

L'OBBLIGAZIONE DA INDEBITO

1. — È una breve e lucida monografia in cui viene delineato, con bella padronanza della agitata materia, il fondamento della obbligazione da indebitato 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 requisito³, il Sanfilippo si schiera decisamente e — crediamo — giustamente per il primo, ai cui molti argomenti intende portare l'ausilio di elementi dogmatici addirittura decisivi e che,

* In *SDHI.* 11 (1945) 319 ss. *Rc.* a SANFILIPPO C., *Condictio indebiti. I. Il fondamento dell'obbligazione da indebitato* (Milano 1943).

¹ Esso 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 BESELER, in *Studi Bonfante* 2.69 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.

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 piú larghe, e quindi piú sicure; ch  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   esclusa *a priori* dal carattere meramente astratto del mezzo processuale *condictio* (e gi  prima della *legis actio per conductionem*), 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   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 Riccobono⁶, il Sanfilippo⁷ 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 Riccobono⁸ — 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 Bonfante⁹ — non va confuso con il problema terminologico. Ci    tanto pi  vero se si riconosce che la concezione del *contractus-conventio* venne a sostituirsi a quella precedente del *negotium contractum*: perci    logicamente

⁴ Cfr. 9 ss.

⁵ Cfr. 14 s.

⁶ Citazioni a p. 15 nt. 1.

⁷ Cfr. 15 ss.

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

⁹ *Scritti giuridici* 3.107 ss.

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 piú o meno numerosi di applicazione della terminologia *contrahere, contractus* a negozi giuridici che, per mancanza del fondamento volontaristico, piú non erano concepiti come contratti, mentre come tali (nel senso di *negotia contracta*) erano concepiti dalla piú 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'ormai famosissimo Gai 3.91¹¹. 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. D. 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), dimodoché « 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 spiegazione

¹⁰ Cfr. specialm. 19 s.

¹¹ Cfr. 23 ss.

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

¹³ Cfr. specialm. 31 ss.

¹⁴ Cfr. 34.

del discorso gaiano vuol essere anche la difesa della genuinità 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*, né 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 Sanfilippo¹⁶ esclude in rapida successione la tesi che questo *proprium quoddam ius* possa riscontrarsi nello stesso *negotium* obbiettivamente considerato, o nella *datio* di per se 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'acquisto¹⁷.

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'acquisto²⁰, cioè che l'obbligazione da

¹⁵ Cfr. 37 ss.

¹⁶ Cfr. 39 ss.

¹⁷ Cfr. 52 s.

¹⁸ Cfr. 53 ss.

¹⁹ Cfr. 55 ss.

²⁰ Diverso è il caso della presenza di una *causa retentionis*, ma *iniusta* (nel

