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 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 studî 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 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 indebito* (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; ché 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 con il problema terminologico. Ciò è tanto piú vero se si riconosce che la concezione del *contractus - conventio* venne a sostituirsi a quella precedente del *negotium contractum*: perciò è 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 3.91 [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. 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 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 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'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 cosí, 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

[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

indebito non ha carattere autonomo di fronte a qualsiasi altra obbligazione *re* extraconvenzionale, ma è come quella 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 obbiezione 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'obbiezione 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*. Senonché 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

senso di iniqua), che dà luogo a mezzi pretorii: ma la giurisprudenza postclassica tenderà ad unificare questa fattispecie con quella della mancanza di causa, dando luogo alla dottrina generale delle azioni contro l'illecito arricchimento: cfr. p. 79 ss. L'a. (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. (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. 87 ss.

[23] Cfr. 97.

indebito »[24]; ma bisognerà poi pur discendere al piano concreto, che è quanto dire al piano della verosimiglianza pratica e storica.

Ordunque, se la fattispecie normativa dell'obbligazione si arrestava all'esigenza della mancanza di una causa legittima di ritenzione dell'*acceptum*, perché mai in alcuni piú o meno numerosi testi classici vediamo riferita la circostanza di un errore del solvente? Questa circostanza non è essenziale, non è un requisito della fattispecie normativa, d'accordo, ma dimostra pure che l'elemento strutturale di quest'ultima non è l'*indebitum retentum*, bensí l'*indebitum solutum*. In ogni caso, come mai la giurisprudenza classica sarebbe potuta giungere, se avesse avuto dell'obbligazione da indebito il concetto che le attribuisce il Sanfilippo, a ritenere essenziale l'errore nel caso del fedecommesso?[25]. E quale mai appiglio concettuale avrebbe avuto la giurisprudenza postclassica per rovesciare la costruzione dogmatica in questo caso (e non anche in quello della *promissio sine causa*) e richiedere come essenziale la presenza dell'errore?

Considerazioni, queste, che invitano a riesaminare con attenzione alcuni punti fondamentali delle argomentazioni del Sanfilippo, prima di poterne giudicare la tesi nel suo complesso.

4. — Lo scoglio piú difficile da superare è — almeno in apparenza — quello della concezione classica del *contractus*.

Circa l'inquadramento dell'obbligazione da indebito tra quelle contrattuali, ritengo anch'io — contro l'opinione del Bonfante e di altri[26] — che i giuristi classici non concepirono né questa, né altre obbligazioni da atto lecito (*negotiorum gestio*, *communio incidens*, *hereditatis aditio* ecc.) come derivanti da *contractus*, nel senso di *negotia contracta*[27]: è evidente, anzi, che l'ultima espressione della teoria bonfantiana, cosí valo-

[24] Cfr. 98.

[25] V. su questo punto SOLAZZI, *Cond.* 1.39 ss. Giustamente nota il SOLAZZI (41) che l'errore è richiesto nel caso del fedecommesso per influsso della *fides* che anima l'istituto. Ma se la *condictio indebiti* fosse stata effettivamente rivolta alla restituzione dell'*indebitum retentum*, neanche la *fides* dei fedecommessi avrebbe influito nel senso da rendere essenziale il requisito dell'errore.

[26] V. da ultimo, del BONFANTE, *Il contratto e i patti*, in *Riv. dir. comm.* 18 (1920) 1.353 ss. (= *Scritti giuridici* 3.195 ss.). V. inoltre ALBERTARIO, *Studi* 3.78 ss., DE FRANCISCI, *Synallagma* 2.322.

[27] Dando, beninteso, a *contractus* il significato di « vincolo » e non di « affare », come assume il Perozzi.

rosamente difesa dall'Albertario [28], sorse in buona parte come reazione psicologica alla concezione volontaristica del *contractus - conventio*, per il timore che questa potesse attaccare la fondamentale bipartizione classica delle fonti dei rapporti obbligatorî [29]. Ma — come bene osserva il Sanfilippo — se è vero che il diritto preclassico non conobbe che la dicotomia degli atti giuridicamente rilevanti in atti obbiettivamente leciti (*negotia contracta*) e obbiettivamente illeciti (*delicta*), è impresa vana voler negare l'affermarsi piú o meno accentuato, a seconda delle singole tendenze, della concezione volontaristica dei negozi leciti in diritto romano classico. Senonché l'accusa che il Sanfilippo muove al Riccobono ed alla sua scuola, di confondere un po' il problema dogmatico con quello terminologico, è giusta, ma non è sufficiente: ché i sostenitori del *contractus - conventio* hanno voluto negare, a loro volta, addirittura l'evidenza delle fonti giuridiche classiche, le quali con assoluta prevalenza e naturalezza mettono sempre in luce, salvo che non si manifesti la necessità concreta di procedere piú addentro nell'analisi negoziale, l'elemento obbiettivo del *negotium contractum*, lasciando perlopiú in ombra, o in penombra, l'elemento volontaristico, che però non ignorano [30].

È da negare, in sostanza, che nel diritto romano classico possa dirsi già completamente avvenuta, o anche molto avanzata, quella evoluzione dal concetto di *contractus negotii* al concetto di *contractus - conventio*, che postula il Riccobono [31]: le fonti classiche ci dimostrano che quell'evoluzione era ancora *in fieri*, sotto l'impulso di distinguere e di affinare, che è comune alla casistica di quella giurisprudenza [32]. Perché, insomma, non vale negarlo, il procedere dall'una all'altra concezione è un

[28] *Studi* 3.78 ss., 100 s.

[29] Cosí, giustamente, l'a. (20).

[30] La dimostrazione esula, naturalmente, dai limiti di questa nota.

[31] V., in particolare, sul punto, in *Studi Bonfante* 1.125 ss.

[32] Apprezzabile è, da questo punto di vista, il tentativo di spiegazione del De Francisci, *Synallagma* 2.2 ss., che per altro non seguo in parecchi punti. Notevolissima, anche se non da accettare in molte cose, è pure la tesi del Betti (in *BIDR.* 25.65 ss., *BIDR.* 28.3 ss., *AG.* 93.267 ss.). Ma l'uno e l'altro autore — il secondo in molto maggior misura del primo — hanno, a mio modestissimo avviso, il torto di poggiare troppo sulle controversie di scuola tra Sabiniani e Proculiani (complicati dal Betti in Sabiniani e Neosabiniani, Proculiani di destra e di sinistra), e di attribuire alle varie correnti una recisione e precisione di teorie e di formulazioni, che esse furono ben lungi dall'avere. In questa materia va tenuto presente che siamo in un'epoca di transizione e che un nuovo concetto di *contractus - conventio* non può forse dirsi chiaramente formato in nessun giurista.

indiscutibile segno di progresso giuridico: ma di un progresso, tuttavia, che non possiamo ritenere verificatosi con tanta rapidità in una giurisprudenza, come quella romana, tanto tradizionalistica (quindi restia dall'abbandonare vecchi schemi e concezioni) e tanto poco tendente alla speculazione teorica (quindi restia dal rivoluzionare *ab imis* le vecchie e provate concezioni teoriche). Il Sanfilippo opera oggi, con le sue limitazioni della tesi riccoboniana, un notevole passo in avanti verso l'esatta valutazione del grave problema storico-dogmatico, ma non mi pare ancora che egli riesca a spiegare perché Gai 3.91 parli della obbligazione *ex indebito* accanto a quella da mutuo, anche se chiama in suo aiuto [33] l'ottima congettura del Lauria [34], secondo il quale lo schema di Gaio era attinente alle obbligazioni *re* in senso obbiettivo (indipendentemente dalla classificazione in *contractus*). Io credo che Gaio, se avesse pensato che l'obbligazione *ex indebito* è analoga a quella *ex mutuo* perché *re contracta* ma ne differisce radicalmente perché non convenzionale, avrebbe operato piú naturalmente omettendo addirittura di parlarne (e ciò tanto piú, se si ammette che egli adattò il suo schema alla nuova classificazione delle fonti *ex contractu* ed *ex delicto*) [35].

A mio parere, l'ammissione fondamentale dell'a. andrebbe capovolta e la sua tesi — sostanzialmente esatta — abbisognerebbe di essere corretta ed integrata. Il diritto classico, sulla scorta della tradizione precedente, ebbe ancora del contratto un concetto fondamentalmente obbiettivo, salvo che (a parte le specifiche correnti caldeggiatrici della *conventio*) [36], fu in esso latente il ricollegamento del *negotium contractum* in quanto tale, in quanto *contractus*, alla *conventio* delle parti, quindi l'esclusione dal concetto di *contractus* di ogni atto lecito non avente natura convenzionale. L'inversione della tesi del Sanfilippo ha importanza per questo: che spiega come ai giuristi classici non si presentò distintamente

[33] Cfr. 24 nt. 4.

[34] In *SDHI*. 4.163 ss., specialm. 174 ss., 176 s.

[35] LAURIA, *cit*. 176 s. Non aderisco, tuttavia, all'affermazione che « *contractus* non è... mai divenuto termine tecnico-giuridico per designare rapporti determinati o con determinate caratteristiche e contrapposti ad altri ». L'affermazione mi pare lievemente esagerata: il rigore tecnico-giuridico esula quasi sempre dall'uso di *contractus* nelle fonti classiche, ma queste dimostrano, nella generalità dei casi, un preciso orientamento verso la concezione del *contractus* come fonte di obbligazioni. Cosí, ad esempio, almeno secondo me, nella dichiarazione di Gai 3.88 (... *omnis* ... *obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*).

[36] Ma v. quanto osserviamo *retro* nt. 32.

l'esigenza della formulazione di altre categorie di fonti delle obbligazioni oltre quella dei *contractus* (sia pure nella forma embrionale delle *variae causarum figurae*) [37], come a Gaio non sia ripugnato di mantenere l'inquadramento dell'obbligazione *ex indebito* tra quelle *ex contractu*, come peraltro in sostanza nessun giurista dell'epoca classica vide in questa ed in altre figure di fonti di rapporti obbligatorî dei veri e proprii *contractus*, perché privi del sostrato della *conventio*.

Il *proprium quoddam ius*, fondamento dell'obbligazione *ex indebito*, di cui il Sanfilippo muove nel suo libro alla ricerca, si giustifica pertanto — almeno secondo me — indipendentemente dalla difesa del famoso passo delle *Res cottidianae*, che la critica moderna ha fatto piú che bene a condannare, ed indipendentemente — come cercherò di chiarir subito — dalla difesa del periodo conclusivo di Gai 3.91 [38].

5. — Nei riguardi di Gai 3.91 non credo, invero, di poter condividere la tesi critica del Sanfilippo. Ed è opportuno che mi soffermi in proposito, perché sia ancor piú chiaro come, malgrado ciò, io non venga a contrastare la tesi dommatica dell'a., cioè la tesi di un *proprium quoddam ius* (né *contractus*, né *delictum*) che è fondamento dell'obbligazione *ex indebito*.

Gai 3.91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest « si paret eum dare oportere », ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, 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.*

Per l'opinione dei *quidam*, come egli la intende, l'a. [39] fa richiamo ad Iul. D. 26.8.13 e 12.6.33 ed a Pomp. D. 46.3.66. Ma quest'ultimo testo [40] è certamente interpolato nella parte che ci interessa (*si autem*

[37] Sono invece per la classicità di questa categoria, oltre il Riccobono e la sua scuola, gli stessi Bonfante e De Francisci, nonché il Betti. Contrari l'Albertario e l'Arangio-Ruiz (*Ist.*[7] 294).

[38] In questo senso mi allontano dall'Albertario, il quale ritiene che il diritto classico abbia ignorato la classificazione nelle *varie causarum figurae*, perché esso considerava *ex contractu* ogni obbligazione civile non derivante da *delictum*. Piú esatta è la tesi dell'Arangio-Ruiz, *cit.*

[39] Cfr. 31 ss.

[40] D. 46.3.66 (Pomp. 6 *ex Plaut.*): *Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris*

debitor rell.), come già ebbe a sospettare il Pernice [41]: lo strano costrutto logico di esso è prova evidente che le due protasi non sono fluite dalla stessa mano (*si pupilli debitor . . . si autem — pupilli debitor! — debitor pupilli non fuerat . . .*), e che la seconda mano non fu quella di Pomponio (il quale commentava, come risulta dall'*inscriptio*, Plauzio), perché dobbiamo pur concedere a Pomponio di non essere stato un malaccorto rabberciatore di testi; non prova, dunque, per il diritto classico l'uso di *contrahere* « che qui è adoperato in senso subbiettivo, analizzandosi dal giurista la volontà del *solvens* che non è diretta a regolare un rapporto proprio con l'accipiente, ma un rapporto del pupillo » [42]. Né vale citare Iul. D. 12.6.33, ove la frase *nam is qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit* non mi sembra autorizzare — se pure è genuina, come propendo a ritenere [43] — l'asserzione che « qui *negotium gerere* ha significato piú ristretto di *contrahere* » [44], ché anzi in essa il *negotium gerere* ha significato obbiettivo, assai ampio, da cui viene illuminato pienamente il significato del *negotium contrahere* che segue a poca distanza [45]. Resta, pertanto, solo l'altro frammento di Giuliano:

D. 26.8.13 (Iul. 21 *dig.*): *Impuberes tutore auctore obligantur, etiamsi taceant: nam cum pecuniam mutuam acceperint, quamvis nihil dicant, auctoritate tutoris interposita tenentur. quare et si non debita pecunia his personis soluta fuerit, quamvis tacuerint, interposita tutoris auctoritas sufficit, ut condictione teneantur.*

Non vi sono serie ragioni per dubitare della genuinità di questo frammento [46], ma è tuttavia anche da contestare l'opinione che « secondo la concezione di Giuliano, l'obbligazione, sia nel mutuo, sia nell'indebito, non è conseguenza del semplice trapasso di proprietà, ma anche della

auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus: sed exceptione se tueri potest [*si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere 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*].

[41] In *ZSS.* cit. 197 nt. 2; ma v. *contra* PEROZZI, *Obbl. romane* 40 nt. Larghissimamente sospettato è *sed pupillus rell.*: v. i citati dall'*Index* ahl.

[42] Cfr. 32 s.

[43] Cfr. invece SOLAZZI, *Cond.* 1.65 nt. 4.

[44] Cfr. 33.

[45] Cfr. per tutti BETTI, in *BIDR.* 28.54 ss., e da ultimo LAURIA, *cit.* 178 s.

[46] Cfr. tuttavia BESELER, *Studi Bonfante* 2.72 nt. 8, che pensa ad un parziale rifacimento parafrastico.

dichiarazione di volontà »[47]. L'analogia tra obbligazione da indebito ed obbligazione da mutuo non è fondata sul motivo contrattuale, ma evidentemente sull'argomento che obbligazione *ex mutuo* e obbligazione *ex indebito* vanno trattate alla stessa maniera perché ambedue *obligationes re contractae*, secondo la costruzione tradizionale: l'*etiamsi taceant*, il *quamvis nihil dicat*, il *quamvis tacuerint*, anche se tutti e tre genuini[48], servono unicamente a mettere in luce l'irrilevanza della manifestazione di volontà del pupillo, che è conseguenza della sua incapacità ad obbligarsi. Il passo di Giuliano corrisponde certamente a quello di Gaio, il *quare* di esso trova rispondenza nell'*unde* dell'altro[49], ma dalla lettura di questo frammento deve trarsi conferma — io credo — per la tesi opposta a quella caldeggiata dall'a., cioè per la tesi che i *quidam* (e per essi Giuliano) argomentassero l'inesistenza della obbligazione *ex indebito* del pupillo e della donna che avessero pagato *sine tutoris auctoritate* dalla inesistenza della obbligazione *ex mutuo* nella stessa situazione, in quanto che non ponevano nemmeno in dubbio, conforme alla piú antica tradizione, che l'una e l'altra derivassero egualmente da *negotia contracta*.

I testi che il Sanfilippo adduce a testimonianza dell'opinione contraria a quella dei *quidam*[50] confermano, se non erro, la mia interpretazione, perché in essi si nega che l'*auctoritas tutoris* possa avere importanza per il sorgere della obbligazione da indebito proprio perché si ammette che questa non ha piú la stessa natura della obbligazione da mutuo, non derivando, come quella, da un *contractus - conventio*[51]. Opi-

[47] Cfr. 31 s.

[48] Cfr. RECHNITZ, *Studien zu Salv. Julian.* 34, 93 s., che ritiene frutto di glossemi il *quamvis nihil dicant* ed il *quamvis tacuerint*.

[49] Si noti tuttavia che l'a. (31) è un po' sollecito a dire: « anche qui, come in Gai 3.91, dal non *obligari ex mutuo* del pupillo sprovvisto di *auctoritas* si deduce il suo *non obligari ex indebito* ». La configurazione della fattispecie è lí negativa (mancanza dell'*auctoritas tutoris*), qui positiva (presenza dell'*auctoritas tutoris*): ne trarremo qualche conseguenza.

[50] Cfr. 34 ss. Si noti che nessuno di detti testi parla della *obligatio ex indebito* specificamente, ma il loro insegnamento parmi egualmente da accogliere (tanto piú se si ammette che la formulazione di D. 44.7.46 aveva carattere generale).

[51] Cfr. in particolare: D. 44.7.46 (Paul. 7 *ad Plaut.*): *Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate, veluti si communem fundum habeo cum his et aliquid in eum impendero* [*vel damnum in eum pupillus dederit*]: *nam iudicio communi dividundo obligabuntur*. Non accolgo l'emendazione proposta dal PACCHIONI e dal SIBER (v. *Index* ahl.) e difesa dall'a. (35 nt. 1), che elimina la menzione del *furiosus* e salva l'esempio del danneggiamento: quale sarebbe stato il motivo di sí minuziosa modificazione? Inesattamente

nione — si badi — che gli autori relativi non motivano cosí apertamente come io l'ho riferita, perché essi, se hanno ormai abbastanza chiaro il concetto di quelle che non siano da classificare come obbligazioni contrattuali, non sono tuttavia ancora pervenuti ad una limpida ed assoluta concezione del *contractus* come *conventio*. Giuliano ed i *quidam* mostrano, comunque, rispetto a questi altri giuristi, di essere molto piú attaccati di loro alla concezione tradizionale e semplicistica che coinvolge tutte le obbligazioni non da delitto nell'unica categoria delle obbligazioni da *negotium contractum*: e se non fosse cosí, come potrebbe ammettersi che essi abbiano ragionato, a proposito dell'*auctoritas tutoris* nella *solutio indebiti*, cosí come hanno ragionato? [52].

Penso, pertanto, che anche la interpretazione che il Sanfilippo ci offre di Gai 3.91 non debba essere accolta. A costo di incorrere nell'accusa di ipercritica — accusa che, almeno in questo caso, non sento di meritare — io aderisco pertanto, a malgrado della coincidenza del testo di Gaio con Inst. 3.14.1 [53], alla tesi dell'Albertario [54] e del Solazzi [55], che per varie ragioni espungono *sed haec species rell.* Con l'unanimità della dottrina giuridica classica Gaio non ha rifuggito dall'accostare — come in antico, come nello schema da lui fedelmente seguito — la obbligazione da indebito a quella da mutuo. Egli ha, anzi, tentato di confermare quell'accostamento, richiamando la dottrina dei *quidam* (particolarmente Giuliano), che dalla rilevanza dell'*auctoritas tutoris* nel mutuo traevano la conseguenza della rilevanza dell'*auctoritas tutoris* anche nella *solutio indebiti*. Quando è cosí, la citazione dei *quidam* e della loro opinione conservatrice chiude logicamente il discorso di 3.91, in cui l'ulteriore periodo *sed haec species rell.* ci fa l'impressione della reazione

l'a. appunta *vel curatore* (che starebbe per *vel curatoris*): il *curator furiosi* non presta l'*auctoritas*. Per l'atetesi di *vel damnum—dederit*, v. SOLAZZI e RICCOBONO, citati dall'*Index* ahl.: per seguirli in questa critica basterà por mente al fatto che l'ipotesi è ristretta al solo pupillo. Convengo con il LENEL (in *ZSS.* 45 [1925] 22) e con l'a. (34) nel ritenere genuino *ubi ex re actio venit* (*contra*: ALBERTARIO, *Studi* 5.596 nt. 1). Molti sostengono (v. l'*Index* ahl.), ma forse a torto, il carattere insitício di *nam-obligabuntur*. Questo frammento ha particolare importanza perché esordisce con una dichiarazione di carattere generale. Si confronti anche: D. 15.1.3.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Pedius etiam impuberes dominos de peculio obligari ait: non enim cum ipsis impuberibus contrahitur, ut tutoris auctoritatem spectes* ... È molto probabile che qui *contrahitur* si avvicini, nel senso, a *convenitur*.

[52] Cfr. infatti D. 15.1.3.3, citato nella nota che precede.

[53] Questa coincidenza ancora trattiene il GROSSO, in *SDHI.* 6.413.

[54] *Studi* 3.79 e 100 nt. 1. *Contra*, da ultimo, LAURIA, *cit.* 172.

[55] *Cond.* 1.63 ss.

vivace al conservatorismo eccessivo di Gaio da parte di uno studioso postclassico, che applica il canone interpretativo dell'*animus* delle parti [56] per rilevare che qui l'*animus* del solvente non è stato tanto di *contrahere*, quanto di . . . *distrahere negotium* [57].

Non concluderemo per ciò che Gaio veda, come l'autore del suo schema, un *negotium contractum* alla radice dell'obbligazione da indebito: è l'inquadramento adottato dallo schema, non la ragione di esso (che abbiamo detto essere nella identificazione di tutti gli atti obbligatorii leciti con la categoria *contractus* in senso obbiettivo), è in particolare l'analogia tutta esteriore, non ancora approfondita, dell'obbligazione da indebito con quella da mutuo, che lo spinge a riferire l'opinione dei *quidam*. Non si può neanche affermare, dunque, con l'Albertario [58], che anche la *solutio indebiti* sia per Gaio un *contractus*. L'opinione dei *quidam* — anche a voler ammettere che essi abbiano argomentato dal mutuo all'indebito non per un motivo di conservatorismo e di poco approfondimento, ma per una intima convinzione della natura contrattuale della *solutio indebiti* — non è chiaramente l'opinione di Gaio: questi si è indotto a riferirla per rendere meno drastica l'impressione che poteva provocare sui suoi lettori l'inserzione della *solutio indebiti* nella categoria dei *negotia contracta*, non rispondente ormai alla comune coscienza giuridica dei tempi suoi. Gaio, insomma, avverte — secondo me — anch'egli che l'obbligazione da indebito ha un fondamento obbiettivo, che non può dirsi però contrattuale, dato che anche per lui, malgrado l'influsso dello schema sabiniano, il *contractus* è un *negotium gestum* che ha alla sua radice una *conventio*. Potrebbe addirittura supporsi che lo schema utilizzato da Gaio portasse fra le *obligationes re* altri casi di obbligazioni non convenzionali (da *negotiorum gestio*, *hereditatis aditio*, ecc.) e che Gaio li abbia eliminati tutti ad esclusione dell'obbligazione da indebito, proprio perché solo riguardo a quest'ultima gli pareva che, tenendo conto dell'opinione dei *quidam*, la rispondenza degli effetti giuridici con l'obbligazione *ex mutuo* potesse sostenersi completa [59]. Anche

[56] L'intemperanza postclassica nell'uso di questo canone (a prescindere dalla questione se la giurisprudenza classica abbia o non conosciuto il problema dell'*animus*) è uno dei risultati piú sicuri: inutili le citazioni.

[57] Per un poco lusinghiero giudizio su questo arzigogolato ragionamento, cfr. KRELLER, *Röm. Rechtsgesch.* 90.

[58] *O. l. c.*

[59] Ciò contrasta con l'ipotesi del Lauria, che per questa parte non ritengo convincente.

se per una strada diversa, e con un ragionamento opposto, siamo cosí giunti ad una conclusione sostanzialmente identica a quella del Sanfilippo: il che può servire a confermare l'esattezza della sua tesi circa il fondamento obbiettivo dell'obbligazione *ex indebito*.

Ma il fatto di trovarci, per cosí dire, con le mani in pasta ci spinge a ricercare ulteriormente se sia nel vero il Solazzi [60] a negare la genuinità dei due *per errorem* di Gai 3.91, o se abbia ragione il Voci [61] ad escluderlo, o se infine sia nel vero l'a. [62] a ritenere di poco conto la questione ai fini dell'adesione alla teoria solazziana.

Certamente la presenza dei due *per errorem* in Gai 3.91 non implica la essenzialità del requisito dell'errore [63]: nessuno può escludere (e testi in proposito ve ne sono) [64] che, se io ho pagato scientemente un debito, ma questo venga poi ad annullarsi, mi compete la *condictio indebiti* malgrado che non vi sia stato errore (al momento del pagamento) da parte mia. L'errore è il motivo normale della ripetizione di indebito, ma non

[60] *L. c.*

[61] *SDHI.* 8.100 ss.

[62] Cfr. 27 s.

[63] Non è cosí arbitrario, come ritiene il Voci (*cit.* 101), il richiamo della « folta massa di testi, giustinianei e pregiustinianei, in cui il requisito dell'errore per la ripetizione dell'indebito è interpolato o glossato » (Solazzi, *Cond.* 1.63 ss.). Del resto, è ora di decisiva portata il quadro del tit. D. 12.6 (con relative considerazioni), che ci offre il Solazzi, *Cond.* 2.100 s.

[64] Cfr., ad esempio: D. 12.6.26.13 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur an possim condicere: quaestio ex hoc descendit; an liberer in quinque: nam si liberor, cessat condictio, si non liberor, erit condictio. placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit [non peremi partem dimidiam obligationis ideoque] eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, [petique ab eo posse reliqua quinque aut Stichum] et, si praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse, si autem Stichum praesti[tisset]{terit}, quinque eum posse condicere quasi indebita. [sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur]*. Ho accolto qui la ricostruzione dell'a., 95 s., che mi pare sostanzialmente da approvare. Il debitore dell'obbligazione alternativa *decem aut Stichum*, che ha diritto di scelta, ha pagato *quinque*; con ciò ha pagato scientemente, sia pure *pro parte*, un *debitum*. La questione sorge perché il pagamento è stato fatto *pro parte*, dimodoché ci si domanda se esso ha effetto liberatorio o meno, se il solvente non può esercitare, o può invece ancora esercitare la *condictio*; la risposta è che il solvente non può aversi ancora per liberato finché non abbia prestato i residui *quinque* o *Stichum*, e che, solo se abbia finito col prestare Stico, i *quinque* pagati sono da considerarsi *solutum indebitum* e quindi ripetibili con la *condictio*, salva la probabile intrusione anche della frase *petique—Stichum*.

è un requisito essenziale della fattispecie normativa, la quale si contenta della *datio solvendi causa* e della mancanza della *causa solvendi*. Pure l'insistenza di Gai 3.91 sul requisito dell'errore è significativa ed autorizza il sospetto del Solazzi circa la sua derivazione postclassica.

Ora il sospetto di derivazione postclassica è particolarmente forte nei riguardi del secondo *per errorem*. Giuliano (uno dei *quidam*) non parla dell'errore in D. 26.8.13; eppure ivi sarebbe stato particolarmente necessario parlarne, perché l'ipotesi discussa verteva sul fatto che la *pecunia soluta est interposita tutoris auctoritate*[65]: la mancanza di errore del *solvens* (se l'*error* fosse stato essenziale per la fattispecie) avrebbe eliminato addirittura il sorgere della questione. Gaio, invece, riferendo la dottrina dei *quidam*, prospetta la ipotesi nella maniera negativa (la *pecunia indebita* è stata data *sine tutoris auctoritate*): qui veramente egli avrebbe potuto esimersi dal far menzione dell'errore, perché questo (anche se fosse stato essenziale per la fattispecie *condictio indebiti*) non assumeva tuttavia nessuna importanza al fine della soluzione negativa della questione (l'obbligazione da indebito non esiste se non è stata interposta l'*auctoritas tutoris*). Questo confronto fra le due redazioni dell'opinione dei *quidam* è tanto significativo, che legittima pienamente la congettura del carattere insiticio del secondo *per errorem*: se la menzione dell'*error* nel primo periodo ha del superfluo, la menzione del *per errorem* nel secondo ha invece del forzosamente intruso. E l'intrusione si spiega — come giustamente ha osservato il Solazzi[66] — guardando al periodo finale: solo chi ha presente l'errore del solvente, come requisito essenziale della *condictio indebiti*, può parlare di *animus solvendi*[67].

[65] Cfr. *retro* nt. 49.

[66] *Cit.* 63 ss.

[67] Accertato che vi sono forti ragioni per ritenere non genuino il secondo *per errorem*, ed illuminato l'intimo nesso tra il tenore della frase finale e quell'insiticio *per errorem*, resta comunque rafforzata la tesi critica del Solazzi circa il carattere non genuino anche del primo *per errorem*. Ma voglio aggiungere, a completamento della critica di Gai 3.91, che a mio parere anche *non magis quam mutui datione* è insiticio. Gaio avrebbe dovuto dire che il pupillo e la donna non sono tenuti dalla *condictio indebiti*, *non magis quam condictione ex mutuo*, o similmente: probabilmente però il suo discorso si arrestava a *non teneri condictione*, chè altrimenti avrebbe dovuto specificare, per chiarezza, *non teneri* (*indebiti*) *condictione*. L'inserzione di *non magis quam mutui datione* conferma che su 3.91 si è poggiata la mano del lettore postclassico. (*Non magis quam* ... trovasi almeno in altri due luoghi sospetti di Gaio, 1.25 e 3.194. *Amplius* su questo costrutto introduttivo di incisi di origine postclassica, LAUTNER, in *Festschrift Hanausek* 73 nt. 1).

6. — Superati questi gravi punti di discussione, possiamo procedere oltre piú speditamente. Noi conveniamo, cioè, con l'a. nel ritenere che il fondamento della obbligazione da indebito sia obbiettivo e consista nel fatto dell'ingiustificato acquisto, e non in quello dell'indebito arricchimento.

La costruzione del Sanfilippo trova, sin qui, conforto nel precedente di una osservazione del Pernice [68] e del Kipp [69], i quali notarono che i titoli dei Digesti relativi alle *condictiones* presentano una strana mescolanza di ipotesi, che è indice evidente dell'originario carattere unitario, in dritto classico, del mezzo processuale *condictio*. Ma soprattutto la costruzione dell'a. trova appoggio nel fatto — già rilevato dal Solazzi [70] — che D. 12.7.1 pr. parla ancora, per evidente omissione dei compilatori, di un'unica *species condictionis*, applicabile tanto alla *promissio sine causa* quanto alla *datio* dell'*indebitum* [71].

Come abbiamo riferito, l'a. tenta ancora un altro e decisivo passo in avanti su questa strada, cercando di configurare dogmaticamente la *condictio* come *indebiti retenti*, anziché come *indebiti soluti*. Ma è una estrema conseguenza, nella quale non credo di poterlo seguire, non solamente per i motivi pratici di scetticismo già manifestati dianzi, ma anche per considerazioni di ordine dogmatico.

Costruire la *condictio* come *indebiti retenti*, allo scopo di implicare la non essenzialità dell'errore del solvente, è voler essere piú realisti del *re*. Che cosa ricollega, infatti, l'acquisto ingiustificato al solvente e non ad altri? Qual'è l'elemento della fattispecie *condictio indebiti*, che determina l'obbligo dell'accipiente di restituire il *retentum* al solvente e non ad altri? La risposta è evidente: la *solutio*, o meglio [72] la *datio rei*, il *rem accipientis facere*. E ciò affermando non temo di cadere nella teoria del Betti [73] — teoria della pura *datio* come fondamento dell'obbligazione

[68] *Labeo* 3.1.234 ss.

[69] *PWRE.* sv. *condictio* (4.857 ss.).

[70] *Cond.* 1.71 s.

[71] D. 12.7.1 pr. (Ulp. 43 *ad ed.*): *Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum* . . . Cfr. ora SOLAZZI, *Cond.* 2.80 ss.; ivi anche la citazione di D. 12.6.65, che comprova l'identità della disciplina classica per tutte le ipotesi di ripetizione.

[72] Nel nostro caso si parla di *solutio*, ma di *solutio indebiti*, cioè di un atto che è compiuto *solvendi causa*, ma che non è di *solutio* per la contraddizione che nol consente.

[73] *BIDR.* 25.60 ss.

da indebito, lucidamente criticata dall'a. [74] — perché aggiungo subito che, perché sorga la obbligazione *ex indebito*, occorre che inoltre la *res* sia *sine causa soluta*. Non è semplice *retentum sine causa*, ma il *datum sine debito* (e piú precisamente il *datum solvendi* causa la mancanza, attuale o sopravvenuta, del debito), che determina l'obbligo della restituzione. La prova, di cui l'onere incombe sull'attore, è appunto quella della mancanza del *debitum* (D. 22.3.25: *Cum de indebito quaeritur, quis probare debet non fuisse debitum*?) [75]. Ed è apunto la mancanza di una causa legittima del *dare*, non del ritenere, che permette la sussunzione della *condictio indebiti* nella *condictio sine causa*, ma spiega nello stesso tempo perché la *condictio indebiti* sia venuta specificandosi nel diritto romano preclassico e classico rispetto all'idea piú generale del *datum sine causa* [76].

Gli argomenti dogmatici, che il Sanfilippo adduce a sostegno della sua tesi, sono indiscutibilmente molto fini, ma non sono decisivi. Egli argomenta sulla base di fattispecie in cui manca la *solutio* (che è nulla per incapacità del solvente) ma si verifica la ripetizione [77], o in cui la cosa prestata è debita al momento della *datio* e diviene indebita e ripetibile in un momento successivo [78], e cosí via. Ma è agevole rispondere, ad esempio, che nel primo caso manca la *solutio*, ma c'è certamente la *datio solvendi causa* di un indebito, e che appunto questa determina la obbligazione di restituire al solvente (cioè, per essere proprii, a colui che ha dato *solvendi causa*); cosí, nel secondo caso, è sempre la *datio solvendi causa* di un indebito, che determina la obbligazione di restituire al solvente, salvo che la fattispecie si è perfezionata in due tempi: in un primo tempo vi è stata la *datio* (ma la *res data* era debita), in un secondo tempo vi è stato il divenire della *res data* indebita ed il sorgere dell'obbligazione di restituirla al solvente [79].

[74] Cfr. 40 ss.

[75] Sul punto, cfr. SOLAZZI, *Cond.* 2.75 ss.

[76] Perché si trattava di una particolare forma di *datum solvendi causa* e di una corrispondente forma particolare di mancanza di *causa* (*sine debito*).

[77] Cfr. 51 ss. e 88.

[78] Cfr. 92 ss.

[79] Il VOCI, *cit.* 83, dice che « la prova migliore della tesi del Solazzi sarebbe un testo in cui si dicesse che, nonostante la *scientia* del *solvens*, la *condictio* compete ». Andando di questo passo — se non sbaglio — la miglior prova che potremmo avere del fatto, ad esempio, che una passeggiata a cavallo non era requisito esenziale delle nozze confarreate, sarebbe un testo che ce lo dicesse esplicitamnte. Comunque, mi permetto di offrire alla meditazione del chiaro collega di Messina due elementi: da un lato, l'argomento svolto nel testo, che — se esatto —

Occorre riconoscere, in conclusione [80], che in linea di pura dogmatica, nulla osta decisivamente — almeno dell'angolo visuale prescelto dal Sanfilippo — la tesi che i Romani abbiano potuto chiedere l'ulteriore requisito dell'*error solventis*. Ma in ogni caso le conclusioni dell'a. rappresentano, sin dove sono accoglibili, un altro elemento di primaria importanza, di cui possono valersi i sostenitori della tesi contraria all'errore, per concludere vittoriosamente la loro giusta battaglia.

dimostra fra l'altro implicitamente che, nonostante la scienza del solvente, la *condictio* può competere; dall'altro, il rilievo che, se è vero che, almeno per i postclassici e per Giustiniano, l'errore diventò requisito essenziale di ogni caso di *condictio indebiti*, è ben presumibile che i postclassici, ed in ispecie Giustiniano, abbiano eliminato i testi di cui il Voci ha bisogno per credere alla tesi del Solazzi.

[80] Decisiva è, a mio parere, l'ultima argomentazione del SOLAZZI, *Cond.* 2.55 ss. La *communis opinio* (v. *retro* nt. 2), che ritiene richiesto dal diritto classico non pur l'errore di fatto, ma anche l'errore di diritto, « annulla il requisito dell'errore » ed impedisce di credere che « i giureconsulti classici lo indicassero come un tema da richiamarsi e provarsi a fondamento della *condictio indebiti* », perché « l'attore, provando che il pagamento non era dovuto, con ciò solo dimostra che si è verificata una deviazione dal diritto e può affermare che il motivo di questa deviazione è stato un errore di diritto ».