

MATTEO MARRONE

SCRITTI GIURIDICI
Tomo III

FUNDACIÓN SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
«URSICINO ÁLVAREZ»

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2015

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------|
| Nota preliminar, <i>por Javier Paricio</i> | 11 |
| Matteo Marrone uomo scienziato professore, <i>por Vincenzo Giuffrè</i> | 13 |
| Ai miei maestri, <i>por Matteo Marrone</i> | 21 |

SCRITTI GIURIDICI

| | |
|---|-----|
| 1. Problemi di responsabilità del debitore nel regime dell'indebito: dal diritto romano ai codici italiani..... | 31 |
| 2. Eccezione di dolo generale ed eventi sopravvenuti alla <i>litis contestatio</i> | 53 |
| 3. Ritorno a D. 10.4.11.1 (Ulp. 24 <i>ad ed.</i>): a proposito di <i>locus exhibitionis</i> | 75 |
| 4. Su rivendica e azione negatoria di usufrutto. Contributo all'analisi di D. 39.6.42pr. (Papin. 13 <i>resp.</i>)..... | 83 |
| 5. Riflessioni in tema di giudicato. L'autorità del giudicato e Cicerone. Sulla c. d. funzione positiva dell' <i>exceptio rei iudicatae</i> | 95 |
| 6. <i>Alieno nomine agere</i> e terzi nel processo romano..... | 113 |
| 7. <i>Dominus litis</i> | 143 |
| 8. Per il centenario degli <i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo</i> | 169 |
| 9. Intervento al Convegno su «Fondamenti del diritto europeo»..... | 177 |

IN MEMORIAM

| | |
|---|-----|
| 10. Bernardo Albanese (Palermo, 19 maggio 1921 - 14 ottobre 2004)..... | 187 |
| 11. Ricordi di Bernardo Albanese..... | 195 |
| 12. Gaetano Mancuso (Roma 29 settembre 1937 - Palermo 31 maggio 2007).... | 203 |

NOTA PRELIMINAR

por
Javier Paricio

El día 10 de febrero de 2014, en un acto celebrado, como ya es tradición, en el Salón Académico del Colegio Notarial de Madrid, se hizo entrega del premio Ursicino Álvarez en su cuarta edición a los profesores Alejandrino Fernández Barreiro (Universidad de La Coruña) y Matteo Marrone (Universidad de Palermo). En aquel momento, nadie podía imaginar que ocho meses después el primero de ellos, que a la vez era el más joven de los galardonados con el premio hasta la fecha, fallecería víctima de una rápida enfermedad.

Con motivo de otorgarse el citado galardón al profesor Marrone, máximo heredero vivo de la formidable tradición romanística palermitana, la Fundación Seminario de Derecho romano Ursicino Álvarez y la editorial Marcial Pons ofrecen al público especializado y al ámbito jurídico en general, el presente volumen que contiene los escritos romanísticos de Matteo Marrone publicados en sedes dispersas en la última década. La razón que motiva esta reunión es muy sencilla: en el año 2003, la Universidad de Palermo publicó dos volúmenes que recogían, en orden cronológico y en reproducción anastática, los escritos jurídicos «menores» que Marrone había publicado desde 1995 hasta 2003¹; de la edición se encargó Giuseppe Falcone, con prólogo de Bernardo Albanese².

¹ M. MARRONE, *Scritti giuridici*, tomos I y II, a cura di Giuseppe Falcone y prefazione di Bernardo Albanese, 1148 pp. (Palermo, 2003).

² Naturalmente, al margen quedan las monografías, todas ellas imprescindibles: M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano* (Palermo, 1955); ID., *Actio ad exhiben-*

Este tomo que ahora ve la luz es, pues, estrictamente complementario de ellos, pues en él se recogen, con idénticos criterios, los escritos jurídicos de Marrone publicados con posterioridad a aquella edición. La única diferencia estriba en que, como sucede en todos los volúmenes de la colección *Premios Ursicino Álvarez*, este tercero se abre con la *laudatio* del premiado (que corrió a cargo de Vincenzo Giuffrè) y la intervención del galardonado en el acto público de concesión del premio.

dum (Palermo, 1958); ID., *La posizione possessoria del nudo proprietario* (Palermo, 1961); ID., *Querela inofficiosi testamenti* (Palermo, 1962); ID., *L'effetto normativo della sentenza* (Palermo, 1965); ID., *La legittimazione passiva alla «rei vindicatio»* (Palermo, 1969). También quedan al margen las obras de carácter didáctico, entre las que ocupa un lugar principal sus *Istituzioni di diritto romano*, 3.^a ed. (Palermo, 2006; 6.^a reimpr., 2011), sin disputa una de las obras mejores y más seguras en su género que existen en el ámbito internacional.

MATTEO MARRONE UOMO SCIENZIATO PROFESSORE

por

Vincenzo Giuffrè

Universidad Federico II de Nápoles

Per caratterizzare la personalità umana e scientifica del professore Matteo Marrone basterebbero tre aggettivi: *probo*, *dotto*, *saggio*. Non sembrano riduttivi: tali segni furono riferiti ad Otto Lenel, un lume della disciplina storico-giuridica che Marrone ha coltivato professionalmente per oltre sessant'anni ed alla quale ancora apporta contributi importanti; e furono usati da un altro maestro dei nostri studi, Mario Lauria, pur se continuatore di una diversa tradizione storiografica insigne risalente a Scialoja, Fadda, Arangio-Ruiz.

Giacché, però, non tutti coloro che gli rendono onore oggi qui sono addentro alla giusromanistica, mi corre l'obbligo, che adempio con piacere, di rendere esplicito quel che fa qualificare Marrone «*dotto*» come scienziato, «*saggio*» come docente, «*probo*» come uomo. Aggiungerei soltanto «*laborioso*», cioè studioso che lavora molto e volentieri. Vedremo fra poco il perché.

E' siciliano, nato a Palermo alla fine del 1929 da famiglia con ascendenze spagnole. Non dico che, per ciò, dovrebbe essere considerato un vanto anche della cultura iberica solo perché sarebbe per lui riduttivo. Egli è infatti un esponente alto della cultura internazionale *tout court*: i romanisti non sono moltissimi per il mondo —neppure pochi però—, ma appartengono alle più varie nazioni, da quelle europee continentali ed insulari a quelle asiatiche anche estreme, dell'America latina al Sudafrica e così via esemplificando. E dialogano tra loro. Matteo Marrone è apprezzato da tutti, amico di molti, è pregato

da tanti per ottenere suoi scritti e conferenze. Per i suoi meriti è membro del Comitato scientifico, oltre che di riviste italiane, dei *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, la autorevole *Revista Internacional de Derecho Romano y Tradition romanistica* che è pubblicata proprio dalla Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursicino Alvarez», ed a cui collabora pubblicandovi lavori scientifici di primissimo ordine.

Si laureò in Giurisprudenza men che ventunenne, alla prima sessione utile, nel 1950, presso la prestigiosa Università degli studi di Palermo. In questo Ateneo, divenuto ben presto professore di ruolo, ha svolto il magistero di docente, non sottraendosi neppure a responsabilità di incombenze accademiche (è stato Preside della Facoltà giuridica per ben nove anni), dal 1956 (appena sei anni dopo la laurea) sino al 2001 (cioè fino a quando l'ordinamento universitario sull'età gliel'ha permesso), con una parentesi presso l'Università «La Sapienza» di Roma nell'anno accademico 1992-1993; e nell'Ateneo palermitano ha praticato e pratica tuttora l'assidua attività di ricerca. Affezionato alla sua Facoltà, ne ha tracciato la storia dalla fondazione, con particolare riguardo agli studi storico-giuridici e comparativi, in un raffinato saggio pubblicato nel 1997 dalla rivista *Index, International Survey of Roman Law*.

A riguardo della sua laboriosità, mi sia concessa una testimonianza. Non abuserò di siffatti ricordi personali miei o altrui, tuttavia ne userò perché ci rappresentano spaccati di vita nella loro concretezza, non sono soltanto suggestioni individuali. Mi è capitato più volte di recarmi, sempre con piacere, presso l'Ateneo palermitano anche recentemente, magari come commissario di concorsi o relatore in qualche seminario di Dottorato, ed ovviamente ho chiesto ai colleghi giovani di poter ossequiare il Maestro Emerito, appena per lui possibile e senza disturbarlo, recandomi a casa sua; ebbene, mi hanno subito accompagnato invece laddove non ritenevo di poterlo incontrare, nel suo studio all'Università, dimesso ma zeppo di libri in prestito per lettura e carte con appunti, situato com'è accanto al pozzo della biblioteca, dove Marrone era intento a sue ricerche. Si sa: «Semel professor, semper professor».

Palermo. La Sicilia ha sempre espresso eccellenze nel campo delle scienze giuridiche e giusromanistiche, con qualche differenziazione di interessi e metodiche tra gli Atenei della parte orientale (Messina, Catania) ed occidentale (per l'appunto Palermo ora con l'aggiunta di Enna) di quella magnifica isola: un'isola baciata dalla fortuna quanto a natura e quanto a civiltà, ché nel tempo quella autoctona si è coniugata bene con la civiltà ellenica e con la araba, nonché molto più tardi con quella spagnola.

Il giovane Matteo fu seguito nell'elaborazione della dissertazione di laurea e nell'approccio all'impegno scientifico dal professore Lauro Chiazzese troppo presto scomparso.

Per inquadrare la figura di questo professore emerito, mi servo del quadro della situazione degli studi sull'esperienza giuridica romana in Italia negli anni

Venti e Trenta del secolo scorso (con una coda sino al dopoguerra) impressionisticamente tracciato dal mio maestro che l'ha vissuto: dopo che erano venute meno per motivi naturali le luci abbaglianti di Vittorio Scialoja e di Pietro Bonfante, ed erano state oscurate per motivi politici quelle di studiosi del calibro di Siro Solazzi e Vincenzo Arangio-Ruiz, la nostra disciplina era egemonizzata da due gruppi, quello dei «bonfantiani», facente capo agli allievi Pietro de Francisci ed Emilio Albertario, quello dei «riccoboniani» capeggiato dall'ancora influentissimo Salvatore Riccobono e, in sua vece, dal «fedele» Lauro Chiazzese. Di questo autore molti di noi hanno sul tavolo di lavoro, oltre al volume *Confronti testuali* del 1931 —di cui ha sentito il bisogno di curare l'indice delle fonti per la rivista *Iura* del 1966 Antonino Metro, perciò ringraziato da Bernardo Albanese—, hanno sul tavolo (dicevo) la splendida *Introduzione allo studio del diritto romano* anch'essa del 1931, in terza edizione ristampata nel 1947, dedicata «a Salvatore Riccobono con affettuosa immutabile devozione» perché, dice l'Autore, ispirata «per larghissima parte» da lui.

Per tale tramite, e in qualche guisa per il *medium* anche dell'Albanese, a me sembra che echi degli insegnamenti di Riccobono siano presenti nei lavori del Marrone. Il metodo, e taluni orientamenti e propensioni dei veri maestri —si sa— filtrano quasi in modo inconscio nella nostra *forma mentis*.

In primo luogo, dal magistero del caposcuola Riccobono Marrone ha mutuato l'acribia e completezza nella ricerca di fonti e letteratura. Una spia del modo di studiare trasmesso da Riccobono la ricavo dal ricordo di un giovane professore che in piena guerra mondiale andò a prendere servizio a Catania, e nel semidistrutto locale del Seminario giuridico di quell'Università trovò il poco più anziano collega Cesare Sanfilippo che, quasi assorto, consultava la *Magna Glossa*; meravigliato, gli chiese come mai all'inizio di una ricerca egli risalisse tanto addietro e gli fu risposto «così mi ha insegnato Riccobono». Orbene, basta sfogliare gli scritti di Marrone per rendersi conto che la *Glossa* è sempre tenuta presente a riguardo del farsi di certe dottrine.

Il Nostro è sicuramente consapevole del fenomeno a cui ho fatto cenno, almeno se non interpreto male la chiusa del ritratto di Salvatore Riccobono da lui preparato per l'Accademia Nazionale di Scienze Lettere e Arti di Palermo e da tale prestigioso sodalizio pubblicato nel primo volume (fascicolo IV) della serie «*Siciliani illustri*» (1990), serie che —sono sicuro— fra molti, moltissimi anni, ospiterà anche l'identikit di Matteo Marrone redatto da uno dei suoi continuatori. La chiusa infatti riporta e sottolinea significative parole che aveva scritto Sanfilippo su Riccobono (l'artefice delle due «scuole» siciliane a cui ho accennato): «...l'apporto da Lui dato ai nostri studi è paragonabile solo a quelli di quei pochi che hanno impresso una svolta alla evoluzione della Scienza, a quello di un Cartesio, di un Galileo, di un Volta, le cui scoperte non sono certo citate, ma presupposte in ogni moderna indagine di filosofia, di astronomia, di fisica». Infatti, non c'è bisogno di rintracciare negli scritti di Marrone le

citazioni di opere riccoboniane: l'influsso di quel siciliano illustre lo si coglie in ogni riga.

In secondo e principale luogo, era di Riccobono l'attenzione privilegiata per il *ius privatum*, che —come constateremo da qui ad un momento— è pure del Marrone, che ha sempre prediletto il tecnicismo del pensiero giuridico antico.

Marrone ha inculcato negli allievi quel che aveva appreso ed ha elaborato originalmente, benché, come spesso accade e non so bene spiegarmelo, quelli bravi, quasi per conquistarsi un'autonomia, spostano i loro interessi su altre branche del *ius Romanorum* e ammodernano le tecniche d'indagine. Fanno bene, sia chiaro. Così ad esempio, fra gli studiosi che più direttamente hanno fatto riferimento a Marrone, Gaetano Mancuso (allievo, credo, fra i più risalenti nel tempo) si è dedicato piuttosto ad identificare i *patres* dell'età precittadina, a ricostruire l'attività editale e così via esemplificando. Ma si sono giovati anche del suo sapere pur non essendo suoi allievi diretti Giuseppina Aricò Anselmo interessandosi di sequestro, di divisione giudiziale eccetera; Mario Varvaro indagando sulle fonti (le «leggine» di Giustiniano, ma non solo), la vicenda della loro trasmissione, i documenti che ce le conservano. La scarna esemplificazione non intende certo fare torto ai tanti altri colleghi da lui formati ed a lui legati da riconoscente affetto.

Quanto alla vasta produzione scientifica di Matteo Marrone, ogni sorta di scheda bibliografica sarebbe incompleta perché i suoi studi sono ancora *in fieri* (una raccolta di cui farò cenno risale a molti anni fa, e ne necessita un'altra); ma prima di tutto sarebbe inadeguata a rappresentarla, ne mortificherebbe la valenza. E qualsiasi ammirata considerazione da parte mia sarebbe irrispettosa. Né lui, schivo modesto, la gradirebbe. Basta scorrere la «rassegna bibliografica» delle ultime annate dell' ultrasessantennale *Rivista internazionale di diritto romano e antico Iura*, pubblicata ad iniziativa degli Atenei siciliani e del prestigioso Centro romanistico internazionale di Copanello. Non v'è anno in cui non compaiano suoi corposi scritti: dall'*Alieno nomine agere* al *Dominus litis*, per citare soltanto i più recenti.

Devo, dunque, limitarmi a qualche dato estrinseco, magari a tentare di rintracciare i percorsi di ricerca seguiti.

L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano è l'argomento della prima monografia. Edita nel 1955 negli *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, t. XXIV, distribuita in volume autonomo finito di stampare nell'aprile 1956, consta di oltre 600 pagine. L'A. era poco più che venticinquenne. Che fatica dovette costargli. Ebbe recensioni elogiative, tra le altre, di Kaser, Kreller, Broggin.

Già. Ma nel 1958 egli aveva approntato e dette alle stampe un'altra opera, di pari ampiezza e profondità: quella sull'*Actio ad exhibendum*.

Dopo altri tre anni, quasi fosse il tempo massimo che lo studioso imponeva a se stesso, venne alla luce il trattato su *La posizione possessoria del nudo proprietario* (1961).

Non basta. Nello stesso anno 1961 Marrone allestì un «Corso» di Diritto romano «in tema di usufrutto», e nel 1962 un altro sulla «*Querela inofficiosi testamenti*»; del 1965 è *L'effetto normativo della sentenza*, e del 1969 è *La legittimazione passiva della «rei vindicatio»*.

Mi sia consentita una breve digressione sul corso avente a tema l'effetto normativo della sentenza, ovvero l'argomento della prima monografia sulla preclusione processuale. Esso fu proposto ai discenti di Diritto romano per evidenziare che gli antichi *iurisprudentes* avevano dato luogo ad una sistemazione della problematica, a torto negata dalla dottrina moderna, così soddisfacente («fortunata», dice) che «non solo fu fatta propria fondamentalmente da Giustiniano nel diritto del *Corpus Juris*, ma si è anche tramandata attraverso i secoli, nelle linee essenziali, sino agli odierni ordinamenti positivi» (p. 234). L'analisi che nella monografia si estendeva in centinaia di pagine viene condensata con mirabile sintesi (in duecento pagine circa) pur avendola aggiornata tenendo conto della letteratura espressa nel decennio: notevole è, ad esempio, l'attenzione ricorrente al *Curso de Derecho Romano* del 1955 di Ursicino Alvarez nel cui nome Marrone viene oggi onorato (si confrontino le citazioni nelle pagine 7, 8, 18, 116, 162, 164, 177, 207). Il discorso, piano, è un esempio di chiarezza espositiva e di efficacia didattica che nulla toglie alla sua scientificità ma anzi viepiù evidenzia la sensibilità storica e la consequenzialità logico-giuridica con cui è condotta la dimostrazione.

Frattanto —Marrone non si è mai data una pausa— egli andava allestendo le sue aeree *Istituzioni di diritto romano* editate, sempre dall'Editore Palumbo di Palermo, nel 1989, in seconda edizione nel 1994 ed in terza nel 2006, nel 2001 proposte, per le sopravvenute esigenze didattiche, anche nel meno ponderoso volume dal titolo *Lineamenti di diritto privato romano*.

Monografie, corsi e trattato istituzionale hanno avuto favorevole accoglienza nel mondo romanistico internazionale, come si coglie dalle recensioni che ne hanno dato conto, e soprattutto dalle diffuse citazioni adesive che compaiono negli studi di autori delle più varie aree culturali.

Attenzione: *L'efficacia pregiudiziale della sentenza* e poi *L'effetto normativo* riguardano un tema delicatissimo (la cosa giudicata, un vero rompicapo) su cui, per di più, s'era cimentato da par suo niente meno che Emilio Betti, il quale coniugava gli interessi di storico e giurista con la speculazione direi «filosofica» sulla dogmatica del diritto. Eppure Marrone sin da giovane si peritò di proporre una diversa visuale, a cominciare dell'espressione che identifica il nocciolo della problematica.

Quanto alle *Istituzioni* (dico *Istituzioni* non i *Lineamenti* di necessità, questi ultimi, ridotti al nudo e crudo essenziale), per quel poco che vale il mio giudi-

zio, non posso tacere che è la trattazione da cui consiglio laureandi ed apprendisti stregoni, che hanno fiducia in me, di prendere le mosse insieme al trattato dell'Iglesias e del mio Maestro Antonio Guarino. Non v'è laureato e giovane docente che non mi abbia poi, per questo, ringraziato, adducendo la scorrevolezza dell'esposizione, la precisione delle costruzioni e le stimolanti «finestre» aperte sul diritto (non solo italiano) vigente.

Matteo Marrone, come accennavo, è altresì autore di saggi, recensioni ed altri scritti «minori» (minori solo per mole, e non sempre). Molte decine, quelli sino all'inizio del nuovo secolo che sono raccolti in ordine cronologico in due tomi complessivamente di oltre mille e cento pagine. I volumi sono intitolati a giusta ragione *Scritti giuridici*, sono stati curati con affetto dal Collega *junior* Giuseppe Falcone, ed elegantemente editi dal riconoscente Editore Palumbo.

In questi scritti Marrone ha affrontato temi vari, ma, sempre coerente, quasi tutti collaterali o comunque attinenti ai campi di studio che maggiormente lo interessano, frutto evidentemente di una sorta di ansia sua di sempre più approfondirli, di approssimarsi alla «verità» che, come insegnò Savigny, specie nelle nostre ricerche è sempre «relativa». Siffatta ansia è, in definitiva, il connotato essenziale di ogni lavoro scientifico degno di tale qualifica. Marrone non si appoggia alla «communis opinio», non si acquieta mai: ma non per sfoggio di originalità a tutti i costi come pure potrebbe supporre; bensì perché cerca di andare oltre il pensiero consolidato, che pure rispetta.

Il principale campo d'indagine può essere individuato nel processo in relazione allo sviluppo del *ius privatum* materiale: visuale processualistica che caratterizzerà poi l'opera di quel grande che fu Max Kaser. In tale visuale, a ben riflettere sui contributi di Marrone, s'innestano anche le ricerche sull'emersione del principio ereditario circa le giuste ragioni di successibili da considerarsi riservatarii; e s'innestano pure gli studi a riguardo delle signorie sulle cose, soprattutto a riguardo delle situazioni possessorie.

La silloge fu introdotta dal Preside della Facoltà giuridica palermitana, il quale dava atto di come la Facoltà intera aveva accolto l'iniziativa del Dipartimento di Storia del diritto, perché «emotivamente coinvolta in questa testimonianza di stima e di affetto, di cui si rende tributo ai meriti di un autorevole Studioso e di un prestigioso Maestro, e che si accompagna alla sincera riconoscenza per l'impegno da Lui profuso al servizio della Scienza e della Scuola». E in qualche guisa lascia intendere la scelta felice del titolo dato alla raccolta «Scritti giuridici», non «Scritti romanistici» o simile. Vi si legge infatti: «Marrone ha pubblicato in varie riviste sin dal 1955, scritti la maggior parte dei quali attiene all'esperienza giuridica romana, pur non mancando di saggi riguardanti la tradizione romanistica nei secoli intermedi ed il diritto vigente». Il Preside pro tempore, Giovanni Tranchina, coglieva così un'altra caratteristica della produzione del Marrone: lo sguardo sempre presente ad individuare e spiegare (e se del caso criticare) le radici di soluzioni normative e prospettive scientifiche dei nostri tempi.

La raccolta, così introdotta, venne presentata dal compianto professore Albanese, severo e non incline alla retorica, la cui riservatezza proverbiale nascondeva un temperamento vivace ed una profonda *humanitas*. Nessuno di quelli che l'hanno conosciuto nella tarda maturità se lo rappresenterebbe, cinquantenne, come pilota d'auto spericolato che, chiusi i libri su cui era curvo, s'inerpicava su per i tornanti delle montagne siciliane dando «la polvere» ai giovani che lo seguivano arrancando. Pochi sanno che, antifascista convinto, fu partecipe della resistenza e poi componente equilibrato delle commissioni d'epurazione, nell'ambito delle quali si oppose fermamente alla comminazione della pena di morte.

Ebbene egli scrisse: «Proprio queste pagine ora pubblicate mostrano in modo evidente quanto degnamente Matteo Marrone sia da collocare nel corso luminoso della storia della Scuola romanistica di Palermo». Aggiungeva: «Questo, per me che ebbi anche la gioia e la fortuna cinquant'anni fa di partecipare in qualche misura alla stagione della sua formazione e dei suoi primissimi scritti, è un dato di particolare valore sul piano scientifico e umano» (umano e scientifico).

E' proprio con tali parole che —meno autorevolmente ma altrettanto, se non di più, affettuosamente— desidero chiudere la mia inadeguata *laudatio*; non mancando di augurare a Matteo (mi sia consentito di appellarlo così, perché pur essendogli *minor conlega* me lo ha permesso, anzi imposto) che lungo ancora e felice sia il suo cammino assieme alla moglie Signora Giovanna ed ai figliuoli; e che, ispirato al suo, sia il nostro e di coloro che ci seguiranno nel coltivare gli studi a cui ci siamo dedicati.

AI MIEI MAESTRI

por

Matteo Marrone
Universidad de Palermo

1. Sono grato agli amici di questa Università Complutense, e particolarmente all'amico e collega Javier Paricio, per il prestigioso riconoscimento che oggi mi viene conferito, legato al nome di Ursicino Alvarez, il fondatore —come bene si può definire— della moderna romanistica spagnola. È per me un onore che non avrei mai pensato di meritare.

Dico subito che quel che ho prodotto riguarda in più larga misura il diritto romano privato. Sin dai primi contatti, già da studente, col mondo del diritto sono stato attratto, infatti, dai testi dei giuristi classici, prevalentemente centrati, com'è fin troppo noto, sul diritto privato. Sono il genere di fonti che mi sono sempre sembrate le più interessanti e che ho quindi privilegiato, perché espressione di un coerente sistema concettuale elaborato dagli stessi giureconsulti.

È stata, pertanto, anche una questione di «gusto»; gusto certo incoraggiato dagli interessi della Scuola romanistica alla quale il mio Maestro apparteneva, tutti rivolti al diritto romano privato, nei suoi contenuti, nelle sue fonti, nei suoi caratteri e fattori di evoluzione. Ciò, d'altronde, in linea con gli interessi allora prevalenti della romanistica internazionale. Non voglio dire che fosse un bene: era comunque un fatto.

Fu per me del tutto naturale, pertanto, incamminarmi su quella strada: in buona compagnia, d'altronde, con buona parte della romanistica internazionale, specie di lingua tedesca.

Nell'ambito del diritto privato, ho privilegiato i problemi processuali: per diritto romano inscindibili, come tutti sanno, dal diritto sostanziale.

2. Dicevo del mio Maestro, il prof. Lauro Chiazzese. In effetti fu il mio primo Maestro; e fu lui a incoraggiarmi a continuare gli studi di diritto romano. Ma il suo fu assai più che un incoraggiamento. Egli aveva un fortissimo carisma. Indicava la strada da seguire, e fu per me affatto naturale seguirla con senso di totale sicurezza: non pensai tanto all'esito, fu naturale credere che fosse la strada giusta. Giunse a presentarmi —era così che si diceva allora— alla Libera Docenza. Morì prematuramente l'anno dopo, all'età di 54 anni, il mattino di un tristissimo 14 dicembre 1957.

Ebbene, fu il prof. Chiazzese a indicarmi, come tema della prima ricerca, la sentenza. Fu una scelta felicissima e lungimirante. L'argomento meritava di essere rivisitato. Presi le mosse dagli *Appunti* sulla sentenza di Biondo Biondi, apparsi sugli *Studi per Pietro Bonfante* del 1930; e mi imbattei presto nel monumentale *Trattato* di Emilio Betti, un'opera di quasi trent'anni prima e ancor oggi insuperata per rigore dogmatico e forza costruttiva. Feci tesoro di quei concetti ma preferii un punto di vista diverso, più storico che dogmatico. Mi interessò, infatti, a un certo momento, la fortunata tesi di Keller, che ancora teneva il campo, sulle due funzioni della *exceptio rei iudicatae*, da questo autore espressa nel 1827, solo pochi anni dopo la fortunata scoperta del manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio. Fu da qui che andarono a poco a poco prendendo corpo le idee di base della mia prima monografia, sulla cosa giudicata (1955). Di alcuni di quei risultati non sono più sicuro —e vi sono infatti tornato più volte manifestando perplessità e proponendo nuovi punti di vista—; ma ho tenuto, e tengo fermo l'assunto fondamentale per cui è solo nell'ambito della classica *cognitio extra ordinem* che trovò terreno fecondo ed ebbe sviluppo il principio che assegna alla sentenza veri e propri effetti pregiudiziali, o normativi; mentre nell'ambito del processo ordinario della stessa età classica, nel processo *per formulas* cioè, il principio dominante —sia pure via via con qualche temperamento— rimase quello che vietava la ripetizione della lite *de eadem re*, cosiddetto di preclusione processuale: due principi per natura, origini e fondamenti diversi, anche se molto spesso conducenti a risultati analoghi.

Aggiungo che è stato per quella esperienza e da quella esperienza che sono derivati, oltre a qualche antico corso monografico, altri miei scritti in materia di preclusione processuale, concorso di azioni, liti di libertà, *praeiudicia*; ma anche azioni nossali, *querela inofficiosi testamenti*, liti di libertà, compensazione, e altro.

3. Diversa è la matrice della mia seconda monografia, quella sull'*actio ad exhibendum* (1958). L'argomento mi era stato suggerito, all'indomani della libera docenza (gennaio 1956), dal prof. Bernardo Albanese. Anch'Egli non è più tra noi: si è spento il 14 ottobre 2004. Giorni prima, pur sofferente per l'asma che da qualche tempo lo affliggeva, aveva ultimato l'ennesimo dei «brevi studi»,

l'ultimo della sua straordinariamente ampia produzione scientifica. Mancavano solo pochi giorni al mio collocamento in pensione. Lo dico per sottolineare come io abbia avuto il privilegio di essergli stato vicino e, quel che più conta, di averlo avuto vicino, per più di cinquant'anni. Nella presentazione che aveva avuto la bontà di premettere ai miei *Scritti giuridici*, aveva scritto: «Ebbero anche la gioia e la fortuna cinquant'anni fa di partecipare in qualche misura alla stagione della sua formazione e dei suoi primissimi scritti». In effetti, il prof. Albanese è stato il mio secondo Maestro. Ed è stato per me un Maestro nel senso più pieno e più alto. Mi ha amorevolmente seguito sin da quando andavo preparando la tesi di laurea.

Con la con la repentina scomparsa, nel 1957, del comune Maestro Lauro Chiazzese, Egli aveva raccolto l'eredità della Scuola romanistica palermitana, la stessa fondata da Salvatore Riccobono negli ultimi anni dell' '800.

4. Dicevo che fu il prof. Albanese a suggerirmi di studiare l'*actio ad exhibendum*. Anche questa fu una scelta molto felice. Poteva apparire un argomento marginale ma si rivelò presto tutt'altro che tale.

Gli ultimi contributi significativi —di Beseler e Lenel— risalivano al 1910, e concordavano, con la dottrina affatto dominante, sulla funzione preparatoria dell'azione. Ritenni di dovere dissentire, essendomi fermamente convinto che nella realtà l'azione fosse, almeno sino a tutta l'età classica, più autonoma che preparatoria: praticamente, una sorta di rivendica mobiliare.

Di ciò sono ancora convinto, anche se devo ammettere che il problema esiste perché, dei circa quaranta testi che vengono in considerazione in proposito, una metà sembra indurre a pensare che l'azione fosse autonoma, e l'altra metà che fosse preparatoria. Non può tuttavia essere condivisa l'idea, affatto originale, espressa recentemente da Maxime Lemosse, per cui i classici avrebbero conosciuto due azioni *ad exhibendum*, ognuna con natura, funzioni e caratteri diversi. Lo escludono, quanto meno, i dati palinogenetici; ché la *sedes materiae* dove i giureconsulti classici discorrevano dell'*actio ad exhibendum* appare con assoluta certezza essere una soltanto.

Vado avanti. Le fonti giuridiche romane dove si tratta della nostra azione sono qualche centinaio e, a parte quanto osservato or ora circa il carattere, autonomo o preparatorio, sollevano problemi che coinvolgono aspetti assai significativi del diritto romano: soprattutto in materia di diritti reali e possesso; ma anche *condictio*, furto, etc. Tant'è che quelle ricerche —i cui risultati, come dicevo, fundamentalmente mi convincono sempre— mi diedero poi spunto per altre ricerche ancora. Mi riferisco anzitutto ai lavori sulla legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, un tema evidentemente contiguo a quello della legittimazione passiva all'*actio ad exhibendum*. Non mi persuadeva la *communis opinio*: soprattutto non mi persuadeva l'idea diffusa che negava la legittimazione passiva alla rivendica dei c.d. detentori. Mi interessò dapprima la posizione dell'usufrut-

tuario e, in relazione ad essa, mi soffermai sulle ragioni per cui, salvo eccezioni, contro il falso usufruttuario si desse l'azione negatoria e non la rivendica. Di qui l'idea di fondo del lavoro —«La posizione possessoria del nudo proprietario» (1961)— che presentai per l'ordinariato. Il corso e gli altri scritti sulla legittimazione passiva alla rivendica sono di qualche anno dopo: in quelle ricerche hanno la loro radice tanti altri degli scritti raccolti infine nei due volumi dei miei *Scritti Giuridici* pubblicati nel 2003.

Ma dell'azione di rivendicazione mi sono di nuovo occupato poco più di dieci anni fa, nei *Cunabula iuris* dedicati a Gerardo Broggin (2002). Il punto di vista dal quale presi le mosse è ancora un altro, è quello relativo alla struttura della *formula*, essendomi persuaso, contro l'opinione dominante, che si trattasse in ogni caso di formula astratta. Non ho cambiato avviso: continuo a negare che in determinate circostanze la *causa* del diritto di proprietà vantato dall'attore dovesse in qualche modo essere espressa nella *formula*.

L'argomento, peraltro, mi era già in qualche modo familiare perché sulla rivendica, nel suo complesso, avevo scritto prima ancora che sui *Cunabula*, una decina di anni prima, quando mi era stato affidato l'incarico di redigere la voce «rivendicazione» per l'*Enciclopedia del Diritto*.

5. Sono altri ancora gli argomenti di cui mi sono in qualche modo interessato. Ricordo *iniuria*, *beneficium competentiae*, sequestro, giudizi di libertà, trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo, arbitrato, danno temuto, e altri.

Ma per i limiti di tempo che ragionevolmente mi sono stati assegnati basti qui averne fatto cenno, e dire ancora soltanto di alcuni altri pochi scritti nei quali ho avuto modo di rilevare talune disarmonie presenti nei codici civili italiani, del 1865 e 1942, già presenti nel codice francese del 1806, il c.d. codice napoleonico, da questo passate al primo codice civile dell'Italia unita e poi mantenute nel codice civile italiano del 1942.

Anzitutto in materia di obbligazioni. Sono, quelli che mi sono parsi più interessanti, tutti casi nei quali il legislatore ha ritenuto di potere tenere ferme le soluzioni del diritto romano nonostante le mutate premesse avrebbero suggerito un opportuno adeguamento.

Fin troppo noto il caso dei contratti reali —mutuo, deposito, comodato e pegno— come tali mantenuti nei codici ai quali ho fatto riferimento, sebbene negli stessi codici sia venuta meno la tipicità dei contratti, talché ogni accordo volto a costituire un rapporto lecito è contratto e come tale produce l'effetto voluto, a prescindere dalla consegna.

Qualche parola in più ritengo di dovere spendere riguardo alla *perpetua obligatio*, una costruzione dottrinale strettamente legata alla tipicità delle azioni, determinata dall'esigenza di dare un nome proprio all'azione di risar-

cimento dei danni una volta divenuta impossibile la prestazione per causa imputabile al debitore. Non si è riflettuto abbastanza, al riguardo, sul fatto che quell'esigenza non è più attuale, perché evidentemente legata, come già rilevato, alla tipicità delle azioni propria del diritto romano. Venuta meno questa, non parlandosi più, ormai, di «azioni» ma di «azione», discorrerne ancora appare palesemente anacronistico.

Più lungo discorso ritengo di dovere svolgere a proposito di compensazione. I codici italiani, sia quello abrogato sia quello in vigore, vietano: *a)* la compensazione nei confronti del proprietario che chieda la restituzione di beni di cui sia stato ingiustamente spogliato; *b)* la compensazione nei confronti di chi chieda la restituzione di cose depositate o date in comodato. Ebbene, si tratta di divieti superflui, perché subito dopo gli stessi codici ammettono la compensazione solo tra crediti e debiti aventi ad oggetto cose fungibili e omogenee. La spiegazione è storica: gli estensori di quei codici si adeguarono alla posizione assunta da Giustiniano, il quale aveva creduto opportuno negare esplicitamente che fosse opponibile compensazione alle azioni per la restituzione di cose sottratte ingiustamente e di cose depositate: divieto superfluo anche per lo stesso Giustiniano, il quale, venuta meno la necessità della condanna in ogni caso pecuniaria, non avrebbe potuto ammettere compensazione se non tra crediti e debiti omogenei.

A più evidenti disarmonie dà luogo il regime del trasferimento della proprietà. La ragione è fundamentalmente questa, che i codici italiani si sono al riguardo allineati al codice francese che, contro la tradizione del diritto romano —mantenuta invece negli altri codici europei— attribuisce al consenso, e quindi anzitutto alla vendita, l'effetto traslativo della proprietà. Il legislatore avrebbe dovuto pertanto adeguare a questo diverso principio di base gli altri istituti e relative soluzioni della tradizione romanistica che recepiva nel codice civile. Ciò non è avvenuto: certamente no per quanto riguarda il pagamento di indebito avente a oggetto un bene determinato.

Al riguardo, occorre prendere atto che, a differenza che nel diritto romano —dove il pagamento di indebito comportava per lo più il compimento di un negozio in sé traslativo di proprietà (nel diritto giustiniano, solitamente la *traditio*)—, nel diritto di oggi il pagamento di indebito di cosa determinata si risolve in una indebita prestazione che, appunto perché non dovuta, non dovrebbe, per difetto di causa, dare luogo a trasferimento di proprietà.

Di ciò gli estensori dei codici civili italiani postunitari non hanno tenuto conto, e hanno mantenuto in buona sostanza il regime dell'indebito proprio del diritto romano. Hanno così riservato al pagamento di indebito, come da tradizione, una specifica attenzione —anzi, il codice del '42, un apposito titolo (il VII del quarto libro *Delle obbligazioni*)— dando per scontato che l'*accipiens* di cosa determinata ne acquisti la proprietà. Tant'è che, agli articoli 2038 e 2039 non si fa obbligo al terzo avente causa a titolo gratuito dall'*accipiens*, e neppure

all'*accipiens* incapace, di restituire al *solvens* il bene che è stato oggetto della prestazione non dovuta: costoro risponderanno verso il *solvens* soltanto nei limiti dell'arricchimento.

Da un punto di vista analogo sul pagamento di indebito sono tornato nel 2003, molti anni dopo pertanto, quindici per l'esattezza, in un articolo accolto nei *Seminarios Complutenses*.

6. Si è visto dell'esistenza, nei codici civili italiani, di impostazioni e soluzioni dipendenti da premesse romanistiche non più valide: relitti storici, quindi, su cui i civilisti continuano talvolta ad arrovellarsi senza riuscire a venirne a capo, intenti a dare significato a ogni costo a norme che nel sistema del codice civile appaiono evidentemente stonate.

Ma si dà pure il caso di rilevare, tra il diritto romano e il diritto di oggi, soluzioni che appaiono diverse ma che, a una più attenta analisi, si rivelano essere in larga misura sostanzialmente coincidenti. Riguardano situazioni riguardo alle quali le esigenze di fondo non sono cambiate. L'apparente diversità dipende da ciò, che sono invece profondamente mutate le situazioni sociali e sono cambiati i parametri di riferimento. Così, certamente, in materia di possesso.

Si conviene ormai comunemente, infatti, che nel diritto romano, anche ultimo, non si pervenne a una concezione unitaria del possesso. A una rappresentazione unitaria pervennero gli interpreti dell'età intermedia e, sulla loro scia, i codici moderni: certamente anche il codice civile italiano del 1942. Qui il possesso è definito (art. 1.140) «potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altri diritti reali». Si nega pertanto che siano possessori i conduttori, siano essi inquilini, affittuari di fondi rustici, coloni, mezzadri. Ad essi si riconosce solo la detenzione, purché autonoma, nel proprio interesse.

Questa ulteriore qualificazione si fa derivare dall'art. 1.168, che ammette all'azione di reintegrazione nel possesso sia possessori sia detentori: questi ultimi, però, sempre che non detengano per ragioni di servizio o di ospitalità.

Per diritto romano le cose stavano diversamente. Vediamo come.

A fronte degli odierni affittuari, coloni, e altri che ho pure nominato, le figure corrispondenti delle fonti giurisprudenziali romane cui è dato pensare sono *coloni* e *inquilini*: i *coloni* quanto ai fondi rustici, gli *inquilini* quanto ai fondi urbani. A essi le fonti negano categoricamente il possesso e, col possesso, la legittimazione attiva all'*intedictum unde vi*; che è —com'è fin troppo noto— lo strumento giudiziario corrispondente all'odierna azione di reintegrazione. Sembrerebbe pertanto che nel passaggio, attraverso il diritto intermedio, dal diritto giustiniano al sistema dei moderni codici civili, l'ambito dei soggetti direttamente tutelati contro lo spoglio si sia ampliato: dai possessori del diritto romano ai possessori e detentori del diritto di oggi.

Ma se ciò è esatto nella sua formulazione letterale, nella sostanza distorce la verità storica. Ciò perché i parametri per il riconoscimento del possesso sono oggi diversi da quelli di ieri; e ancora più diverse sono le due realtà; quella di affittuari e inquilini di oggi e quella di *coloni* e *inquilini* del tempo al quale fanno riferimento le fonti romane.

È a tutti nota, infatti, la posizione di indipendenza nella gestione dell'immobile e la situazione di stabilità nel rapporto, che oggi viene riconosciuta ad affittuari e inquilini: una posizione e una stabilità affatto diverse da quelle di *coloni* e *inquilini* quale appare dalle fonti giurisprudenziali accolte nel *Corpus juris*. Ché, almeno per la generalità dei casi, si deve ritenere che costoro, economicamente e socialmente inferiori al locatore, fossero nei suoi confronti in una posizione di dipendenza e subordinazione.

Non è senza significato, al riguardo, che il locatore, a fronte di *coloni* e *inquilini*, manteneva comunque l'accesso all'immobile. Talché fu ritenuto lesivo del possesso, e quindi illegittimo e, come tale, sanzionato dall'*interdictum unde vi*, il comportamento del colono che negasse al locatore l'ingresso al fondo. Per ragioni analoghe, fu del pari ritenuto illegittimo, e sanzionato dall'*interdictum uti possidetis*, l'impedimento opposto dall'inquilino al locatore di entrare nel vano dato in locazione allo scopo di farvi le opportune riparazioni. Singolare è poi il caso del locatore che restringe l'ingresso al vano locato, sì da impedire all'inquilino di portare via la sua *arca aerata* (forziere di bronzo): si suggerisce allora al giudice dell'*actio ad exhibendum* promossa dall'inquilino di far sì che sia il convenuto ad ampliare a sue spese l'ingresso: sarà così dato modo all'attore di portare via il forziere.

Possiamo ben dire, pertanto, che a *coloni* e *inquilini* non solo non si riconoscono gli effetti giuridici propri del possesso, ma, in termini di «detenzione» (una categoria giuridica, com'è noto, estranea alle fonti romane), neanche si riconosce il diritto alla detenzione esclusiva del bene.

Dovette al riguardo avere un ruolo anche maggiore la posizione di dipendenza dal locatore. La quale, come già notato, comportava naturalmente, rispetto all'immobile condotto in locazione, provvisorietà e instabilità. Cosicché a *coloni* e *inquilini*, a garanzia della pacifica effettiva permanenza sul fondo non si diede in assoluto alcuna tutela interdettale di tipo possessorio, né contro terzi né contro lo stesso locatore: ad agire contro i terzi autori dello spoglio era ammesso, infatti, solo il locatore; *coloni* e *inquilini*, contro il locatore che li avesse espulsi dal fondo, avrebbero avuto niente più che l'azione contrattuale nei limiti dell'*id quod interest*.

Con questo *excursus* concludo bruscamente. Ho intestato il mio discorso ai miei Maestri: come sottotitolo potrei aggiungere «I miei percorsi», ma preferisco non ripetermi.

1. PROBLEMI DI RESPONSABILITÀ DEL DEBITORE
NEL REGIME DELL'INDEBITO: DAL DIRITTO
ROMANO AI CODICI ITALIANI*

* *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito, Padova 25-26-27 settembre 2003*, Giappichelli edit., Torino 2005, pag. 233 e segg. Già in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 15, 2003, pag. 197 e segg.

1. Premetto che mi occuperò solo dell'indebito con oggetto cosa determinata. Prenderò le mosse dal codice civile francese del 1804 ('Code Napoléon', il 'code civil' per antonomasia) e dai successivi codici civili italiani che del codice francese hanno in buona sostanza, nella nostra materia, seguito impostazione e regime. Tra i codici italiani, farò riferimento a quelli che hanno avuto più estesa applicazione: il «Codice per lo Regno delle Due Sicilie, parte I. Leggi civili» (c. d. «codice napoletano» = cod. nap.), il «Codice civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna» (c. d. «codice sardo» = cod. sardo), il primo codice civile dell'Italia unita del 1865 (= cod. 1865), il codice civile italiano vigente del 1942 (= cod. 1942). Poiché ciò che mi propongo è di indicare la radice storica di alcune questioni che, in materia di indebitto, sono state agitate dagli interpreti dei predetti codici, avrò ogni volta riguardo al diritto romano della compilazione giustiniana, che è quello che ha avuto seguito nel diritto comune.

2. Ebbene, il 'Code civil' e i successivi codici italiani appaiono a prima vista avere mantenuto l'impostazione romana dell'indebito e, salvo poche eccezioni, anche il relativo regime giuridico, che erano stati fatti propri dal diritto comune. In realtà, molte cose sono cambiate: soprattutto, è profondamente cambiato l'ambito di applicazione dell'istituto. Sul tema si è scritto molto¹, forse troppo rispetto al suo immediato rilievo pratico². Nel discorso che segue vedremo alla radice le ragioni che hanno suscitato tante perplessità, e che sono quindi alla base di tanto interesse.

3. Un primo punto, generalmente trascurato dai non romanisti³, è il seguente. Nel diritto romano la *solutio indebiti*, fonte di una obbligazione spe-

¹ La letteratura sino al 1981 è richiamata e discussa da MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in SCIALOJA, BRANCA, *Commentario del codice civile*, IV. *Delle Obbligazioni*, art. 2028-2042, Bologna 1981, 61 ss.; v. poi LEVI, *Il pagamento dell'indebito*, Milano 1889; BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, in RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, 2.^a ed., Torino 1999, 911 ss.; altra letteratura presso P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova 1990, 7 nt. 16.

² P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, cit., 7, giudica invece alquanto modesta l'attenzione dedicata all'argomento dalla dottrina italiana.

³ Richiami alla dottrina meno recente (Carnelutti, Cariota Ferrara), presso MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 413 nt. 2, 492 nt. 1.

cifica *re contracta, quasi ex contractu*, era solo quella in favore dell'*accipiens* in buona fede⁴. L'*accipiens* in mala fede era considerato commettere furto⁵. Talché il pagamento dell'indebito si atteggiava in maniera diversa, dando luogo a situazioni giuridiche diverse per natura e regime giuridico a seconda che l'*accipiens* fosse in buona o in mala fede. In un caso, quando l'*accipiens* era in buona fede, la fonte dell'obbligazione che nasceva era un atto lecito, ed era sanzionata dalla *condictio indebiti*; nell'altro, quando l'*accipiens* era in mala fede, la fonte dell'obbligazione era un atto illecito (furto), e, a parte la penale *actio furti*, era sanzionata dalla *condictio ex causa furtiva*. L'obbligazione che ne nasceva era *ex delicto*, non era pertanto *re contracta* (nel senso gaiano: Gai 3.90-91), né rientrava tra le *obligationes quasi ex contractu* delle Istituzioni giustiniane (I. 3.27).

A questa impostazione la dottrina del diritto comune non poté non adeguarsi, anche se, in realtà, il ricorso alla *condictio furtiva* al posto della *condictio indebiti* contro il percipiente in mala fede (e quindi, a fortiori, il ricorso all'*actio furti*) era andato cadendo in desuetudine, non ritenendosi 'facile' potere accusare di furto l'*accipiens* in mala fede di un indebitore. Così, almeno, dal '600 e in Olanda. Scrive infatti Voetius: «*Moribus tamen nostris conductionem indebiti magis, quam furtivam, moveri hoc in casu oportere, quia non ita facile quis hodie solet furti insimulari, notat Groenewegen*»⁶.

È tuttavia solo con il 'code civil', in ciò seguito dai successivi codici civili europei, che la materia dell'indebito risulta con evidenza essere stata, diciamo così, «unificata»: non più due figure diverse, una nascente da atto lecito e l'altra da atto illecito ma una figura unitaria, fatta rientrare a pieno titolo tra le obbligazioni da atto lecito non contrattuale; anzi, nel 'code' e nei codici italiani dell'800, tra i 'quasi contratti'⁷: una collocazione questa che, come si è visto, nel diritto romano era stata riservata alla *solutio indebiti* nei confronti del percipiente in buona fede.

Non sembra però che l'«unificazione» dell'istituto dell'indebito sia stato un risultato cui gli estensori del codice pervennero deliberatamente; né il muta-

⁴ V. più avanti, Appendice, nt. 71.

⁵ V. più avanti, Appendice, nt. 85.

⁶ Cfr. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, III, Napoli 1778, 61 (ad D. 12.6 n. 6). Devo alla cortesia dell'amico J. M. J. Chorus la precisazione che la citazione di Voet riguardava Simon GROENEWEGEN VAN DER MADE, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*. In questa opera l'a. (n. Delft 1613 - m. ivi 1652) indicava quali *leges* del *Corpus juris* nella pratica dei suoi tempi, in Olanda e nelle province vicine, erano cadute in desuetudine e quali ancora applicate (in quanto non desuete '*moribus nostris*'). Nella terza edizione del *Tractatus* (Amstelaedami 1669), nel commento a D. 13.1.18 (che è il luogo richiamato da Voet), G. scriveva: *Qui sciens indebitum accepit, moribus nostris non tenetur furti actione, per ea quae dixi in [Inst. 4.1.6, 4.1.16] et [Inst. 4.16.2]* (ma, a proposito di questi passi, non sembra che G. si occupasse del caso di *qui sciens indebitum accepit*).

⁷ Cfr. 'Code civil' art. 1376 e segg., cod. nap. art. 1330 e segg., cod. sardo art. 1494 e segg., cod. 1865 art. 1145 e segg. Nel codice civile italiano vigente (1942) la materia dell'indebito è disciplinata dagli art. 2033 e segg. (libro IV titolo VII), dopo la 'gestione degli affari altrui' (titolo VI), e prima dell'«arricchimento senza causa» (titolo VIII) e dei 'fatti illeciti' (titolo IX).

mento appare essere stato particolarmente sottolineato in dottrina⁸. È certo, ad ogni modo, che la prospettiva del diritto romano non poteva essere mantenuta. Essa dipendeva dall'ampia concezione del furto cui era pervenuta la giurisprudenza romana⁹, per cui era stato configurato 'furto' anche il fatto di taluno che avesse accettato una prestazione indebita cosciente che non gli fosse dovuta. Sappiamo però che nel nuovo diritto penale la concezione del furto si restringe notevolmente, e non va oltre l'idea di sottrazione dolosa di cosa altrui¹⁰. Con la codificazione napoleonica, inoltre, viene meno definitivamente la tipicità dei delitti privati, e si stabilisce una sola figura di illecito privato extracontrattuale: il danneggiamento. Esso ricalca il danno aquiliano e assorbe gli altri delitti tipici del diritto romano¹¹. È pertanto affatto naturale che il comportamento dell'*accipiens* in mala fede non sia apparso più come illecito extracontrattuale, e che sia stato valutato come comportamento sì illecito ma nell'ambito della normativa riguardante la particolare figura di quasi contratto costituita dal pagamento di indebito.

Il regime giuridico sostanziale, tuttavia, è rimasto fondamentalmente come nel diritto romano. Ne sono derivate non poche difficoltà interpretative.

4. Una prima è la seguente. Si è fatta questione, già con i primi interpreti del codice francese¹², se al percipiente in mala fede sia da assimilare il percipiente in buona fede che successivamente, ma prima dell'esercizio dell'azione di ripetizione, sia divenuto consapevole dell'indebito. Nel diritto romano e intermedio la soluzione discendeva dalle premesse, perché i due casi appartenevano a territori diversi: il percipiente in mala fede era 'ladro', quello in buona fede, no; il primo non acquistava la proprietà della cosa indebitamente prestata¹³, il secondo sì¹⁴. Talché

⁸ Un cenno, presso SIREY, *Codice civile annotato delle disposizioni legislative, e delle decisioni di Giurisprudenza di Francia* da G. B. SIREY, *Delle disposizioni legislative, e delle massime delle Corti supreme delle Due Sicilie* da A. LANZELOTTI, *Del confronto delle leggi romane* da O. Taglioni. IV, Napoli 1824, 485, 486, 487.

⁹ Cfr. ALBANESE, *La nozione del «furtum» fino a Nerazio*, *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 23, 1953, 43 ss.; ID., *La nozione del «furtum» da Nerazio a Marciano*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 25, 1957, 85 ss.

¹⁰ 'Code pénal' (ult. ediz. ufficiale 28 aprile 1832) art. 379: *Quiconque a soustrait frauduleusement un chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol*. Cfr. la giurisprudenza richiamata in *Code pénal*, *Codes Dalloz*, 89.^a ed., 1991-92, ad art. 379, pag. 258.

¹¹ Cfr. ROTONDI, *Dalla «lex Aquilia» all'art. 1151 cod. civ.*, *Rivista di diritto commerciale*, 15, 1917, I, 236 ss. [= *Scritti giuridici*, II, Milano 1922, 501 ss.]; MARRONE, *Relazione introduttiva*, VACCA (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Madrid 7-10 ottobre 1993, Torino 1995, 12 ss. [ora in MARRONE, *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003, 550 ss.].

¹² Cfr. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese* (2.^a ediz. italiana, eseguita sull'ediz. francese, riveduta e arricchita, col consenso dell'a., da AUBRY e RAU, col confronto della legislazione di Regno delle Due Sicilie), III, Napoli 1852, 103 [§ 442 n. 3]; MARCADÉ, *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone* (3.^a ediz. ital.), VII, Napoli 1876, 288, 289.

¹³ Cfr. D. 47.2.43 pr.-1 (Ulp. 41 *d Sab.*): *...nec nummi eius fient ...nam et manent nummi debitoris*.

¹⁴ Tant'è che, a tacer d'altro, contro di lui si dava una *condictio*, un'azione alla quale —salvo poche eccezioni: soprattutto quella rappresentata dalla *condictio ex causa furtiva*: Gai 4.4— era passivamente legittimato il proprietario; tenuto, pertanto, al (ri)trasferimento della proprietà.