе pecuniaе è circoscritto alle somme di denaro. Varvaro⁴⁰⁷, nell'analisi di un trittico dell'archivio puteolano dei Sulpicii, redatto nel 52 d.C., che presenta due programmi di giudizio, due formule processuali (TP. 34 = TPSulp. 31), sottolinea che la *condictio* data per far valere pretese di una certa pecunia si accompagnano a una *sponsio tertiae partis* (in base alla quale, le parti addivengo a una reciproca promessa di pagare alla controparte, se vittoriosa, un terzo della somma oggetto della causa, una sorta di multa per disincentivare comportamenti scorretti⁴⁰⁸), a prescindere che l'obbligazione sia contratta *re, litteris o verbis*, e solo in caso di crediti nascenti da un mutuo si può parlare di *actio certae creditaе pecuniaе*.

Questi due concetti, però, spesso vengono confusi e scambiati l'uno per l'altro; infatti, è avvenuto, almeno a livello lessicale, un graduale processi di assimilazione tra la *condictio certae pecuniaе* e l'*actio certae creditaе pecuniaе*⁴⁰⁹ fino a che la *condictio* usata per la ripetizione del dato nel caso della persecuzione di crediti di somma certa derivanti da mutuo è detta *actio certae creditaе pecuniaе*⁴¹⁰: dunque, avviene una commistione dei due termini.

Santoro ricostruisce quanto è accaduto analizzando il significato che nel tempo è stato attribuito al *credere*; tendenzialmente tale espressione ha un significato equiparabile a 'dare a mutuo' e questo valore, pressoché inalterato, si mantiene nel tempo. Come più volte ribadito, la *lex Silia* (a cui si deve l'introduzione della *legis actio per conditionem*) riguarda i debiti certa pecunia; successivamente la nozione del *credere* si amplia includendo non solo il prestito di denaro, ma anche il prestito d'uso (il comodato, nel quale l'oggetto viene utilizzato, ma non consumato)⁴¹¹. Con la *lex Calpurnia* la *legis actio per conditionem* viene applicazione a debiti di *omnis certa re*. Dunque, in virtù della sua astrattezza, la *condictio* riesce a sanzionare diverse fattispecie che rientrano nel *credere*⁴¹². Giunti al processo formulare, il pretore istituisce due formule (*condictio per certa pecunia* e *condictio per certa res*) che permettono di sanzionare le varie ipotesi ricondotte all'ampio concetto del *credere*. La reazione della giurisprudenza repubblicana

⁴⁰⁷ M. VARVARO, 'Praescriptio' e 'sponsio' nella 'tabula pompeiana sulpiciorum' 31, in *AUPA*, XLVII, 2002, 387, nt. 21.

⁴⁰⁸ TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 562.

⁴⁰⁹ M. VARVARO, 'Praescriptio' e 'sponsio', cit., 387, nt. 21.

⁴¹⁰ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 438.

⁴¹¹ R. SANTORO, *Studi*, cit., 383.

⁴¹² R. SANTORO, *Studi*, cit., 384.

è forte: restringe nuovamente il campo della nozione attraverso la *lex Cornelia*⁴¹³. Le prime risultanze di questo lavoro traspaiono dalla testimonianza di Alfeno⁴¹⁴ in cui la nozione di *credere* risulta circoscritta alle sole ipotesi in cui è presente il passaggio di proprietà del bene oggetto del contratto, come mutuo, locazione e deposito⁴¹⁵. Infatti, il passo si occupa della gestione della restituzione di beni misti (di proprietari diversi) in caso di perimento. Infatti, si parla della nave di Saufeo che viene caricata con una grande quantità di grano appartenente a diversi individui, ma l'esito del viaggio è infausto: l'imbarcazione naufraga e i beni perduti. L'armatore restituisce il frumento, recuperandolo dalla massa comune, a un solo soggetto; dunque, gli altri si domandano se sia possibile agire contro il marinaio mediante l'*actio oneris aversi* per ottenere quanto perso. Il giurista spiega l'evidente distinzione tra due categorie di beni locati e la conseguente restituzione: nel caso in cui si tratti in cui l'oggetto dell'obbligazione sia identico, deve essere restituita la medesima cosa (come nel caso delle vesti locate presso il tintore che ha il compito di pulirle), mentre se i beni locati sono fungibili, allora è sufficiente rendere una *res* dello stesso genere (come nel caso del credito l'oro che passa dal ricevente al proprietario originale). Dunque, nel caso in cui il grano è mescolato e, quindi, non più distinguibile con chiarezza il proprietario le merci diventano immediatamente proprietà dell'armatore; in questo caso non vi è alcun carico da restituire. Invece, se il frumento è conservato separatamente in sacchi, barili o altri contenitori (*quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset*) e può essere determinato in modo certo a chi appartiene cosa (quindi non sono possibili

⁴¹³ R. SANTORO, *Studi*, cit., 385.

⁴¹⁴ Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 19.2.31: *In navem Saufei cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret. secundum quae videri triticum factum Saufei et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci possit quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum.*

⁴¹⁵ R. SANTORO, *Studi*, cit., 385.

scambi), la merce deve essere restituita ed ogni proprietario può reclamare il proprio frumento. Poi, il giurista stabilisce che siano superflue le *actiones oneris averse* poiché due sono gli scenari possibili: o le merci vengono date al marinaio diventando sue immediatamente e viene costituito un credito di cose fungibili oppure, nel caso in cui sia prevista la restituzione della stessa cosa consegnata, il locatore ha l'azione di furto e quindi non è utile quella del carico sottratto.

Il frammento, dunque, chiarisce in modo preciso i casi in cui i beni diventano di proprietà dell'armatore e le ipotesi in cui, invece, rimangono di proprietà *dominus* originale, sottolineando quando è possibile la restituzione della *res*.

Tornando alla distinzione dell'*actio certae creditae pecuniae* e della *condictio certi*, Albanese⁴¹⁶, afferma chiaramente che l'*actio certae creditae pecuniae* debba limitarsi alla sola ipotesi della *pecunia credita* nel senso di denaro dato a mutuo; tale *actio* rappresenta un'applicazione particolare della *condictio*⁴¹⁷. A sostegno della sua tesi l'autore fa riferimento ad alcuni passi tratti dall'opera di Cicerone *Pro Roscio*. Anche Varvaro richiama la stessa opera per affermare che l'*actio certae creditae pecuniae* permette di agire per una somma determinata di denaro dovuta in ordine a un'operazione di credito per cui viene adoperata la *sponsio et restipulatio tertiae partis*⁴¹⁸.

Pro Roscio comoedo è un discorso giudiziario pronunciato da Cicerone pronunciato nel 76 a.C.; in quest'orazione l'autore difende Quinto Roscio Gallo, famoso attore comico dell'antica Roma che viene accusato dal socio Gaio Cherea Fannio di non avere pagato una somma di denaro dovutagli. L'opera, che rientra nelle *causae nobiles*, non è giunta completa: mancano l'*exordium* e gran parte della *narratio*; dunque, il lettore viene catapultato, *in medias res*, nel pieno dello svolgimento dei fatti e, per deduzione, deve riuscire a ricostruire l'antefatto. Dalla lettura di quanto ci è pervenuto è chiaro che Cicerone, con grande abilità, riesce dar vita alla materia del diritto privato attraverso spaccati di vita che descrivono la condizione sociale dei protagonisti raccontati con stilo ironico e ammiccante; l'autore dà prova della sua efficace *ars oratoria* nel difendere il proprio assistito da Fannio screditandolo e dipingendolo come un sordido e riprovevole sfruttatore.

⁴¹⁶ B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA*, XXII, 1971, 126 ss.

⁴¹⁷ M. VARVARO, *'Condictio'*, cit., 282.

⁴¹⁸ M. VARVARO, *'Condictio'*, cit., 283.

Per comprendere le dinamiche della vicenda e come entrano in gioco i concetti di *condictio* e *actio certae creditae pecuniae* è necessario indagare sull'origine della lite. Dunque, dal principio Gaio Fannio Cherea possiede uno schiavo chiamato Panurgo e, desiderando trarne il maggior guadagno, chiama Quinto Roscio Gallo affinché lo addestri come attore. I due uomini stipulano un contratto di *societas* da cui entrambi si arricchiscono: Cherea si impegna a dividere a metà i profitti generati dall'attività dello schiavo con il suo socio. Panurgo diventa un attore di successo e conosciuto proprio grazie alla formazione offertagli da Roscio; i guadagni della società sono considerevoli e crescono.

Tuttavia, la carriera del promettente autore viene interrotta bruscamente perché perde la vita per mano di un certo Quinto Flavio di Tarquinia. Purtroppo, essendo Panurgo uno schiavo, il suo assassinio non viene perseguito per tale atto come prevede il nostro ordinamento moderno. Infatti, lo schiavo è considerato una *res* nel diritto romano e, dunque, l'uccisione di un *servus* è trattata come un danno alla proprietà del *dominus* piuttosto che come l'omicidio di una persona: per i Romani l'omicidio di un semplice schiavo non è equiparabile all'uccisione di un uomo libero. Pertanto, Fannio, in quanto proprietario dello Panurgo, instaura un processo contro Flavio, scegliendo Roscio come suo rappresentante legale (*cognitor*), per ottenere il risarcimento del danno subito secondo la *lex Aquilia de damno* (che regola i rimborsi per i danni ingiustificatamente causati alla proprietà). Durante il procedimento Roscio addiviene a un accordo privato con controparte che permette di risolvere la controversia. Il patto prevede che Flavio consegni una proprietà terriera come risarcimento della perdita dello schiavo; questo metodo di risoluzione della lite riflette la prassi comune di comporre le dispute patrimoniali in modo pragmatico piuttosto che attraverso processi penali.

Negli anni successivi la tenuta inizia a produrre reddito e aumenta di valore; a quel punto, Cherea rivendica i propri diritti sulla proprietà sostenendo che le spetta una parte di essa in base al contratto di società che anni prima i due avevano concluso. Cherea, infatti, ritiene che, dal momento che i profitti derivanti dal successo di Panurgo venivano divisi, allora anche il risarcimento ottenuto per la sua morte dovesse essere condiviso. Dunque, secondo la prospettiva di Cherea, pur non avendo concluso un accordo diretto con Flavio, egli dovrebbe beneficiare indirettamente del patto realizzato tra Roscio

e l'uccisore dello schiavo sulla base del contratto di società stipulato con il comico per condividere i proventi derivanti da Panurgo.

La disputa viene portata davanti a un arbitro, Caio Pisone, che, successivamente, diviene anche il giudice del caso che Cicerone tratta nella sua orazione. Dalle fonti non risulta chiaro se l'*arbitrium* conduca all'assoluzione formale di Roscio attraverso un ordine di Pisone o un accordo tra le parti, secondo cui Roscio deve trasferire una certa somma di denaro (equivalente alla metà del valore originario del fondo ricevuto in transazione), a condizione che Fannio prometta a Roscio di trasferirgli la metà di quanto ottenga da una nuova azione contro Flavio. Inoltre, non è chiaro se tale ordine o accordo sia formalizzato in reciproche *stipulationes* tra le parti⁴¹⁹. L'ipotesi predominante in dottrina è che Fannio e Roscio abbiano di comune accordo determinato un *arbitrium ex compromisso*. Quindi, l'arbitrato si basa su un negozio (il *compromisso*) costituito, da un lato, da una convenzione informale, di natura contrattuale, avente ad oggetto la devoluzione consensuale della lite all'arbitro; dall'altro da reciproche promesse delle parti di accettare e dare esecuzione al giudizio dell'arbitro⁴²⁰. Quindi, l'esito dell'*arbitrium* comporta per Roscio il pagamento nei confronti di Fannio di centomila sesterzi (la metà della somma nell'immediato, mentre la parte restante in un momento successivo); d'altro canto, Fannio è tenuto a dare a Roscio una parte della somma che avrebbe ottenuto da un accordo privato con Flavio. Fannio, però, non rispetta l'obbligo previsto dall'arbitrato e, tre anni dopo, cita in giudizio Roscio per i cinquantamila sesterzi ancora dovuti.

Cicerone difende il suo assistito da un'*actio certae creditae pecuniae* relativa a una somma determinata di denaro comportante l'applicazione di *sponsio et restipulatio tertiae partis*. Il fatto che nell'orazione non viene menzionata esplicitamente la *certa credita pecunia* non sorprende perché tale espressione è utilizzata nelle fonti con il suo significato tecnico solo sul finire dell'età repubblicana, dunque, si tratta di un periodo successivo rispetto a quando scrive Cicerone⁴²¹. Queste parole si trova nelle testimonianze non prima dell'età in cui furono emanate la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*,

⁴¹⁹ L. ZANDRINO, *Dal 'pater' all' 'argentarius'*. *Profili giuridici dell'attività contabile in diritto romano*, Roma, 2018, 67, nt. 210.

⁴²⁰ L. ZANDRINO, *Dal 'pater' all' 'argentarius'*, cit., 68, nt. 211.

⁴²¹ M. VARVARO, *'Condictio'*, cit., 284.

databile a un periodo compreso fra il 49 e il 42 a.C., e la *lex Iulia municipalis* promulgata da Cesare nel 45 a.C.⁴²².

L'autore (al passo 5.14 dell'opera) chiarisce la sua posizione in ordine all'azionabilità della pretesa di una somma determinata di denaro:

Stipulatus es - ubi, quo die, quo tempore, quo praesente? Quis spondisse me dicit? Nemo. Hic ego si finem faciam dicendi, satis fidei et diligentiae meae, satis causae et controversiae, satis formulae et sponsioni, satis etiam iudici fecisse videar cur secundum Roscium iudicari debeat. Pecunia patita est certa; cum tertia parte sponsio fatta est. Haec pecunia necesse est aut data expensa lata aut stipulata sit.

Da questa affermazione appare palese che per Cicerone per esperire l'*actio certae creditae pecuniae* è necessaria che ci sia stata *datio*, *expensilatio* o *stipulatio* della somma in questione⁴²³. Questi tre atti costituiscono la triade negoziale per cui è possibile attuare un'operazione di credito di una somma determinata di denaro che viene tutelata dall'*actio certae creditae pecuniae*⁴²⁴; pertanto Cicerone menziona la triade per escludere l'applicabilità di tale azione dal momento che tra le parti è stata costituita una società e, quindi, i crediti inerenti a questa seguono le *actiones* contrattuali tipiche che, peraltro, sono azioni di buona fede⁴²⁵.

Dunque, la difesa dell'avvocato è atta a dimostrare che la somma determinata di denaro oggetto della controversia non è dovuta in base a uno di questi tre atti; diversamente se Fannio, difeso da Publio Saturio, avesse intrapreso un'altra strada, sperando un'altra *actio* il compito di Cicerone sarebbe stato diverso⁴²⁶. Quindi, all'autore occorre individuare i tre meccanismi produttivi di obbligazione o i tre generi di obbligazione e provare che non siano presenti nel caso in questione: egli sostiene che per la nascita di un'obbligazione è necessario che essa sia accompagnata da un evento appropriato che ne abbia determinato l'origine; quando si tratta di una somma di denaro data in prestito (*haec pecunia*), è essenziale che questa sia stata o consegnata fisicamente

⁴²² U. ROBBE, *L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae e la sua distinzione dalla condictio*, in *SDHI*, VII, 1941, 41.

⁴²³ B. CORTESE, *Quod sine iusta causa*, cit., 4.

⁴²⁴ M. VARVARO, *Condictio*, cit., 285.

⁴²⁵ B. CORTESE, *Quod sine iusta causa*, cit., 5.

⁴²⁶ M. VARVARO, *Condictio*, cit., 285 e A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 141 ss.

(qui entra in gioco l'elemento *re* riferito all'atto della consegna), oppure registrata come debito *expensa lata* (e quindi *litteris*), oppure stipulata attraverso un atto formale *verbis*, cioè tramite l'uso di specifiche parole⁴²⁷.

Nel proseguo Cicerone afferma che Fannio non è in grado di dimostrare alcunché e, dunque, la sua azione è priva di fondamento giuridico. Infatti, l'attore asserisce che nessuno gli ha consegnato il denaro; inoltre, i suoi libri contabili confermano che la cifra non è stata trascritta; in aggiunta i testimoni restano in silenzio, quindi, è possibile concludere che non ci sia stata alcuna stipulazione⁴²⁸. Dunque, Cicerone dimostra che non è dovuto nulla nei confronti dell'attore da parte del suo assistito dal momento che la fonte del credito relativo alla somma determinata non risulta un'operazione di credito. Inoltre, leggendo l'intera opera, si comprende che la somma richiesta da Fannio risulta da un accordo traslativo avvenuto in conseguenza alla nomina di Caio Pisone come arbitro⁴²⁹.

Nel momento in cui Fannio richiede la seconda rata di questa somma, pari a cinquanta mila sesterzi, egli avrebbe dovuto intentare un'azione riguardante una *certa pecunia* (come la *condictio*) e non una *certa pecunia credita*. Dunque, la tattica difensiva di Cicerone beneficia dell'errore commesso dall'attore che, agendo mediante *actio certae creditae pecuniae*, avrebbe dovuto richiedere, sul piano probatorio, la dimostrazione di una delle cause da cui può nascere una *certa pecunia credita*. Poiché ha menzionato che è stata presta *sponsio tertiae partis*, caratteristica dell'*actio certae creditae pecuniae*, Cicerone può sostenere di non trovare altro modo per riuscire a esigere in giudizio una somma determinata di denaro⁴³⁰.

Con riguardo alla cifra per cui l'attore agisce si sono formulate più interpretazioni; in particolare quella di Cannata⁴³¹, seppur valida, in realtà non convince perché non appare del tutto aderente ai fatti descritti nell'orazione (pur sempre incompleta) di

⁴²⁷ M. GEMELLI, *I contratti nel diritto romano: il sistema della 'condictio'*, in *Cammino Diritto*, 2024, 18.

⁴²⁸ Cic. *Rosc. com.* 5.14: *Datam non esse Fannius confitetur; expensam latam non esse codices Fanni confirmant, stipulatam non esse taciturnitas testium concedit.*

⁴²⁹ Cicerone ricorda che Caio Pisone ha chiesto a Fannio di dare tremila sesterzi a Roscio come ricompensa per il lavoro svolto e l'impegno profuso nella veste di rappresentante legale, partecipando alle udienze (Cic. *Rosc. com.* 13.38: *Tu, Piso; tu enim Q. Roscium pro opera ac labore, quod cognitor fuisset, quod uadimonia obisset, rogasti ut Fannio daret HS I hac condicione ut, si quid ille exegisset a Flauio, partem eius dimidiam Roscio dissolueret*).

⁴³⁰ M. VARVARO, 'Condictio', cit., 286.

⁴³¹ C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sui 'nomina transscripticia'*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano 2007, 183 ss., ora in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. Vacca, II, Torino 2012, 622 ss. (da cui si cita).

Cicerone. Infatti, a giudizio dell'autore, l'azione che Fannio ha avviato riguarda la somma di cento mila sesterzi (non cinquanta mila). Egli ritiene che l'attore abbia agito sulla base di un *expensi latio* effettuata per la modifica di una precedente obbligazione nata mediante *stipulatio*. Tuttavia, la *restipulatio* che Cicerone menziona non deve necessariamente essere interpretata come una promessa stipulata da Fannio sul presupposto che Roscio promettesse di pagare i cento sesterzi tramite *stipulatio*; potrebbe trattarsi di un atto simmetrico a una *datio*, come correttamente affermato da Arangio-Ruiz: «*datio* da una parte, *repromissio* dall'altra»⁴³². È stato contestato anche che, se realmente fosse stata conclusa una *stipulatio* come descritta da Cannata, sicuramente Saturio l'avrebbe indicato durante la sua *editio instrumentorum*⁴³³. Dunque, la ricostruzione proposta dal Cannata risulta incoerente con quanto scritto da Cicerone.

L'Arpinate costruisce l'assetto difensivo partendo dall'assunto che controparte, qualsiasi altra azione avesse intentato, avrebbe comunque perduto la causa in quanto l'obbligazione non può essere mai nata⁴³⁴. L'intento dell'autore risulta chiaro fin dalle prime righe della narrazione, nelle quali si percepisce chiaramente il tentativo di mettere in cattiva luce Fannio, evidenziando la mancanza di fondamento della pretesa attorea. Egli, infatti, parte affermando la mancanza dell'elemento *litteris*: il credito non può essere richiesto dal momento che non è presente la corrispondenza necessaria nei registri contabili. La difesa, quindi, in modo ironico critica la volontà dell'attore di presentare i propri documenti: Cicerone sfida Fannio a portare tali scritture con l'ammonimento che lo stesso avrebbe fatto il suo assistito⁴³⁵.

Più volte Cicerone⁴³⁶, sprezzante, fa leva sul carattere inaffidabile dell'avversario; non viene dichiarato esplicitamente, ma, attraverso domande retoriche negative, si realizza l'attacco alla reputazione di credibilità di Fannio. Tali affermazioni risultano ancor più gravi in quanto espresse nel contesto romano, dove la *fides* dell'individuo è

⁴³² V. ARANGIO-RUIZ, *L'orazione per l'attore comico Quinto Roscio*, in *Tutte le opere di Cicerone. Le orazioni*, I, Milano, 1964, 297.

⁴³³ M. VARVARO, 'Condictio', cit., 286, nt. 80.

⁴³⁴ M. GEMELLI, *I contratti*, cit., 23.

⁴³⁵ Cicerone afferma che, se Fannio presenta i suoi documenti, Roscio farà lo stesso (Cic. *Rosc. com.* 1.1: *Quod si ille suas proferet tabulas, proferet suas quoque Roscius. Erit in illius tabulis hoc nomen, at in huius non erit. Cur potius illius quam huius credetur? - Scripsisset ille, si non iussu huius expensum tulisset?*).

⁴³⁶ Cicerone provoca controparte e, con fare dispregiativo, gli domanda se fosse possibile che sia possibile che abbia scritto il falso nei suoi registri (Cic. *Rosc. com.* 1.1: *Egone talem uirum corrumpere potui, ut mea causa falsum in codicem referret? egone hanc manum plenam perfidiae et hos digitos meos impellere potui ut falsum perscriberent nomen?*).

legata allo status economico e sociale e fa riferimento a temi importanti quali *honor, decus, fama e dignitas*⁴³⁷.

L'avvocato enfatizza un altro aspetto: Fannio ha atteso tre anni prima di trascrivere nei registri il debito dovutogli da Roscio⁴³⁸: Dunque, Cicerone, sempre in modo provocatorio, si chiede la ragione di tale attesa, soprattutto considerando l'entità considerevole della somma. L'intento dell'avvocato è chiaro: rilevare l'atteggiamento subdolo di Fannio che ha tentato di ingannare il convenuto con un'erronea trascrizione di somme evidentemente non dovute⁴³⁹. Inoltre, l'Arpinate rinfaccia all'attore di aver presentato la propria pretesa dapprima mediante arbitrato e solo successivamente agendo in giudizio quando, normalmente, si sceglie in prima battuta la strada ordinaria di procedura legale perché in caso di vittoria risulta maggiormente soddisfacente rispetto all'*arbitrium*⁴⁴⁰: se controparte avesse registrato tempestivamente il debito non avrebbe avuto la necessità di un arbitrato⁴⁴¹.

Dopo aver messo a tacere qualsiasi dubbio sulla totale mancanza dell'elemento *litteris*, Cicerone analizza poi l'assenza degli altri due elementi (*re* e *verbis*), sostenendo l'impossibilità di nascita per l'obbligazione e, quindi, l'innocenza del suo assistito. Afferma che egli nega di aver pagato in contanti (*adnumerasse sese negat*): è interessante l'uso del verbo *adnumerare* in questo frangente, il suo significato preciso è proprio quello di 'pagare mediante contanti'. Tale verbo favorisce a eliminare la possibile presenza dell'elemento *re*. Poi, ribadisce che controparte non dice di aver registrato la spesa (*expensum tulisse non dicit*): anche in questo caso è importante notare l'efficace uso del verbo; infatti, l'autore non utilizza, come nella precedente frase '*negat*', verbo dalla sfumatura di significato forte e perentoria, ma adopera l'espressione '*non dicit*' per enfatizzare il rifiuto da parte di Fannio di mostrare i propri libri come prova.

⁴³⁷ M. GEMELLI, *I contratti*, cit., 24.

⁴³⁸ Cicerone domanda a Fannio come si possa egli permettere di non aggiornare i propri libri contabili, mentre comunemente gli uomini di buon senso trascrivono i propri debiti o crediti mensilmente con attenzione (Cic. *Rosc. com.* 3.8: *Cur tam diu iacet hoc nomen in aduersariis? Quid si tandem amplius triennium est? quo modo, cum omnes qui tabulas conficiant menstruas paene rationes in tabulas transferant, tu hoc nomen triennium amplius in aduersariis iacere pateris?*).

⁴³⁹ M. GEMELLI, *I contratti*, cit., 24.

⁴⁴⁰ Cic. *Rosc. com.* 4.13: *Ceteri cum ad iudicem causam labefactari animaduertunt, ad arbitrum confugiunt, hic ab arbitro ad iudicem uenire est ausus! qui cum de hac pecunia tabularum fide arbitrum sumpsit, iudicauit sibi pecuniam non deberi.*

⁴⁴¹ M. GEMELLI, *I contratti*, cit., 24, nt. 41.

A questo punto Cicerone si concentra sulla mancanza dell'elemento *verbis*: dopo aver negato l'esistenza del prestito e ammesso di non aver registrato il debito di Roscio nei suoi registri, all'attore non resta che affermar di aver stipulato un accordo verbale (*stipulatio*). Tuttavia, viene osservato che non vi è prova di tale accordo e il processo non può fondarsi su un contratto verbale inesistente. Infatti, Cicerone asserisce quanto segue:

4.13 *Reliquum est ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim quem ad modum certam pecuniam petere possit non reperio.*

In definitiva, l'orazione *Pro Roscio Comoedo* offre uno spaccato delle dinamiche del diritto romano, mostrando l'importanza della retorica, della presentazione delle prove e dell'abilità nell'argomentazione come strumenti essenziali per la risoluzione dei conflitti legali. Cicerone, in veste di esperto avvocato, asserisce che non è possibile il sorgere dell'obbligazione e dimostra la fallacia della pretesa avversaria.

In conclusione, tornando al ragionamento sulla *condictio* e sull'*actio certae creditae pecuniae*, è importante prendere in considerazione anche quanto scrive Quintiliano della l'*actio certae creditae pecuniae* in riferimento alla restituzione di una somma di denaro promessa con *stipulatio certi*⁴⁴² e ribadire una riflessione. Giova, dunque, ricordare che si assiste a un vero e proprio processo di assorbimento tra *condictio certi* e *actio certae creditae pecuniae*, ma ai tempi di Cicerone non è ancora avviato; diversamente, dalle fonti si stabilisce che Gaio sia essere a conoscenza di tale sviluppo. Egli, infatti, scrive⁴⁴³ dell'*actio certae creditae pecuniae* facendo riferimento in realtà alla *condictio* in quanto l'esercizio di tale *actio* si accompagna alla *sponsio et restipulatio tertiae partis* e non si limita all'obbligazione derivate da una *datio mutui*⁴⁴⁴. Il giurista paragona l'*actio per sacramentum* all'*actio certae creditae pecuniae* in ordine alla pericolosità che è connessa alle due procedure. Infatti, proprio in questo passo Gaio

⁴⁴² Quint. *Inst. orat.* 4.2.6: *Accidit aliquando alteri, et sepius ab actore, vel quia satis est proponere vel quia sic magis expedit. Satis est dixisse: 'certam creditam pecuniam peto ex stipulatione', 'legatum peto ex testamento'. Diversae partis expositio est cura e non debeantur.*

⁴⁴³ Gai 4.14: *Sacramenti actio generalis erat. De quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur: eaque actio proinde periculosa erat falsi [...] atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsonem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non dubitum petat. Nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poene nomine; eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsonis et restipulationis poena lucro cedit adversarii, qui vicerit.*

⁴⁴⁴ M. VARVARO, 'Praescriptio' e 'sponsio', cit., 388.

descrive il pericolo, correlato all'*actio certae creditae pecuniae*, derivante dalla pratica della *sponsio et restipulatio tertiae partis*: da un lato mette a rischio il convenuto che nega temerariamente la validità del credito, dall'altro risulta una procedura azzardata anche per l'attore nel caso in cui chieda qualcosa di non dovuto. Anche un altro passo di Gaio⁴⁴⁵ riguarda la *sponsio*: il giurista asserisce che si tratta di una sorta di scommessa legale per la quale le parti si impegnano a pagare una certa somma in caso di perdita.

2 *La condictio iuventiana: il sottile confine tra condictio e actio de in rem verso*

Riprendendo quanto approfondito nel secondo capitolo e quanto emerso dal precedente paragrafo, è stato chiarito che l'utilizzo della *condictio* non sia rilegato ai soli casi di arricchimento ingiustificato e, inoltre, è stata illustrata anche l'*actio de in rem verso* quale altro strumento che mira a tutelare questa circostanza (che viene adoperata anche nei casi in cui tra le parti non è intercorso alcun *negotium contractum*)⁴⁴⁶. Dunque, si deduce che si ricorra all'*actio de in rem verso* nelle situazioni che, senza considerare l'arricchimento ingiustificato, non avrebbero protezione⁴⁴⁷. Tali situazioni vengono esaminate per colmare le lacune del sistema sanzionatorio dell'arricchimento ingiustificato; pertanto, gli interventi che considerano l'arricchimento esclusivamente in termini di *versio in rem* hanno carattere sussidiario.

L'ultimo intervento che viene effettuato assume una grande importanza per l'interpretazione che gli viene attribuita. Si tratta del passo presente al termine di un rescritto promulgato a Bisanzio dall'imperatore Diocleziano nell'aprile dell'anno 293. In Diversi casi gli studiosi si sono convinti dell'idea che vede, nel rescritto dell'anno 194 emesso dagli imperatori Settimo Severo e Caracalla⁴⁴⁸, un precedente di quello dell'imperatore Diocleziano⁴⁴⁹. Tuttavia, la questione è trattata in modo diverso; infatti, si parla del caso in cui un procuratore senza poteri di rappresentanza prende in prestito del

⁴⁴⁵ Gai 4.171: *Et ideo in edicto adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur; ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta: sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidia.*

⁴⁴⁶ Cfr. sopra, cap. II, § 8.

⁴⁴⁷ C.A. CANNATA, 'Cum alterius detrimento', cit., 49.

⁴⁴⁸ *Imp. Septimius Severus et Caracalla AA. Carpo C. 8.15.1: Procurator citra domini voluntatem domum pignori frustra dedit. si tamen pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio dumtaxat quod numeratum est exsolvi desideranti* (a. 194).

⁴⁴⁹ C.A. CANNATA, 'Cum alterius detrimento', cit., 50, nt. 90.

denaro da un terzo nell'interesse del proprio dominus e, come garanzia, dà in pegno una proprietà del suo padrone senza averne l'autorità. Il creditore, a questo punto, solleva l'eccezione di dolo opponendo il pegno. Questa eccezione è considerata valida se il creditore è disposto a restituire l'immobile e il padrone paga quanto ha ricevuto dal prestito.

Ciò di cui si occupano gli imperatori è il pegno che risulta invalido; tuttavia, esso ha creato una situazione favorevole per il creditore che non può essere ignorata. Dunque, anche se il pegno è invalido dal momento che il procuratore non possiede l'autorità di impegnare la proprietà, il creditore ha comunque il diritto di essere rimborsato, poiché il padrone ha beneficiato del denaro. Questo equilibrio è mantenuto per ragioni di equità e giustizia, assicurando che il creditore non subisca una perdita a causa di una transazione che, seppur invalida, ha comunque avvantaggiato il padrone.

Tornando al rescritto del 293, il testo recita così:

Alioquin si cum libero rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.

Il *casus* concerne un soggetto G che, nel gestire gli affari di un altro individuo A, conclude un mutuo con un terzo B (per conto di A). Dal momento che il denaro non viene restituito, B potrebbe esperire la *condictio* contro G, ma procede contro A, evidentemente perché teme che G risulti insolubile. L'imperatore sottolinea che, solo nel caso in cui A abbia ratificato il mutuo, l'azione è possibile⁴⁵⁰. Quindi, se si verifica un problema con il contratto, non è possibile reclamare alcunché nei confronti del *dominus*, a meno che il denaro non sia stato utilizzato a beneficio dello stesso padrone.

Trova la medesima soluzione anche l'ipotesi prospettata da Ulpiano⁴⁵¹ in cui un soggetto agisce contro una città: la *civitas* può essere ritenuta responsabile del prestito solo nel caso in cui abbia beneficiato della somma.

⁴⁵⁰ C.A. CANNATA, 'Cum alterius detrimento', cit., 51.

⁴⁵¹ Ulp. 10 ad ed. D. 12.2.27: *Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.*

Pertanto, Diocleziano non implementa il regime già previsto. Tuttavia, questo testo, insieme a un frammento di Celso, vengono interpretati dal glossatore Roffredo di Benevento per costituire quella che viene definita la *condictio Iuventiana*.

Egli infatti scrive⁴⁵²:

Quaestio. Sed illud quaeritur: pone quod aliquis liber homo gerebat negotia tu et pecuniam sibi mutuavi: et illam expedit in tuam utilitatem: utrum possim agere contra te actione de rem in verso. Respondeo: potes: quia utilis de in rem verso competit: quia sententia concordat: licet verba deficiant.

Viene menzionata una *actio de in rem verso utilis* semplicemente perché in precedenza parla dell'*actio de peculio et in rem verso* per un mutuo realizzato da uno schiavo altrui, precisando che l'*actio de peculio* sia esperita contro il padrone dello schiavo mutuatario se è in vita o entro un anno dalla morte, mentre l'*actio de in rem verso* risulta un'azione pretoria usata sempre contro il padrone o anche nei confronti dei suoi eredi dopo l'anno dalla morte dello schiavo⁴⁵³. Quindi, nel passo viene specificato che il gestore di affari è un uomo libero e non un *servus*. Quello di cui parla Roffredo è un'azione generale di arricchimento che si fonda non sulla *condictio*, ma sulla *versio in rem*.

Giova tenere a mente che tale *condictio* non ha matrice romana: né il diritto classico e nemmeno il diritto giustiniano ne fa menzione. Nel diritto romano, l'unica azione generale di arricchimento, circoscritta al settore delle attribuzioni derivanti da un negozio concluso tra le parti, è la *condictio* e un'azione generale basata solamente sulla *versio in rem*, indipendentemente dalla sua origine negoziale, non esiste. Anche quanto scritto da Diocleziano (che risulta il seme per far germogliare questa *condictio Iuventiana*), in realtà, non è un'azione generale di arricchimento, ma è l'azione derivante dal mutuo, concessa al mutuante contro un soggetto diverso dal mutuatario, dato che la *versio* avviene a favore di un altro individuo.

⁴⁵² ROFFREDUS BENNEVENTANUS, *Solemnis Atque Tractatus Libellorum*, Argentorate, 1502, pars. I, fol.18.

⁴⁵³ C.A. CANNATA, 'Cum alterius detrimento', cit., 51, nt. 94.

Dunque, il processo che conduce alla creazione della *condictio Iuventiana* interpreta la *versio*, considerandola in sé, mentre per il diritto romano si tratta di interventi casistici correttivi di un sistema di arricchimento stabilito in modo rigoroso⁴⁵⁴.

Per giungere alla realizzazione della *condictio Iuventiana*, oltre al rescritto di Diocleziano, si fa riferimento a un altro testo: un frammento del Digesto di Celso⁴⁵⁵ (che è stato ampiamente analizzato in questo elaborato⁴⁵⁶) quale «singolare ipotesi di applicazione della *condictio* tradizionalmente denominata, sin dal XVIII secolo, *condictio Iuventiana*»⁴⁵⁷. Cerami⁴⁵⁸, nella sua analisi della *condictio Iuventiana*, si focalizza non solo sul frammento di Celso, ma, più in generale, sul suo pensiero (che emerge anche da altri testi) come fondamento della azione.

Il *casus* narrato da Celso riguarda l'ipotesi di una *delegatio promittendi mutui causa*: un soggetto stipula un prestito con due individui; uno di questi incarica il proprio debitore del pagamento, ma il richiedente riceve la somma credendo, erroneamente, che si trattasse del delegato promittente dell'altro soggetto. Il giurista si interroga sulla possibilità di restituire la somma mediante *condictio*, nonostante effettivamente tra i due non ci fosse un contratto, e conclude in senso affermativo avvalendosi dei principi generali dell'*aequitas*.

Cerami, per ricostruire il pensiero di Celso, si serve di due scritti che, pur presentando situazioni diverse, conducono alla medesima soluzione. Il primo frammento (che è stato già menzionato⁴⁵⁹) suona così:

Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.6-8: *Si quis quasi statuliber mihi decem dederit, cum iussus non esset, condicere eum decem Celsus scribit. 7. Sed si servus, qui testamento heredi iussus erat decem dare et liber esse, codicillis pure libertatem accepit et id ignorans dederit heredi decem, an repetere possit? Et refert patrem suum Celsum existimasse repetere eum non posse: sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti*

⁴⁵⁴ C.A. CANNATA, 'Cum alterius detrimento', cit., 51.

⁴⁵⁵ Cels. 5 *dig.* D. 12.1.32: *Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia a me quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*

⁴⁵⁶ Cfr. sopra, cap. II, § 4; cfr. sopra, cap. II, § 8.

⁴⁵⁷ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 157.

⁴⁵⁸ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 155 ss.

⁴⁵⁹ Cfr. sopra, cap. II, § 1.

posse. quae sententia verior est, quamquam constet, ut et ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciores sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum. 8. Suptilius quoque illud tractat, an ille, qui se statuliberum putaverit, nec fecerit nummos accipientis. Quoniam heredi dedit quasi ipsius heredis nummos daturus, non quasi suos, qui utique ipsius fuerunt, acquisiti scilicet post libertatem ei ex testamento competentem. Et puto, si hoc animo dedit, non fieri ipsius: nam et cum tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos. quid ergo, si hic non heredi, sed alii dedit, cui putabat se iussum? Si quidem peculiare dedit, nec fecit accipientis: si autem alius pro eo dedit aut ipse dedit iam liber factus, fient accipientis.

In ordine all'analisi che si vuole condurre il passo più importante è quello centrale che, però, per essere compreso al meglio necessita di chiarire anche il frammento precedente e quello successivo, contestualizzando la fattispecie.

Partendo dal primo passo, il giurista parla di un soggetto che, considerandosi *statuliber*⁴⁶⁰, dà all'erede una somma di denaro; tuttavia, accortosi che nel testamento non è presente alcuna indicazione di questo tipo (e, dunque, è a tutti gli effetti libero), egli può richiedere quanto dato mediante *condictio*. Molti autori si sono interrogati domandandosi nei confronti di chi il soggetto, manomesso per testamento, credendo, invece, di essere sottoposto a una condizione, abbia effettuato il pagamento. Infatti, è necessario valutare le interpretazioni date al pronome personale *mihi* e stabilire se si riferisca specificatamente all'erede o a un terzo generico dal momento. Entrambe le posizioni vengono sostenute menzionando argomentazioni solide, ma appare maggiormente plausibile, anche considerando il nesso logico con gli altri frammenti, l'ipotesi dell'erede⁴⁶¹. È di questa opinione Burdese⁴⁶², il quale afferma che, se la fattispecie fosse diversa da quella presentata nel passo successivo, il giurista avrebbe dovuto espressamente precisarlo⁴⁶³. Di senso contrario a quello appena esposto è il pensiero di

⁴⁶⁰ Come afferma Talamanca, lo *statuliber* è un soggetto che si trova in una situazione di provvisoria libertà che diventa effettiva nel momento in cui si verifica la condizione sospensiva. Infatti, esiste la *manumissio testamento* che, appunto, serve a liberare lo schiavo per il periodo successivo alla morte del *dominus*. Fin dai tempi della legge delle XII Tavole i Romani prevedono che questo tipo di manomissione possa essere sottoposta a una condizione sospensiva o a un termine iniziale (manomissione condizionale) (TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 93 s).

⁴⁶¹ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 165, nt. 49.

⁴⁶² A. BURDESE, *Il cosiddetto 'error in dominio' nella traditio classica*, in *Archives de droit privé*, XVI, 1953, 33, anche in *AUFE*, II, 1953, 112 (da cui si cita).

⁴⁶³ R. SANTORO, *Studi*, cit., 311, nt. 154.

Zilletti⁴⁶⁴. Infatti, egli ritiene che non si possibile che *mihi* si riferisca all'erede dal momento che l'ipotesi di prestazione verso l'erede è contenuta nel testo D. 12.4.3.7. È da rilevare, però, che le due fattispecie, per quanto affini, non sono coincidenti in quanto il primo tratta il caso generale di chi si ritiene manomesso a condizione, quando, invece, è già libero; mentre il secondo si occupa del soggetto che si considera manomesso perché così stabilisce il testamento, ma è libero perché così dispongono i codicilli (è, appunto, questo fattore a scatenare la questione problematica di cui discute Celso).

Il frammento centrale dà origine a un tema controverso, trattando una variante dalla prima ipotesi presentata precedentemente tanto che il testo con '*sed*'. In questo caso il pagamento è eseguito da chi, manomesso sotto tale condizione dal testamento, è ignaro di aver ricevuto la libertà *sine condicio* da parte dei codicilli⁴⁶⁵. I codicilli (termine sempre utilizzato al plurale⁴⁶⁶) sono un piccolo *codex* formato da tavolette cerate che può contenere disposizioni *mortis causa* senza la necessità delle formalità previste per il testamento⁴⁶⁷. Come attestato da Giuliano⁴⁶⁸, è possibile, proprio mediante, i codicilli donare la libertà (*libertatem dare*) e annullare una condizione (*condicionem extinguere*)⁴⁶⁹.

A differenza del padre, Celso, spinto da una considerazione equitativa, decide che sia possibile *repetere* mediante *condictio* la somma data⁴⁷⁰. Dunque, analizzando il fondamento del ragionamento di Celso, che si contrappone al padre, si scopre anche la sua idea di *ius*. Le motivazioni delle due opinioni possono essere rintracciate sul finale del passo quando Ulpiano afferma: '*quamquam contest... opinione falsa deceptum*'⁴⁷¹. La soluzione di Celso è promossa da principi astratti dell'*aequitas*, tuttavia, il giurista nonostante sia favorevole all'utilizzo della *condictio* (e dunque abbia una visione contraria a quella del padre), Ulpiano enfatizza che lo stesso figlio riconosca la validità del ragionamento del genitore. Infatti, è noto (*constet*) che colui che consegna una somma

⁴⁶⁴ U. ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, 118, nt. 60.

⁴⁶⁵ R. SANTORO, *Studi*, cit., 312.

⁴⁶⁶ Gai. 8 *ad. leg. Iul. et Pap.* D. 50.16.148: *Non est sine liberis, cui vel unus filius unave filia est: haec enim enuntiatio 'habet liberos' 'non habet liberos' semper plurativo numero profertur, sicut et pugillares et codicilli.*

⁴⁶⁷ TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 724.

⁴⁶⁸ Iul. 39 *dig.* D. 30.96.4: *Cui statuliber pecuniam dare iussus est, is rogari potest, ut eandem pecuniam alicui restituat: nam cum possit testator codicillis pure libertatem dare et hoc modo condicionem extinguere, cur non etiam per fideicommissum eandem pecuniam adimendi potestatem habeat?*

⁴⁶⁹ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 166, nt. 52.

⁴⁷⁰ R. SANTORO, *Studi*, cit., 313.

⁴⁷¹ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 166.

di denaro abbia l'aspettativa di essere in qualche modo ricompensato dal soggetto ricevente: nella prospettiva del padre, pertanto, non è possibile richiedere la restituzione del denaro solo per la previsione che si era fatta.

Dunque, il padre considera la consegna del denaro come una donazione e sostiene che colui che la riceve abbia una giusta causa per trattenere la somma. Al contrario, il figlio contesta tale visione poiché l'errore del donante esclude in modo inconfutabile la *causa donantis*, ossia la volontà di ridurre il proprio patrimonio a favore dell'altro. Quindi, l'atto non può che essere l'adempimento di una condizione e, di certo, non una donazione.

Viene sottolineato da alcuni autori che Ulpiano abbia manipolato il pensiero di Celso basato sul *bonum et aequum*, accentuando il fondamento dell'*aequitas* ed identificando il binomio con il concetto di *iustitia*: la prospettiva di Celso viene ridotta all'idea che equipara il diritto alla giustizia e il significato, originariamente legato alle relazioni sociali e storiche, scompare a causa dell'interpretazione giusnaturalistica che lo ha trasformato in un insieme di valori universali ed immutabili⁴⁷².

Nel frammento successivo, dopo aver stabilito che non possa trattarsi di donazione, ci si pone il problema della trasmissione della proprietà del denaro, la cui soluzione viene presentata da Ulpiano e non si conosce il pensiero di Celso (anche se è possibile affermare con grande probabilità che l'opinione di Ulpiano sia adesiva rispetto a quella celsina)⁴⁷³. Effettivamente, il presunto statulibero ha consegnato la somma perché erroneamente crede che il denaro spettasse all'erede: egli considera il denaro dato come appartenente all'erede e non suo. Per addivenire alla conclusione della questione è necessario distinguere due scenari: se il pagamento viene effettuato con denaro appartenente al pecunio, allora non si verifica il trasferimento della proprietà; invece, nell'ipotesi in cui l'adempimento della condizione avviene da parte di un terzo o dallo stesso manomesso mediante, però, una somma acquistata quando è divenuto libero, allora si ha l'effettivo trasferimento della proprietà dei *nummi*⁴⁷⁴.

Il testo, poi, esprime un'altra questione spinosa: ci si domanda della validità del trasferimento della proprietà nel caso in cui il pagamento sia effettuato in favore di un

⁴⁷² A. SCHIAVONE, *Giuristi e principi nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi*, in *SDHI*, LXIX, 2003, 48.

⁴⁷³ R. SANTORO, *Studi*, cit., 313.

⁴⁷⁴ R. SANTORO, *Studi*, cit., 314.

terzo e non dell'erede. Molti sostengono che la risposta a questo quesito sia data dal frammento D. 12.4.3.6 quando il giurista fa riferimento a un ipotetico *mihi* lasciando intendere che possa trattarsi dell'erede o di un terzo generico⁴⁷⁵.

Dunque, la *traditio mummorum* eseguita dall'apparente statulibero risulta viziata da due errori: uno è l'*error in dominio*, che è stato pocanzi menzionato, (sbaglio sul trasferimento della proprietà), poi si trova anche l'*error in personam*: si tratta dell'equivoco per cui il soggetto si ritiene *statusliber*, non tenendo conto della disposizione codicillare che gli dà la libertà a tutti gli effetti, ed effettua il pagamento. Lo sbaglio che più rileva non è tanto quello sulla proprietà dei nummi, quanto quello che lo precede, relativo allo *status* del soggetto pagante tanto che il testo dapprima parla dell'esistenza dell'*error in personam* (*illud tractat, an ille, qui se statuliberum putaverit, nec fecerit nummos accipientis*) e, solo dopo, menziona l'*error in dominio* (*quoniam heredi dedit quasi ipsius heredis nummos daturus, non quasi suos, qui utique ipsius fuerunt*).

Cerami per chiarire la posizione di Celso e confermare i risultati raggiunti fa riferimento anche a un altro frammento del Digesto. Il testo, infatti, mette in luce il pensiero celsino sul *bonum et aequum* in conformità con quanto prospettato dai *veteres*⁴⁷⁶. Di ciò si trae conferma da:

Cels. 28 dig. D. 39.5.21: *Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti: factum valet, ille enim suum recepit. 1. Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere iussi, an summo veris donationis exceptione necne tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego, si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit ita, ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus: sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te conditionem.*

⁴⁷⁵ R. SANTORO, *Studi*, cit., 318.

⁴⁷⁶ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 169.

La fattispecie di cui si discute è una *delegatio promittendi donationis causa*. In prima battuta il giurista stabilisce che questo istituto si realizza validamente (*factum valet*) se un soggetto A incarica B di promettere a C, suo creditore, di dare una determinata somma. Dunque, tale negozio giuridico permette al debitore di delegare un terzo il compito di promettere una donazione nei confronti del proprio creditore originario. La *delegatio promittendi donationis* viene effettuata per diverse ragioni: per estinguere un debito (la donazione rappresenta, infatti, un modo alternativo per saldare il debito di A nei confronti di C) oppure per raggiungere un accordo tra le parti (i due possono pattuire un piano di pagamento che include una donazione). Quindi, l'operazione è valida nel momento in cui tutte le parti restano soddisfatte: A deve raggiungere l'obiettivo della liberalità, B deve estinguere il suo debito, C deve ottenere il suo debito.

L'ipotesi successivamente prospettata concerne una situazione più complessa poiché la somma di denaro promessa risulta *ultra modum legis Cinciae de donis et muneribus*. La *lex Cincia* è emanata con plebiscito proposto dal tribuno M. Cincio Alimento nel 204 a.C. con l'intento di vietare le donazioni superiori a un certo importo (non chiaro a quanto ammontasse, probabilmente 500 assi), eccetto i cognati fino al quinto grado (del sesto soltanto i cugini fra loro), il patrono e i liberti, gli affini più stretti, il coniuge, gli sposi, il tutore⁴⁷⁷. Tuttavia, viene definita come *lex imperfecta* perché, oltre a questa antica limitazione, non prevede una sanzione nel caso di disobbedienza; dunque, il pretore, per promuoverne il rispetto, concede al donante l'*exceptio legis Cinciae* contro l'azione del donatario che richiede l'esecuzione della donazione⁴⁷⁸.

Dunque, profilandosi una donazione viziata perché *ultra modum*, Celso ne analizza le conseguenze sui vari rapporti in gioco. Il primo quesito posto riguarda il rapporto tra il promittente A e il donatario C: si chiede se A possa opporre a C, che richiede l'esecuzione dell'ordine, l'*exceptio legis Cinciae*⁴⁷⁹. Ciò su cui si interroga l'autore è se l'eccezione possa essere esperita da chiunque abbia interesse a far valere il limite stabilito dalla *lex Cincia* (limite che risulta non commisurato alle capacità patrimoniali del donante)⁴⁸⁰. La risposta negativa del giurista si giustifica in considerazione della funzione pratica dell'operazione che permette di velocizzare le pratiche giuridiche: senza l'uso

⁴⁷⁷ TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 774.

⁴⁷⁸ G. PUGLIESE - F. SITZIA - L. VACCA, *Istituzioni*, cit., 705.

⁴⁷⁹ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 169.

⁴⁸⁰ P. CERAMI, *D. 39.5.21.1 (Cels. 28 'dig.')*. *Una controversa testimonianza celsina in tema di 'delegatio promittendi donationis causa'*, in *SDHI*, LIV, 1978, 147 nt. 19.

della *delegatio* avrebbero dovuto eseguirsi numerose attività (il delegante avrebbe dovuto incassare il denaro da A, suo debitore, e, successivamente, avrebbe dovuto donare a C)⁴⁸¹. Infatti, con l'espressione '*quia perinde sum... credideris*' Celso non va a definire la struttura della *delegatio promittendi* piuttosto intende puntualizzare l'assetto degli interessi sottesi all'operazione con particolare riferimento al momento in cui il delegato viene citato in giudizio dal donatario⁴⁸². Si conclude che A non possa far uso dell'eccezione né a nome proprio poiché l'interesse generale intrinseco nella natura quasi popolare dell'eccezione è limitato dal fatto che nei confronti del donatario il delegato ha una specifica posizione legale: deve restituire il denaro ricevuto in prestito; né come delegato del donante, perché quest'ultimo non ha alcun legame con il donatario che implichi una promessa di donazione.

Successivamente, il giurista esamina le implicazioni dell'invalidità della donazione sul rapporto tra delegante e delegato e su quello tra delegato e donatario; analizza le conseguenze negative in ordine a due criteri temporali: prima e dopo la consegna del denaro. Viene stabilito che, nel caso in cui il delegato non abbia ancora effettuato il pagamento, il delegante può esperire un'*actio* rescissoria (che implica una *restitutio in integrum*) nei confronti del delegato, però solo con riguardo alla somma eccedente il limite previsto dalla legge Cincia affinché quest'ultimo resti obbligato verso il donatario per il residuo. Invece, con riguardo all'ipotesi in cui fosse stato già versato il pagamento, Celso ritiene che il delegante possa avvalersi della *condictio* contro il donatario per la ripetizione della parte che supera il limite di legge.

Cerami si serve sapientemente di questo passo per ricostruire il pensiero celsino perché in esso si rinviene la visione del *ius* come *ars boni et aequi*⁴⁸³. Con riguardo alla prima ipotesi descritta, infatti, da un lato, si evince l'elemento del *bonum* poiché la soluzione del giurista consente di armonizzare il rispetto della legge, quindi, un interesse pubblico, all'interesse privato del delegante affinché siano eliminati gli effetti dell'ordine di delegazione; dall'altro quanto stabilito da Celso concerne la sfera dell'*aequum* nella misura in cui vengono prese in considerazione tutte le circostanze e i rapporti tra le parti per far sì che tutto il complesso di interessi coinvolti trovi il giusto equilibrio. Guardando, invece, il secondo caso analizzato, viene concessa la *condictio* affinché il denaro versato

⁴⁸¹ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 170.

⁴⁸² P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 156.

⁴⁸³ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 171.

dal delegato al delegatario provenga effettivamente dal delegante, evitando una doppia consegna della somma attraverso il *iussum* delegatorio. Dunque, è *bonum et aequum* che il delegatario restituisca la parte di denaro che eccede il limite della legge in modo da riequilibrare, da un lato, l'interesse collettivo a che venga rispettata la *lex* e, dall'altro, gli interessi dei singoli affinché non vi siano incrementi o decrementi patrimoniali non previsti dall'operazione.

Riassumendo, dai brani analizzati, è possibile desumere che Celso, attraverso la *condictio*, mira a garantire l'equità nelle transazioni patrimoniali, prevenendo arricchimenti ingiusti e «alla luce della sua concezione del *ius* come *ars boni aequi*, intende realizzare il raccordo fra interesse collettivo e interesse particolare collegando gli interessi collettivi con quelli individuali»⁴⁸⁴. Il frammento D. 39.5.21 permette evidenziare l'utilizzo della *condictio* accompagnata alla *restitutio in integrum* nelle ipotesi di arricchimento ingiustificato extracontrattuali caratterizzate da rapporti trilaterali. Celso, quindi, getta le basi (remote) per un lungo e complesso sviluppo che sfocia con l'azione generale di arricchimento disciplinata dall'odierno Codice civile (art. 2041)⁴⁸⁵.

Il percorso sicuramente è stato complicato e segnato da varie tappe. Infatti, dall'analisi dei testi di Celso e del rescritto di Diocleziano, la dottrina di diritto comune elabora due sistemi per sanzionare l'arricchimento ingiustificato: quello delle *condictiones* e quello sussidiario della *condictio Iuventiana*, pensati come compiuti e privi della necessità di integrazioni. Questi sono, poi, stati trasmessi agli ordinamenti moderni che, proprio basandosi su queste esperienze, hanno elaborato il proprio sistema⁴⁸⁶.

Per concludere, ragionando sulla logica sottesa al *condicere*, è possibile affermare che la *condictio Iuventiana* rappresenti la radice storica della *condictio generalis* fondata sul sistema delle *condictiones* di Giustiniano e sull'idea promossa da Pomponio (D. 50.17.206) per cui è illegittimo qualsiasi arricchimento ottenuto a danno di altri⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 171.

⁴⁸⁵ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 172.

⁴⁸⁶ C.A. CANNATA, *'Cum alterius detrimento'*, cit., 52.

⁴⁸⁷ P. CERAMI, *Riflessioni*, cit., 171.

CONCLUSIONI

L'analisi svolta mira a offrire gli elementi per condurre una riflessione critica in merito all'antico istituto della *condictio*.

La tematica di approfondimento si presenta complessa e più studiosi e giuristi hanno fornito la propria opinione in merito: dunque, questo elaborato rappresenta il tentativo di aprire cammini nell'intricata materia della *condictio*, che Santoro definisce 'selva selvaggia'⁴⁸⁸.

Indubbiamente un fattore che ha reso ancor più complicato la disamina di questo strumento giuridico è l'arco temporale considerato: l'evoluzione dell'istituto segue pedissequamente lo sviluppo del diritto romano percorrendo diversi secoli di storia. Pertanto, si tratta di analizzare un processo in continua trasformazione, tenendo conto del pensiero giuridico romano, caratterizzato da un forte pragmatismo: il diritto nasce dal caso pratico. Inoltre, vi è una alta considerazione della tradizione: i cambiamenti apportati non cancellano quanto già elaborato, se ancora ritenuto valido.

Non è semplice individuare il campo applicativo della *condictio*, che nasce come rimedio restitutorio in caso di debiti di denaro e amplia sempre più il perimetro d'azione. Questione fondamentale è stata individuare il fondamento sotteso all'esercizio della *condictio* classica. È un'*actio in personam* che permette di correggere situazioni in cui una parte riceve un beneficio senza una giustificazione legale adeguata, consentendo così all'individuo, che subisce un depauperamento economico, di recuperare quanto indebitamente trasferito. Dunque, un'espressione che ben si presta a definire l'ambito applicativo di questo istituto è la seguente: *quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici*. Sebbene quest'espressione non sia presente letteralmente nelle fonti, si tratta infatti, di una formula elaborata da Cortese che ha intitolato così un suo libro, essa coglie in modo efficace l'essenza del concetto di attribuzione ingiustificata, elemento centrale della *condictio*.

Prevale la tesi secondo cui l'esercizio di questo rimedio sia finalizzato alla salvaguardia di principi di equità, in particolare quello che vieta l'arricchimento ingiustificato a danno altrui. Dunque, a fondamento della *condictio* c'è la naturale necessità di far fronte a situazioni inique: avviene un'attribuzione priva di una

⁴⁸⁸ R. SANTORO, *Studi*, cit., 181.

giustificazione legale valida, pertanto, risulta essenziale contrastare l'ingiustizia e ripristinare la situazione di partenza.

Tuttavia, non tutti concordano sull'*aequitas* quale *ratio* su cui poggiare la pretesa restitutoria. Secondo alcuni i riferimenti presenti nelle fonti sono troppo vaghi e non è possibile concepire che alla base del fenomeno restitutorio ci sia un'ingiustizia. Infatti, l'*iniuria* non configura una violazione delle norme giuridiche vigenti, bensì una deviazione dai valori di equità e dai principi generali ispiratori del diritto romano.

Dall'analisi condotta sono emersi gli elementi per cui sia possibile parlare di arricchimento ingiustificato perseguibile mediante *condictio*. Anzitutto occorre che si verifichi un trasferimento di proprietà in senso tecnico, non deve mancare, poi, una causa, intesa come ragione riconosciuta valida dall'ordinamento che sia in grado di giustificare il mantenimento (e non solo l'acquisizione) della cosa o della somma di denaro da parte del ricevente. Quindi, è questa l'ipotesi per cui scatta in capo all'*accipiens* l'obbligo, sancito dalla *condictio*, di restituire quanto è divenuto suo a seguito del trasferimento privo di causa.

Per comprendere meglio questo principio è possibile comporre un'analogia con il mutuo. Nel mutuo, infatti, un soggetto (il mutuatario) riceve denaro da un altro individuo (il mutuante) con l'obbligo di restituirlo in un secondo momento: dunque, il mutuatario diventa proprietario di ciò che riceve, ma, al contempo, è tenuto alla *restitutio*. È proprio grazie a questo paragone che i giuristi romani hanno inteso la *condictio* applicabile al caso del pagamento di *indebitum*: ipotesi in cui il trasferimento (della somma o della *res*) avviene nella convinzione erronea di dover adempiere a un'obbligazione; chi ha pagato per sbaglio ha tutto il diritto di ottenere i suoi soldi agendo con la *condictio*. Gradualmente, questo rimedio viene adoperato in altre circostanze simili, estendendo il proprio campo d'applicazione.

Il concetto di *datio*, quale presupposto per l'esercizio della *condictio*, viene modificato e subisce delle attenuazioni: tradizionalmente, essa implica il trasferimento della proprietà, tuttavia, in alcuni casi, anche se inizialmente risulta invalida (ad esempio perché la cosa appartiene a un soggetto terzo), la proprietà può comunque essere acquisita successivamente mediante usucapione, ovvero il possesso continuativo per un periodo di tempo stabilito dalla legge che ne determina l'acquisizione. In caso di denaro, la commistione, ossia la mescolanza con denaro proprio, o la consumazione, quindi la spesa

della somma, in buona fede da parte del ricevente possono sanare l'invalidità della *datio* iniziale, rendendo il soggetto proprietario del denaro. Dunque, risulta che il requisito della *datio*, indispensabile per la validità di certi trasferimenti di proprietà, può essere soddisfatto anche in casi non tradizionali: viene ampliato il concetto per includere diverse modalità di acquisizione della proprietà come l'usucapione, la mescolanza o la spesa di denaro in buona fede.

L'assenza di causa si verifica in diverse situazioni la cui classificazione è nota già in età classica e, successivamente, viene ulteriormente estesa. *In primis* vi sono i casi di *solutio indebiti*, quando si verifica l'adempimento di un'obbligazione inesistente o esistente, ma in capo a un altro soggetto. In questo caso, affinché il pagamento possa essere recuperato, è necessaria la convinzione errata circa l'esistenza del debito o l'assenza di eccezioni che ne impediscano l'esecuzione forzata. Ciò non è sufficiente: il ricevente deve essere in buona fede (altrimenti commetterebbe furto). Esistono, poi, le ipotesi di *datio ob rem* eseguite nella credenza dell'adempimento di una controprestazione: qualora l'evento previsto non si verifica, il trasferimento risulta senza causa e, dunque, recuperabile. Ci sono anche ipotesi di *datio ob rem turpem*: si hanno nel caso in cui il trasferimento avviene per uno scopo illecito: affinché quanto dato possa essere oggetto di *restitutio* è necessario che l'intento illecito sia solo dell'*accipiens*. Infine, ci sono casi di *datio ob rem iniustam*, effettuata per una causa la cui validità è ostacolata da un divieto legale.

Il lavoro svolto evidenzia la rilevanza dell'esame delle fonti romane. Le problematiche affrontate dagli antichi e la ricerca di soluzioni giuridiche presentano sorprendenti analogie con le sfide odierne. Lo studio del diritto romano si rivela, pertanto, uno strumento prezioso per la comprensione e l'interpretazione dei problemi giuridici moderni. Questo è testimoniato dal fatto che, proprio dall'interpretazione di antichi testi di romani, Roffredo da Benevento ha dato vita alla *condictio Iuventiana*, muovendo i primi passi verso la realizzazione dell'azione generale di arricchimento contenuta nel Codice civile. Sebbene lo sviluppo dell'istituto abbia richiesto del tempo, è importante constatare come i moderni sistemi giuridici si siano ispirati ai principi romani per delineare i propri meccanismi di restituzione.

BIBLIOGRAFIA

ARANGIO-RUIZ V., *L'orazione per l'attore comico Quinto Roscio*, in *Tutte le opere di Cicerone. Le orazioni*, I, Milano, 1964.

ALBANESE B., *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA*, XXII, 1971, 1-179.

ASTUTI G., voce *Arricchimento (Azione di)*, *Premessa storica*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 52-64.

BETTI E., *Sul carattere causale della 'traditio' classica (a proposito di studi recenti)*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, Palermo, 1939, 113-130.

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni. Fonti e vicende dell'obbligazione*, III, Milano, 1954.

BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, IV, Torino, 2002.

BURDESE A., *Il cosiddetto 'error in dominio' nella traditio classica*, in *Archives de droit privé*, XVI, 1953, anche in *AUFE*, II, 1953, 101-130.

CANNATA C.A., *'Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem'*. *L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano*, in *Atti del Convegno internazionale ARISTEC (Padova-Verona, 25-26-27 settembre 2003)*, a cura di L. Vacca, VI, Torino, 2005, 13-53.

CANNATA C.A., *L'unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 3-36.

CANNATA C.A., *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 411-436.

CANNATA C.A., *Qualche considerazione sui 'nomina transscripticia'*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano 2007, ora in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, 609-642.

CANNATA C.A., *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano e classico*, in *IURA*, XXI, 1970, ora in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. Vacca, I, Torino, 2011, 252-273.

- CANNATA C.A., “*Traditio*” causale e “*Traditio*” astratta: una precisazione storico-comparatistica, in *Scritti in onore di R. Sacco*, I, Padova, 1994, 155-168.
- CERAMI P., D. 39.5.21.1 (*Cels. 28 ‘dig.’*). Una controversia testimonianza celsina in tema di ‘*delegatio promittenti donationis causa*’, in *SDHI*, LVI, 1978, 139-163.
- CERAMI P., *Riflessioni in tema di condictio Iuventiana e iusta locupletatio*, in *AUPA*, LIX, 2016, 153-181.
- CORTESE B., ‘*Causa*’ and restutory condictio, in *Roma Tre Law Review*, III, 2002, 55-75.
- CORTESE B., *Indebiti solutio e arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Padova, 2009.
- CORTESE B., ‘*Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici*’, Napoli, 2013.
- DE LUCA A., *Teorica del quasi contratto*, Catania, 1929.
- DEGNI F., *Le fonti delle obbligazioni*, in *Studi sul diritto delle obbligazioni*, 1926, 3-179.
- FARGNOLI I., “*Alius solvit alius repetit*”. *Studi in tema di indebitum condicere*, Milano, 2001.
- FARGNOLI I., *Cervidio Scevola e il problema di una “repetito quasi indebiti solutio”*, in *Atti del Convegno ‘Processo civile e penale nell’esperienza giuridica del mondo antico’ in memoria di Armando Biscardi di Siena (Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001)*, Milano, 2001, 101-111.
- FUNAIOLI C.A., voce *Consegna (in generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 131-140.
- GALLO P., *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996.
- GALLO P., *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, X, Milano, 2003.
- GEMELLI M., *I contratti nel diritto romano: il sistema della ‘condictio’*, in *Cammino Diritto*, 2024.

GIUMELLI A.S., *'Quia nec natura debet'. Una riflessione sulla 'solutio' del pupillo*, in *RIDA*, LVII, 2010, 217-246.

GROSSO G., voce *Contratto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 750-759.

KUPISCH B., *Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, 1, Torino, 1987, 423-446.

NICOSIA G., *La 'legis actio per condictioem' e la novità dell'intervallo dei trenta giorni*, in *AUPA*, LIII, 2009, 57- 70.

MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, III, 2006, 69-70, 159-162,

PELLECCHI L., *«In pari causa turpitudinis repetitio cessat»*. *Sull'uso del diritto romano nel dibattito civilistico odierno*, in *Atti della Giornata di studio sulle restituzioni*, a cura di L. Garofalo, 2021, 43-81.

PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928.

PUGLIESE G. - SITZIA F. – VACCA L., *Istituzioni di diritto romano*, III, Torino, 1991.

ROBBE U., *L'autonomia dell' 'actio certae creditae pecuniae' e la sua distinzione dalla condictio*, in *SDHI*, VII, 1941, 41-117.

ROFFREDUS BENEVENTANUS, *Solemnis Atque Tractatus Libellorum*, Argentorate, 1502, pars. I, fol.18.

SACCOCCIO A., *'Si certum petetum'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianee*, Milano, 2002.

SACCOCCIO A., *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla 'obligatio ex lege'*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XXXV, 2014, 82-112.

SARGENTI M., voce *Pagamento (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, 532-541.

SANFILIPPO C., *Il fondamento dell'obbligazione da indebito*, Milano, 1943.

SANTORO R., *Studi sulla 'condictio'*, in *AUPA*, XXXII, 1971, 181-512.

SCEVOLA R., *Considerazioni Sulla 'divisio Obligationum' Di Modestino (2 'Reg'. D. 44.7.52)*, in *Studi in ricordo di Carlo Augusto Cannata. Il giurista europeo. Percorsi formativi*, XXIII, 2021, 581-627.

SCHIAVONE A., *Giuristi e principi nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi*, in *SDHI*, LXIX, 2003, 28-52.

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.

TALAMANCA M., *L' 'aequitas naturalis' e Celso in Ulp. 26 'Ad Ed.' D. 12.4.3.7*, in *BIDR*, XCVI-XCVII, 1993-94, 1-81.

VACCA L., *Osservazioni in tema di 'condictio' e arricchimento 'sine causa' nel diritto romano classico*, in *Atti del Convegno dell'Università degli Studi Roma Tre (Roma, 24-25 ottobre 2003)*, Torino, 2005, 3-27.

VARVARO M., *'Praescriptio' e 'sponsio' nella 'tabula pompeiana sulpiciorum 31'*, in *AUPA*, XLVII, 2002, 367-404.

VARVARO M., *'Condictio' e 'causa actionis'*, in *AUPA*, LVII, 2014, 265-318.

VOCI P., *'Iusta causa traditionis' e 'iusta causa usucapionis'*, in *SDHI*, XV, 1949, 141-176.

ZANDRINO L., *Dal 'pater' all' 'argentarius'. Profili giuridici dell'attività contabile in diritto romano*, Roma, 2018.

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE

Gai Institutiones

1.113:	30, nt. 93.	4.3:	12, nt. 25.
1.119:	30, nt. 94.	4.4:	51, nt. 181; 59, nt. 209.
1.121:	30, nt. 95.	4.11:	9, nt. 14.
2.19:	32, nt. 102.	4.14:	128, nt. 443.
2.20:	32, nt. 104; 40, nt. 137.	4.15:	6, nt. 8.
2.24:	31, nt. 99.	4.17b:	6, nt. 6.
2.25:	91, nt. 314.	4.18:	2, nt. 7.
2.84:	96, nt. 331.	4.19:	86, nt. 292.
2.201:	37, nt. 124.	4.30:	9, nt. 14.
2.226:	16, nt. 31.	4.39:	10, nt. 21.
2.285:	16, nt. 30.	4.40:	11, nt. 23.
3.88:	111, nt. 386.	4.41:	11, nt. 22.
3.90:	47; 77, nt. 260; 89, nt. 307; 90, nt. 313.	4.62:	13, nt. 26.
3.91:	90, nt. 311.	4.70:	99, nt. 342.
3.92:	86, nt. 294.	4.72a:	100, nt. 343.
3.128:	87, nt. 299.	4.77:	54, nt. 190.
3.183:	56, nt. 197.	4.171:	126, nt. 445.
3.185:	57, nt. 203.		
3.193:	57, nt. 201.		
4.2:	12, nt. 25.		

Codex

4.9.2:	20, nt. 49.
8.15.1:	126, nt. 448.

Digesta

1.1.1:	73, nt. 250.	12.5.3:	24, nt. 71; 66, nt. 229.
2.14.1.3:	86, nt. 296; 87, nt. 301.	12.5.4.1:	24, nt. 72.
2.14.7.2:	22, nt. 61.	12.5.4.3:	24, nt. 73.
2.15.8.22:	82, nt. 282.	12.5.6:	24, nt. 75; 69.
3.5.48:	82, nt. 281.	12.5.8:	24, nt. 74.
4.3.26:	102, nt. 355.	12.6.1.1:	36, nt. 120.
9.3.1:	52, nt. 183.	12.6.14:	19, nt. 45; 67, nt. 233; 80, nt. 272.
9.3.5.6:	52, nt. 184.	12.6.15:	62, nt. 214.
10.4.1:	58, nt. 205.	12.6.15.1:	20, nt. 48.
10.4.3.13:	58, nt. 207.	12.6.22.1:	20, nt. 47.
12.1.9:	115, nt. 404.	12.6.23.2:	83, nt. 283.
12.1.11.1:	79, nt. 270.	12.6.33:	50, nt. 176; 95; 107, nt. 372.
12.1.19.1:	26, nt. 81.	12.6.37:	83, nt. 285.
12.1.23:	82, nt. 280; 105, nt. 365.	12.6.47:	80, nt. 274.
12.1.32:	72, nt. 247; 104, nt. 361; 129, nt. 455.	12.6.64:	63, nt. 216.
12.2.27:	127, nt. 451.	12.6.65.4:	62, nt. 215; 65, nt. 224.
12.4.1:	20, nt. 50.	12.6.65.9:	38, nt. 127.
12.4.3.6:	129.	12.6.66:	26, nt. 83; 63, nt. 217; 70, nt. 241.
12.4.3.7:	62, nt. 212.	12.7.1.1:	28, nt. 87.
12.4.4:	18, nt. 43.	12.7.1.3:	26, nt. 84.
12.4.10:	83, nt. 286; 107, nt. 374.	12.9.1:	115, nt. 405.
12.4.15:	77, nt. 265.	13.1.7.1:	55, nt. 193.
12.5.1:	66, nt. 228.	13.1.7.2:	53, nt. 187.
12.5.1.1:	20, nt. 51; 65, nt. 223.	13.1.8.1:	55, nt. 192.
12.5.2:	24, nt. 70.	13.2.1:	18, nt. 44; 110, nt. 384.

5.14: 122, nt. 428.

13.38: 122; nt. 429.