

AGATINA STEFANIA SCARCELLA

D. 30.108.2 e D. 31.19: due testimonianze per
la ricostruzione del regime della scelta
nell'obbligazione alternativa

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LIV
(2010-2011)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Enrico Mazzeola Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Dipartimento IURA - Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.
Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaupa@unipa.it

AGATINA STEFANIA SCARCELLA

D. 30.108.2 e D. 31.19: due testimonianze per la ricostruzione del regime della scelta nell'obbligazione alternativa

ABSTRACT

The research aims to go beyond the *communis opinio* which connects the D. 30. 108. 2 and D. 31. 19 to the classic alternative legacy *per vindicationem*. This justifies the non use of the above-mentioned sources to explain the regulation of choice in alternative obligation and the attribution of choice to the legatee. The research demonstrates that in the excerpts cited, legacies bequeathed at the same time *per damnationem* and *per vindicationem* were taken into consideration. It was consistent with them that an obligation always fell to the inheritor and the legatee, to whom the choice was given, was also the creditor. In the alternative obligation of the legacy the consequence is the exclusion of a change in regulation of choice, in the Justinian era, which viceversa has been proposed as a consequence of recognition, only during this era, of a single form of legacy in which the choice could have been given to the legatee. This change must instead be substantially considered to have already taken place in the classical era, in cases in which, as the examined sources show, the alternative legacy had been bequeathed in double form and the choice could be given to the creditor.

PAROLE CHIAVE

Legato; *alternatio*; scelta; obbligazione.

SOMMARIO. 1. Introduzione. 2. D. 30.108.2: riconsiderazione della testimonianza di Africano ai fini della ricostruzione del regime della scelta. 3. Interpretazione di D. 31.19.4. Irrilevanza di D. 30.34.14 e 31.23 per la configurazione del regime della scelta. 5. Esclusione di un cambiamento del regime della scelta in epoca giustiniana.

1. *Introduzione*

L'obbligazione alternativa¹ ha come caratteristica peculiare la

¹ Lo studio dell'obbligazione alternativa ha in passato suscitato notevole interesse. L'argomento ha trovato specifica trattazione in parecchi lavori della letteratura dell'ottocento, tra i quali sono particolarmente significativi: DE BRASSIER, *De causis alternativis*, *Diss. Inaug.*, Heidelberg, 1821; PUCHTA, *Pandekten* § 221; ARNDTS, *Pandekten* §§ 203 e 579; VANGEROW, *Pandekten*, 3, § 569; WINDSCHEID, *Pandekten*, 2, § 255; 3, § 661; ARENDT, *De vi ac potestate obligationis alternativae*, in *Diss. Inaug. Berol.*, Berlino, 1866; DE THIELMANN, *De obligatione alternativa*, in *Diss. Inaug. Berol.*, Berlino, 1866; LINDHEIMER, *De disiunctiva obligatione*, in *Diss. Inaug. Berol.*, Berlino, 1867; BERNSTEIN, *Zur Lehre von alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften*, 1. *Der alternative Wille und die alternative Obligation*, Berlino, 1878; ID., *Die alternative Obligation im römischen und im modernen Recht*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 2, 1880, 392 ss.; PESCATORE, *Die sogenannte alternative Obligation*, Marburg, 1880, contributo molto importante che si può considerare conclusivo di un periodo; CARNAZZA, *Le obbligazioni alternative nel diritto romano e nel diritto civile italiano*, Catania, 1893; SCIALOJA, *Tribonianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche*, in *BIDR*, 11, 1898, 61 ss. (= in *Studi giuridici*, 2, Roma, 1934, 110 ss.); ID., *Lezioni di diritto romano*, 1898-99, 152 ss. L'interesse per l'argomento è stato considerevole anche nel novecento. Tra le trattazioni di carattere generale si vedano, per tutti, DE RUGGIERO, *Le obbligazioni*, Napoli, 1922, 97 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Obbligazioni (ambulatorie – alternative – generiche – solidali – indivisibili)*, Milano, 1936, 21 ss.; ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte generale*, 1, Milano, 1936, 318 ss.; GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino, 1966, 161 ss.; TALAMANCA, *s.v. Obbligazione (diritto romano)*, in *ED*, 29, Milano, 1979, 44 ss. Numerosi sono stati anche i contributi su aspetti specifici tra cui si vedano VASSALLI, *Nuove osservazioni sulle obbligazioni alternative e generiche. Miscellanea critica di diritto romano (fasc. III)*, in *Studi econ. e giur. Univ. di Cagliari*, 1916 (= in *Studi Giuridici*, 3, 1, Milano, 1960, 471 ss.); GROSSO, *Note esegetiche in tema di obbligazioni alternative*, in *Scritti Mancaloni*, 16, 1938, 161 ss.; ID., *Problemi costruttivi e sistematici dell'obbligazione alternativa nel diritto romano*, in *Riv. Dir. comm.*, 38, 1940, 1, 224 ss.; ID., *Note in tema di obbligazione generica*, in *Studi Vassalli*, Torino, 1960, 955 ss.; LUCIFREDI PETERLONGO, *Intorno all'unità o pluralità di vincoli nell'obbligazione alternativa*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Perugia*, 56, 1942, 137 ss.; D'ORS PEREZ-PEIX, *En torno a la llamada obligación alternativa*, in *Rev. Derecho Privado*, 28, 1944, 1 ss.; SCIASCIA, *Sulla irretrattabilità della scelta nelle obbligazioni alternative e generiche*, in *Scritti Ferrini*, Milano, 1947, 255 ss.;

scelta tra due prestazioni, per la cui spettanza, nella vasta casistica delle fonti, sono previste, sia pur con diversa frequenza, tre ipotesi: scelta spettante al debitore, al creditore o al terzo.

L'ipotesi più frequente è quella in cui le parti non abbiano espressamente previsto nulla circa la scelta, che in tal caso spetta al debitore.² Questo regime è chiaramente attestato nel diritto classico come in quello giustiniano con riguardo all'*emptio venditio*, alla *stipulatio*, al legato e al fedecommesso.³

Particolarmente esplicito in tal senso è D. 13. 4. 2. 3, Ulp. 27 *ad ed.* nella parte in cui è detto:

...ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate sed quid debeat, esse in eius arbitrio, an debeat, non esse, et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quod solvat, quamdiu ambo vivunt...

Scevola, dopo aver precisato che la scelta è inerente alla struttura della *stipulatio* alternativa e che essa spetta al debitore, chiarisce che è in arbitrio del debitore *quid debeat*, non *an debeat*.

In senso analogo depongono i seguenti testi:

Gai. 4. 53^d: *Causa plus petitur, velut si quis in intentione tollat electionem debitoris quam is habet obligationis iure...*⁴

IMPALLOMENI, *Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente*, in *SDHI*, 25, 1959, 55 ss.; ID., *Note sull'adempimento dell'obbligazione alternativa ritenuta dal debitore cumulativa o semplice*, in *Studi Betti*, Milano, 1962, 263 ss., e, da ultimo, la mia ricerca, *Studi sulle obbligazioni alternative*, Messina, 2001, e ZILLOTTO, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, Padova, 2004.

² Si veda, per tutti, GROSSO, *Problemi costruttivi e sistematici dell'obbligazione alternativa*, cit., 224; ID., *Obbligazioni*, cit., 166.

³ Cfr., per tutti, ALBERTARIO, *Corso*, cit., 335 ss.; C. LONGO, *Corso*, cit., 50; GROSSO, *I legati nel diritto romano*², Torino, 1962, 267 s.; ID., *Obbligazioni*, cit., 168 s.; TALAMANCA, *Obbligazione*, cit., 45.

⁴ La frase citata si inserisce in un più ampio contesto (Gai 4. 53) in cui Gaio descrive il regime della *pluris petitio* nel processo formulare. In particolare il giurista sta prendendo in considerazione la *pluris petitio causa* che, come lo stesso chiarisce, nel caso di obbligazione alternativa con scelta spettante al debitore, si ha quando il creditore chiede in giudizio uno solo degli oggetti dedotti nell'obbligazione. Sul testo cfr., per tutti, PROVERA,

Inst. 4. 6. 33^d: ... *si quis ita a te stipulatus sit HOMINEM STICHUM AUT DECEM AUREOS DARE SPONDES?, deinde alterutrum petat, velut hominem tantum aut decem tantum. Ideo autem plus petere intellegitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio...*⁵

D. 18. 1. 25 pr., Ulp. 34 *ad Sab.*: *Si ita distrahatur «illa aut illa res», utram eliget venditor, haec erit empt.*

D. 18. 1. 34. 6, Paul. 33 *ad ed.*: *Si emptio ita facta fuerit: «est mihi emptus Stichus aut Pamphilus», in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus...*

D. 23. 3. 10. 6, Ulp. 34 *ad Sab.*: *Si res in dotem datae fuerint quamvis aestimatae, verum convenerit, ut aut aestimatio aut res praestentur... si nihil de electione adiciatur, electionem habebit maritus, utrum malit res offerre an pretium earum: nam et cum illa aut illa res promittitur, rei electio est utram praestet...*⁶

D. 23. 3. 46. 1, Iul. 16 *dig.*: *Si debitori suo mulier nuptura ita dotem promississet: «quod mihi debes aut fundus Sempronianus doti tibi erit», utrum mulier vellet, id in dote erit...*⁷

Il promittente nella *stipulatio*, il venditore relativamente alle due

Corrispondenza tra stipulatio e intentio. (Riflessioni su Gaio, 4, 53^d), in Annali Camerino, 21. II, Milano, 1955, 205 ss., e SACCONI, La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo, Milano, 1977, soprattutto 141 ss.

⁵ Questo brano delle Istituzioni giustiniane è il brano corrispondente a quello sopracitato delle Istituzioni gaiane.

⁶ Siamo di fronte ad un caso di *aestimatio dotis* accompagnata da un patto in base al quale, se la scelta non era espressamente lasciata alla moglie, il marito avrebbe potuto scegliere se restituire la cosa o la stima. Sul testo cfr., per tutti, VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, Bologna, 1946, 256; LAURIA, *Matrimonio-Dote in diritto romano*, Napoli, 1952, 144 s.; AYITER, *Aestimatio dotis e compravendita come concetti di interpretazione tra i giuristi classici*, in *Annali Università di Ankara*, 6, 1954-1955, 88 s.; BURDESE, *Aestimatio dotis*, in *Studi in onore di Betti*, 2, Milano, 1962, 175.

⁷ Sul testo cfr., tra gli altri, ARCHI, *La «pollicitatio» nel diritto romano*, in *Riv. Ital. Sc. Giur.*, n.s. 8, 3, 1933 = in *Scritti di diritto romano*, 2, Milano, 1981, 1389.

cose vendute, il marito riguardo alla dote da restituire, la donna che aveva costituito la dote sono tutti debitori e pertanto, conformemente ai principi generali dell'obbligazione,⁸ spetta a loro la scelta.

Debitore è anche l'erede a cui carico sia stato disposto un legato *per damnationem* o un fedecommesso. Infatti Ulpiano in D. 30. 47. 3 afferma: *Sed si Stichus aut Pamphilus legetur et alter ex his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari aut absentis aestimationem: totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est factururus legatario...*⁹ mentre in D. 30. 109. 1, Afric. 6 *quaest.*, si legge: *Heres, cuius fidei commissum erat, ut mihi fundum aut centum daret, fundum Titio vendidit: cum electio ei relinquatur utrum malit dandi...*¹⁰

Nello stesso senso vanno citati anche D. 31. 15, Cel. 6 *dig.*;¹¹ D. 31. 19, Cel. 80 *dig.*;¹² D. 33. 2. 21, Paul. 7 *ad l. I. et P.*¹³

Diversamente, secondo la *communis opinio*,¹⁴ in epoca

⁸ Si richiama a proposito il principio "che vuole favorita la liberazione del debitore e limitata al minimo la sua obbligazione: poiché la facoltà di scegliere costituisce una facilitazione ed un vantaggio, essa deve competere all'obbligato ove non gli sia stata tolta per attribuirlo ad altri". Cfr. ALBERTARIO, *Corso*, cit., 335. Nello stesso senso GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 168; BONFANTE, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, 4, Milano, 1979, 172.

⁹ Le critiche interpolazionistiche che in più parti hanno riguardato il testo (si vedano, per tutti, SCIALOJA, *Tribonianismi*, cit., 114 s.; C. LONGO, *Corso*, cit., 102 s.; GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 220) non ne escludono la validità per il principio in considerazione.

¹⁰ Si veda anche D. 30. 97, Iul. 47 *dig.*: *Si mihi Stichus legatus esset fideique meae commissum, ut aut Stichum aut Pamphilum meum servum redderem, et in Stichum aliquid ex legato propter legem Falcidiam perdissem, necesse habeo aut Pamphilum servum meum totum Titio dare aut eam partem Stichi, quam legatorum nomine accepero.*

¹¹ *Si quis duobus heredibus institutis ita legaverit: 'Stichum aut decem heredes danto', non potest alter heredibus quinque, alter partem Stichi dare, sed necesse est utrumque aut Stichum totum aut decem solvere.*

¹² Sulla cui esatta portata cfr. *infra*, § 3.

¹³ *Titio usus fructus Stichi aut, si navis ex Asia venerit, decem legata sunt, non petet usum fructum, antequam condicio decem exista vel deficiat, ne potestas heredi utrum velit dandi auferatur.*

¹⁴ Si tratta di un'opinione "generalmente ammessa dai pandettisti e dai romanisti puri" (così C. LONGO, *Corso*, cit., 51) e accolta anche dai manuali, tra cui si vedano MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1989, 576 e nt. 46; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 520; GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 798.

classica, la scelta sarebbe spettata al creditore solo in presenza di un esplicito conferimento nell'atto costitutivo. L'accoglimento nei *Digesta* di alcuni testi sui legati in cui la scelta, nel silenzio delle parti, spetta al legatario,¹⁵ ha però richiesto una giustificazione che è stata data sostenendo che essi, nell'originale classico, riguardassero il legato *per vindicationem*: l'acquisto diretto della proprietà da parte del legatario non poteva in tal caso condurre ad una soluzione diversa.

Dunque nel caso di legato *per damnationem* sarebbe stata confermata la regola classica della scelta spettante all'erede (debitore).

Un cambiamento di regime è stato ipotizzato solo per il diritto giustiniano¹⁶ in cui la fusione delle diverse figure classiche di legato portò lo stesso legato ad avere effetti al tempo stesso reali e obbligatori e pertanto, quando ne sussistevano i presupposti sostanziali (e in tal caso il legatario avrebbe avuto la scelta tra l'azione reale e quella personale), ad attribuire la scelta al legatario.¹⁷ La scelta è, peraltro, dallo stesso Giustiniano (Inst. 2. 20. 22¹⁸), attribuita espressamente al legatario nei legati generici, strutturalmente vicini a quelli alternativi. Contrasterebbe, invece, col regime giustiniano l'inserimento nei *Digesta* dei testi che originariamente trattavano del legato *per damnationem*, in cui la scelta viene lasciata all'erede, debitore. Detto contrasto è stato giustificato considerandolo come uno dei tanti "pasticci" fatti dai compilatori.¹⁹

Questa ricostruzione, mirante ad escludere che, in epoca classica, nel silenzio delle parti, la scelta potesse spettare al creditore, merita, a

¹⁵ Si tratta di D. 31. 19, Cel. 80 *dig.*, nella parte in cui è detto: *Si is, cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius non habet...*; D. 31. 23, Marc. 30 *dig.*; D. 30. 34. 14, Ulp. 21 *ad Sab.* e D. 30. 108. 2, Afric. 2 *quaest.*

¹⁶ Ha, a proposito, osservato C. LONGO (*Corso*, cit., 53) "che nelle Pandette furono accolti i testi relativi al vecchio legato *per vindicationem* nei quali la scelta è attribuita al legatario in considerazione del suo diritto di proprietà; legati che nel diritto giustiniano si debbono intendere produttivi anche di un'obbligazione a carico dell'erede e quindi rispecchiano il regime che si vuole dare alla scelta nel caso di legato da cui nasce azione reale e azione personale".

¹⁷ La scelta, in epoca giustiniana, sarebbe dunque spettata all'erede solo se il legato non era idoneo alla trasmissione della proprietà. Cfr. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 169.

¹⁸ *Si generaliter servus vel alia res legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.*

¹⁹ Ancora C. LONGO, *Corso*, cit., 54.

mio modesto avviso, come ho già avuto modo di evidenziare in una mia precedente ricerca sulle obbligazioni alternative,²⁰ un'attenta rimediazione in quanto l'argomento fondamentale su cui essa fa leva, cioè il riferimento al legato disposto *per vindicationem* dei frammenti, accolti nei *Digesta*, in cui la scelta spetta al legatario, non risulta pacificamente dall'esame degli stessi, ed in particolare da D. 30. 108. 2, *Afric. 2 quaest.* e D. 31. 19, *Cels. 18 dig.*

Ad un'attenta esegesi di dette fonti sarà dedicato questo contributo. Lo scopo sarà quello di ribadire,²¹ tenendo conto delle recenti acquisizioni dottrinali, che esse, pur attribuendo la scelta al legatario (creditore), si riferiscono anche a fattispecie di legato *per damnationem*. Ne consegue la riabilitazione del loro utilizzo per la ricostruzione del regime della scelta nell'obbligazione alternativa.

Brevi riflessioni verranno, inoltre, rivolte anche a D. 31. 23, *Marc. 30 dig.* e D. 30. 34. 14, *Ulp. 24 ad Sab.* - per i quali è stato esattamente osservato che siamo fuori dal campo delle obbligazioni - al fine di chiarire che si "tratta di ipotesi particolari"²² che non sembrano riferibili, nel testo originario, neppure al legato alternativo *per vindicationem*.

2. D. 30.108.2: riconsiderazione della testimonianza di Africano ai fini della ricostruzione del regime della scelta.

Sulla base delle considerazioni fatte va innanzitutto attenzionato il dettato di D. 30. 108. 2, la cui comprensione sarà però certamente più agevole se preceduta da un breve *excursus* sullo sviluppo storico delle forme dei legati.

Nel diritto classico il legato alternativo disposto *per damnationem* o convertito in legato *per damnationem ex senatusconsulto Neroniano* può avere solo effetti obbligatori e in questo caso, come attestano le fonti che ad esso fanno riferimento,²³ la scelta compete all'erede, debitore. La stessa normativa si applica, in età giustiniana,

²⁰ *Studi sulle obbligazioni alternative*, Messina, 2001, 38 ss.

²¹ Si tratta infatti di una tesi che ho già avuto modo di sviluppare nel mio lavoro citato nella nota precedente.

²² Così GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 169.

²³ Si vedano le fonti cit., *supra*, § 1.

nell'ipotesi in cui il legato, per l'alienità dell'oggetto lasciato, poteva solo far nascere un'obbligazione.²⁴ Ma già in età classica era iniziato il processo di fusione tra le varie forme di legato, anche se è difficile fissarne le tappe.²⁵ Lo stesso senatoconsulto Neroniano, infatti, pare abbia trasferito sul piano normativo la prassi di disporre lo stesso lascito in più forme, usate contestualmente, soprattutto cumulando il *genus per damnationem* e quello *per vindicationem*. In questi casi, attestati da fonti epigrafiche²⁶ e giuridiche,²⁷ a parte l'ipotesi in cui

²⁴ Nota testualmente il GROSSO (*I legati nel diritto romano*², cit., 270) che la scelta spettava all'erede "ove il legato anche nel diritto giustiniano potesse produrre solo azione personale (D. 33, 6, 4; D. 33, 6, 3 pr.; cfr. D. 30, 26, 2; D. 32, 29, 1)". È evidente che i testi citati sono considerati dall'Autore "adattati dai Giustiniani" alla loro impostazione. Nello stesso senso, si veda ancora GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 169 e 249 nt. 2. Ma già FERRINI (*Teoria generale dei legati e dei fedecommissi*, Milano, 1889, 279; *Manuale di Pandette*³, Milano, 1908, 630 nt.), nel tentativo di conciliare la coesistenza nelle fonti giustiniane dei due diversi regimi classici della scelta dei legati alternativi *per damnationem* e *per vindicationem*, osservava che la regola secondo cui il diritto di scelta spettava al legatario si applicava ogni qual volta insieme all'azione personale spettava la *rei vindicatio* e che sebbene Giustiniano concedesse entrambe le azioni si poteva verificare il caso in cui non fosse possibile un immediato acquisto della proprietà.

²⁵ In argomento, per tutti, VOICI, *Diritto ereditario romano*², 2, Milano, 1963, 225.

²⁶ Un esempio di utilizzazione contemporanea di più forme di legato si ha nel testamento di Dasumio (*Fontes iuris Romani anteiustiniani*, 3, 141, 1.125): *Quisquis mihi heres erit do lego damnasque esto dare... imp. Caesari Nervae Traiano...*

²⁷ Particolarmente esplicito in tal senso è D. 33. 7. 12. 43, Ulp. 20 *ad Sab.*, nella parte in cui è detto: ... *Sed et ipse Papinianus eodem libro responsorum ait patrem mercatorem ac faeneratorem, qui duos filios totidemque filias heredes instituerat, ita legasse: «filiis maribus domum meam instructam do lego darique iubeo»: merces et pignora an contineatur, quaeri posse: sed facilem iudici voluntatis coniecturam fore ceteris patris facultatibus examinatis.*

Ugualmente significativo è anche D. 32. 30. 1, Labeo 2 *poster. A Iavol. epitom.*: *Qui hortos publicos a republica conductos habebat, eorum hortorum fructus usque ad lustrum, quo conducti essent, Aufidio legaverat et heredem eam conductionem eorum hortorum ei dare damnaverat sinereque uti eum et frui. Respondi heredem teneri sinere frui: hoc amplius heredem mercedem quoque hortorum rei publicae praestaturum.*

Va inoltre notato che effetti al tempo stesso reali e obbligatori si avevano anche quando il testatore disponeva un lascito a titolo particolare usando la forma del legato *per vindicationem* e quella del fedecommissio, dal momento che "ogni disposizione fedecommissaria non può attuarsi che in via obbligatoria" e che "sotto questo aspetto, il fedecommissio è strutturalmente analogo al legato di obbligazione" (così VOICI, *Diritto ereditario romano*, cit., 2, 221). In tal senso depone il dettato di D. 34. 4. 30 pr. e § 4, Scaev. 20 *dig.*: pr. *Alumnae suae plura legaverat: quaedam ex his abstulit, quaedam ut praestarentur, ab herede suo petit, in quibus et viginti dari voluit his verbis: «hoc amplius do*

non appartenendo l'oggetto al testatore poteva essere valido solo il legato obbligatorio, "I *prudentes* ritenevano che entrambi i legati fossero efficaci e davano al legatario la scelta fra la *rei vindicatio* e l'*actio ex testamento*".²⁸ In pratica accadeva che da uno stesso legato, disposto con duplice forma, potevano discendere effetti obbligatori ed effetti reali e in questa situazione la scelta veniva attribuita al legatario.²⁹

Ebbene non c'è ragione di escludere che analogo regime fosse previsto in epoca classica, in presenza di legato alternativo o generico³⁰ in cui gli effetti obbligatori concorrevano con quelli reali. In questo caso, che si colloca sempre nell'ambito delle obbligazioni, la scelta, nel silenzio delle parti, non spettava dunque necessariamente all'erede.

Particolarmente chiaro è in tal senso il dettato di

D. 30. 108. 2, Afric. 2 *quaest.*: *Cum homo Titio legatus esset, quaesitum est, utrum arbitrium heredis est quem velit dandi an potius legatarii. Respondi verius dici electionem eius esse, cui potestas sit qua actione uti velit, id est legatarii.*

lego darique volo viginti auri libras» et adiecit: «fideique tuae, Atti, committo, ut in primis...

²⁸ Così TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 743. Nello stesso senso si vedano FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi*, cit., 655 s.; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1978, rist. 1984, 568, e GROSSO (*I legati nel diritto romano*², cit., 106 ss.) che, dopo avere affermato che "i testi che ammettono questo concorso non presentano... un'enunciazione a priori impossibile", osserva anche che il loro dettato potrebbe essere frutto di una rielaborazione postclassico-giustiniana. Hanno invece negato che, nel caso di legato disposto con duplice forma, il legatario avesse la possibilità di scegliere l'azione da esercitare SEGRÉ, *Note esegetiche sui legati*, in *Studi Scialoja*, 1, Roma, 1905, 245 ss.; CIAPESSONI, *Sul Senatoconsulto Neroniano*, in *Studi in onore di Bonfante*, 3, Milano, 1930, 699 ss.; PIAGET, *Le Sénatus-Consulte Néronien*, Losanna, 1936, 66 ss. Di contro sono però utilmente consultabili le puntuali osservazioni di MASI, *D. 30. 33 e la duplicità di forma dei legati*, in *Archivio Giuridico*, 154, 1958, 112 ss.

²⁹ A cui competeva la scelta dell'azione.

³⁰ Con riguardo al regime della scelta è unanimemente affermato che esso era uguale nelle obbligazioni alternative e in quelle generiche. Di questo regime è infatti frequente una trattazione unica per entrambe le categorie di obbligazioni. In tal senso si veda, ad esempio, SCIASCIA, *Sulla irrettabilità della scelta nelle obbligazioni alternative e generiche*, cit., 255 s., e, tra i manuali, MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 579, che con riguardo ai due tipi di obbligazioni afferma: "Per certi aspetti, ..., il regime era eguale: così, per quanto riguarda la facoltà di scelta...".

Questo frammento è stato più volte sospettato di interpolazione³¹ o comunque di essere stato abbreviato dai compilatori giustiniani.³² Si tratta di congetture che però, oltre ad essere discutibili,³³ non appaiono necessarie a chiarire la sua portata che peraltro, nel testo attuale, appare perfettamente conforme alla realtà prospettata dalle fonti epigrafiche.

In esso Africano fa oggetto di un'apposita *quaestio* il caso in cui sia stato legato genericamente uno schiavo; il testo non precisa con quale forma ma presumibilmente con l'utilizzazione sia della forma *per*

³¹ Cfr. LEVY - RABEL, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis esse dicuntur ad h.l.*

³² In tal senso, ad esempio, lo SCIASCIA (*Sulla irretrattabilità della scelta*, cit., 259 s.), partendo dalla considerazione che il giurista stava cercando di dare una soluzione ad una discussione sulla spettanza del diritto di scelta nel legato *per damnationem* (così come si era già verificato per il legato *per vindicationem*), nata in seguito ad un avviato processo di fusione delle varie forme di legato, ha ipotizzato un riassunto della *quaestio* ad opera dei compilatori giustiniani. Hanno ritenuto il testo interpolato, tra gli altri, anche CIAPESSONI, *Sul Senatoconsulto Neroniano*, cit., 707 e lett. cit. nelle ntt. 193, 194 e 196, e PIAGET, *Le Sénatus-Consulte Néronien*, cit., 80 s.

³³ Improbabile appare infatti (cfr. lett. cit. nelle ntt. precedenti) la supposta interpolazione dell'espressione *qua actione uti velit*, dal momento che, come ha notato anche MASI (*D. 30. 33 e la duplicità di forma dei legati*, cit., 118 s.), la stessa espressione ricorre, oltre che in D. 25. 2. 24, Ulp. 5 *regul.*, in D. 30. 84. 13 di Giuliano (sui rapporti di Giuliano con Africano cfr. *infra*, nt. 36). Inoltre non "vedo il motivo per cui i compilatori avrebbero dovuto introdurre nel testo di Africano l'espressione anzidetta... quando il fatto che il legatario potesse scegliere l'azione da esercitare non aveva più alcuna importanza ai fini della spettanza della *electio* della cosa legata; inoltre, mentre per loro era normale che il legatario avesse la scelta dell'azione, dall'ultima frase del testo tale spettanza è data come eventuale (vi si dice *potestas sit* e non *potestas est*)". Così MASI, *op. e loc. ult.* cit. Inevitabile sembra invece considerare l'*id est legatarii* un'aggiunta compilatoria. Cfr., nello stesso senso, già BALDUIN, *Iustinianus sive de iure novo*, Halae - Lipsiae, 1729, 83, ma anche PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, Milano, 1953, 489, e, tra gli altri, MASI, *op. ult.* cit., 123 nt. 104, e GROSSO, *I legati nel diritto romano*², cit., 109 e nt. 3. Contro quest'ultimo va però osservato che l'*id est legatarii* non ha certamente l'area di una giustificazione della norma giustiniana. Una giustificazione infatti non viene normalmente introdotta da *id est*, che è un'espressione con valore perlopiù esplicativo. È dunque più plausibile pensare che si tratti di una glossa o che i compilatori abbiano semplicemente avvertito l'esigenza di fare esplicito riferimento al legatario là dove il testo classico considerava il regime della scelta solo sul piano processuale, attraverso la scelta dell'azione.

Sulle diverse ricostruzioni del frammento che sono state proposte e le critiche ad esse apportate è utilmente consultabile MASI, *op. ult. cit.*, 108 ss.

damnationem che di quella *per vindicationem*.³⁴ Una *quaestio*, infatti, non avrebbe avuto senso né se si fosse trattato di legato *per damnationem* né di quello *per vindicationem*, perché nel primo caso la scelta sarebbe spettata all'erede (debitore) e nel secondo al legatario. Se una *quaestio* sorse fu in quanto da uno stesso legato discendevano effetti obbligatori e reali e, trattandosi di un legato generico (ma sarebbe stata la stessa cosa per uno alternativo³⁵), sugli effetti si innescava il problema della scelta. Quando il legato era idoneo alla trasmissione della proprietà verosimilmente nasceva contemporaneamente all'obbligo dell'erede, di adempiere scegliendo, il diritto del creditore di agire con l'azione reale o personale. Pertanto, prima che il creditore agisse con l'azione reale che gli avrebbe consentito la scelta, poteva anche accadere che il debitore adempisse scegliendo. In questa situazione, il diritto di scelta non risultava più normativamente regolato e poteva variare a seconda delle circostanze. Da qui il sorgere di una *quaestio* e la soluzione di Africano, o più verosimilmente di Giuliano,³⁶ che, probabilmente tenendo presente sia la circostanza che

³⁴ Cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., 2, 589 nt. 6; MASI, *D. 30. 33 e la duplicità di forma dei legati*, cit., 119 ss.; IMPALLOMENI, *Sull'obbligo del debitore*, cit., 70.

³⁵ Cfr. quanto già detto *supra*, nt. 30. Inoltre è interessante notare che proprio il testo in esame è citato dal MARRONE, nel suo manuale di Istituzioni (*op. cit.*, 576 nt. 46), come esempio particolarmente probante di scelta spettante al legatario nei legati alternativi.

³⁶ È noto che Africano (su cui cfr., per tutti, oltre le opere ormai classiche di KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, Leipzig, 1888, 177 = *Histoire des sources du droit romain*, trad. fr. di BRISSAUD, Paris, 1894, 235; FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischen Juristen von Hadrian bis Alexander*, Tübingen, 1908, rist. Osnabrück, 1965, 31 e KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz–Wien–Köln, 1967, 172, anche JÖRS, s. v. *Caecilius* n. 29, in *PWRE*, 3. 1, Stuttgart, 1897, 1193, e CASAVOLA, *Gellio, Favorino, Sesto Celio*, in *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 82 ss.), nei *libri quaestionum*, riferisce costantemente le opinioni del suo maestro Giuliano facendole precedere da verbi come *putavit*, *existimavit*, *inquit*, *respondit*, ecc. Anche nel frammento in esame ricorre il verbo *respondere*, ma questo invece che alla terza persona viene utilizzato alla prima, che potrebbe fare pensare a una risposta dello stesso Africano. L'utilizzazione del verbo alla prima persona deve comunque essere apparsa strana anche a MASI (*D. 30. 33 e la duplicità di forma dei legati*, cit., 119) e all'IMPALLOMENI (*Sull'obbligo del debitore*, cit., 70) che hanno infatti proposto la correzione di *respondi* con *respondit*. Una possibile spiegazione potrebbe anche essere quella proposta dal KRÜGER (*Geschichte der Quellen und Litteratur*, cit., 71 nt. 60, la cui opinione è accolta dal DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940, 7) che, con riferimento ai *Digesta* di

trattandosi di obbligazione alternativa nascente da legato non solo il legatario ma anche l'erede era interessato alla proprietà delle cose del *de cuius*, sia, e soprattutto, l'originaria intenzione del testatore di disporre un legato *per vindicationem* e la considerazione dello stesso di affiancargli quello obbligatorio per essere sicuro che la cosa legata arrivasse al legatario,³⁷ rispose che era più giusto (*verius*) attribuire l'*electio* a colui al quale spettava la scelta dell'azione,³⁸ cioè al legatario. A quest'ultimo dunque veniva riconosciuta una facoltà di scelta che egli nel caso concreto, avendo a disposizione l'azione reale e quella personale, avrebbe potuto di fatto esercitare agendo con la *rei vindictio* la quale, com'è noto, necessita la preventiva determinazione dell'oggetto.³⁹

È stato osservato⁴⁰ che siamo di fronte ad una decisione di natura eccezionale che non smentisce la regola generale, per cui anche Giuliano nei legati *per damnationem* sia alternativi che generici attribuisce la scelta al debitore. Io credo, invece, che se è vero che Giuliano (o forse Africano⁴¹) attribuiva la scelta al debitore nei legati alternativi o generici disposti unicamente *per damnationem* è altrettanto vero che nei legati alternativi o generici con effetti anche obbligatori la scelta poteva competere al legatario.

3. Interpretazione di D. 31.19.

La presunta eccezionalità della decisione di Giuliano risulta peraltro smentita da una più puntuale esegesi di D. 31. 19, il cui

Alfeno Varo, considera il *respondi* un errore di scrittura. Sui rapporti di dipendenza tra l'opera di Africano e quella di Giuliano, sono utilmente consultabili anche DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, 2, Milano, 1943, 492, e FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma, 1954, 387.

³⁷ "Ed anche il legislatore nel prendere in considerazione i legati mirava a questa funzione sostanziale unitaria; Gai 2, 208 dice che *plerisque placuit, quantum ad hoc ius, quod lege Papia coniunctis constituitur, nihil interesse, utrum per vindicationem an per damnationem legatum sit*". Così GROSSO, *I legati nel diritto romano*², cit., 94 nt. 2.

³⁸ In questo modo credo debba essere tradotta la frase *...cui potestas sit qua actione uti velit...*

³⁹ Cfr., in tal senso, per tutti, FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi*, cit., 251.

⁴⁰ IMPALLOMENI, *Sull'obbligo del debitore*, cit., 70.

⁴¹ Cfr., *supra*, nt. 36.

utilizzo si prospetta particolarmente interessante per la ricostruzione del regime della scelta nelle obbligazioni alternative. L'integrale considerazione del frammento, infatti, consente di abbandonare l'erronea e generale affermazione che con esso, così come con il testo di Africano, siamo fuori dal campo delle obbligazioni, in quanto l'originale classico, nella parte iniziale, riguarderebbe il legato *per vindicationem*.⁴²

D. 31. 19, Cel. 18 *dig.*: *Si is, cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius habet: tamquam si damnatus heres alterutrum dare Stichum dederit, cum ignoret sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.*

Celso prende in considerazione un legato alternativo di due schiavi, Stico o Panfilo, e afferma che l'adempimento è definitivo quando il legatario, ignorando l'alternatività del legato, ha rivendicato Stico o, nella stessa situazione, il debitore lo ha prestato. Qui non si parla di irretrattabilità della scelta, che in realtà non è stata fatta, essendoci stato l'errore, ma si considera irretrattabile l'adempimento.

Considerando la parte del testo da *tamquam* in poi,⁴³ e cioè il caso in cui il debitore, credendo l'obbligazione semplice, ha prestato per errore l'oggetto a cui si riteneva obbligato, la dottrina ha rilevato nelle fonti un'antinomia. Giuliano, infatti, nella stessa situazione, concede al debitore la ripetizione dell'oggetto prestato:

D. 12. 6. 32. 3, Iul. 10 *dig.*: *Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet: et ideo si, cum existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit.*⁴⁴

⁴² In tal senso cfr., per tutti, GROSSO, *I legati nel diritto romano*², cit., 267; ID., *Obbligazioni*, cit., 168.

⁴³ La parte precedente, infatti, viene trascurata sul presupposto che si tratta di legato *per vindicationem* e che quindi siamo fuori dal campo delle obbligazioni.

⁴⁴ Poco rilevanti appaiono ai nostri fini le osservazioni fatte al testo con riguardo alla genuinità di brevi frasi o espressioni. Così la supposta sostituzione di *hominem* a *Stichum* (cfr. BESELER, *Romanistische Studien*, in *TJ*, 10, 1930, 224 s.) che come è stato, a mio modesto avviso, giustamente rilevato (cfr. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im*

Il tentativo di spiegare il contrasto ha dato vita a varie soluzioni dottrinali, che però partono tutte dal presupposto che il frammento di Celso stesse prendendo in considerazione due diversi legati, il primo *per vindicationem* e il secondo *per damnationem*.

Io credo invece più aderente al dettato del testo – che non indica espressamente la forma di legato utilizzata – l’ipotesi che il giurista stesse considerando un unico legato alternativo, erroneamente ritenuto semplice, disposto cumulativamente *per vindicationem* e *per damnationem*, da cui, come si è visto nel testo precedente, discendevano contestualmente effetti reali e obbligatori e conseguentemente la duplice possibilità, prevista dallo stesso frammento, sia che il debitore adempisse sia che, ancor prima, il legatario rivendicasse una delle *res*. Questa ipotesi, che non permette di considerare l’intero frammento fuori dall’ambito delle obbligazioni, consente peraltro di spiegare meglio la rilevata antinomia.

Poco credibile appare infatti la spiegazione del presunto contrasto risalente alla Glossa e poi ripresa dal Fabro e dal De Ruggiero,⁴⁵ secondo cui Giuliano, dicendo in D. 12. 6. 32. 3: *Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet*, si sarebbe riferito all’obbligazione generica mentre Celso a quella alternativa, perché qualunque sia pur logico ragionamento al riguardo⁴⁶ urta contro l’esplicito riconoscimento giuliano, nello stesso testo, del diritto alla *repetitio* anche nel caso di obbligazione alternativa.

Ancor meno persuasive sembrano le tesi dell’Albertario⁴⁷ e del

klassischen römischen Recht, Münster-Köln, 1952, 26 nt. 22, e BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz, 1965, 48 nt. 2), potrebbe semplicemente essere dovuto all’errore di un copista. Attacchi, dalla critica interpolazionistica, sono stati mossi anche all’espressione finale: “*alium autem quemlibet dando liberari poterit*”. Cfr. BUONAMICI, *Recitatio solemnitas secunda ad l. 32 § 3 D. De cond. ind. et 19 D. De legat. et fideicom. II et 7 Inst. De obligat. quasi ex contractu*, in *Archivio giuridico*, 69, n.s. 10, 1902, 498.

⁴⁵ *Le obbligazioni*, cit., 97 ss.

⁴⁶ Ad esempio è coerente l’osservazione che nell’obbligazione generica al debitore che ha erroneamente creduto di dovere una cosa determinata si deve consentire la ripetizione, perché quella data non era dovuta. Diversamente nell’obbligazione alternativa entrambi gli oggetti sono *in obligatione*, e quindi anche quello prestato per errore è dovuto. Si veda, a proposito, cit. in ALBERTARIO, *Corso*, cit., 372.

⁴⁷ *Corso*, cit., 374 ss.

Longo⁴⁸ che, riprendendo l'opinione dell'Ascoli, giudicano alterato il testo di Celso. Secondo questi Autori il giureconsulto, mentre avrebbe negato il *ius mutandae vindicationis* al legatario *per vindicationem*, nel considerare il legato *per damnationem* avrebbe riconosciuto al debitore la *repetitio* dell'oggetto prestatato.

I giustiniani, che unificarono i vari tipi di legato, avrebbero eliminato dal frammento le differenze di regime uniformando la soluzione della seconda parte del testo alla prima e negando in ogni caso la ripetibilità. Dunque l'antinomia, inesistente nelle fonti classiche, sarebbe stata creata, senza volerlo, dai compilatori. È stato già notato di contro che “la lettera del testo allude ancora troppo chiaramente alla differente natura dei due legati, per poter pensare ad un intervento compilatorio”.⁴⁹ Ebbene io credo che se effettivamente il testo alludesse a due diversi legati con disciplina diversa riguardo alla scelta, non solo si dovrebbe escludere qualsiasi intervento compilatorio ma non si giustificerebbe neppure il suo inserimento *in sede materiae*.⁵⁰ Questo inserimento, invece, si spiega, senza bisogno peraltro di ipotizzare un'alterazione del testo, se si accetta l'idea che esso originariamente riguardasse un unico legato disposto cumulando la forma del legato *per vindicationem* con quella del legato *per damnationem*, i cui effetti, al tempo stesso reali e obbligatori, conducevano nella sostanza ad un regime di scelta analogo a quello giustiniano.

Non convince neppure la teoria, sostenuta, tra gli altri, dall'Impallomeni⁵¹ e dal Grosso,⁵² e da ultimo accolta dalla Ziliotto,⁵³

⁴⁸ Corso, cit., 71 ss.

⁴⁹ Così IMPALLOMENI, *Note sull'adempimento dell'obbligazione alternativa*, cit., 273.

⁵⁰ Né con riguardo a questo testo sono accettabili le osservazioni che si fanno per giustificare l'inserimento nella compilazione sia dei testi che si considerano relativi al vecchio legato *per vindicationem* sia di quelli che si giudicano riguardanti il legato *per damnationem*. Con riguardo al vecchio legato *per vindicationem*, con scelta attribuita al legatario, si dice, infatti, che nel diritto giustiniano un tale legato si deve intendere produttivo anche di obbligazione e quindi rispecchiante il regime che si attribuisce alla scelta quando da un legato nasce azione reale e personale. Ma un tale ragionamento potrebbe accettarsi per un testo in cui si faccia riferimento al solo legato *per vindicationem* e non anche per uno in cui, come in quello di Celso, la dottrina ritiene che si considerasse accanto al legato *per vindicationem* quello *per damnationem*.

⁵¹ *Note sull'adempimento dell'obbligazione alternativa*, cit., soprattutto 275 s.

secondo cui le due diverse soluzioni di Celso e Giuliano sarebbero da ricollegare ad una divergenza di opinioni tra i due giuristi, attestata in C. 4. 5. 10,⁵⁴ sempre in materia di obbligazione alternativa, circa la spettanza della scelta della prestazione da restituire nel caso in cui il debitore, ritenendo l'obbligazione cumulativa, avesse eseguito entrambe le prestazioni. È stato notato⁵⁵ che mentre Giuliano – partendo dal presupposto “che soltanto l'adempimento, compiuto con la consapevolezza di eleggere, estingue gli effetti giuridici propri della natura alternativa dell'obbligazione, ivi compresa la stessa facoltà di scelta” – conserva la facoltà di scelta al debitore circa la prestazione da restituire e gli concede la *condictio* in D. 12. 6. 32. 3, nel caso in cui lo stesso credendo l'obbligazione semplice, presti uno degli oggetti, Celso, nelle stesse situazioni, ritenendo che l'adempimento comunque fatto estingue l'obbligazione, fa perdere al debitore la scelta della

⁵² *Obbligazioni*, cit., 206 ss. Si vedano, nello stesso senso, BERNSTEIN, *Zur Lehre von alternativen Willen*, cit., 61; PESCATORE, *Die sogenannte alternative Obligation*, cit., 168 s.; VON KOSCHENBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, 1, Weimar, 1903, 110 nt. 5.

⁵³ *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, cit., 34, dove si legge: “I passi del Digesto che ricordano le opinioni di Celso e di Giuliano danno dunque una immagine più dettagliata di quel contrasto di opinioni che si trova ricordato da Giustiniano”.

⁵⁴ *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.: Si quis servum certi nominis aut quandam solidorum quantitatem vel aliam rem promiserit et, cum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit, dubitabatur, cuius rei datur a legibus ei repetitio, utrumne servi an pecuniae, et utrum stipulator an promissor habeat huius rei facultatem*. 1. *Et Ulpianus quidem electionem ipsi praestat qui utrumque accepit, ut hoc reddat quod sibi placuerit, et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert. Papinianus autem ipsi qui utrumque persolvit electionem donat, qui et antequam dependat ipse habet electionem quod velit praestare, et huiusmodi sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem*. 2. *Nobis haec decidentibus Iuliani et Papiniani placet sententia, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit*.

La decisione riportata dal testo “doveva essere una delle *quinquaginta*”. Così IMPALLOMENI, *Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente*, cit., 55; ID., *Note sull'adempimento dell'obbligazione alternativa*, cit., 276. Nello stesso senso RUSSO RUGGERI, *Studi sulle cinquaginta decisiones*, Milano, 1999, 27 s.; ID., *Sulle cinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, in *SDHI*, 76, 2010, 466 nt. 86, VARVARO, *Contributo allo studio delle cinquaginta decisiones*, in *AUPA*, 44, 2000, 388 e ntt. 43 e 44.

⁵⁵ IMPALLOMENI, *Note sull'adempimento dell'obbligazione alternativa*, cit., 265 ss.

prestazione da restituire e gli nega la *condictio* in D. 31.19.

Orbene non mi pare che la soluzione data da Celso in D. 31. 19 si possa giustificare facendo riferimento alla controversia fra giuristi riferita da Giustiniano. Se infatti la decisione di Celso⁵⁶ si ricollegasse agli stessi principi della controversia esposta in C. 4. 5. 10, in cui Giustiniano segue la diversa opinione di Giuliano, di essa non sarebbe dovuta rimanere traccia nella compilazione. Né basta dire, per superare l'obiezione, che "ben possono i giustinianeî riportare nel Digesto testi non più attestanti la norma vigente, ma rispecchianti il pensiero passato, che ancora si vuole ricordare".⁵⁷ La tradizionale *reverentia* dei romani per l'*antiquitas* è un argomento difficilmente utilizzabile per giustificare la presenza nei *Digesta* di un'opinione, come quella celsina, collegabile ai principi che avrebbero ispirato una controversia risolta da Giustiniano in una delle *quingenta decisiones*, "che di fatto facilitavano il compito dei commissari, che non dovevano più preoccuparsi di esaminare... le questioni già risolte autoritativamente dall'imperatore".⁵⁸

A quanto argomentato, peraltro, si aggiunge la possibilità di chiarire il pensiero del giurista adrianeo anche solo guardando al diverso atto costitutivo del vincolo obbligatorio preso in considerazione nel frammento giurisprudenziale e nella costituzione imperiale. La controversia descritta dal *Codex* riguarda, infatti, un'obbligazione alternativa nascente da *stipulatio* mentre in materia di legato non è improbabile che Celso abbia tenuto presente il principio della irripetibilità del legato *per damnationem* erroneamente adempiuto.⁵⁹ È vero che è stato obiettato che Celso "equipara la

⁵⁶ Per la diversa opinione di Celso si veda anche D. 12. 6. 26. 13, Ulp. 26 *ad ed.*: *...Et putat natam esse quinque condictionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur*. In proposito cfr. PESCATORE, *Die sogenannten alternative Obligation*, cit., 168.

⁵⁷ Così IMPALLOMENI, *Note sull'adempimento dell'obbligazione*, cit., 276.

⁵⁸ RUSSO RUGGERI, *Studi sulle quingenta decisiones*, cit., 123.

⁵⁹ In senso analogo si vedano WINDSCHEID, *Pandette*, 3, trad. it. FADDA e BENZA, Torino, 1925, 552 nt. 7; SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, cit., 27 nt. 26, e TALAMANCA, *Obbligazione*, cit., 46 nt. 302, che ha osservato "È discutibile se l'irripetibilità nel caso del legato *per damnationem* alternativo, di cui a Cels. 18 *dig.*, D. 31. 19, rispecchi la controversia fra i giuristi ricordata da Giustiniano, perché la decisione comunque si giustifica in base all'irripetibilità della *solutio ex legato*".

disciplina del legato *per vindicationem* a quella del legato *per damnationem*” e che “tale avvicinamento non avrebbe avuto giustificazione se la irretrattabilità della scelta fosse derivata, nelle due fattispecie, da principi assolutamente diversi...”,⁶⁰ ma questa osservazione cade se si parte dal presupposto che Celso stesse considerando un unico legato disposto cumulativamente *per damnationem* e *per vindicationem*, da cui discendevano effetti reali e obbligatori. In questa ipotesi, infatti, appare plausibile pensare che il giurista – considerando la duplicità di effetti del legato e tenendo presente non solo la regola della irripetibilità della *solutio ex legato* alternativo⁶¹ ma anche la circostanza che se il legatario avesse fatto

Le due diverse opinioni di Giuliano e di Celso sarebbero espressione di due diverse regole, una per il legato e l'altra per la *stipulatio*, secondo, tra gli altri, il BUONAMICI, *Recitatio solemnis prima ad l. 32 § 3 D. de cond. ind. et 19 D. de leg. I*, in *Archivio giuridico*, 63 (n. s. 4), e *Recitatio solemnis seconda ad l. 32 § 3 D. de cond. ind. et 19 D. de leg. I*, in *Archivio giuridico*, 69 (n. s. 10), 496 ss., la cui opinione è seguita dal VASSALLI, *Nuove osservazioni sulle obbligazioni alternative e generiche*, cit., 487 ss.

⁶⁰ IMPALLOMENI, *Note sull'adempimento dell'obbligazione*, cit., 274.

⁶¹ L'esclusione nei legati *per damnationem* della *condictio indebiti* è attestata da Gai 2. 283 e Inst. 3. 27. 7. Su questi si vedano VON KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, 2, Weimar, 1907, 149; PAOLI, *Lis infitiano crescit in duplum*, Paris, 1933, 246 ss.; SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio*, cit., 264 s.

Contro l'applicazione di questa regola al legato *per damnationem* alternativo è stato notato (ALBERTARIO, *Corso*, cit., 373, e IMPALLOMENI, *Note sull'adempimento dell'obbligazione*, cit., 274 nt. 20) che essa si applica solo a quello semplice, perché l'irripetibilità sembrerebbe collegata nelle fonti alla regola dell'aggravamento della *condemnatio adversus infitiantem*, che stando a Gai. 4. 9 (*quae per damnationem certa relicta sunt*) ricorre solo quando si ha un legato *per damnationem certum relictum*, mentre secondo Giustiniano *certum constitutum*. Inst. 3. 27. 7: *Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definiverunt veteres: ex quibus causis infitiano lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato, quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata: nostra autem constitutio cum unum naturam omnibus legatis et fideicommissis indulset, huiusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis praebuit, sed tantummodo in his legatis et fideicommissis, quae sacrosanctis ecclesiis ceterisque venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt, quae si indebita solvantur, non repetuntur.*

Ebbene, notava già il VASSALLI (*Nuove osservazioni sulle obbligazioni alternative e generiche*, cit., 488) che per stabilire se la regola “*ex quibus causis infitiano lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse*” si applicava anche ai legati alternativi bisogna stabilire se “legati alternativi, come quello che Celso considera (*Stichum aut*

Pamphilum heres meus dare damnas esto) siano legati *certa constituta* o *certa relicta*". Secondo l'Autore (*op. cit.*, 489), in seguito all'esame dei testi nei quali, in considerazione dell'*intentio* dell'azione, si parla di *stipulatio certa*, bisogna concludere che la *stipulatio* alternativa è una "*stipulatio certa*" e lo stesso vale per i legati, dal momento che Teofilo (3. 27. 7) ritiene che "le espressioni *certa relicta*, *certa constituta* debbano intendersi al modo stesso proprio della dottrina della stipulazione".

Sebbene la conclusione sia plausibile, io credo che la questione potrebbe essere diversamente impostata e che in parte avesse ragione lo stesso Vassalli, quando in un suo scritto precedente (*Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, cit., 209) notava "che il *certe* di Gaio, come il *certa* delle Istituzioni non hanno nulla che fare colla determinazione specifica dell'oggetto del legato: qui non si pensa punto al *certum corpus* della cosa legata, ma solo all'esistenza del legato: già lo dimostra abbastanza la locuzione *certa constituta*, più ancora il *certe relictae* gaiano {L'avverbio, che è nel manoscritto, male si corregge da Huschke e da Studemund colla lezione: "*leg. nom. quae per damn. certa relicta sunt*"}". A ciò io aggiungerei che lo conferma un'attenta rilettura del citato passo delle Istituzioni di Giustiniano. L'imperatore, infatti, dopo aver richiamato la regola che quanto è stato erroneamente pagato a titolo di legato non dà luogo a *condictio*, chiarisce che i *veteres* la limitavano a *quae certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata*, espressione che, a mio modesto avviso, stando al seguito del testo, va intesa nel senso che si doveva trattare di legati *per damnationem* di esistenza certa e dunque non di legati, ad esempio, disposti a favore di persone incerte. Perciò l'imperatore, nell'intento di dettare una disposizione a favore della Chiesa, dopo aver esteso la regola ad ogni tipo di legati e fedecommissi, come era normale dopo l'avvenuta parificazione, aggiunge, a conferma della disposizione classica, che non si doveva trattare di legati o fedecommissi disposti a favore di qualsiasi legatario, cioè dovevano essere in tal senso certi, a meno che si trattasse di legati e fedecommissi a favore di Chiese e altri luoghi sacri o pii. Questa interpretazione peraltro sarebbe in perfetta armonia con il testo di Celso che non prevede alcuna limitazione.

Sulla politica religiosa di Giustiniano ed in particolare sull'atteggiamento di favore assunto dallo stesso nei confronti delle istituzioni ecclesiastiche cfr., per tutti, GELZER, *Das Verhältniss von Staat und Kirche in Byzanz*, in *Historische Zeitschrift*, 86, 1901, 195 ss.; BATIFFOL, *Régime byzantin et papauté*, in *Bulletin de la Société nationale des antiquaires de France*, 1928, 133 ss.; BIONDI, *Giustiniano primo. Principe e legislatore cattolico*, Milano, 1936, 117 ss.; VOIGT, *Staat und Kirche von Konstantin dem Grossen bis zum Ende der Karolinerzeit*, Berlin, 1936, 44 ss. e 57 ss.; SCHWARTZ, *Zur Kirchenpolitik Justinians*, in *Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch – historische Abt.*, 2, 1940, 32 ss. (= *Gesammelte Schriften*, 4, Berlin, 1960, 276 ss.); MARONGIU, *Concezione della sovranità e assolutismo di Giustiniano e di Federico II*, in *Atti del Convegno internazionale di studi federiciani*, Palermo, 1952, 31 ss.; DIESNER, *Kirche und Staat im spätrömischen Reich*, Berlin, 1964; MEYENDORFF, *Justinian, the Empire and the Church*, in *Dumbarton Oaks Papers*, 22, 1968, 43 ss.; PETRITAKIS, *Interventions dynamiques de l'empereur de Byzance dans les affaires ecclésiastiques*, in *Byzantina*, 3, 1971, 135 ss.; CARON, *Corso di storia dei rapporti fra Stato e Chiesa. I: Chiesa e Stato dall'avvento del Cristianesimo agli inizi della monarchia assoluta*, Milano, 1981, 11 ss.; ID., *Natura giuridica del sistema dei rapporti fra Stato e Chiesa nell'impero romano e nell'impero bizantino*, in *Studi Sanfilippo*, 2, Milano, 1982, 61 ss.; SINISCALCO, *Il cammino di Cristo nell'impero romano*, rist. Bari, 1987, 281 ss.; HARTEL, *Einige Betrachtungen zur*

valere il suo diritto, sperando la *rei vindicatio* per un oggetto, anche se per errore, non sarebbe più potuto tornare indietro – senza dunque estendere la disciplina del legato *per damnationem* a quella del legato *per vindicationem*, abbia stabilito che, qualunque fosse l'effetto del legato che si fosse fatto valere, la *rei vindicatio* o l'adempimento si dovevano considerare definitivi. Ragionando in questi termini è lecito concludere che Celso fissò la diversa regola dell'irripetibilità dell'adempimento per ogni legato alternativo, contemporaneamente reale e obbligatorio, erroneamente ritenuto semplice. Questa regola, che non poteva non essere accolta dai compilatori, visto che il legato giustiniano, indipendentemente dalla forma utilizzata poteva avere oltre che effetti obbligatori anche reali, non si deve considerare smentita dal disposto di

C. 4. 5. 7. *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Dionysiae: Fideicommissum vel legatum indebitum per errorem facti solutum repeti posse explorati iuris est. S. V. id. Sept. AA. cons.*

La costituzione riferisce esplicitamente la concessione della ripetibilità dei legati o fedecommissi indebitamente adempiti al caso in cui ciò sia avvenuto in seguito a un *error facti*⁶² e così facendo lascia fuori l'ipotesi prevista da Celso: chi crede semplice un legato disposto alternativamente commette, nell'ottica giustiniana, un *error iuris* e non può ripetere l'adempimento.

Questa affermazione trova conferma nella circostanza che proprio

Religionspolitik Kaiser Justinians I anhand ausgewählter Beispiele aus dem «Codex Iustinianus» und den «Novellen» Iustinians, in *Eos*, 79, 1991, 245; CLAUSS, *Die συμφωνία von Kirche und Staat zur Zeit Justinians*, in *Klassisches Altertum. Spätantike und frühes Christentum. Festschrift Lippold*, Würzburg, 1993, 379 ss.

⁶² Secondo l'opinione tradizionale l'esperimento della *condictio* presupponeva il concorso dell'indebito e dell'errore già in epoca classica. Si veda, per tutti, SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio*, cit., 7 ss. Per la stessa epoca escludono invece la necessità dell'errore, SOLAZZI, *L'errore nella «condictio indebiti»*, in *Atti Accademia Nap.*, 59, 1939, 291 ss. (= in *Scritti di diritto romano*, 4, Napoli, 1963, 99 ss.); ID., *Ancora dell'errore nella «condictio indebiti»*, in *SDHI*, 9, 1943, 55 ss. (= in *Scritti di diritto romano*, cit., 4, 405 ss.); ID., *Le «condictiones» e l'errore*, in *Atti Accademia Napoli*, 62, 1949, 69 ss. (= in *Scritti di diritto romano*, 5, Napoli, 1972, 1 ss.), e SANFILIPPO, *Condictio indebiti. 1. Il fondamento dell'obbligazione da indebito*, Milano, 1943. In argomento si veda anche GUARINO, *L'obbligazione da indebito* (1945), in *Pagine di diritto romano*, 6, 1995, 244 ss.

con riguardo all'*error in negotio* la dottrina bizantina applica “il principio della irrilevanza, ai fini dell’invalidità, dell’*ignorantia iuris*”.⁶³ Dal momento in cui “l’errore sulla natura del contratto si configura come *error iuris* e quindi come tale si presenta irrilevante” si determina l’ulteriore conseguenza “che l’*error in negotio* è sempre irrilevante – non invalidante –, allorché il contraente ritenga che il negozio che sta per porre in essere abbia conseguenze diverse da quelle proprie della sua φύσις. Un problema siffatto per il diritto classico non si poneva minimamente”.⁶⁴

Se si accetta dunque l’idea che Celso considerò un unico legato alternativo disposto cumulativamente *per damnationem* e *per vindicationem*, visto che questa ipotesi, come ho tentato di dimostrare, rende più chiara la portata del testo e il suo rapporto con altri frammenti dei *Digesta*, si deve concludere che con il frammento di Celso non siamo certamente fuori dall’ambito delle obbligazioni

⁶³ Così ZILLETTI, *La dottrina dell’errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, 439. Particolarmente esplicito in tal senso è il dettato di Stephanus, sc. ad D. 12. 1. 18 (*Hb.* 2. 614 = *Schelt.* B IV. 1541): Ερωτέτη. Καί πῶς οἶον τε ἐστὶ τὸν ὡς κομποδάτον λαμβάνοντα δαπανῆσαι ταῦτα βόνα φίδε; [φύσει] <φύσις> γάρ τοῦ κομποδάτου μὴ μεταφέρειν ἐπὶ τὸν λαμβάνοντα τὴν δεσποτείαν. Στεφάνου. Θές, ὅτι ἐνόμιζε τὴν δεσποτείαν ἐπ’ αὐτὸν μετενηνέχθαι τῶν νομισμάτων, καὶ βόνα φίδε ἐδαπάνησεν, ἀκηκῶς, ὅτι τὰ πόνδερε, νοῦμερο, μενσοῦρα ἐν τῷ γένει, καὶ οὐκ ἐν τῷ εἶδει τὴν φυνκτιονην (*Fabr. functionem*) ἔχει καὶ καταβάλλεται. καὶ μὴ ἀντιπέσοι σοι, ὅτι ὁ νόμον ἀγνοήσας οὐ συγγινώσκειται. ὅυτε γὰρ συγγινώσκειται, ἀλλὰ καὶ ἐνάγεται, μηκέτι ὡς ἐπὶ τοῦ κομποδάτου τῶν τυχηρῶν ἀπηλλαγμένους.

Trad. Hb.: Interrogatio. *Quomodo autem fieri potest, ut qui quasi commodatum accepit, bona fide eam consumserit? Natura enim commodati haec est, ut in accipientem dominium non transferat. Stephani. Finge, eum putasse, dominium nummorum ad se translatum esse, et bona fide consumsisse, cum audiisset, ea, quae pondere, numero, mensura consistunt, in genere, non in specie functionem recidere, et solvi. Neque obstat tibi, quod ei, qui ius ignorat, non ignoscitur. Neque enim ei ignoscitur, quin imo convenitur, nec casu fortuito liberatur, ut in comodato.*

Stefano inizia anzitutto col commentare la parte di D. 12. 1. 18 in cui è prospettata l’ipotesi di chi da del denaro a mutuo mentre l’accipiente intende riceverlo in comodato. In tal caso non sorge nessuno dei due negozi, ma il *dans* avrebbe potuto ripetere i *nummi consumpti*. Ebbene l’*accipiens* nel ritenere che come comodatario gli sia stata trasferita la proprietà commette un *error* sulla natura del contratto e questo errore è considerato dal giurista un errore di diritto, “del tutto irrilevante, tanto che l’accipiente ...” (ZILLETTI, *op. cit.*, 440).

⁶⁴ Così ancora ZILLETTI, *op. cit.*, 441.

alternative, per le quali il giurista conferma anzi quanto credo si debba desumere dal testo di Africano precedentemente esaminato e cioè la regola secondo cui, in epoca classica, quando la fonte dell'obbligazione era un legato alternativo disposto con duplice forma la scelta, nel silenzio delle parti, poteva spettare al legatario.

4. Irrilevanza di D. 30.34.14 e 31.23 per la configurazione del regime della scelta.

Nessun contributo per la configurazione del regime della scelta nelle obbligazioni alternative si può invece ricavare dalle testimonianze di D. 30. 34. 14 e 31. 23. Questo, non tanto perché nell'originale classico i due testi riguardavano il legato *per vindicationem*,⁶⁵ bensì in quanto non siamo in realtà di fronte ad ipotesi di legato alternativo.⁶⁶

In D. 30. 34. 14 (Ulp. 21 *ad Sab.*) si legge infatti:

Si ita Titio legetur "fundum Seianum vel usum fructum eius sibi habeto", duo esse legata et arbitrio eius esse, an velit usum fructum vindicare.

Da questo frammento risulta che il testatore aveva legato la proprietà del fondo e l'usufrutto dello stesso a scelta del legatario, cioè aveva disposto non un legato alternativo bensì la scelta alternativa tra due legati. Il diritto di proprietà sul fondo si devolveva infatti al legatario al momento della morte del testatore, mentre l'usufrutto poteva essere dallo stesso acquistato solo all'atto dell'accettazione dell'eredità. In questa situazione, se il legato fosse stato concepito come unico, si sarebbe dovuta ammettere per lo stesso legato la devoluzione in due momenti diversi.⁶⁷ Perciò il giurista espressamente precisa che la disposizione va configurata come *duo legata* "in guisa però che il legatario possa avvalersi di uno solo".⁶⁸

Questa precisazione manca in verità nell'identica fattispecie configurata in D. 31. 23, Marc. 30 *dig.*, ma è evidente che tale

⁶⁵ Nello stesso senso ZILLOTTO, *Studi sulle obbligazioni alternative*, cit., 17 nt. 5.

⁶⁶ In senso analogo C. LONGO, *Corso*, cit., 30 ss.

⁶⁷ In senso analogo, ancora C. LONGO, *Corso*, cit., 31.

⁶⁸ Così BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano, 1955, 438.

mancanza non giustifica una diversa interpretazione. Quando il giurista scrive: “*Lucio Titio fundum Seianum vel usum fructum fundi Seiani lego*”. *Potest legatarius vel fundum vindicare vel fructum, quod facere non potest is cui tantum fundus legatus est*, intende certamente riferirsi all’ipotesi in cui sono stati separatamente legati il fondo e l’usufrutto.⁶⁹

5. *Esclusione di un cambiamento del regime della scelta in epoca giustiniana.*

L’esegesi condotta sui frammenti che sono stati generalmente riferiti dalla dottrina al legato alternativo classico *per vindicationem* - al fine di giustificare in essi l’attribuzione della scelta al legatario - credo abbia sufficientemente evidenziato, per alcuni,⁷⁰ che non riguardavano il legato alternativo, per gli altri,⁷¹ che è poi ciò che più interessa, che in essi venivano presi in considerazione legati disposti con duplice forma da cui nasceva sempre un’obbligazione a carico dell’erede e il legatario, cui veniva lasciata la scelta, era anche creditore.

Di qui l’esclusione, nell’obbligazione alternativa nascente da legato, di un mutamento del regime della scelta, in epoca giustiniana, che viceversa è stato prospettato⁷² come conseguenza del riconoscimento, solo in epoca giustiniana, di un’unica figura di legato in cui la scelta sarebbe potuta spettare al legatario.

Si afferma, infatti, generalmente, che in seguito all’abolizione della distinzione fra le varie forme di legato sarebbe venuta meno l’uniformità della disciplina classica del *ius eligendi*, che sarebbe andato incontro ad una regolamentazione diversa a seconda che si fosse trattato di atti *inter vivos* o *mortis causa*.

Alla luce dei rilievi fatti, il suddetto cambiamento si deve ritenere sostanzialmente già avvenuto in epoca classica nei casi in cui, come attestano le fonti esaminate, il legato alternativo era stato disposto con

⁶⁹ Nello stesso senso depone anche il dettato di D. 31. 8. 1, Paul. 9 *ad Plautium*: *Si ita legatur: «Sempronio decem aut, si noluerit, hominem Stichum lego», hoc casu duo legata sunt, sed uni contentus esse debet.*

⁷⁰ Il riferimento è alle fonti considerate nel § 4.

⁷¹ Il riferimento è alle fonti considerate nei §§ 2 e 3.

⁷² Cfr. quanto detto *supra*, p. 237 e nt. 16.

duplice forma e la scelta poteva spettare al creditore.

In epoca classica, dunque, così come in quella giustiniana, non c'era un regolamento unitario della scelta in ogni caso di obbligazione alternativa.

Se, pertanto, per le obbligazioni alternative sorgenti da atto *inter vivos* il diritto classico e quello giustiniano concordavano nello stabilire che, nel silenzio delle parti, la scelta spettava al debitore, per quelle nascenti invece da legato, già il diritto classico e il giustiniano ammisero che, pur in assenza di qualsiasi previsione, la scelta potesse spettare al debitore o al legatario. La scelta infatti spettava al legatario, in epoca classica, quando dal legato discendevano effetti al tempo stesso reali e obbligatori, perché disposto con la duplice forma del legato *per vindicationem* e *per damnationem*, in epoca giustiniana, indipendentemente dalla forma, ogni qualvolta l'oggetto lo consentiva. Diversamente la scelta spettava al debitore, in epoca classica, quando il legato era stato disposto esclusivamente *per damnationem*,⁷³ in epoca giustiniana, in cui la forma utilizzata non aveva più rilievo, quando, per l'alienità dell'oggetto lasciato o perché si trattava di un legato di fare, il legato era "incapace di proprietà".^{74 75}

Il prospettato regime della scelta, e in particolare la possibilità che, nelle obbligazioni alternative da legato disposto con duplice forma, la scelta spettasse anche al legatario senza un'apposita attribuzione, trova conferma nella circostanza che i testi classici in cui la scelta è espressamente riferita al creditore con un'apposita clausola

⁷³ Si vedano in tal senso D. 30. 47. 3, Ulp. 22 *ad Sab.*; 30. 109. 1, Afric. 6 *quaest.*; 31. 15, Cel. 6 *dig.*; 32. 21. 2, Paul. 4 *sent.*, e, per quanto riguarda il legato generico, anche D. 30. 71 pr., Ulp. 51 *ad ed.*; D. 33. 6. 4, Paul. 4 *ad Sab.* Si tratta di testi che sono stati generalmente riferiti al legato *per damnationem* e in cui la scelta risulta esplicitamente lasciata all'erede. Cfr., per tutti, SCIASCIA, *Sulla irretrattabilità della scelta*, cit., 258 s., e GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 168 s. e 190 s.

⁷⁴ Così C. LONGO, *Corso*, cit., 52. Nel legato alternativo giustiniano infatti "la scelta spetta al legatario (creditore) tutte le volte che per la natura degli oggetti egli può a sua volta agire *ex obligatione* (azione personale) e in base al suo diritto di proprietà (azione reale)".

⁷⁵ Alla base della disciplina della scelta, sia i classici che i bizantini sembrano dunque porre lo stesso principio ispiratore: tutte le volte in cui il legato alternativo può avere s o l o effetti obbligatori la scelta compete all'erede. Si tratta di un principio che però non poteva non trovare, nelle diverse epoche, una differente realizzazione sul piano pratico.

riguardano o le obbligazioni alternative nascenti da atto *inter vivos*⁷⁶ oppure quelle derivanti da legato con efficacia obbligatoria.⁷⁷ In questi casi, infatti, spettando la scelta normalmente al debitore non poteva non essere richiesta un'espressa dichiarazione per derogare al regime ordinario.⁷⁸ Seguendo questo ragionamento appare però strana la presenza nei *Digesta* di testi relativi al legato alternativo *per damnationem* in cui la scelta è affidata espressamente all'erede.⁷⁹

⁷⁶ Cfr. D. 18. 1. 25 pr., Ulp. 34 *ad Sab.*; 18. 1. 34. 6, Paul. 33 *ad edictum*; 23. 3. 10. 6, Ulp. 34 *ad Sab.*; 23. 3. 46. 1, Iul. 16 *dig.*; 45. 1. 112 pr., Pomp. 15 *ad Quintum Mucium*.

⁷⁷ Si veda D. 30. 84. 11, Iul. 33 *dig.*: *Si Titio Stichus aut Pamphilus, utrum eorum malet, legatus est, deinde Pamphilum testator Titio donavit, Stichus in obli g a t i o n e remanet*; D. 34. 2. 38. 1, Scaev. 3 *resp.*: *Semproniae Piae hoc amplius coopertoria Taviana et tunicas tres cum pallioli quae elegerit dari volo*; la questione esposta da Cic. in *De inv.* 2. 40. 116: *Ex ambiguo... nascitur controversia, cum, quid senserit scriptor, obscurum est, quod scriptum duas pluresve res significat, ad hunc modum: Pater familias, cum filium heredem faceret, vasorum argenteorum pondo centum uxori suae sic legavit: 'Heres meus uxori meae vasorum argenteorum pondo centum, quae volet (scil. uxor), dato'. Post mortem eius vasa magna et pretiose caelata petit a filio mater. Ille se, quae ipse vellet, debere dicit...* e il consiglio dallo stesso dato all'*uxor*, per dimostrare che le era stata attribuita la scelta dei *vasa* che le erano stati legati, di argomentare che non avrebbe avuto senso un'esplicita attribuzione all'erede della scelta che egli avrebbe dovuto avere anche in assenza dell'esplicito conferimento (*De inv.* 2. 41. 120): *Permulum autem proficiet illud demonstrare, quemadmodum scripsisset, si id quod adversarius accipiat, fieri aut intelligi voluisset: ut in hac causa, in qua de vasis argenteis quaeritur, possit mulier dicere nihil attinuisse ascribi 'quae volet', si heredis voluntati permetteret. Eo enim non ascripto nihil inesse dubitationis, quin heres, quae ipse vellet, daret. Amentiam igitur fuisse, cum heredi vellet cavere, id ascribere, quo non ascripto nihilominus heredi caveretur*; Tit. Ulp. 24. 14. Cfr. anche D. 36. 2. 14 pr. e § I (Ulp. 24 *ad Sab.*) e, con riguardo al fedecommesso e dunque alla scelta lasciata al fedecommissario, D. 33. 5. 22, Scaev. 17 *dig.*

⁷⁸ E riconoscere la scelta al creditore.

⁷⁹ Si tratta di D. 30. 84. 9, Iul. 33 *dig.*: *'Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato'. Si dixerit heres Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur. Cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit*, e di D. 31. 11. 1, Pomp. 7 *ad Plaut.*: *'Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato, dum, utrum velit dare, eo die, quo testamentum meum recitatum erit, dicat'. Si non dixerit heres, Pamphilum an Stichum dare malit, perinde obligatum eum esse puto, ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus esset, utrum legatarius elegerit. Si dixerit se Stichum dare velle, Sticho mortuo liberari eum: si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter qui supererit in obligatione manebit. Cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit. Et ita et Iuliano placuit*.

In entrambi i testi vengono alternativamente legati *per damnationem* gli schiavi Stico e Pamfilo e viene espressamente riservato all'erede, debitore, il diritto di scelta. Nel

Tuttavia un'attenta lettura di questi testi, che hanno suscitato in dottrina varie giustificazioni dell'effetto concentrativo della dichiarazione di scelta in essi enunciato,⁸⁰ evidenza, a mio modesto avviso, come è già stato notato dal Ferrini,⁸¹ che la figura giuridica considerata è una figura inversa rispetto al *legatum optionis*.⁸² “Come nel *legatum optionis* il testatore attribuisce al legatario una facoltà che già gli competerebbe e si ricava da tale esplicita attribuzione una peculiare estensione e intensità del suo diritto; così noi troviamo che in

frammento di Pomponio inoltre viene espressamente menzionata la *dictio*, che doveva essere fatta al momento dell'apertura del testamento. In questo contesto, la scelta espressamente esercitata non poteva più essere variata e l'obbligazione, concentrata sull'oggetto scelto, si estingueva per il perimento dello stesso.

⁸⁰ Cfr. C. LONGO, *Corso*, cit., 91 ss., secondo il quale il testo di Giuliano, che ci sarebbe pervenuto accorciato, e quello di Pomponio muovono dallo stesso presupposto. Dal loro confronto si evince che l'obbligo dell'erede di fare la *dictio* e la conseguente irretrattabilità della scelta discendono dalla circostanza che nel testamento c'era una disposizione specifica circa l'obbligo dell'erede e non una semplice attribuzione della scelta. Di qui la critica all'opinione del FERRINI (citata nel testo), notando che da una generica imposizione della *dictio* non può discendere l'irretrattabilità della scelta. Nello stesso senso ALBERTARIO, *Corso*, cit., 43 ss., e, da ultimo, ZILLOTTO, *Studi sulle obbligazioni alternative*, cit., 77 s.

GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 193, inoltre, nel prospettare diverse ipotesi esegetiche, senza mostrare particolari preferenze (come invece ipotizza la ZILLOTTO, *op. e loc. ult.* citata), dopo avere osservato che la soluzione prospettata da Giuliano “è opposta a quella che Pomponio dà per la *stipulatio* in cui lo stipulante avesse detto *quem volam*”, sottolinea la corrispondenza letterale tra D. 30. 84. 9 e D. 31. 11. 1 e, in quest'ultimo, il richiamo esplicito di Giuliano che “potrebbe avvalorare la congettura di C. Longo, che il fr. 84 § 9 sia mutilato”. L'Autore però prosegue dicendo “ma, se anche non si vuole accettare questa spiegazione esegetica, e si prende il passo nel suo stato attuale, si potrebbe notare, col Ferrini ...”. Per SCIASCIA, *Sulla irretrattabilità della scelta nelle obbligazioni alternative*, cit., 260 ss., poi, sia Giuliano che Pomponio, con riferimento esclusivo ai legati, avrebbero attribuito valore vincolante alla dichiarazione di scelta, quando questa fosse stata espressamente attribuita all'erede in un legato *per damnationem*. Contro questa tesi si vedano i rilievi critici dell'IMPALLOMENEI, *Sull'obbligo del debitore*, cit., 70, secondo il quale (*op. ult.* cit., 71 s.), invece, “Giuliano potrebbe essersi sforzato di attribuire rilevanza specifica ad una disposizione apparentemente inutile e pleonastica, con la quale si concedeva all'erede quella facoltà di elezione già spettantegli di diritto” mentre Pomponio avrebbe corretto la sua tesi in senso più formalista, richiedendo, per riconoscere alla *dictio* efficacia concentrativa, una esplicita statuizione in tal senso nel titolo costitutivo.

⁸¹ *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi*, cit., 279 ss.

⁸² Sul *legatum optionis* v. *ex professo* soprattutto FERRINI, *Studi sul legatum optionis*, in *Memorie del R. Istituto Lombardo*, 17, 1885, 179 ss. = in *Opere*, 4, Milano, 1930, 269 ss.

questo caso il testatore attribuisce all'erede una facoltà ch'egli già avrebbe ed è giusto ricavare da tale fatto analoga conseguenza. Per cui la scelta non è in questo caso un atto implicito nella consegna e senza individuale importanza; ma è un atto importante, che fissa irrevocabilmente l'ambito del diritto del legatario e risponde al particolare invito del testatore". Il Ferrini pensa inoltre che la *dictio* dell'erede, per la sua importanza, si dovesse compiere in modo solenne, davanti a testimoni.

Siamo comunque di fronte a un caso particolare⁸³ che non smentisce le regole generali.

L'introduzione di un diverso regolamento della scelta nei legati alternativi disposti con duplice forma è infine perfettamente conforme al modo di procedere casistico dei giuristi romani e soprattutto alla particolare considerazione che nell'obbligazione alternativa gli stessi riconoscevano all'interesse del creditore ad essere soddisfatto.⁸⁴

Se, infatti, il testatore aveva fatto ricorso al legato alternativo con efficacia anche – ma non soltanto – obbligatoria con l'intenzione di assicurare il risultato pratico auspicato, vale a dire che la cosa legata pervenisse al legatario (anche creditore), il riconoscimento a quest'ultimo della scelta si appalesava come uno strumento particolarmente efficace per meglio garantire il suo interesse all'acquisto di una delle due cose in alternativa.

⁸³ In senso analogo già IMPALLOMENI, *Sull'obbligo del debitore*, cit., 73, che afferma: "Ma in definitiva, qualunque sia la spiegazione esatta di D. 30, 84, 9 e D. 31, 11, 1... sembra sicuro che essa doveva apparire eccezionale". Così anche GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 194.

⁸⁴ L'importanza del suddetto interesse del creditore, come chiave di lettura di numerose soluzioni giurisprudenziali in materia di obbligazioni alternative, rappresenta un elemento centrale nel mio lavoro, *Studi sulle obbligazioni alternative*, *supra*, cit., nt. 20.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it

Finito di stampare nel mese di dicembre 2011
da Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Pa)

