

PIETRO CERAMI

Riflessioni in tema di
'condictio Iuventiana' e *'iniusta locupletatio'*

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA
UNIVERSITÀ DI PALERMO
(AUPA)

Estratto

VOLUME LIX
(2016)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

| | |
|--------------------------|------------|
| Giuseppina Aricò Anselmo | Palermo |
| Christian Baldus | Heidelberg |
| Jean-Pierre Coriat | Paris |
| Lucio De Giovanni | Napoli |
| Oliviero Diliberto | Roma |
| Jan H.A. Lokin | Groningen |
| Matteo Marrone | Palermo |
| Ferdinando Mazzaella | Palermo |
| Enrico Mazzaese Fardella | Palermo |
| Antonino Metro | Messina |
| Javier Paricio | Madrid |
| Beatrice Pasciuta | Palermo |
| Salvatore Puliatti | Parma |
| Gianfranco Purpura | Palermo |
| Raimondo Santoro | Palermo |
| Mario Varvaro | Palermo |
| Laurens Winkel | Rotterdam |

COMITATO DI REDAZIONE

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

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaup@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

LESSICI E MODELLI PRECETTIVI NEL DISCORSO GIURIDICO ROMANO GIORNATA DI STUDIO CON GIANFRANCO PURPURA (Palermo, 28 gennaio 2016)

| | |
|---|-----|
| G. FALCONE, Una giornata di studio con Gianfranco Purpura | 9 |
| P. BUONGIORNO, <i>Senatus consulta</i> : struttura, formulazioni linguistiche, tecniche (189 a.C.-138 d.C.) | 17 |
| E. POOL, Significati diversi di <i>causa</i> in tema di <i>possessio</i> e di <i>usucapio</i> . Interpretazioni di qualche testo chiave. Parte I | 61 |
| G. PURPURA, Il linguaggio precettivo delle immagini e il cd. <i>Missorium</i> di Teodosio | 85 |
| G. SANTUCCI, <i>Verba edicti et definitiones</i> : Labeone e Pedio nel commento ulpiano <i>de pactis</i> | 101 |
| E. STOLFI, I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani | 111 |

ARTICOLI

| | |
|--|-----|
| P. CERAMI, Riflessioni in tema di ' <i>condictio Iuventiana</i> ' e ' <i>iniusta locupletatio</i> ' | 153 |
| P. CERAMI, <i>Iuris publici interpretatio et contentio de iure publico</i> (a proposito di alcune riflessioni di Alberto Burdese) | 183 |
| A. CHERCHI, Riflessioni sulla condizione giuridica delle <i>metallariae</i> nel tardo impero. A proposito di C. 11.7(6).7 | 209 |
| G. FALCONE, A proposito di Paul. 29 <i>ad ed.</i> - D. 13.6.17.3 (<i>officium, beneficium, commodare</i>) | 241 |
| R. LAURENDI, Riflessioni sul fenomeno associativo in diritto romano. I <i>collegia iuuenum</i> tra documentazione epigrafica e giurisprudenza: Callistrato <i>de cognitionibus</i> D. 48.19.28.3 | 261 |

NOTE

| | |
|---|-----|
| G. FALCONE, La versione greca della cost. <i>Imperatoriam</i> e la sua attribuzione | 289 |
| G. NICOSIA, La nascita postdecemvirale della ' <i>mancipatio</i> ' e quella ancora posteriore della distinzione tra ' <i>res Mancipi</i> ' e ' <i>res nec Mancipi</i> ' | 303 |
| F. TERRANOVA, Nota minima sul comodato c.d. <i>ad pompam vel ostentationem</i> ... | 317 |
| M. VARVARO, Gai 4.21 e la presunta <i>manus iniectio ex lege Aquilia</i> | 333 |

PIETRO CERAMI
(Università di Palermo)

Riflessioni in tema di
'condictio Iuventiana' e *'iniusta locupletatio'*

ABSTRACT

In light of the exegesis of fragments of the Justinian's Digest on theme of *condictio* and *iniusta locupletatio* and of the scholion to title 24.1 of Basilica, the Author recognizes the *Iuventiana condictio* as the historical foundation of the *condictio generalis* and of the regulation of the *iniusta locupletatio* according to Justinian Law.

PAROLE CHIAVE

Celso; diritto; *bonum et aequum*; *leges publicae*; *scientia iuris*; *condictio*; *iniusta locupletatio*.

RIFLESSIONI IN TEMA DI 'CONDICTIO IUVENTIANA' E 'INIUSTA LOCUPLETATIO'

Sommario: 1. La dottrina romanistica in tema di 'iniusta locupletatio'; limiti e obiettivo della presente ricerca. 2. La *condictio ex iniusta causa* alla luce dell'*opinio veterum* (D. 12.5.6). 3. Il 'bonum et aequum', fondamento del *condicere* nel pensiero di Celso figlio: esegesi di D. 12.1.32. 4. Continua: esegesi di D. 12.4.3.6-8. 5. Continua: esegesi di D. 39.5.21 pr.-1. 6. La *condictio Iuventiana* «matrice storica» della *condictio generalis* e dell'*iniusta locupletatio* del diritto giustiniano. 7. Riflessioni conclusive.

1. La dottrina romanistica in tema di 'iniusta locupletatio'; limiti e obiettivo della presente ricerca.

Dagli ultimi tre decenni del secolo scorso a oggi, si è progressivamente consolidato, in seno al filone della dottrina romanistica concernente il complesso e controverso tema della 'iniusta locupletatio', pur nella varietà delle singole formulazioni, un indirizzo esegetico-ricostruttivo¹ volto a enucleare e a puntualizzare, sulla scia della «regola casistica» dei 'veteres' (D.

¹ Mi limito a menzionare, in questa sede, i seguenti contributi: R. SANTORO, *Studi sulla condictio*. I. *Riflessi classici della dottrina dei veteres*, II. *La condictio dei frutti contro il possessore di mala fede*, in AUPA 32, 1971, 190 ss.; P. CERAMI, *D. 39.5.21.1 (Cels. 28 dig.)*. (Una controversa testimonianza celsina in tema di 'delegatio promittenti donationis causa'), in SDHI 54, 1978, 139 ss.; J. HALLEBEEK, *Some remarks concerning the so called condictio Iuventiana*, in RIDA 32, 1985, 247 ss.; ID., *The Condictio as Enrichment Action in Twelfth and Thirteenth Century Legal Scholarship*, in TR 63, 1995, 263 ss.; B. KUPISCH, v. 'Arricchimento nel diritto romano, medievale e moderno', in Digesto IV. Discipline privatistiche. Sez. Civ., 1, Torino 1987, 423 ss.; L. PELLECCHI, *L'azione di ripetizione e le qualificazioni del 'dare' in Paul. 17 ad Plaut. D. 12.6.65. Contributo allo studio della 'condictio'*, in SDHI 64, 1998, 67 ss.; J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbe-gründungen eines hoklassischen Juristen*, Berlin 1999, 137 ss.; ID., *Das Klassische römische Kondictionensystem, in Iura* 54, 2003, 49 ss.; I. FARGNOLI, *Alius solvit alius repetit'*. *Studi in tema di indebitum condicere*, Milano 2001, 237 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustiniane*, Milano 2002, 98 ss., 172 ss., 515 ss.; L. VACCA, *Osservazioni in tema di 'condictio' e 'arricchimento senza causa' nel diritto romano classico*, in V. MANNINO (a cura di), *L'arricchimento senza causa. Atti del Convegno dell'Università di Roma Tre* (Roma 24 e 25 ottobre 2005), Torino 2005, 7 ss.; C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano*, in L. VACCA (a cura di), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebitum*, Padova-Verona-Padova 25-26-27 settembre 2003, Torino 2005 [= L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano*. II., Torino 2012, 533 ss.]; S. HEINE, *Condictio sine datione. Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB*, Berlin 2006, 40 ss., 111 ss.; B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali?*, Napoli 2013, 173 ss.;

12.5.6) e dei successivi apporti ermeneutico-giurisprudenziali dell'età classica, una delle più interessanti e rilevanti costruzioni del pensiero giuridico romano: l'impiego della *condictio* formulare, tenuto conto dell'astrattezza della sua struttura, come strumento generale di tutela di una serie di pretese restitutorie eterogenee, funzionalmente connesse a una vastissima gamma di fattispecie d'incrementi patrimoniali, negoziali o extraneoziali,² tutte contraddistinte dall'assenza di un fondamento giuridico idoneo a giustificarne la conservazione degli effetti.³

La diversità delle singole formulazioni attiene essenzialmente alla valutazione delle peculiarità del punto di vista dei singoli giuristi classici (in particolare: Sabino, Celso, Giuliano, Africano, Pomponio, Papiniano, Paolo, Ulpiano)⁴ rispetto alla «regola casistica» formulata dai *veteres*; al binomio 'presupposto' – 'fondamento' del '*condicere*';⁵ alla dibattuta tipizzazione (attribuita o ai giuristi dell'età dei Severi o ai commissari giustiniani) delle diverse fattispecie applicative della *condictio*.⁶

Non è mio intento in questa sede procedere a una ricognizione analitica, critico-esegetica, dei menzionati aspetti del dibattito dottrinale. Mi limiterò soltanto all'esame del pensiero

EAD., '*Quod sine causa apud aliquem est potest condici*', Napoli, 2013, 1 ss.

Ben diverso era stato, invece, l'orientamento della dottrina tradizionale. Emblematico appare, in tal senso, quanto afferma S. RICCOBONO, sen., *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10.3.14 (Paul. 3 Ad Plautium)*, in AUPA 3-4, 1917 (= *Scritti di diritto romano*, II, Palermo 1964, 418): «nella scienza giuridica romana non esisteva una dottrina relativa all'arricchimento ingiusto. Vi erano bensì sul proposito mezzi e azioni accordati dal pretore, nella sua giurisdizione, e attuati mediante *actiones utiles*, in *factum*, *exceptio doli*, in *integrum restitutio*, e via dicendo».

² Per quanto attiene al *condicere* extracontrattuale, non è da escludere che l'*indebiti solutio* sia stata «la prima fattispecie di arricchimento che la giurisprudenza elaborò nell'interpretazione della *lex Silia*». Così, appunto, C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 536 s. In ogni caso, mi sembra innegabile la «centralità dell'*indebiti solutio* nel quadro generale del *condicere* extracontrattuale», ferma restando, però, la necessità di tenere ben distinto il profilo delle fonti delle obbligazioni da quello della rilevanza dell'*indebiti solutio*. Vedi, in tal senso, B. CORTESE, '*Quod sine causa*', cit., 37 ss.

³ Com'è noto, nella tradizione del diritto comune europeo, l'*actio de in rem verso* è stata associata alla *condictio* come azione di arricchimento ingiustificato. B. KUPISCH, v. *Arricchimento*, cit., 436, ha però, a ragione, osservato che nel diritto romano classico, l'*actio de in rem verso* aveva lo scopo di estendere al *pater familias* (o *dominus*) l'obbligazione gravante sui soggetti in potestà. V. pure B. CORTESE, *Indebiti solutio*, cit., 189 ss.; EAD., '*Quod sine causa*', cit., 100 ss. L'obiettivo del pretore e della giurisprudenza era rivolto a coinvolgere, con l'*actio de in rem verso*, a garanzia dei contraenti, il vertice economico della struttura imprenditoriale, gestita da soggetti in potestà, nell'esercizio autonomo di una '*negotatio peculiaris*'. Cfr., in proposito, P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino 2010, 61 ss.

⁴ I frammenti più rilevanti sono i seguenti: Sabino: D. 12.5.6; D. 7.5.5.1; Celso (v. *infra*, §§ 3-5); Giuliano: D. 12.6.33; D. 12.1.23; Africano-Giuliano: D. 19.1.30 pr.; Pomponio: D. 12.6.14; D. 50.17.206; Papiniano: D. 12.6.66; Paolo: D. 12.5.1 pr.-2; D. 12.6.15; D. 12.6.65 pr.-9; Ulpiano: D. 12.7.1 pr.-3.

⁵ Sui diversi orientamenti emersi in dottrina in tema di presupposto e fondamento della *condictio* v., in particolare, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 103 s. e ntt. 18-20; per il mio punto di vista mi sia consentito rinviare a quanto ho precisato in D. 39.5.21.1, cit., 170 ss.

⁶ Sulla sistematica della giurisprudenza severiana e sulle '*multae condictiones*' del diritto giustiniano v. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 515 ss., 549 ss., secondo il quale il divieto di arricchimento ingiustificato «forse venne posto come regola generale soltanto dai giustiniani in collegamento a D. 50.17.206 (Pomp. 9 *ex variis lectionibus*)» (Id., *op. cit.*, 435). In senso contrario B. CORTESE '*Quod sine causa*', cit., 147.

di Giuvenzio Celso figlio, di cui mi ero, a suo tempo, specificamente occupato,⁷ rivisitando tre notissimi e assai dibattuti brani giurisprudenziali (D. 12.1.32; D. 12.4.3.6-8; D. 39.5.21 pr.-1), anche alla luce delle varie diagnosi che sono state successivamente prospettate in dottrina.

Specificamente, il mio discorso sarà così articolato. Cercherò di chiarire, preliminarmente, il senso della regola casistica elaborata dai giuristi dell'ultimo periodo della *libera res publica* (*veteres*: Ulp. D. 12.5.6), da identificare, verosimilmente, con i '*fundatores*' del II secolo a.C. (Pomp. D. 1.2.2.39) e, comunque, con quelli antecedenti al periodo di Labeone; regola esplicitamente approvata, oltre che da Sabino e da Ulpiano, anche da Celso (§ 2). Procederò quindi, al fine di cogliere la peculiarità del pensiero di Celso, rispetto alla regola dei '*veteres*', all'esame del famosissimo frammento D. 12.1.32, che i commissari giustinianeî escerpirono da *Libri Digestorum* del giurista adrianeo, e che prospetta una singolare ipotesi di applicazione della *condictio*: applicazione tradizionalmente denominata, sin dal XVIII secolo, '*condictio Iuventiana*', proprio in considerazione della particolarità della fattispecie e della correlata soluzione ivi contemplata (§ 3). A conferma e a integrazione dei dati desumibili dal brano di Celso e dalla sua ben nota concezione del '*ius*' come '*ars boni et aequi*' (D. 1.1.1.1), procederò subito dopo all'esame di due controversi brani (l'uno di Ulpiano, l'altro di Celso), vertenti su due diverse fattispecie, impostate e risolte da Celso in perfetta sintonia con le sue idee in tema di '*ius*' e di *condictio*, rispettivamente attestate da D. 1.1.1.1 e da D. 12.1.32. Si tratta, specificamente, di D. 12.4.3.6-8 (Ulp. 26 *ad ed.*), che, nel contesto di una trattazione concernente la *datio ob rem*, prospetta il caso di uno schiavo liberato nel testamento sotto condizione e in un codicillo senza condizione (§ 4); e di D. 39.5.21 pr.-1 (Cels. 28 *dig.*), che verte su una fattispecie di '*delegatio promittendi donationis causa*' (§ 5). Additerò, in fine, nella '*condictio Iuventiana*' la matrice storica della '*condictio generalis*' sottesa al sistema giustiniano delle *multae condictiones*, da un lato; e, della correlata regola legislativa che proclama l'illegittimità e l'ingiustizia di qualsiasi arricchimento conseguito con danno altrui, dall'altro (§ 6).

2. La *condictio* '*ex iniusta causa*' alla luce dell'*opinio veterum* (D. 12.5.6).

Per ricostruire e puntualizzare i principi ispiratori della dottrina di Celso figlio in tema di *condictio* mi sembra fondamentale esaminare, in via preliminare, un brano dei *Libri ad Sabinum* di Ulpiano, inserito dai compilatori giustinianeî nel titolo '*De condictione ob turpem vel iniustam causam*' dei *Digesta*, che attesta l'adesione di Sabino e di Celso alla '*regula*' formulata dai *veteres*.

Il testo nella versione compilatoria così suona:

D. 12.5.6 (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.*

La sostanziale genuinità dell'enunciato, che era stata in passato radicalmente contestata, è oggi ampiamente riconosciuta dalla prevalente dottrina.⁸

⁷ P. CERAMI, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*, in AUPA 38, 1985, 204 s. e nt. 409; ID., *D.39.5.21.1*, cit., 139 ss.

⁸ Cfr., in particolare, R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 190 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*,

Specificamente, l'enunciato '*id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici*' costituisce, con ogni verosimiglianza, il risultato di una riflessione casistica, con la quale i *veteres*, muovendo dalla formula della *condictio*, strutturalmente finalizzata a far valere, sotto il profilo processuale, la pretesa 'astratta' a una certa *res* o a una certa somma di denaro, ammisero la configurabilità di un '*certum dare oportere*' (*obligatio iure civili*) a carico del convenuto presso il quale si trovasse, '*ex iniusta causa*', qualcosa dell'attore, intendendo e assumendo, in questa specifica prospettiva, la locuzione '*ex iniusta causa*', non già come assenza di causa nell'acquisto da parte del convenuto, bensì come assenza di un fondamento giuridico idoneo a giustificarne, in base ai principi basilari del '*ius civile*', la conservazione degli effetti, con la conseguente emersione dell'obbligazione civile di restituire il '*quod sine causa apud eum* (convenuto) *sit*'.⁹

Ne discende, sotto il profilo strettamente logico processuale, la possibilità di esperire utilmente l'azione di ripetizione anche in casi d'incrementi patrimoniali non derivanti né da rapporti negoziali¹⁰ fra le parti, né dall'ipotesi eccezionale del furto.

Si riconnettono all'obiettivo sotteso alla regola casistica, enunciata dai *veteres*, alcune soluzioni ermeneutiche della giurisprudenza classica - da Sabino in poi, Celso compreso -, incentrate tutte, pur nella varietà delle rispettive formulazioni, sull'individuazione, caso per caso, del '*quod ex iniusta causa apud aliquem est*', al cui preliminare accertamento risulta, non a caso, costantemente subordinata la concessione dell'azione restitutoria - tenuto anche conto dell'impossibilità di utilizzare altri strumenti di tutela -, per neutralizzare gli effetti di spostamenti patrimoniali ingiustificati, nella misura in cui quest'ultimi si ponevano in palese contrasto con i principi del *ius civile*, inteso e assunto nel suo significato tecnico di '*ius civitatis*'.¹¹

cit., 100 ss.; C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 544 ss.; L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 10; B. CORTESE, '*Quod sine causa*', cit., 6 ss.

⁹ In tal senso v. pure C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 545; L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 11 s.

¹⁰ Diversamente la dottrina tradizionale e, in particolare, S. RICCOBONO sen., *Dal diritto romano classico*, cit., 341: «la *condictio* classica presupponeva sempre un negozio fra le parti ed era diretta alla ripetizione della prestazione eseguita o allo scioglimento del vincolo contratto. Da ciò segue, che essa non ebbe mai la natura di un'azione di arricchimento, ma era bensì fondata sulla inefficacia della causa del negozio per un vizio essenziale. Nelle nuove applicazioni fatte da Giustiniano, invece, la *condictio* [*incerti, sine causa, ex lege*] serve precipuamente a togliere l'arricchimento che si è verificato, comunque, nel patrimonio di una persona». V. pure M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 612, secondo il quale la *condictio* non era un'azione di arricchimento in senso tecnico, perché mirava ad eliminare, per equivalente, gli effetti dello spostamento patrimoniale e non lo spostamento stesso.

¹¹ Sul punto e sulle connessioni palinogenetiche del frammento D. 12.5.6; e, in particolare, sul rapporto di quest'ultimo con un interessante e dibattuto brano di Ulpiano, tratto dai *Libri ad Sabinum* (D. 7.5.5.1, con citazione del parere di Sabino, approvato da Celso), v., in particolare, R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 191 ss.; v. pure A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 100 ss.; da ultimo B. CORTESE, '*Quod sine causa*', cit., 7 ss., anche per quanto attiene ad un altro dibattuto brano dei *Libri ad Edictum* di Ulpiano (D. 12.7.2, con menzione del punto di vista di Cassio).

3. Il 'bonum et aequum', fondamento del 'condicere', nel pensiero di Celso figlio: esegesi di D. 12.1.32.

Al fine di cogliere non soltanto l'effettivo senso dell'approvazione dell'*opinio veterum* da parte di Celso, ma anche e soprattutto, le peculiarità del suo personale punto di vista in tema di 'iniusta locupletatio', assume particolare rilievo un famosissimo e assai dibattuto brano dei *Libri Digestorum* del giurista adrianeo, inserito dai commissari giustinianeî nel titolo 'De rebus creditis' dei *Digesta* (D. 12.1). Il testo, corredato da una mia traduzione-interpretazione, è il seguente:

D. 12.1.32 (Cels. <6> [5] *dig.*):¹² *Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit <et>*¹³ *eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*

[Se tu hai chiesto a me e a Tizio un mutuo di denaro e io ho ordinato a un mio debitore di prometterti la somma e tu hai stipulato con lui credendo che egli fosse debitore di Tizio, risulti obbligato nei miei confronti? Sono dubbioso (in via di principio), poiché tu non hai contratto con me alcun negozio; ma reputo più coerente (con i fini dell'*ars iuris*) che tu sia obbligato nei miei confronti, non già perché io ti abbia dato denaro a mutuo (il mutuo, infatti, non può contrarsi se non fra soggetti consenzienti), ma perché il mio denaro è pervenuto a te ed è 'bonum et aequum' che esso sia da te a me restituito].

Il frammento, «fin troppo discusso»,¹⁴ sin dall'età bizantina,¹⁵ è stato e continua a essere oggetto d'interpretazioni fra loro alquanto diverse. Non a caso il discorso svolto da Celso nel brano in esame è stato considerato, in termini palesemente divergenti, ora «famoso e non facile»,¹⁶ ora «di per sé solo chiarissimo».¹⁷

Specificamente, la fattispecie, esaminata dal giurista adrianeo,¹⁸ è data da una '*delegatio promittendi mutui causa*': un tale chiede un mutuo di denaro a due persone (Ego e Tizio);

¹² Per la correzione dell'*inscriptio* del frammento in Cels. 6 *dig.* v. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* I, Lipsiae 1889, rist. Roma 2000, 134 e nt. 2: integrazione ampiamente accolta in dottrina; cfr, in particolare, R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 273; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 433 e nt. 37.

¹³ Per l'integrazione <et> cfr. per tutti R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 284 s. e nt. 104.

¹⁴ Così M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. 26 'Ad Ed.' D. 12.4.3.7*, in BIDR 96-97, 1993-94 (pubbl. 1997), 22 nt. 109.

¹⁵ H. De JONG, *A bizantine interpretation of D. 12.1.32*, in RHD 80, 2012, 47 ss.; e, per i periodi successivi, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 434 ss.; il sintagma 'condictio Iuventiana' forse risale al Conradi (1774), cfr. A. SACCOCCIO, *Si certum*, cit., 434 nt. 42; per l'età di mezzo v. J. HALLEBEEK, *The condictio*, cit., 264 ss.

¹⁶ In tal senso, v. B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, in AUPA 32, 1971, 155 nt. 103.

¹⁷ Così F. GALLO, *La definizione celsina del diritto*, in SDHI 52, 1987 (= F. BONA, M. MIGLIETTA (a cura di), *Opuscula selecta*, Padova 1999, 587).

¹⁸ È verosimile che si tratti di un caso reale, oggetto di un responso in senso tecnico, e non già di un caso ipotetico, formulato nel corso di una discussione teorica. In tal senso, v. pure C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 565.

una di esse (Ego) ordina al proprio debitore di promettere la somma al richiedente, il quale ritiene erroneamente che il delegato promittente sia debitore di Tizio. Si chiede se il delegatario-mutuatario possa essere considerato direttamente obbligato nei confronti del delegante e se, specularmente, quest'ultimo possa chiedere al delegatario-mutuatario la restituzione della somma che il debitore-delegato gli ha effettivamente numerato in esecuzione del *iussum* delegatorio, come possiamo ragionevolmente desumere dalla parentoria affermazione celsina '*pecunia mea ad te pervenit*'.¹⁹

Astenendomi da una dettagliata analisi delle singole interpretazioni che sono state prospettate in dottrina, sia antecedentemente, sia e soprattutto posteriormente, alle riflessioni che avevo formulato, fra il 1978 e il 1985, nell'ambito di due ricerche già sopra menzionate (§ 2, nt. 7), mi limiterò in questa sede all'esame di due profili del discorso celsino che assumono notevole rilievo con specifico riguardo al dibattuto tema dell'*iniusta locupletatio*: la *ratio dubitandi*, introdotta dal verbo '*subsisto*'; e la *ratio decidendi*, introdotta dalle parole '*sed propius est*'.

Il *subsisto*, con cui si apre l'esame del caso considerato, costituisce a mio avviso l'espressione epistemologica del dubbio metodico, che contraddistingue l'intera scepsti giuridica di Giuvenio Celso figlio, soprattutto in sede di analisi di talune fattispecie complesse e problematiche o, comunque, non oggettivamente univoche, come mi sembra possibile desumere da un consistente e variegato gruppo di frammenti del *corpus* celsino.²⁰

Per quanto attiene, in particolare, alla fattispecie contemplata nel frammento in esame – fattispecie nella quale ricorrono, peraltro, gli elementi fondamentali del '*credere*' edittale (l'iniziativa del mutuatario: *mutuam pecuniam rogare*; il comportamento adesivo del mutuante: *meum debitorem tibi promittere iusserim*; l'aspettativa del mutuante di ricevere la somma mutuata: *eam pecuniam mihi a te reddi*),²¹ la complessità e la problematicità sono date, rispettivamente, dall'impiego della *delegatio* e dall'*error in personam mutuantis* in cui è incorso il mutuatario-delegatario.

Orbene, muovendo appunto dalle peculiarità del caso, Celso ritenne opportuno premettere che, in via di principio e in piena sintonia con le regole logico-formali dell'ermeneutica giuridica, il mutuatario-delegatario non sarebbe stato certo obbligato nei confronti del mutuante-delegante, posto che fra i due non sussisteva alcun rapporto contrattuale. Secondo Celso, però, una siffatta conclusione, nella misura in cui era rigidamente ancorata al formalismo ermeneutico dell'*auctoritas iuris scientiae*,²² non sarebbe stata coerente (mi sembra esattamente questo il senso del '*propius*

¹⁹ Non mi sembra, pertanto, necessario ipotizzare un taglio, da parte dei commissari giustiniani, dell'originario discorso di Celso per colmare l'asserita discrasia tra l'impostazione del quesito della prima parte (*si-obligaris*), incentrato soltanto sull'ordine di promettere, e la soluzione prospettata nella parte finale (*sed-aequum est*), che presuppone l'avvenuta numerazione da parte del debitore delegato; ipotesi (taglio compilatorio) formulata, appunto, da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 439-444.

²⁰ Sul punto rinvio alle considerazioni svolte in P. CERAMI, *La concezione celsina del ius*, cit., 197 e nt. 392, 204.

²¹ Per quanto attiene agli elementi essenziali del '*credere*' edittale, cfr., in particolare, B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, cit., 36 ss.

²² Celebre è, in tal senso, l'affermazione celsina in tema di *perpetuatio obligationis*, riferitaci da Paolo, 17 ad *Plautium* D. 45.1.91.3: '*esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose (inquit) erratur*'; affermazione che Paolo considera '*sane probabilis*'. Non a caso, DIONISIO GOTOFREDO, *ad hanc legem*, ritenne opportuno annotare: «*In dubio quae probabiliora sunt*,

est'²³ con i fini tipici ed esclusivi dell'*ars iuris* (D. 1.1.1 pr., Ulp. 1 *inst.*), implicitamente, ma inequivocabilmente, evocati dalle parole 'mibi a te reddi bonum et aequum est', con le quali si chiude appunto la parte concernente la 'ratio decidendi', enunciata in modo, al tempo stesso, nitido e sintetico, nel periodo finale, compreso fra il 'sed propius est' e il 'bonum et aequum est'.

Specificamente, Celso volle evidenziare, anzitutto, che 'propius est ut obligari te existimem', ma non già *mutui causa*, giacché l'*error in personam mutuantis* del delegatario-mutuatario escludeva la possibilità di configurare il contratto di mutuo, che poteva essere realizzato, come tutti i contratti, soltanto 'inter consentientes'; bensì per il semplice fatto che, in forza dell'operazione delegatoria, il denaro del delegante era effettivamente pervenuto al delegatario.²⁴ Scaturisce, appunto, da queste premesse l'affermazione secondo cui 'eam pecuniam mihi a te reddi bonum et aequum est'.

La *ratio decidendi* risulta, pertanto, incentrata su due complementari elementi: a) il presupposto dell'obbligo di restituzione gravante sul delegatario; b) la motivazione della concessione dell'azione di ripetizione; azione da ravvisare ragionevolmente nella *condictio*, come attestano la *sedes materiae* del frammento, l'adesione di Celso al punto di vista dei *veteres* e la funzione eminentemente restitutoria dell'azione sottesa all'affermazione 'eam mihi a te reddi'.

Specificamente, il presupposto affonda le radici nell'*opinio veterum*, secondo cui sarebbe stato possibile recuperare con la *condictio* tutto ciò (*id, quod*) che si trovasse *apud aliquem*²⁵, *ex iniusta causa*, a prescindere dalla sussistenza di un diretto rapporto negoziale fra le parti (D. 12.5.6; v. sopra, § 2).

Mi sembra evidente, infatti, che l'espressione di Celso 'quia pecunia mea ad te pervenit' corrisponda, in ultima analisi, come avevo già evidenziato in altra sede,²⁶ all'espressione 'id, quod apud aliquem sit ex iniusta causa' del frammento D. 12.5.6.²⁷

La peculiarità del profilo argomentativo del discorso svolto da Celso, rispetto a quello sotteso all'*opinio veterum*, attiene, a mio avviso, esclusivamente alla motivazione.

La regola dei *veteres* si limitava, infatti, a formalizzare, a carico del convenuto, l'obbligazione civile di restituire l'*id, quod ad eum pervenit ex iniusta causa*, lasciando «imprecisati i contorni, nonché i presupposti, sostanziali richiesti per l'esperimento dell'*actio*».²⁸

sequenda sunt». Il brano in questione è stato richiamato opportunamente anche da C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 566, a corollario e a esplicitazione della *ratio decidendi* del frammento D. 12.1.32.

²³ Il segno 'propius', un tempo pregiudizialmente sospettato, non è certo estraneo al lessico di Celso, come prova un brano del libro 8 dei suoi *Digesta*, inserito dai compilatori giustinianeî nel titolo 'De actionibus empti et venditi' dei *Digesta*: D. 19.1.38.2 (Cels. 8 *dig.*). In tal senso v. pure A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 446.

²⁴ Il motivo per il quale Celso ritenne di potere affermare che la *pecunia* promessa e poi *tradita* dal delegato al delegatario proveniva effettivamente dal delegante è da rintracciare nella configurazione della *delegatio promittendi* come una semplificazione di più operazioni giuridiche, al scopo di evitare una *duplex numeratio*. Cfr. P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 149, 169.

²⁵ Sulle diverse letture dell'espressione 'apud aliquem' v. B. CORTESE, 'Quod sine causa', cit., 14 ss.

²⁶ P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 169.

²⁷ Condivide la mia affermazione A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 454 e nt. 99, secondo il quale «è possibile che il *pervenire* rappresenti il momento dinamico della fase di trasferimento del denaro, della quale invece l'*esse apud aliquem* (D. 12.5.6) è in grado di sottolineare soltanto il momento statico».

²⁸ Così B. CORTESE, 'Quod sine causa', cit., 7.

Celso, invece, non si limita ad affermare che *'obligari te existimem, quia pecunia mea ad te pervenit'*, ma si fa carico di additare il fondamento e, quindi, la *'ratio'* tecnico-giuridica dell'obbligazione di *'dare oportere'*, posta a carico del convenuto, nel *'bonum et aequum'*, che acquista così, nel contesto dell'impostazione e della soluzione della fattispecie esaminata, una rilevante e determinante funzione argomentativa.²⁹

Mi sembra, pertanto, indispensabile individuare il significato specifico del sintagma *'bonum et aequum'*. Non credo che si possa cogliere pienamente il suo intrinseco significato, ravvisando in esso solo ed esclusivamente «l'affermazione del principio equitativo a fondamento della *condictio*». ³⁰ Tale principio, infatti, a prescindere dal fatto che sia concepito e assunto come manifestazione della 'giustizia del caso concreto' o come estrinsecazione della 'giustizia distributiva', ³¹ sottende ed esprime, in ultima analisi, un marcato dualismo 'fra diritto positivo' e 'giustizia'; ³² dualismo che mi sembra del tutto estraneo alla visione celsina del *ius*, inteso come *ars boni et aequi* (D.1.1.1 pr.).

Nell'ambito della definizione celsina del *ius* come *'ars boni et aequi'* – definizione essenzialmente teleologica, come ho cercato di chiarire in altra sede –, ³³ il sintagma *'bonum et aequum'* enuclea ed evidenzia i fini tipici ed esclusivi della 'giuridicità', intesa come naturalità (*natura rerum et hominum*) e razionalità (equilibrio fra il bene dei singoli e l'*utilitas communis omnium*), ³⁴ in tutte le diverse, ma fra loro complementari, manifestazioni: produzione, ³⁵ interpretazione, ³⁶ applicazione. ³⁷

²⁹ Anche per M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in BIDR 80, 1977, 259 s., il *bonum et aequum* in D. 12.1.32 «assume una funzione argomentativa», pur precisando che «il *bonum et aequum* che viene fatto valere in questo caso non è immediatamente risolvibile nel valore che il *bonum et aequum* stesso assume come oggetto generale del *ius*» in D. 1.1.1 pr.

³⁰ In tal senso v., per tutti, R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 306, secondo cui il principio potrebbe «risalire addirittura a Sabino o, comunque, all'ambiente della scuola sabiniana». Per Celso, l'*aequum*, coniugato con il *bonum*, non si estrinseca nel semplice temperamento di talune asperità del *ius*, ma costituisce l'elemento costitutivo e identificativo di tutto il *ius*.

³¹ Parlano di giustizia distributiva C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 541; L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 11, 13 nt. 14. Diversamente F. GALLO, *Sulla definizione celsina*, cit., 580, per il quale in D. 1.1.1 pr. la sovrapposizione alla definizione celsina della visuale del rapporto con la giustizia «è stata operata da Ulpiano e con ogni verosimiglianza approfondita dai commissari giustinianeî».

³² In quest'ottica W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto. Introduzione e cura di Umberto Vincenti*, Padova 2002, 20 e nt. 29, ravvisa, appunto, nel sintagma *'bonum et aequum'*, con particolare ed esplicito riferimento al contenuto dei frammenti D. 1.1.1 pr. e D. 12.1.32, un'espressione che rimanda oltre il diritto positivo.

³³ P. CERAMI, *La concezione celsina*, cit., 20 ss.

³⁴ Sul punto v. P. CERAMI, *La concezione celsina*, cit., 45 ss.

³⁵ Mi riferisco, con specifico riguardo alla produzione normativa, al profilo della congruenza fra enunciati e correlati assetti economico-sociale, come attesta, a titolo di esempio, il discorso svolto da Celso con specifico riguardo agli enunciati della *lex Duodecim Tabularum* e della *lex Aquilia* in tema di responsabilità del *dominus* per i delitti commessi dal servo: D. 9.4.2 (Ulp. 18 ad ed.), su cui v. P. CERAMI, *La concezione celsina*, cit., 70 ss.

³⁶ Cfr., ad es., D. 33.10.7.1-2 e D. 8.3.11, per quanto attiene alla congruenza delle soluzioni giurisprudenziali con i canoni operativi del *bonum et aequum*, su cui P. CERAMI, *La concezione celsina*, cit., 80 ss.

³⁷ V., ad es., D. 6.1.38 (Cels. 3 dig.): *bonus iudex varie ex personis causisque constituet*.

In particolare, ritengo che il sintagma in esame esprima 'unitariamente' il valore identificativo e, al tempo stesso, fondante di tutta la fenomenologia giuridica (comprensiva, cioè, di produzione, interpretazione, applicazione),³⁸ che mi sembra di potere rendere con il segno 'equilibrio'; equilibrio che si articola, al suo interno, in due direzioni intrinsecamente connesse: a) l'equilibrio fra l'interesse comune e gli interessi dei singoli (*bonum*); b) l'equilibrio fra i contrapposti interessi dei *cives*, tanto in campo pubblicistico che in quello privatistico (*aequum*).

Con specifico riferimento alla fattispecie esaminata da Celso in D. 12.1.32, il *bonum* è dato dall'equilibrato raccordo fra 'certezza' e 'concretezza' dell'ordinamento giuridico. La prima, tipica espressione dell'interesse generale della collettività alla massima oggettività possibile dell'ordinamento, si concreta nel complesso delle norme del *ius civile* e dei correlati principi elaborati dalla giurisprudenza (*auctoritas iuris scientia*: D. 54.1.91.3), che, nel loro insieme, avevano suscitato, *prima facie*, la perplessità del nostro giurista. La seconda, espressione degli interessi dei singoli consociati, si risolve e si concreta nell'aspirazione alla massima flessibilità possibile dell'ordinamento giuridico.³⁹

L'*aequum* si concreta e si risolve, nel caso di specie, nella ricerca di un equilibrato raccordo fra gli interessi dei soggetti coinvolti nell'operazione delegatoria – il creditore, delegante e mutuante; il debitore-delegato, promittente e numerante; il richiedente, delegatario e mutuatario –, in considerazione del fatto che il negozio, realizzato *mutui causa* fra delegato e delegatario, è invalido perché viziato dall'*error in personam mutuantis* in cui è incorso il mutuatario-delegatario, e che, in virtù dell'adempimento della *stipulatio* esecutiva del *iussum* delegatorio, la *pecunia*, numerata dal delegato al delegatario, proviene effettivamente dal delegante-mutuante.

Superate le iniziali perplessità, l'esigenza di approntare un equilibrato raccordo fra l'interesse collettivo alla massima oggettività possibile del '*ius*' e l'interesse delle parti in questione alla massima flessibilità possibile, e fra gli opposti interessi delle parti dell'operazione delegatoria, indusse Celso a escludere l'impiego dell'*actio certae creditae pecuniae*, tenuto conto dell'impossibilità di ravvisare, nel caso di specie, un rapporto contrattuale fra le parti, e a concedere, sulla scia dei *veteres*, la *conductio*, che, per l'astrattezza della sua formula, ben si prestava a neutralizzare inaccettabili squilibri fra l'interesse generale, insito nel principio della certezza, e gli interessi dei singoli, insiti nel principio della concretezza; e fra la *locupletatio* del delegatario-mutuatario e il *detrimentum* del delegante-mutuante.⁴⁰

³⁸ Osserva, in proposito, A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 383, che il *bonum et aequum* «si rivela un tema chiave nella metodologia del giurista – un topos che attraversa tutti i suoi *Digesta*».

³⁹ Sul punto, v. B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, in *Jus* 19, 1959, 169.

⁴⁰ I segni *locupletatio* e *detrimentum* non ricorrono esplicitamente nel ragionamento di Celso, anche se possono essere considerati, in effetti, impliciti nella sua affermazione '*pecunia mea ad te pervenit et eam a te mihi reddi bonum et aequum est*'. Il percorso argomentativo di Celso, univocamente incentrato sul canone operativo del *bonum et aequum*, era, infatti, rivolto a estendere la *conductio* oltre l'ambito contrattuale, al precipuo scopo di utilizzarla, in forza dell'astrazione processuale della relativa formula, come funzionale strumento di riequilibrio di assetti economico-giuridici derivanti da fattispecie complesse e problematiche. Similmente, v. S. HEINE, *Conductio sine datione*, cit., 50, la quale ritiene che in D. 12.1.32 Celso abbia voluto enunciare la

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, mi sembra incontestabile che il *bonum et aequum*, evocato nella *ratio decidendi* oggetto del brano in esame, costituisca, contrariamente a quanto è stato asserito (cfr. sopra, nt. 29), una chiara e univoca applicazione dell'idea celsina del *ius*, globalmente e unitariamente inteso, come *ars boni et aequi*.

In proposito è stato ragionevolmente affermato che estendere il *bonum et aequum* a tutto il diritto, non più circoscritto a dati settori, significa «sottoporre al vaglio del *bonum et aequum* sia l'introduzione che l'applicazione della forma, dell'astrattezza . . . significa non applicare la forma, astrattezza, ecc., in contrasto con le stesse ragioni per le quali sono state introdotte».⁴¹

4. Continua: esegesi di D. 12.4.3.6-8.

Le linee fondamentali del ragionamento, svolto da Celso nel sesto dei suoi *Libri Digestorum*, trovano conferma in un brano del libro 26 *ad Edictum* di Ulpiano, inserito dai compilatori nel titolo '*De conditione causa data causa non secuta*' (D. 12.4) dei *Digesta* giustiniane:

D. 12.4.3.6-8 (Ulp. 26 *ad ed.*): 6. *Si quis quasi statuliber mihi decem dederit, cum iussus non esset, condicere eum decem Celsus scribit. 7. Sed si servus, qui testamento heredi iussus erat decem dare et liber esse, codicillis pure libertatem accepit et id ignorans dederit heredi decem, an repetere possit? Et refert patrem suum Celsum existimasse repetere eum non posse: sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse. Quae sententia verior est, quamquam constet, ut et ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciosem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum. 8. Suptilius quoque illud tractat, an ille, qui se statuliberum putaverit, nec fecerit nummos accipientis, quoniam heredi dedit quasi ipsius heredis nummos daturus, non quasi suos, qui utique ipsius fuerunt, adquisiti scilicet post libertatem ei ex testamento competentem, Et puto si hoc animo dedit, non fieri ipsius: nam et cum tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos.*

Nei tre paragrafi, Ulpiano espone il punto di vista di Celso figlio con riferimento a fattispecie di '*datio ob rem*', ipoteticamente formulate ed esaminate dal nostro giurista nell'ambito di una trattazione teorica (in tal senso depone, infatti, il '*suptilius . . . tractat*' del § 8).

Ai nostri fini rileva soprattutto il § 7, che prospetta il caso di uno schiavo manomesso nel testamento sotto condizione di *decem dare* all'erede, e senza la condizione nei codicilli; ma per la comprensione del difficile testo,⁴² che ha sempre suscitato, nonostante il mutamento

fondamentale distinzione fra la *condictio* come azione contrattuale (Vetragsklage) e la *condictio* come azione di arricchimento (Bereicherungsklage). Sulla monografia di Heine v. F. STURM, Rec. a Heine, in ZSS 126, 2009, 546 ss. Diversamente, H. De JONG, *A byzantine interpretation*, cit., 71, secondo cui la suddetta distinzione sarebbe configurabile soltanto con il diritto giustiniano. Fra l'età degli Antonini e l'età dei Severi, anche sulla base del ragionamento celsino, si affermerà il principio secondo cui '*aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiosem*' (Pomp. D. 50.17.206). Mi sembra, pertanto, non condivisibile l'imputazione della genesi del principio dell'ingiustificato arricchimento ai commissari giustiniane. Così appunto, ancora in tempi relativamente recenti, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 435. Sul punto, cfr. *infra*, § 6.

⁴¹ In tal senso, F. GALLO, *Sulla definizione*, cit., 586 s.

⁴² Parla, appunto, di difficile testo M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 11; ID., *Idee vecchie e nuove su Cels. Ulp. 26 ad ed. D. 12.3.4.7*, in BIDR 100, 1997 (pubbl. 2003), 567.

dei criteri metodologici e degli indirizzi culturali, interpretazioni fra loro del tutto discordanti, non si può prescindere, a ben riflettere, da un'attenta valutazione sia del caso esposto nel precedente § 6, che di quello contemplato nel successivo § 8.

Desidero precisare, anzitutto, che mi asterrò da un'analitica ricognizione delle diverse interpretazioni che del testo in esame sono state sin qui proposte in dottrina; ricognizione, peraltro, già realizzata, per quanto attiene alle interpretazioni anteriori al 2003, dal Talamanca con due densi contributi critici, pubblicati rispettivamente in BIDR 96-97 (già citato nella nt. 14) e in BIDR 100 (citato nella nt. 42).

In entrambi i menzionati scritti, Mario Talamanca, dopo avere contestato, nella *pars destruens*, tutte le soluzioni prospettate in dottrina, sorrette, a suo dire, da idee «praticamente sprovviste di un serio approfondimento» (!),⁴³ superando la sua ben nota e innata propensione a esercitare, in sede di *pars construens*, l'*ars ignorandi*,⁴⁴ formulò tre soluzioni alternative,⁴⁵ che se, da un lato, confermano emblematicamente la notevole difficoltà del testo in questione, depongono, dall'altro, proprio perché alternative, per la loro pura e semplice opinabilità.⁴⁶

Mi limiterò, conseguentemente, a riesaminare e ad approfondire con alcune precisazioni e integrazioni, anche alla luce di taluni rilievi del Talamanca, la soluzione che avevo prospettato nel mio scritto del 1978.⁴⁷

Ho già premesso che l'esame del § 7 del brano in questione – sostanzialmente genuino, ma verosimilmente contratto nella parte finale, come chiarirò fra poco – non può prescindere da un'attenta valutazione del contenuto dei §§ 6 e 8.

Nel § 6, che forse costituisce soltanto un sunto dell'originaria stesura,⁴⁸ Ulpiano attesta che nell'ipotesi in cui taluno (*quis*), *bona fide serviens*, abbia dato all'erede (*mibi*)⁴⁹ dieci, come se fosse stato uno statulibero – pur essendo, in effetti, libero, in mancanza nel testamento, di un apposito ordine di dare –, Celso figlio sostenne (*scribit*) che costui avrebbe potuto esperire la *condictio* per la restituzione dei dieci: '*sententia*' condivisa, ovviamente, dallo stesso Ulpiano.

⁴³ M. TALAMANCA, *Idee vecchie e nuove*, cit., 615.

⁴⁴ M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 45.

⁴⁵ Sulle tre varianti v. i rilievi critici di H. HAUSMANINGER, *Celsus 'filius' – 'naturalis aequitate motus' – gegen Celsus 'pater'* (Ulp. D. 12.4.3.7), in *Iurisprudentia universalis. Festschrift Th. Mayer Maly*, Köln-Weimar-Wien 2002, 270 ss., rilievi polemicamente contestati da M. TALAMANCA, *Idee vecchie e nuove*, cit., 569 ss.

⁴⁶ Non a caso, M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 41, al termine della *pars destruens*, prima di procedere, in via congetturale, alla formulazione delle tre soluzioni, ritenne opportuno esternare la seguente considerazione: «Sui risultati in essa raggiunti penso che si possa fare affidamento, nei limiti dell'opinabilità di tutte le nostre affermazioni».

⁴⁷ P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit. Alcuni punti dell'analisi esegetica svolta nel citato scritto – prescindendo dai rilievi di M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 25 ss. – hanno trovato adesioni in dottrina. V., in tal senso, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 457 nt. 106, 458 nt.110, 459 nt. 118.

⁴⁸ Depone in tal senso il fatto che la fattispecie, come ha osservato M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 39, nella versione compilatoria del testo, non è, in effetti, «completamente precisata».

⁴⁹ Il dativo *mibi*, tenuto conto del nesso logico-argomentativo che lega i §§ 6-8, è da riferire, con ogni verosimiglianza, all'erede. Sulle diverse ipotesi prospettate in dottrina per identificare il generico '*mibi*', v. R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 310 s. e nt. 154.

Nel § 7 Ulpiano espone invece, sulla traccia della scrittura celsina, una variante della prima ipotesi (*sed*): il caso di un servo che, manomesso nel testamento a condizione di dare dieci all'erede e senza condizione nei codicilli, abbia effettivamente dato, ignorando la disposizione codicillare, i dieci all'erede. Potrà egli esperire la *condictio*? Ulpiano attesta che Celso figlio, dopo avere riferito il parere negativo di suo padre (*existimasse repetere eum non posse*), aveva sostenuto, che anche in questo caso, fosse possibile *repetere* con la *condictio* la somma numerata (*repeti posse*).

È, quindi, necessario individuare il fondamento dei contrapposti pareri e vagliarne le rispettive motivazioni.

Per quanto attiene al fondamento, in dottrina sono state prospettate diverse e contrastanti interpretazioni quasi tutte essenzialmente incentrate su astratti principi e schemi dogmatici (l'efficacia della condizione; i rapporti fra testamento e codicilli e la differenza di regime fra codicilli confermati e non confermati; l'effetto della '*novissima scriptura*'; il rapporto fra *verba e voluntas*; la causa della *datio*; il rapporto fra *libertas ex testamento e libertas fideicommissaria*), che, nel loro insieme, da un lato, si sovrappongono, almeno in parte, alla scrittura ulpiana e, dall'altro, divergono, sotto il profilo sostanziale, dall'idea celsina del *ius*.

Sono convinto che il fondamento e la motivazione delle opposte opinioni dei due Celsi⁵⁰ possano – e, anzi, debbano – essere rintracciati nella frase finale del § 7, '*quamquam constet . . . opinione falsa deceptum*',⁵¹ che nella versione originale sarà stata sicuramente ben più ampia e articolata –, con cui Ulpiano, dopo aver ritenuto più attendibile l'opinione di Celso figlio (*quae sententia verior est*), volle esplicitamente sottolineare che lo stesso Celso, pur essendo favorevole, a differenza del padre, all'impiego della *condictio*, aveva tuttavia riconosciuto, riferendosi ovviamente al percorso argomentativo del proprio genitore, che era effettivamente ben noto (*constet*) che chi dava con l'aspettativa di essere remunerato '*ab eo qui acceperit*' o di procacciarsene l'amicizia, non poteva esperire l'azione di ripetizione per il semplice fatto di essere stato tratto in inganno da una falsa opinione.

Dal '*quamquam constet*' di Celso figlio – che costituisce una residua traccia del suo originario discorso, che doveva verosimilmente estendersi alla critica del punto di vista del padre e all'esposizione del proprio – mi sembra plausibile dedurre che Celso padre, tenuto conto del costume sociale inerente ai rapporti fra liberto e patrono (o erede), ravvisava nella consegna del denaro effettuata dall'apparente statulibero – ma, in effetti, *homo liber* (perché così disponevano i codicilli),⁵² *bona fide serviens* – gli estremi di un'attribuzione gratuita, evidente e innegabile manifestazione di un '*animus donandi*', ancorché eseguita non '*sponte*', ma '*of-*

⁵⁰ Nel corrispondente brano dei Basilici (B. 23.1.3) non c'è alcuna traccia della diversa opinione di Celso padre.

⁵¹ Anche J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, cit., 125, richiama l'attenzione sulla frase finale, alla luce della quale sostiene che il contrasto fra i due Celsi concernesse l'interpretazione della *datio* e, segnatamente, la «Qualifikation der Zuwendung des vermeintlichen Sklaven an den Erben». In senso contrario v. M. TALAMANCA, *Idee vecchie e nuove*, cit., 604.

⁵² Al tempo di Celso figlio era pacifico che il testatore poteva '*codicillis pure libertatem dare et hoc modo condicionem extinguere*', come attesta espressamente Giuliano in un brano del libro 39 *Digestorum*, inserito dai compilatori giustinianeî nel titolo '*De legatis et fideicommissis*' dei *Digesta* (D. 30.96.4).

ficii causa' (*munus*),⁵³ volta a conseguire la migliore disposizione dell'*accipiens* nei confronti del *dans* o a consolidarne il rapporto di amicizia,⁵⁴ da qui il riconoscimento all'*accipiens* di una '*iusta causa retinendi*' e la speculare negazione al tradente della facoltà di esperire l'azione di ripetizione.⁵⁵

Dell'opposto parere di Celso figlio, nella versione compilatoria del testo ulpiano, residua soltanto l'affermazione '*sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse*', con cui Ulpiano sintetizza, interpretandola a modo suo, la *ratio decidendi* della versione originaria. In altri termini, penso che l'originario ragionamento celsino abbia subito una duplice manipolazione: una prima, da parte di Ulpiano, che, travisando il senso del sintagma celsino '*bonum et aequum*',⁵⁶ lo ha identificato con la '*iustitia*', attribuendogli valenza metagiuridica; una seconda, da parte dei compilatori giustinianeî, i quali, connettendo immediatamente il '*quamquam constet*' al '*quae sententia verior est*', hanno soppresso la parte concernente la confutazione celsina dell'opinione del padre.

Fortunatamente, però, il contenuto della frase introdotta dal '*quamquam constet*' consente, a mio avviso, di ricostruire, con sufficiente margine di verosimiglianza, il percorso argomentativo di Celso figlio. Quest'ultimo, avrà contestato la possibilità di ravvisare nella *traditio pecuniae*, eseguita dall'apparente statulibero, gli estremi di una *datio ob causam*, ascrivibile al *munus*, inteso come *species donationis*, giacché l'errore del *tradens* escludeva inequivocabilmente l'elemento soggettivo della *causa donationis*: l'univoca volontà del donante di operare una riduzione del proprio patrimonio, che si concretava – come dice lo stesso Celso (D. 24.1.5.15, Ulp. 32 *ad Sab.*) – in un '*proficisci de suo*'.

Rimossa l'ipotesi della *causa donationis* e ravvisata nella *traditio nummorum* una *datio ob rem, implendae condicionis causa*, Celso figlio ritenne opportuno procedere all'approfondimento della fattispecie (§ 8: *suptilius ille quoque tractat*), ponendosi il problema se il *dans* avesse effettivamente trasferito all'erede la proprietà dei *nummi*, e risolvendolo in senso negativo, in considerazione del fatto che aveva consegnato il denaro come se fosse stato dell'erede e non già suo.⁵⁷

⁵³ Cfr. Charisius, *Ars gramm.* 5.394 (ed. Barwich, Teub. 1964): *Munus et donum: munus quod amicus vel cliens vel libertus officii causa mittunt.* V., in proposito, P. CERAMI, *D.* 39.4.3.7, cit., 177 s. e nt. 86.

⁵⁴ Sul punto v., in particolare, G. FINAZZI, *Amicizia e doveri giuridici*, in A. CORBINO, M. HUMBERT, G. NEGRI (a cura di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, 825.

⁵⁵ Evidenzia, fondatamente, l'incidenza dell'*animus donandi* sull'irrevocabilità dell'attribuzione, a prescindere dalla mancata realizzazione (*spes*) di un disegno futuro, L. PELLECCHI, *Contributo allo studio della condictio*, cit., 138 nt. 212; 140 nt. 213. V. pure M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 52 s.

⁵⁶ Concorro, in proposito, con A. SCHIAVONE, *Giuristi e principi nelle Istituzioni di Ulpiano: un'esegesi*, in SDHI 69, 2003, 48, il quale, con specifico riguardo a D. 1.1.1 pr. e D. 12.4.3.7, ha fondatamente affermato che in Ulpiano il *bonum et aequum* di Celso è «interamente schiacciato sull'equazione fra *ius* e *iustitia*; il suo significato – tutto riferito alle contingenze e alle relatività della socialità e della storia – è sparito sotto una pesante coltre giusnaturalistica che lo trasfigura in un insieme di valori universali e immutabili».

⁵⁷ L'affermazione '*non quasi suos*' si giustifica, ovviamente, con il fatto che il *dans*, in conseguenza e per effetto dell'estinzione codicillare della condizione (cfr. nt. 50), era già libero e non già *statusliber*. Per quanto attiene all'ipotesi del trasferimento dei *nummi* a un terzo – ipotesi da imputare esclusivamente a Ulpiano – v. R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 321 s.; M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 61 s.

Potremmo chiederci, a questo punto – come, peraltro, è stato già fatto –,⁵⁸ perché mai Celso figlio ritenne che il recupero della somma versata potesse essere realizzato sperendo l'azione di ripetizione (*puta repeti posse*) e non la '*rei vindicatio*'.

La ragione è certamente da imputare al fatto che la *traditio nummorum* eseguita dall'apparente *statusliber* era viziata da duplice errore: a) l'errore, sulla propria condizione, del *dans*, il quale, ignorando la disposizione codicillare, credeva di non essere libero, ma *statusliber* (*error in personam*); b) l'errore dello stesso *dans* sulla proprietà del denaro, in conseguenza e per effetto dell'errore sulla propria condizione (*error in dominio*).⁵⁹

Resta ora da esaminare l'aspetto più rilevante ai nostri fini: la motivazione sottesa all'affermazione ulpiana '*sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse*'.

Surrogando il sintagma '*bonum et aequum*' – che doveva verosimilmente ricorrere, nella scrittura originaria di Celso, come motivazione del '*repeti posse*' –, con il sintagma '*naturalis aequitas*', ulpiano ma non celsino,⁶⁰ il giurista di Tiro travolse il senso pragmatico del *bonum et aequum*, rendendolo omologo alla sua idea di '*iustitia*', fondamentalmente proiettata sul piano ideale del dovere essere.

Adoperando, per contro, il canone operativo del '*bonum et aequum*' in sede di motivazione della propria soluzione, Celso intese perseguire, nel caso in questione, come in quello contemplato in D. 12.1.32, un equilibrato raccordo, da un lato, fra l'aspirazione della collettività alla massima oggettività possibile dell'ordinamento giuridico e l'aspirazione dei singoli alla massima flessibilità possibile;⁶¹ e, dall'altro, fra gli opposti interessi dei soggetti coinvolti nella fattispecie in esame.

Il primo raccordo era suggerito e imposto dalla necessità di neutralizzare gli effetti negativi conseguenti a un'astratta e rigorosa applicazione dei principi civilistici in tema di *error in dominio* e di *animus rei transferendae* (impossibilità di esperire la *vindicatio nummorum*).

Il secondo raccordo era suggerito e imposto dalla necessità d'impedire che gli effetti della *traditio nummorum* si risolvessero in un ingiustificato *incrementum* delle *facultates* dell'erede e in un parallelo e speculare *decrementum* di quelle dell'apparente *statusliber*.

⁵⁸ V., in particolare, R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 318 ss., con letteratura; M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 56 ss.

⁵⁹ Cfr., in tal senso, M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 60.

⁶⁰ La locuzione '*aequitas naturalis*', infatti, non ricorre mai nel '*corpus*' celsino. Secondo A. SCHIAVONE, *Giuristi e principi*, cit., 49, Celso, nel caso in esame, avrà probabilmente scritto un *aequus erit* o qualcosa di simile; ID., *Ius*, cit., 384, 492 nt. 21 e 499 nt. 81. Io ritengo che Celso, per motivare la concessione dell'azione di ripetizione, avrà adoperato anche in questo, come nel precedente caso, oggetto del frammento D. 12.1.32, il sintagma '*bonum et aequum*'. Anche M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis*, cit., 76, nt. 349, ritiene che non possa «escludersi che nel testo del giurista adrianeo si trovasse un riferimento all'*aequum* od al *bonum et aequum* come fondamento della soluzione favorevole alla *repetitio*, fonendo così lo spunto ad Ulpiano per affermare che Celso figlio era pervenuto alla soluzione favorevole al servo affrancato *naturali aequitate motus*».

⁶¹ È stato efficacemente affermato da A. SCHIAVONE, *Giuristi e principi*, cit., 45, che Celso mirava a «ricercare regole flessibili, misurate sul caso concreto, mutevoli nel tempo, adatte a stabilire gli equilibri spezzati dalle circostanze».

5. Continua: esegesi di D. 39.5.21pr.-1.

Resta da valutare, a completamento e conferma dei risultati sin qui acquisiti, con specifico riferimento all'obiettivo perseguito con la presente ricerca (fondamento del *condicere* nel pensiero di Celso figlio), il terzo brano (D. 39.5.21 pr.-1), non meno complesso e dibattuto dei primi due (D. 12.1.32 e D. 12.4.3.6-8).

Si tratta – come ho già premesso (§ 1) – di una fattispecie di *delegatio promittendi donationis causa*, impostata e risolta dal giurista adrianeo in perfetta conformità alla regola casistica dei *veteres* e al canone operativo del 'bonum et aequum':

D. 39.5.21 pr.-1 (Cels. 28 *dig.*): *Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti: factum valet, ille enim suum recepit. 1. Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere iussi, an summo veris donationis exceptione necne tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego, si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisisti ita, ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus: sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictioem.*

Il testo, non del tutto immune da ritocchi o aggiornamenti di carattere formale,⁶² a mio avviso, è sostanzialmente genuino.

Celso formula due diverse ipotesi di *delegatio promittendi donationis causa*.

Nella prima, esposta nel *principium* del brano in esame, si suppone che A, avendo deciso di donare a B, prometta, su incarico di quest'ultimo, di dare a C, creditore di B.

Questa fattispecie, osserva Celso, non pone problemi e, quindi, può essere validamente realizzata (*factum valet*), nella misura in cui soddisfa pienamente gli interessi dei soggetti coinvolti nell'operazione delegatoria: A (donante, delegato, promittente) realizza l'obiettivo della liberalità; B (donatario, debitore, delegante) estingue il suo debito; C (creditore) ottiene il suo credito (*suum recepit*).

La seconda fattispecie, articolata e complessa, che il nostro giurista espone nel § 1, può essere così schematizzata: A (donante, delegante) ordina a B, suo debitore (delegato) di promettere a C (donatario, delegatario), a scopo di liberalità, una somma di denaro *ultra modum legis Cinciae*.

Trattandosi di una donazione viziata (perché *ultra modum*), s'impone, ovviamente, il problema di valutarne gli effetti sui rapporti causali sottesi all'operazione delegatoria.

Celso solleva, anzitutto, il quesito se B (debitore delegato) possa opporre a C (delegatario donatario), che reclaims l'esecuzione del *iussum* delegatorio, l'*exceptio legis Cinciae*, che era considerata dai Proculeriani 'quasi popularis' (FV. 266) e, come tale, utilizzabile da chiunque

⁶² Mi riferisco, in particolare, all'espressione '*donationis immodicae*', verosimilmente inserita dai compilatori giustiniani al posto della locuzione '*contra legem Cinciam*' dell'originaria scrittura, e all'espressione '*donationis exceptione*' al posto di '*legis Cinciae exceptione*'. La critica testuale più radicale, che ha investito la stessa posizione del problema, è stata formulata da G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in ZSS 66, 1948, 385, per la cui restituzione rinvio alle considerazioni da me svolte in P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 144 s.

avesse interesse a far valere il limite previsto dalla *lex Cincia de donis et muneribus*, limite che, in conformità a una prassi risalente all'età ciceroniana, era di norma commisurato alle capacità patrimoniali (*facultates*) del donante.⁶³

Il giurista motiva il suo parere negativo alla luce della funzione pratica della *delegatio promittendi*, volta a realizzare una semplificazione di più operazioni giuridiche, che, senza l'impiego della *delegatio*, si sarebbero svolte secondo il seguente ordine: A (delegante donante) avrebbe riscosso il denaro da B (debitore), lo avrebbe poi donato a C (delegatario donatario), e quest'ultimo lo avrebbe concesso in credito a B.⁶⁴

Ne consegue che B non può avvalersi dell'*exceptio* né in nome proprio, perché l'interesse generale insito nella natura *quasi popularis* dell'*exceptio legis Cinciae* trova un limite oggettivo nel fatto che egli nei confronti del delegatario donatario si trova nella condizione giuridica di chi è tenuto a restituire la *pecunia credita*; né nella qualità di delegato del donante, perché quest'ultimo non è legato al donatario da una *promissio donationis causa*.

Subito dopo,⁶⁵ Celso analizza gli effetti della *donatio ultra modum* sul rapporto intercorrente fra il creditore-delegante e il debitore-delegato, da un lato, e su quello fra il donante-delegante e il donatario delegatario, dall'altro, distinguendo due diversi momenti della complessa operazione delegatoria: prima e dopo la *traditio pecuniae* al delegatario-donatario.

Per il periodo, antecedente alla consegna del denaro, Celso attribuisce al donante-delegante un'*actio rescissoria* – rimedio, tipicamente pretorio, che sottende una *restitutio in integrum* –⁶⁶ contro il debitore-delegato, limitatamente alla parte eccedente il limite della *lex Cincia*, in modo tale che quest'ultimo *maneant obligatus*, nei confronti del donatario-delegatario, soltanto per la parte residua. Per il periodo successivo alla *traditio pecuniae*, Celso concede invece al donante-delegante, contro il donatario delegatario, la *condictio* per la ripetizione del '*quod modum legis excedit*'. Specificamente, e con particolare riguardo al primo momento, la *restitutio in integrum*, sottesa all'espressione '*habeo ... rescissoriam*', consente di realizzare, nel caso in questione e in perfetta sintonia con la concezione celsina del *ius* come *ars boni et aequi*, tanto il *bonum* quanto l'*aequum*:

a) il *bonum*, nella misura in cui consente di armonizzare, attraverso la commisurazione del *modus legis Cinciae* alle *facultates* (capacità patrimoniali) del donante, l'interesse collettivo all'osservanza della *lex Cincia* e l'interesse particolare del delegante donante alla parziale rimozione degli effetti del *iussum* delegatorio;

⁶³ Cfr. P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 147, con letteratura nella nt. 19; v. pure J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, cit., 89 s.; S. HEINE, *Condictio sine datione*, cit., 44.

⁶⁴ Come ho chiarito in altra sede (P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 156), Celso, con la precisazione contenuta nella frase '*quia perinde sum . . . credideris*', non intese definire, in termini generali, la struttura dogmatica della *delegatio promittendi*, ma mirò soltanto a puntualizzare e a chiarire – con l'esemplare cenno a quello che sarebbe stato, senza l'impiego della *delegatio*, l'ordine normale degli eventi –, l'assetto degli interessi sotteso all'operazione delegatoria, con specifico riguardo al momento in cui il debitore delegato è convenuto in giudizio dal delegatario donatario con l'*actio ex stipulatu*.

⁶⁵ Dico «subito dopo» con specifico riferimento all'ordine espositivo del testo trasmessoci dai compilatori dei *Digesta*. È ben verosimile che l'ordine espositivo della scrittura originaria fosse ben diverso, come ho cercato di dimostrare in P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 142 s.

⁶⁶ Sul punto v. P. CERAMI, *D. 39.5.21.1*, cit., 152 ss., con esame della letteratura.

b) l'*aequum*, nella misura in cui consente di pervenire al giusto equilibrio tra gli interessi del delegante e del delegato, da un lato, e l'interesse del delegatario donatario, dall'altro.

E, invero, se la stipulazione esecutiva del *iussum* delegatorio, attuando contestualmente il rapporto di provvista (*solutio*) e il rapporto di valuta (*donatio*), realizza pienamente i diversi interessi delle parti dell'operazione delegatoria, la *restitutio in integrum*, operando, in presenza di una *iusta causa* (eccedenza del *modus*), la parziale rimozione, *causa cognita*, degli effetti del *iussum*, non pregiudica affatto né l'interesse del delegato a liberarsi dall'obbligazione, né l'interesse del delegatario a ricevere la liberalità, ma concilia piuttosto questi ultimi interessi con l'interesse del delegante a non donare oltre un giusto limite.

Con riferimento al secondo momento, il presupposto della concessione della *condictio*, tenuto conto dello scopo pratico perseguito dai soggetti dell'operazione delegatoria (evitare una *duplex numeratio*), è costituito dal fatto che, in virtù della *stipulatio* esecutiva del *iussum* delegatorio, la *pecunia numerata* dal delegato al delegatario, proviene effettivamente, ai sensi della regola dei *veteres*, dal delegante.

Conseguentemente, è *bonum et aequum* che il delegatario donatario restituisca al delegante donante la parte che eccede il limite della *lex Cincia*, sì da poter realizzare un equilibrato raccordo fra l'interesse collettivo all'osservanza della *lex Cincia* e gli interessi dei singoli, da un lato, e fra i contrapposti interessi dei soggetti coinvolti nell'operazione delegatoria, dall'altro, neutralizzando inaccettabili squilibri derivanti da ingiustificati incrementi e correlati decrementi patrimoniali.

In ultima analisi, ritengo di potere affermare che l'impostazione e la soluzione della fattispecie analizzata in D. 39.5.21pr.-1 costituisce un perspicuo corollario della concezione celsina del *ius* come *ars boni et aequi*; e, al tempo stesso, una significativa ed emblematica testimonianza dell'impiego, da parte del nostro giurista, della *restitutio in integrum* e della *condictio* come strumenti tecnici volti a realizzare un equilibrato raccordo fra gli interessi collettivi e gli interessi particolari, da un lato, e fra gli opposti interessi nell'ambito di rapporti intersoggettivi, dall'altro.

6. La *condictio Iuventiana* «matrice storica» della '*condictio generalis*' e dell'*iniusta locupletatio*' del diritto giustiniano.

I brani sopra esaminati (§§ 3,4,5) attestano che Celso sosteneva, in piena sintonia con la regola casistica dei *veteres*, la possibilità di recuperare, per mezzo della *condictio*, qualsiasi cespite patrimoniale che, in assenza di un diretto rapporto negoziale fra le parti, fosse pervenuto al convenuto, additando nel *bonum et aequum* il fondamento dell'obbligo di restituire, gravante sul convenuto.

Ravvisando, con specifico riguardo al difficile tema della '*iniusta locupletatio*', nel *bonum et aequum* la *ratio* del *condicere*, Celso – come ho cercato di dimostrare – intese realizzare, alla luce della sua concezione del *ius* come *ars boni aequi*, un duplice risultato: il raccordo fra interesse collettivo e interesse particolare e la rimozione degli squilibri patrimoniali prodotti da ingiustificati incrementi delle *facultates* del convenuto.

Tenuto conto della *ratio condicendi* e dei suoi correlati obiettivi, mi sembra di potere affermare che la *condictio Iuventiana* rappresenta effettivamente la radice storica della *condictio generalis*, sottesa, come ho premesso (§ 1) e come vedremo meglio fra poco, al sistema giu-

stiniano delle *condictiones* e, soprattutto, alla regola legislativa (D. 50.17.206) che proclama l'illegittimità di qualsiasi arricchimento conseguito con altrui danno.

Ma c'è di più: il difficile e controverso frammento D. 39.5.21.1 (§ 5) prova che, in materia di '*iniusta locupletatio*', derivante da assetti extraneoziali, Celso non si limitava a impiegare, in funzione restitutoria, la *condictio*, ma coinvolgeva altresì, con specifico riguardo ad una particolarissima fattispecie contraddistinta da assetti trilaterali scaturenti da una *delegatio promittendi* e con il preciso e fondamentale obiettivo di realizzare un riequilibrio patrimoniale, anche la '*restitutio in integrum*'.

Argomentando e operando in tal modo, Celso gettava, in definitiva, le remote basi di un indirizzo di politica del diritto, progressivamente sfociato, attraverso un lungo, complesso e variegato sviluppo storico, nell'«azione generale di arricchimento» (artt. 2041-2042 c.c.).

Limitando, in questa sede, il discorso al diritto romano storico, mi sembra che il pensiero di Celso in tema di '*iniusta locupletatio*' possa essere configurato come lo spartiacque fra la regola casistica dei *veteres* e il definitivo assetto legislativo del periodo giustiniano.

Depongono in tal senso, a mio avviso, alcune evidenti tracce delle linee fondamentali del pensiero del giurista adrianeo in tema di *condictio* extraneoziale (il puro e semplice pervenire di cespiti patrimoniali al convenuto; la motivazione dell'obbligo di '*reddere*' con il *bonum et aequum*; l'obiettivo di rimuovere squilibri patrimoniali ingiustificati) in frammenti di opere giurisprudenziali del periodo compreso fra il principato degli Antonini e quello dei Severi.

Una prima traccia può essere ravvisata, a parer mio, in due brani di Africano, che riferisce il parere di Giuliano in merito a due fattispecie d'ingiustificato arricchimento, non derivante da rapporti negoziali, nel primo brano, e da una diretta condotta negoziale dell'attore (arricchimento indiretto), nel secondo.

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

D. 19.1.30 pr. (Afr. 8 *quaest.*): *Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva actum peculium fuisset, tamen in proposito et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere. Secundum quae dicendum: si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpserit, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.*

Giuliano è menzionato nominalmente (*Iulianus ait*) nel primo frammento e con il solo verbo (*ait*) nel secondo. Entrambi i testi hanno sollevato perplessità in dottrina, in considerazione del fatto che, secondo Giuliano, la *condictio* '*locum non habet*' se l'arricchimento non

deriva da un rapporto negoziale fra le parti (così, in particolare, Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33). E, forse, è da imputare alle argomentazioni di Giuliano la *ratio dubitandi* di Celso nel brano accolto in D. 12.1.32 (sopra, § 3). Ma la *ratio decidendi* di quest'ultimo avrà, a sua volta, indotto Giuliano – dopo qualche tempo –⁶⁷ a un riesame della complessa problematica dell'*iniusta locupletatio*, con specifico riferimento a fattispecie di arricchimento extraneogoziale non altrimenti tutelabili.

Sotto questo profilo, mi sembra eccessiva la diffusa enfaticizzazione del contrasto scientifico fra i due giuristi – pur essendo, ovviamente, innegabili alcune differenze di metodo e di dottrine –, soprattutto alla luce di alcuni brani di Paolo e di Ulpiano, nei quali si afferma esplicitamente che Giuliano seguiva o approvava determinate decisioni di Celso.⁶⁸

La fattispecie oggetto del primo frammento contempla il caso di un tale che, ritenendo in buona fede di aver ricevuto in legato (ovviamente *per vindicationem*) uno schiavo (*quasi mihi legatum*) – legato che, invece, era stato disposto dal testatore a favore di un altro – ne prende possesso e lo vende. In seguito, lo schiavo muore. Si pone il quesito: con quale azione il vero legatario può chiedere il prezzo dello schiavo?

Per comprendere la *ratio* del quesito occorre tener conto di due fondamentali circostanze: a) che non sarà stato possibile, nel caso in esame, esperire la *rei vindicatio*, verosimilmente perché nell'intervallo fra la vendita e la morte dello schiavo il compratore lo aveva già usucapito;⁶⁹ b) che fra l'apparente legatario e quello effettivo non c'era alcun rapporto negoziale.

Giuliano, tenuto conto, appunto, dell'impossibilità di esperire la *rei vindicatio*, consiglia all'effettivo legatario di esperire, nonostante l'assenza di un *negotium contractum* fra le parti, una '*condictio pretii*',⁷⁰ sulla base di due fondamentali valutazioni, del tutto simmetriche a quelle formulate da Celso nel caso di D. 12.1.32:

a) la provenienza del prezzo dello schiavo da una *res* (schiavo) appartenente all'effettivo legatario;

b) l'ingiustificato arricchimento dell'apparente legatario a danno di quello effettivo.

L'espressione giuliana '*quasi ex re tua*' corrisponde infatti, nella sostanza, all'espressione celsina '*pecunia mea ad te pervenit*' e l'espressione '*locupletior factus sim*' sottende e riecheggia la motivazione insita nella locuzione celsina '*eam mihi a te reddi bonum et aequum est*'.

La fattispecie del secondo frammento – complesso e assai dibattuto – verte sul furto commesso da uno schiavo, venduto con il peculio, a danno del proprio padrone, prima della consegna al compratore.

⁶⁷ Giuliano, pur essendo contemporaneo di Celso, era ancora attivo, a differenza di Celso, al tempo di Marco Aurelio e Lucio Vero, e i suoi *Libri Digestorum* furono scritti nel corso del principato di Adriano e di quello di Antonino Pio. V. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I., cit., *Salvius Iulianus, Libri Digestorum*, c. 318 nt. 2.

⁶⁸ Cfr. D. 45.1.91.3 (Paul 17 *ad Plaut.*): *Celsus scribit . . . et sane probabilis haec sententia est, quod quidem et Iulianus sequitur*; D. 36.2.12.3 (Ulp. 23 *ad Sab.*): *Item Celsus scribit, quod et Iulianus probat*. Non mancano, peraltro, attestazioni ulpianee di adesioni di Celso a *sententiae* di Giuliano: D. 7.1.13.3 (Ulp. 17 *ad Sab.*): *Iulianus . . . scribit . . . quam sententiam Celsus quoque . . . probat*; D. 47.2.14.10 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Iulianus ait . . . quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat*.

⁶⁹ In tal senso v. pure C.A. CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 563.

⁷⁰ Sul punto v. pure S. HEINE, *Condictio sine datione*, cit., 85 ss., con ampio inventario delle varie interpretazioni prospettate in dottrina.

Nel testo – che, per completezza, ho trascritto per intero – Africano, sulla scia di Giuliano, formulava varie ipotesi e sottoipotesi.⁷¹ In questa sede e ai nostri fini, assume notevole rilievo il periodo finale *'si nummos, quos servus iste ... ad te sine causa pervenerit'*.

Con particolare riferimento, appunto, al caso in cui il compratore dello schiavo, non essendo a conoscenza del furto e ritenendo che il denaro non facesse parte del peculio, lo abbia tolto dal peculio (*ademerit*) e lo abbia speso (*consumpserit*), Giuliano riteneva che il venditore potesse esperire la *condictio* (*competet*), in considerazione del fatto che il suo denaro era pervenuto al compratore (*ad te pervenerit*), in conseguenza e per effetto di un cambiamento ingiustificato del possesso, perché la *traditio* dei *nummi*, non era stata mai effettuata.⁷²

Anche in questo caso l'espressione giulianea *'res mea ad te pervenerit'* ricalca l'espressione celsina *'pecunia mea ad te pervenit'* del fr. D. 12.1.32.

Una seconda traccia del pensiero celsino può essere ravvisata in due notissimi frammenti di Sesto Pomponio, che attestano l'ormai consolidata formulazione, su base casistica, del principio dell'arricchimento ingiustificato, strettamente connesso, al *condicere* restitutorio:

D. 12.6.14 (Pomp. 21 *ad Sab.*): *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem.*

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

I due testi, che enunciano, sia pure con formulazioni non perfettamente coincidenti,⁷³ il principio in questione, non consentono, nella versione trasmessaci dai commissari giustiniani, di risalire all'originario contesto. Tuttavia, com'è stato già fondatamente osservato, l'appartenenza del primo brano al libro 21 *ad Sabinum* «rende certi del suo riferimento al tema della *condictio*».⁷⁴

Tenuto conto, appunto, dell'appartenenza del frammento D. 12.6.14 al libro 21 *ad Sabinum*, Santoro ha ritenuto «non audace supporre che la formulazione del principio dell'arricchimento

⁷¹ Sulle diverse ipotesi e sottoipotesi v. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 378 ss. e, segnatamente, 383 ss.

⁷² In tal senso v. pure C.A., CANNATA, *Cum alterius detrimento*, cit., 564; B. CORTESE, *'Quod sine causa'*, cit., 16, la quale osserva, a ragione, che «tra l'arricchito (acquirente) e l'impovertito (venditore) non intercorre alcun rapporto con riguardo alla fonte dell'arricchimento»; diversamente A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 390 s., il quale, per rendere la motivazione di D. 19.1.30 pr. maggiormente coerente con la regola giulianea del *'negotium contrahere/gerere'*, pensa che Giuliano, in questo caso, fondi la concessione della *condictio* sul *'quasi plus debito solverim'* (della frase precedente), «che deve intendersi aver provocato questo *'pervenire'*».

⁷³ Cfr., in proposito, R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 392 s.

⁷⁴ Così R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 394. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Lipsiae 1889, rist. Roma 2000, *Pomp. Ad Sabinum*, c. 129, colloca, infatti, il brano in esame, con il numero 684, all'inizio della rubrica *'De condicione'*.

mento ingiustificato sia un 'sabinianum' o che, comunque, si debba all'ambiente sabiniano». ⁷⁵

Io ritengo che il principio, pur essendo geneticamente ricollegabile alla regola casistica dei *veteres*, approvata da Sabino e Celso, affondi le sue radici, più prossime, nell'enunciato celsino di D. 12.1.32, progressivamente consolidatosi nel periodo degli Antonini.

M'induce in tal senso il secondo brano, tratto dai *Libri Variarum lectionum*, il cui contenuto era costituito da appunti di lettura, con citazioni e brani tratti da opere di altri giuristi. ⁷⁶ È ben possibile, a mio avviso, che Pomponio, nella versione originaria, abbia riferito, con specifico riguardo al binomio 'lucrum' – 'damnum', la soluzione prospettata da Celso nel brano oggi accolto in D. 12.1.32.

Un forte indizio mi sembra offerto, in tal senso, da un brano del libro 14 *ad Edictum* dello stesso Pomponio, in tema di *datio dotis*:

D. 23.3.6.2 (Pomp. 14 *ad ed.*): *Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam maiori annis viginti quinque succurrendum est, quia bono et aequo non conveniat* ⁷⁷ *aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damno sentire per alterius lucrum.*

Il tema del brano è ovviamente, del tutto diverso; tuttavia mi sembra di poter ravvisare nella stretta connessione, evidenziata da Pomponio, fra 'bonum – aequum' e 'lucrum – damnum', ancorché nell'ambito di un settore diverso dalla *condictio*, una traccia, non marginale, del ragionamento svolto da Celso in D. 12.1.32, tenuto conto, anche e soprattutto, del fatto che il 'bonum et aequum', celsino, concepito come essenza e fine dell'*ars iuris*, non può essere certo circoscritto al solo ambito della *condictio*.

Alla luce, appunto, del valore generale del *bonum et aequum* di Celso, esteso, come ho già detto (§ 3 e nt. 41), a tutto il diritto, unitariamente considerato, ritengo che debba valutato e inteso il senso dei segni 'natura' e 'iniuria' dei brani pomponiani. ⁷⁸

Con il primo segno Pomponio intendeva riferirsi, verosimilmente sulla scia di Celso, non già al *ius naturale*, in contrapposizione al diritto positivo (l'espressione 'iure naturae' del frammento D. 50.17.206 è da imputare, con ogni verosimiglianza, ai compilatori, che l'hanno inserita al posto dell'ablativo 'natura' della versione originaria, come prova il frammento D. 12.6.14), bensì ai fatti (*natura rerum*) e ai comportamenti (*natura hominum*) sottesi alle comuni relazioni economico-sociali.

Con il secondo segno intendeva alludere, invece, a comportamenti ed eventi incompatibili con i principi e i fini (*bonum et aequum*) dell'intero ordinamento giuridico.

Una terza traccia del pensiero di Celso può essere ravvisata, a mio avviso, in un breve frammento tratto dai *Libri Quaestionum* di Papiniano, che certifica, in modo netto ed

⁷⁵ R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 395.

⁷⁶ Sulle *Variae Lectiones* di Pomponio cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., di G. Nocera, Firenze 1968, 399 s.

⁷⁷ Secondo R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 395, nt. 18, «la forma 'conveniat' potrebbe suggerire che si tratti di una citazione di Sabino». Sul brano v. pure E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio II. Contesto e pensiero*, Milano 2001, 50 e nt. 81.

⁷⁸ In proposito rinvio a quanto ho precisato in P. CERAMI, *La concezione celsina*, cit., 46 ss. e nt. 92.

esplicito, alla luce di una consolidata interpretazione giurisprudenziale (*consuevit*), il nesso funzionale intercorrente fra *condictio*, *bonum et aequum* e *iniusta locupletatio*:

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

La sostanziale genuinità del testo, un tempo radicalmente sospettato,⁷⁹ oggi è generalmente riconosciuta.

I compilatori hanno inserito il brano nel titolo ‘*De condictioe indebiti*’ dei *Digesta*, ma nella versione originaria il brano doveva far parte di una trattazione casistica correlata alla sezione editale ‘*De rebus creditis: si certum petetur*’ (Ed. XVII. 95). Lenel, infatti, colloca il breve testo, con il numero 148, alla fine della rubrica ‘*De rebus creditis: si certum petetur*’ del libro VIII delle *Quaestiones*.⁸⁰

In ultima analisi, l’affermazione di Papiniano doveva verosimilmente costituire la nota conclusiva di una trattazione casistica dedicata all’ambito applicativo della *condictio* extracontrattuale; nota conclusiva, specificamente rivolta ad additare, sulla scia di Celso, nel ‘*bonum et aequum*’ la connessione funzionale che intercorreva fra la *condictio* e la *iniusta locupletatio*.⁸¹

Ne consegue che l’affermazione ‘*quae introducta est*’ non può essere riferita alla genesi della *condictio* formulare, bensì alla definitiva stabilizzazione (*consuevit*) di un indirizzo interpretativo (che, muovendo dall’*opinio veterum*, approda al tempo di Papiniano), specificamente finalizzato a estendere l’impiego della *condictio* oltre l’originario ambito negoziale.

Il trinomio «*condictio, bonum et aequum, iniusta locupletatio*», con cui Papiniano enuclea ed enuncia il fondamento e l’obiettivo del *condicere* extracontrattuale costituisce, in definitiva, il risultato di un lungo percorso argomentativo della giurisprudenza classica in tema di *iniusta locupletatio*: percorso eminentemente casistico, che origina dalla regola dei *veteres*, e ha nel pensiero di Celso la sua svolta decisiva.

Le sintesi formulate da Paolo e Ulpiano nelle rispettive opere sistematiche, con specifico riguardo alla complessa materia del *condicere* restitutorio, contrattuale ed extracontrattuale, si limitarono a raccogliere e formalizzare, in funzione euristica, i diversi ambiti applicativi (*species condictioinum*: Ulp. D. 12.7.1 pr.),⁸² alla luce della precedente casistica giurisprudenziale.

I commissari giustiniane, in sede di redazione del Digesto e del Codice, modificarono e integrarono⁸³ le *species* giurisprudenziali, trasformandole in rigide tipologie legislative (*mul-*

⁷⁹ Citazioni in R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 441 nt. 55; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 523 s.

⁸⁰ O. LENEL, *Palingenesia*, I. cit., *Papiniani Quaestiones lib. VIII*, c. 827.

⁸¹ Mi sembrano condivisibili, in proposito, le seguenti considerazioni di B. CORTESE, ‘*Quod sine causa*’, cit., 91: «La *condictio* ha come matrice il *bonum et aequum*, dice il giurista; il che ci riallaccia all’*aequum est*’ di Pomponio. Ciò che si configura come *sine iusta causa* costituisce l’*iniuria* (secondo il *quod aequum est*): nel senso che la mancanza di giustificazione dell’attribuzione/acquisto viola i parametri di giustizia dell’ordinamento». È interessante, in tal senso, che i vecchi e i nuovi scoli dei Basilici configurino la *condictio* del frammento celsino D. 12.1.32 come ‘*condictio ex bono et aequo*’. V., in proposito, H. DE JONG, *A byzantine interpretation*, cit., 52 ss.

⁸² Mi riferisco, in particolare, a D. 12.1.9 pr.-3 (Ulp. 26 *ad ed.*); D.12.7.1 pr.-3 (Ulp. 43 *ad Sab.*); D. 12.6.65 pr.-9 (Paul. 17 *ad Plaut.*).

⁸³ Le modifiche attengono soprattutto all’inserimento dei brani giurisprudenziali nei diversi titoli, pre-

tae conditiones), espressamente formalizzate nelle rubriche dei rispettivi Titoli,⁸⁴ sia pure con alcune differenze di formulazione e di ordine espositivo,⁸⁵ che contraddistinguono, per quanto attiene alla materia in esame, le due compilazioni.

Con specifico riguardo all'ordine espositivo, in questa sede assume notevole rilievo la seguente osservazione, svolta dall'*antecessor* Stefano nello scolio 'de conditione causa data' alla rubrica del primo Titolo del libro 24 dei Basilici, che mi sembra opportuno trascrivere, per comodità, nella versione latina di Heimbach:

Sch. a B. 24.1: *Convenies erat, postquam de certi generali conditione, deque iureiurando velut accessionis loco actum est, ut nunc de conditione indebiti ageretur. Sed quoniam indebiti condictio eas, quae in speciales causas cadunt, conditiones significat, velut conditionem causa data causa non secuta, et ob turpem causam: quamlibet earum conditionum, si quis generali nomine appellare velit, recte conditionem indebiti appellabit: si vero speciali, tunc conditionem causa data, causa non secuta vel ob turpem causam dicere debet.*

Come si evince facilmente da una semplice lettura dello scolio, estratto dalle *Paragraphai* dello stesso Stefano, il maestro bizantino, commentando la distribuzione delle *multae conditiones* nei titoli dei *Digesta*, distingueva due gruppi di *conditiones*, riconducibili, rispettivamente, alla *condictio certi generalis*, che poteva sorgere da mutuo o da *stipulatio* (*condictio* contrattuale), e alla '*condictio indebiti generalis*' (*condictio* extracontrattuale, finalizzata alla restituzione di *iniustae locupletationes*), dalla quale discendevano le *conditiones speciales*: *indebiti* (in senso stretto),⁸⁶ *causa data causa non secuta*, *turpis vel iniusta causa*, *ex iniusta causa*, *sine causa*.

Orbene, mi sembra difficilmente contestabile che l'osservazione dell'*antecessor* presupponga e rifletta la sistematica dei *Digesta* in tema di *condictio* restitutoria, anche se non

scendendo dal loro effettivo contenuto. Così, ad esempio, il brano di Papiniano D. 12.6.66, sopra esaminato, è stato inserito nel titolo 'De conditione indebiti', anziché nel titolo 'De rebus creditis: si certum petetur' (D. 12.1). Altri esempi in B. CORTESE, 'Quod sine causa' cit., 34 ss. e nt. 96. Le integrazioni attengono, invece, alla *condictio ex lege* (D. 13.2; C. 4.9) e a quella *triticaria* (D. 13.3).

⁸⁴ Rubriche del Digesto: D. 12.1 'De rebus creditis, si certum petatur et de conditione'; D. 12.4 'De conditione causa data causa non secuta'; D. 12.5 'De conditione ob turpem vel iniustam causam'; D. 12.6 'De conditione indebiti'; D. 12.7 'De conditione sine causa'; D. 13.1 'De conditione furtiva'; D. 13.2 'De conditione ex lege'; D. 13.3 'De conditione triticaria'. Rubriche del Codice: C. 4.1 'De rebus creditis et de iure iurando'; C. 4.2 'Si certum petatur'; C. 4.5 'De conditione indebiti'; C. 4.6 'De conditione ob causam datorum'; C. 4.7 'De conditione ob turpem causam'; C. 4.8 'De conditione furtiva'; C. 4.9 'De conditione ex lege et sine causa vel iniusta causa'. Sulle rubriche del Digesto e del Codice, integrate da una Tavola sinottica, che comprende anche le Rubriche delle Novelle e dei Basilici, v. A. SACCOCCIO, *Si certum petatur*, cit., 564 ss.. Sulla valenza 'paranormativa' delle categorie giustinianee v. B. CORTESE, 'Quod sine causa', cit., 32 ss.

⁸⁵ Le principali diversità di formulazione attengono alla rubrica 'De rebus creditis' [D. 12.1: 'De rebus creditis, si certum petatur et de conditione'; C. 4.1: 'De rebus creditis et de iure iurando'; C. 4.2: 'Si certum petatur'] e alla collocazione delle *conditiones ex lege, sine causa e sine iusta causa* in un titolo unico nel Codice (C. 4.9). Il diverso ordine espositivo attiene soprattutto alla *condictio indebiti*, che, nel Digesto, è inserita nel Titolo D. 4.6, subito dopo la *condictio 'causa data, causa non secuta'* (D. 12.4) e la *condictio 'ob turpem vel iniustam causam'* (D. 12.5); e, nel Codice, subito dopo i titoli C. 4.1 e C. 4.2, e prima dei titoli C. 4.7-9).

⁸⁶ E' assai verosimile che l'*indebiti solutio* sia stata la prima fattispecie di '*iniusta locupletatio*' individuata dalla giurisprudenza romana. V., sopra, § 1, nt. 2.

possiamo escludere, sotto il profilo della forma espressiva, che le locuzioni ‘*condictio certi generalis*’ e ‘*condictio indebiti generalis*’ siano da attribuire al lessico del maestro bizantino.

La rubrica del primo Titolo, con cui inizia, nel quadro complessivo della *pars* ‘*De rebus*’, la *pars* ‘*de condictionibus*’ (D. 12.1-7; D. 13.1-3), così recita: ‘*De rebus creditis, si certum petetur et de condictione*’ (D. 12.1). L’elemento che caratterizza la formulazione della rubrica del Digesto rispetto a quelle dell’editto pretorio (Ed. XVII: ‘*De rebus creditis*’) e delle opere giurisprudenziali (‘*De rebus creditis, si certum petetur*’) è dato – come, peraltro, è stato già osservato in dottrina⁸⁷ – è dato proprio dalle parole ‘*et de condictione*’.

La radice storica di tale inserimento è da ricercare, a mio avviso, nell’impostazione e nella soluzione della fattispecie esaminata da Celso figlio nel celebre frammento D. 12.1.32 (sopra, § 3), in cui il giurista adrianeo distingue l’obbligazione di restituire, nascente da un rapporto contrattuale, *mutui causa*, fra le parti e tutelabile con l’*actio certae pecuniae* (o con la *condictio certae rei*), dall’obbligazione di restituire, scaturente, in conformità alla regola dei *veteres*, seguita dallo stesso Celso (D. 12.5.6), dal semplice pervenire di un *aliquid apud aliquem*, che giustificava la concessione, in base al *bonum et aequum*, di una *condictio* extracontrattuale, allo scopo di rimuovere una *iniusta locupletatio* da parte del convenuto. E non è certo un caso che i compilatori dei *Digesta* abbiano inserito nel Titolo I della *pars* ‘*de condictionibus*’ (D. 12.1) il frammento celsino D. 12.1.32, giacché il suo inserimento giustificava, da un lato l’aggiunta delle parole ‘*et de condictione*’ nella rubrica del Titolo, e fungeva, dall’altro, da premessa ai successivi Titoli concernenti gli impieghi extracontrattuali della *condictio*.

La *ratio* dell’inserimento del brano celsino nel Titolo in questione trova conferma nel fatto che due frammenti, D. 12.5.6 (cfr. § 2) e D. 12.4.3.6-8 (cfr. § 4), strettamente connessi al fr. D. 12.1.32, sono stati inseriti nei Titoli concernenti le diverse *species* della *condictio* extracontrattuale, e precisamente: D. 12.5.6 nel Titolo ‘*De condictione ob turpem vel iniustam causam*’ (D. 12.5); D. 12.4.3.6-8 nel Titolo ‘*De condictione causa data causa non secuta*’ (D. 1.4).

Si aggiunga, inoltre, che l’inserimento del brano celsino nel primo Titolo ‘*De condictionibus*’ trova pieno riscontro nei Basici, dove il testo in discussione è inserito, con il numero 32, nel Titolo I ‘*De rebus creditis, si certum sit et petatur et de condictione earum*’ (B. 23.1).

Ritengo, pertanto, di potere additare nella concezione celsina della ‘*condictio*’ l’effettiva matrice storica della ‘*condictio generalis*’, sottesa al sistema giustiniano delle *multae conductiones*,⁸⁸ strutturalmente bipolare, perché inglobava, al suo interno, il polo contrattuale (*condictio certi generalis*) e quello extracontrattuale (*condictio indebiti generalis*), proiezione, quest’ultimo, della *condictio Iuventiana*.

Ma c’è di più: i compilatori, a integrazione dell’assetto bipolare delle *conductiones*, vollero inserire, nel Titolo finale dei *Digesta* ‘*De diversis regulis iuris antiqui*’ (D. 50.17), il brano di Pomponio, escerpito dal nono libro delle *Variae Lectiones* D. 50.17.206), e parallelo a quello tratto dal ventunesimo libro *ad Sabinum* dello stesso giurista (D. 12.6.4), che i commissari giustiniani collocarono, invece, nel titolo ‘*De condictione indebiti*’.

⁸⁷ Cfr. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 564 s., con letteratura nella nt. 30.

⁸⁸ Secondo A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 565, i compilatori avrebbero operato «in adesione al diffuso orientamento che, da Gaio in poi, aveva frazionato in due settori il raggruppamento delle fattispecie tutelate con la *condictio*».

Entrambi i brani attestano, come ho già evidenziato, la consolidata affermazione, su base casistica, del principio dell'arricchimento ingiustificato, che nell'esperienza giuridica romana è legato, in larga misura, al *condicere* restitutorio.

Il motivo che indusse i compilatori a scegliere il brano delle *Variae Lectiones*, anziché quello del commentario *ad Sabinum*, per affermare, nel Titolo 50.17 dei *Digesta*, il principio dell'illegalità, *iure naturae*, di qualsiasi *locupletatio*, conseguita '*cum alterius detrimento et iniuria*',⁸⁹ può essere individuato, a parer mio, nella circostanza che Celso, verosimilmente citato – come ho già detto – nelle *Variae Lectiones*, aveva fatto ricorso, in casi particolari, al precipuo scopo di neutralizzare gli effetti di *iniustae locupletationes*, a rimedi diversi dalla *condictio*, come la *restituito in integrum*, nella fattispecie contemplata in D. 39.5.21.1 (cfr. § 5); circostanza questa, che, estendendo i confini della *iniusta locupletatio* oltre l'ambito restitutorio, suggerì, verosimilmente, ai compilatori l'idea d'inserire l'enunciato pomponiano, non esente da influssi celsini, nel Titolo '*De regulis iuris*', trasformandolo, con la sostituzione del sintagma '*iure naturae*' all'originario segno '*natura*', da regola casistica in regola legislativa generale.

Sotto questo profilo, la matrice storica del divieto di arricchimento ingiustificato può essere individuata, tenuto anche conto della sua intrinseca connessione con il canone pragmatico del *bonum et aequum*, nella concezione celsina del *ius*.

7. Riflessioni conclusive.

Al termine dell'esame esegetico dei difficili e controversi brani che attestano il punto di vista di Celso figlio in tema di *condictio* e di *iniusta locupletatio*, mi sembra opportuno integrare il discorso fin qui svolto con brevi riflessioni conclusive su due punti fondamentali del dibattito dottrinale:

- a) il legame fra arricchimento e *condictio*;
- b) il valore e i limiti delle norme e della dogmatica giuridica nell'impostazione e nella soluzione dei casi concreti.

A) Con riferimento al primo punto, ritengo di potere affermare – in piena sintonia, peraltro, con il filone della dottrina romanistica oggi prevalente – che il legame fra arricchimento e *condictio* non solo non era estraneo alla scienza giuridica romana, com'era stato per contro sostenuto dalla dottrina tradizionale e com'è stato anche di recente ribadito;⁹⁰ ma anzi costituisce addirittura l'oggetto di una delle più rilevanti costruzioni del pensiero giuridico romano, che si snoda, attraverso un lungo percorso di raffinate analisi casistiche, dai *veteres* all'età dei Severi, e ha nel pensiero di Celso figlio la sua svolta decisiva.

⁸⁹ Non a caso la civilistica italiana intorno alla metà del secolo scorso poneva, sulla scia di D. 50.17.206, fra le fonti di obbligazione non contrattuali da atto lecito l'arricchimento senza causa (indebito o ingiustificato). Cfr. A. TRABUCCHI, v. *Arricchimento (azione di)*, in *Enc. dir.* 2, Milano 1958, 52; P. SCHLESSINGER, voce *Arricchimento (azione di)*, in *NNDI* 1, Milano 1958, 1004.

⁹⁰ Mi riferisco, in particolare, ad A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 435, secondo il quale «il legame fra arricchimento e *condictio* era probabilmente ancora ignoto a Giuliano . . . e forse venne posto come regola generale soltanto dai giustiniani in collegamento a D. 50.17.206 (Pomp., 9 *ex variis lectionibus*)». Ritengo, invece, che con specifico riferimento al punto di vista di Giuliano, i frammenti D. 12.1.23 e D. 19.1.30 pr. (sopra esaminati, § 6) depongono in senso contrario.

I commissari giustiniani si limitarono a modificare e ad ampliare le *species condictionum* – che erano state euristicamente formulate dai giuristi severiani, grazie alla plurisecolare analisi casistica svolta dai precedenti *iuris periti* –, trasformandole, al tempo stesso, in rigide categorie legali, integrate dal principio generale, che afferma solennemente l'illegittimità e l'ingiustizia, *iure naturae*, di qualsiasi arricchimento, conseguito con altrui danno (D. 50.17.206).

B) Per quanto attiene al secondo punto, le puntuali e acute considerazioni di Celso esorbitano dai limiti temporali che le avevano occasionate, e costituiscono ancor oggi un notevole messaggio scientifico, sul quale mi sembra necessario riflettere attentamente.

Celso era profondamente consapevole della necessità e dell'imprescindibilità delle disposizioni autoritative (*leges publicae populi Romani, senatus consulta*, editti pretori, costituzioni imperiali, *regulae iuris*)⁹¹ e dei concetti elaborati dalla *scientia iuris*, nell'impostazione e nella soluzione dei singoli casi e, soprattutto, di quelli complessi e dibattuti.

Lo dimostra – per quanto attiene alle *leges publicae* e limitando qui il discorso ai testi sopra analizzati – la particolare attenzione rivolta alla *lex Cincia (lex imperfecta)* con riferimento al caso contemplato nel frammento D. 39.5.21.1 (v. § 5), perché, in quel caso, l'impiego e la piena osservanza del *modus legis Cinciae* si rivelava indispensabile per realizzare la certezza sostanziale del diritto, inscindibilmente legata ai fini propri dell'*ars iuris*: il *bonum et aequum*.

Con specifico riguardo al valore e ai limiti che il nostro giurista attribuiva, in sede diagnostica-valutativa dei singoli casi, ai concetti e, più in generale, alla dogmatica giuridica mi sembra emblematico l'iniziale dubbio manifestato da Celso nell'impostazione e nella soluzione della fattispecie contemplata in D. 12.1.32, in considerazione del fatto che un contratto può essere costituito soltanto *inter consentientes* (v. § 3); dubbio superato, però, dal nostro giurista dopo aver constatato che la rigorosa osservanza dei principi formulati dalla *scientia iuris* contrastavano fortemente, nel caso di specie, con il *bonum et aequum*.

Secondo Celso, le norme e i principi giuridici possono e anzi devono essere utilizzati, in chiave euristica, soltanto se e nella misura in cui concorrono a realizzare, con specifico riferimento alla fattispecie esaminata, il *bonum et aequum*.

Come ho già precisato nei §§ precedenti, secondo Celso è precipuo compito del giurista perseguire e realizzare, in conformità ai fini propri dell'*ars iuris*, un duplice equilibrio: a) il massimo raccordo possibile fra l'interesse comune e gli interessi dei singoli; b) il raccordo equilibrato fra i contrapposti interessi dei soggetti coinvolti nel caso esaminato.

La concreta realizzazione di questo duplice equilibrio può consentire, infatti, la sintesi di due diverse manifestazioni dell'esperienza giuridica, apparentemente inconciliabili: la certezza e la concretezza dell'ordinamento giuridico.

Diversamente operando, si può realizzare, nella migliore delle ipotesi, la certezza formale del diritto, ma si rischia di calpestare platealmente, al tempo stesso, la certezza sostanziale, che non può essere svincolata dai fini propri ed esclusivi dell'*ars iuris*.

Secondo Celso, l'errore sostanziale, che discende dalla violazione del *bonum et aequum* è ben più grave dell'errore concettuale che può discendere da una incoerente deduzione della '*decisio*' dai concetti giuridici. È esattamente questo, a mio avviso, il senso del famosissimo

⁹¹ Sul punto rinvio alle considerazioni svolte in P. CERAMI, *La definizione celsina*, cit., 100 ss.

'dictum' celsino nel frammento D. 45.1.91.3: ' . . . plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose . . . eratur'.

Purtroppo, alcuni studiosi, analizzando e interpretando i testi celsini alla luce di astratti schemi logico-giuridici, non si accorgono che, in tal modo, stravolgono profondamente il Gedankengang (volendo adoperare qui un segno linguistico ossessivamente ricorrente in alcuni scritti romanistici) di Celso.

Certezza di fini e duttilità di mezzi:⁹² mi sembra questo il messaggio giuridico di Celso figlio.

Soltanto il costante e tenace perseguimento dei fini dell'*ars iuris* (*bonum et aequum*) in tutte le sue manifestazioni (produzione, interpretazione, applicazione) può condurre all'effettiva realizzazione della certezza sostanziale del diritto, unitariamente inteso.

La certezza sostanziale, però, a differenza di quella formale, presuppone e postula necessariamente un uso flessibile, selettivo e ponderato dei mezzi: e, cioè, degli enunciati normativi, da un lato; e dei concetti e degli istituti giuridici, dall'altro.

⁹² Il motto 'certezza di fini e duttilità di mezzi' costituì, com'è noto, la direttiva fondamentale della condotta politica di Camillo Benso, conte di Cavour.

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 31 maggio, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2016
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Palermo)

