

È pertanto da rigettarsi l'ipotesi formulata dal Landucci (10) che le prammatiche avessero la natura dei moderni "testi unici", in quanto, se è ben vero che in esse sono spesso raccolte più disposizioni intorno ad un dato argomento, queste non sono però in genere norme già esistenti e riunite in un testo che nulla innova bensì norme nuove.

Mi sembra pertanto di aver esaurientemente, dati i pochi elementi a disposizione, chiarito un punto lasciato sinora nell'oscurità e formulata una ipotesi che reputo ben fondata.

ALDO DELL'ORO

(10) LANDUCCI, *Appunti di storia del Diritto Romano con elementi di Istituzioni*, Padova 1925 pag. 135-136.

RECENSIONES LIBRORUM

SANFILIPPO, Cesare, *Condictio indebiti. I. Il fondamento dell'obbligazione da indebito*. Milano, Giuffrè, 1943.

I. — È una breve e lucida monografia in cui viene delineato, con bella padronanza della agitata materia, il fondamento della obbligazione da indebito nel diritto romano classico. La lettura di questo primo contributo ci fa vivamente desiderare la pubblicazione a breve scadenza del secondo, che verterà particolarmente sul controverso requisito dell'errore nella *condictio indebiti*. Tuttavia sin d'ora possiamo chiaramente conoscere, attraverso l'esame dell'argomentazione dogmatica offertaci dal volume qui recensito, qual'è il pensiero dell'A. (1). Tra il Solazzi, che in due studi fortissimi (di cui il secondo uscito contemporaneamente a questa monografia) (2) ha ripudiato la classicità del requisito dell'errore, ed i suoi numerosi oppositori, che variamente rimangono fermi alla vecchia dottrina della classicità di quel requisito (3), il Sanfilippo si schiera decisamente e — crediamo — giustamente per il primo, ai cui

(1) Essò è, del resto, dichiarato esplicitamente *passim*, e specialm. a p. 97 s.

(2) *L'errore nella condictio indebiti*, in *Atti Soc. Reale Napoli* 59 (1939) estr.; *Ancora dell'errore nella condictio indebiti*, in *SDHI* 9. 55 ss. Questo secondo studio del SOLAZZI, apparso contemporaneamente al suo libro, non è tenuto presente dall'A. La tesi del Solazzi sviluppa — come è noto — un sommario cenno del BÉSELER, in *Studi Bonfante* 2. 63 nota, e *Juristische Miniaturen* 124 ss.

(3) L'opinione tradizionale è quella che per l'esperibilità della *condictio indebiti* fosse necessario, in diritto classico e postclassico, un errore scusabile (quindi non l'errore di diritto): per tutti v. WINDSCHEID, *Pand.*⁹ § 326 n. 3. Prima del Solazzi fu sostenuto dal VASSALLI (in *Studi senesi* 30. 27 ss.) e dal VOCI (*L'errore nel diritto romano* 130 ss.) che la *condictio indebiti* spettò, anche in diritto classico, pure a chi avesse pagato per errore di diritto. V., per una critica della tesi solazziana, la recensione del GROSSO al primo scritto (in *SDHI* 6. 413 ss.), nonché quella del KADEN (in *ZSS* 61. 473 ss.); i due recensenti non si pronunciano circa l'ammissibilità dell'errore di diritto. V. infine, contro la tesi del Solazzi, la risposta del VOCI, *In tema di errore*, in *SDHI* 8. 22 ss.

molti argomenti intende portare l'ausilio di elementi dogmatici addirittura decisivi e che, se anche non ci appariranno tali, sono comunque degni di molto rilievo e di accurata meditazione.

La dimostrazione dell'A., pur essendo condotta in piccolo numero di pagine, è impostata sulle basi più larghe, e quindi più sicure; chè egli non esita, per dar rigore al suo ragionamento, a portare il discorso sulla stessa vessatissima teoria del contratto, esponendo al proposito idee di apprezzabilissima moderazione.

2. — L'A. (4) incomincia col mettere senza riguardi da un canto tutte quelle dottrine che hanno veduto, specialmente in passato, il fondamento della *condictio indebiti* in una pretesa funzione generale delle *condictiones*: questa funzione generale è esclusa *a priori* dal carattere meramente astratto del mezzo processuale *condictio* (e già prima della *legis actio per condictionem*), che in quanto tale vale a tutelare qualunque tipo di obbligazione relativa ad un *certum*, sorga essa *re, verbis* o *litteris*. Il fondamento della *condictio indebiti* va pertanto ricercato esclusivamente in una *datio* produttiva dell'obbligo di restituzione; ragion per cui occorre anzitutto accertare il fondamento delle obbligazioni sorgenti *re*, di cui quella da indebito è una specie, portando la discussione sulla stessa dottrina del *contractus* (5).

Tra le due notissime correnti antitetiche circa il concetto classico del *contractus*, che fanno capo rispettivamente al Bonfante ed al Riccobono (6), il Sanfilippo (7) mostra di propendere per la seconda, ma con una giudiziosa riserva. Per lui il concetto classico del *contractus* equivale pienamente al concetto di *conventio*, ma egli riconosce — come fa, del resto, anche il Riccobono (8) — che nel diritto romano preclassico valse integralmente la concezione obbiettiva del *negotium contractum*, propugnata dal Bonfante sino a tutta l'epoca classica: ma il problema concettuale — qui la sua giudiziosa precisazione, che trova peraltro un precedente in una delle prime manifestazioni del pensiero del Bonfante (9) — non va confuso il problema terminologico. Ciò è tanto più vero se si riconosce che la concezione del *contractus-conventio* venne a sostituirsi a quella

(4) Cfr. p. 9 ss.

(5) Cfr. p. 14 s.

(6) Citazioni a p. 15 nota 1.

(7) Cfr. p. 15 ss.

(8) Da ultimo in *Corso di dir. romano 1933-34*, p. 26 s.

(9) *Scritti giuridici* 3, 107 ss.

precedente del *negotium contractum*: perciò è logicamente ammissibile — sostiene l'A. (10) — che nel diritto classico, data la diversa concezione dell'epoca precedente (e — potrebbe aggiungersi — dato anche il processo di evoluzione che necessariamente dovette svolgersi, per portare alla nuova concezione dogmatica del *contractus-conventio*), siano rimasti casi più o meno numerosi di applicazione della terminologia *contrahere, contractus* a negozi giuridici che, per mancanza del fondamento volutaristico, più non erano concepiti come contratti, mentre come tali (nel senso di *negotia contracta*) erano concepiti dalla più antica giurisprudenza. Nessuna meraviglia, pertanto, se anche alla *condictio indebiti* — che non ha certo una fonte convenzionale — si trovi applicata, in testi insospettabili, la terminologia *contractus*, residuo della vecchia concezione che vedeva anche in essa un *negotium contractum*, una *obligatio re contracta*.

Queste osservazioni agevolano l'A. nel passaggio al tentativo di chiarire una buona volta il senso, e nel contempo di difendere la piena genuinità, dell'omai famosissimo Gai. 3. 91 (11). La chiusa di questo passo (*sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium, quam contrahere*) (12) sarebbe la risposta alla opinione, allora allora riferita, di quei *quidam* (principalmente Giuliano: D. 26. 8. 13, 12. 6. 33), i quali ritenevano — contrariamente ad altri (arg. da Paul. D. 44. 7. 46, Ulp. 15. 1. 3. 3) — che il pupillo o la donna che avessero ricevuto l'indebito senza l'*auctoritas* del tutore non fossero tenuti alla restituzione, deducendo a loro volta questa loro opinione dall'analogia col mutuo "considerato dal punto di vista contrattuale nel nuovo senso di *contractus-conventio* (13)". Ai *quidam* Gaio ribatterebbe — sempre secondo l'A. — seguendo la dottrina prevalente (di qui la necessità di ammettere la genuinità della frase finale), e cioè affermando che l'obbligazione da indebito è analoga a quella da *mutui datio*, in quanto ambedue contratte *re*, ma che ne differisce poi per il fatto di non avere natura contrattuale (volontaria), dimodochè "non viene in considerazione la capacità delle parti contraenti e l'obbligazione sorge egualmente anche in difetto di capacità di agire (pupillo, donna, *sine tutoris auctoritate*) (14)". In questa

(10) Cfr. specialm. p. 19 s.

(11) Cfr. p. 23 ss.

(12) Che l'A. (cfr. p. 24 ss.) difende come genuino contro le critiche dell'Albertario e del Solazzi.

(13) Cfr. specialm. p. 31 ss.

(14) Cfr. p. 34.

spiegazione del discorso gaiano vuol essere anche la difesa della gentilità di esso: il 3. 91 dimostrerebbe che Gaio parla dell'obbligazione da indebito insieme al mutuo per il fatto che trattasi nell'uno e nell'altro caso di *obligationes re*, ma non condivide l'opinione di una minoranza (*quidam*) che vede alla sua radice un *contractus - conventio*, nè tanto meno vede in esso un *negotium contractum*, dato che certamente per lui il mutuo avrebbe carattere convenzionale.

Stabilito che l'obbligazione da indebito non ha, per Gaio e per la maggioranza dei giuristi classici, fondamento contrattuale, l'A. (15) si sente incoraggiato a prestar fede alla tripartizione delle fonti delle obbligazioni contenuta nelle *Res cottidianae* (D. 44. 7. 3) ed a ritenere, in conclusione, che la obbligazione da indebito derivi per i classici da un *proprium quoddam ius*. Il Sanfilippo (16) esclude in rapida successione la tesi che questo *proprium quoddam ius* possa riscontrarsi nello stesso *negotium* obbiettivamente considerato, o nella *datio* di per sè stessa, o in un mancato riconoscimento del debito da parte del solvente, o ancora in una convenzione tacita fra *solvens* ed *accipiens*, o infine nella volontà unilaterale (effettiva o presunta) del *solvens* di obbligare l'*accipiens* ad una eventuale restituzione: il *proprium quoddam ius* ha carattere obbiettivo e consiste nel fatto che l'*accipiens* ha acquistato la proprietà di una cosa altrui senza che vi sia una causa giuridica che legittimi la ritenzione dell'acquisto (17).

La *datio* non basta, perciò, ma occorre ulteriormente la mancanza di una causa legittima di ritenzione dell'acquisto del *solutum* (18). Ampia è la dimostrazione dedicata a questa tesi. L'A. (19) dimostra con copia di argomenti non solo la insufficienza della vecchia concezione della *condictio* quale mezzo generale di tutela giuridica avente lo scopo di riparare le conseguenze di un ingiusto arricchimento da parte dell'accipiente, ma anche la impossibilità di applicare questa concezione ad ogni singola forma di *condictio* o anche solo alla obbligazione da indebito. Quando è così, deve dunque riconoscersi che il fondamento dell'obbligazione *ex indebito* sta appunto in una mancanza di causa legittima (*iusta*, conforme al *ius civile*) per ritenere l'acquisto (20), cioè che l'obbligazione da indebito non ha

(15) Cfr. p. 37 ss.

(16) Cfr. p. 39 ss.

(17) Cfr. p. 52 s.

(18) Cfr. p. 53 ss.

(19) Cfr. p. 55 ss.

(20) Diverso è il caso della presenza di una *causa retentionis*, ma *iniusta* (nel senso di iniqua), che dà luogo a mezzi pretorii: ma la giurisprudenza postclassica

carattere autonomo di fronte a qualsiasi altra obbligazione *re extra-convenzionale*, ma è come quelle tutelata da una *condictio sine causa*, di cui la *condictio indebiti* è una sottospecie (21).

L'ultimo punto della serrata dimostrazione è dedicato a prevenire la spontanea obiezione che non può escludersi *a priori* che la giurisprudenza classica, pur concependo la *condictio indebiti* nel modo sin qui delineato, abbia richiesto la presenza dell'ulteriore requisito dell'errore del solvente. Ma quest'obiezione è confutata dall'A. (22) con la dimostrazione che l'obbligazione da indebito non sorge dal momento della *solutio*, ma dal momento (non sempre con quello coincidente) della mancanza della *iusta causa* di ritenzione dell'acquisto e dal fatto di quella mancanza. Dal che consegue che «l'errore del *solvens* non può affatto considerarsi come requisito essenziale per il sorgere dell'obbligazione» (23).

3. — Lo scopo ultimo e dichiarato del Sanfilippo è dunque — come si è visto — quello di giungere alla dimostrazione della non essenzialità del requisito dell'errore attraverso una impostazione dogmatica dell'obbligazione *ex indebito*, la quale renda inconcepibile la necessità dell'errore del *solvens*. Senonchè va subito detto che — dando per dimostrata la sua ricostruzione dogmatica — avviene di rilevare che egli ha dimostrato troppo, in quanto — se non erro — ha reso addirittura inconcepibile la presenza (pur se non a titolo di requisito essenziale) dell'errore nella fattispecie giuridicamente rilevante della ripetizione dell'indebito. Sul piano teorico è giusta l'affermazione per cui «che l'errore del *solvens* sia presente nella maggior parte dei casi di *solutio indebiti*, o ne costituisca addirittura il *motivo* normale, si può bene ammettere, senza che per questo l'errore costituisca un requisito essenziale dell'obbligazione da indebito» (24); ma bisognerà poi pur discendere al piano concreto, che è quanto dire al piano della verosimiglianza pratica e storica.

tenderà ad unificare questa fattispecie con quella della mancanza di causa, dando luogo alla dottrina generale delle azioni contro l'illecito arricchimento: cfr. pag. 79 ss. L'A. (p. 77 ss.) chiarisce anche che cosa si deve intendere per mancanza di causa, distinguendo la causa immediata dell'acquisto (produttiva della proprietà) dalla causa remota (legittimante la ritenzione della cosa trasferita).

(21) L'A. (p. 81 ss.) dimostra ulteriormente, contro l'opinione del Perozzi, che nel diritto classico all'acquisto *sine causa* corrispose una *obligatio re*, e quindi una *condictio*.

(22) Cfr. p. 87 ss.

(23) Cfr. p. 97.

(24) Cfr. p. 98.

