

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 03/03/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/31241-datio-in-solutum-prospettive-storico-comparatistiche>

Autore: Zafarana Valentina

Datio in solutum – prospettive storico-comparatistiche

DATIO IN SOLUTUM – PROSPETTIVE STORICO-COMPARATISTICHE
di Valentina Zafarana

SOMMARIO

INTRODUZIONE

PARTE PRIMA: LA DATIO IN SOLUTUM NEL DIRITTO ROMANO

1. ORIGINI DELL'ISTITUTO E TERMINOLOGIA DELLE FONTI
2. L'ETÀ CLASSICA
 - 2.1. *Solutio* e *datio in solutum* nelle “*Institutiones*” di Gaio
 - 2.2. L'oggetto della *datio*
 - 2.3. Gli effetti della *datio*
 - 2.4. L'evizione della *res in solutum data*
3. DIRITTO POSTCLASSICO
 - 3.1. Rescritti diocleziani
 - 3.2. *Datio di nomina*
4. COMPILAZIONE GIUSTINIANEA
 - 4.1. La *datio in solutum* nello spirito dei compilatori
 - 4.2. La *datio* come “*contractus*”
 - 4.3. Assimilazione della *datio* alla vendita e concessione dell'*actio utilis ex empto* al creditore evitto
 - 4.4. *Beneficium dationis in solutum*: la cosiddetta “*datio necessaria o coattiva*”
5. LEGGI BARBARICHE E ALTO MEDIOEVO

PARTE SECONDA: LA DATIO IN SOLUTUM NEL DIRITTO INTERMEDIO

1. L'ETÀ DEL DIRITTO COMUNE
 - 1.1. Il rinascimento giuridico e la Glossa bolognese
 - 1.2. Dai commentatori ai trattatisti. la Scuola Culta francese: due teorie sull'evizione della *res data in solutum*
 - 1.3. *Datio* e *beneficium dationis* negli statuti comunali e nel diritto mercantile

PARTE TERZA: LA DATIO IN SOLUTUM NELL'EUROPA DELLE CODIFICAZIONI

1. FRANCIA
 - 1.1. La “*dation en paiement*” secondo Domat e Pothier
 - 1.2. Il “*Code civil des Français*”
2. AUSTRIA
3. PRUSSIA
4. GERMANIA
 - 4.1. La dottrina pandettistica
 - 4.2. Il “*Bürgerliches Gesetzbuch*”
5. ITALIA
 - 5.1. Il codice civile del Regno d'Italia
 - 5.2. La *datio in solutum* nel codice del 1942: terminologia, disciplina e natura giuridica

CONCLUSIONI

INTRODUZIONE

La “*datio in solutum*” è un modo di estinzione dell’*obligatio* sostitutivo dell’adempimento (“*solutio*” in senso stretto) e si verifica quando il creditore accetta di ricevere dal suo debitore, a soddisfacimento del proprio credito, una prestazione diversa da quella dovuta.

Questo lavoro vuol essere un’analisi dell’istituto romano della *datio in solutum* che ne segua la storia dalle origini all’attuale forma, cristallizzata nei codici europei.

Lo studio parte dall’esegesi delle fonti classiche, le prime a testimoniare l’esistenza, passando attraverso l’indispensabile e prezioso tramite della compilazione giustiniana, per poi seguirne le vicende nel lungo periodo del diritto comune negli Stati europei che ne condivisero l’esperienza e giungere fino al periodo delle Codificazioni.

Quindi il percorso analitico si soffermerà in particolare sui codici di Francia, Austria, Prussia (ormai di interesse puramente storico) e Germania, che possono essere considerati esemplari in quanto successivamente presi a modello dalle codificazioni degli altri Paesi, per poi concludersi delineando la disciplina della *datio* nel nostro ordinamento giuridico.

Attraverso il confronto fra il codice del Regno d’Italia del 1865 e il codice civile italiano del 1942 si noterà come la previsione espressa dell’istituto si sia realizzata soltanto nel secondo, anche se già il primo ne presupponeva l’esistenza nella prassi.

Si dimostrerà infine, descrivendone la disciplina positiva e la natura giuridica, come la nuova denominazione di derivazione tedesca “prestazione in luogo di adempimento”, usata dal nostro legislatore nella rubrica dell’art. 1197 cod. civ., individui certamente un concetto più ampio della *datio*, ma non sia sintomo di un’intervenuta modifica sostanziale dell’istituto romano.

Si vuole dunque evidenziare, attraverso il metodo storico-comparativo, una continuità nella storia dell’istituto civilistico della *datio in solutum*, che è presente e codificato oggi nel nostro ordinamento così come si è configurato nel diritto romano.

PARTE PRIMA:
LA DATIO IN SOLUTUM NEL DIRITTO ROMANO

1. ORIGINI DELL'ISTITUTO E TERMINOLOGIA DELLE FONTI

Le fonti giuridiche romane riguardanti la *datio in solutum* coprono un arco di tempo che va dalla seconda metà del II secolo d.C. al periodo giustiniano¹.

Si può ipotizzare che l'istituto sia nato nella prassi come dazione di una cosa materiale in luogo della somma di denaro dovuta, e ad essa molto probabilmente si fece ricorso quando il debitore si trovava nell'impossibilità di estinguere l'obbligazione pagando in denaro. La *datio* di *res pro pecunia*, che è anche la forma in cui la *datio in solutum* compare più frequentemente nelle fonti, è infatti ritenuta da numerosi autori il "punto di partenza" della storia dell'istituto².

Il riconoscimento giuridico della *datio in solutum* risale certamente alla tarda età repubblicana: "pagare, facendo col consenso del creditore una prestazione diversa da quella dovuta, non si potè che verso la fine della Repubblica"³. Si può ritenere infatti che il nuovo contesto storico, caratterizzato dallo sviluppo di un'economia mercantile e quindi da una molto maggiore frequenza degli scambi con altre civiltà, abbia influito sul diritto romano, prospettando ai giuristi l'esigenza di superare le forme arcaiche e di adeguare gli istituti civili.

Necessariamente, come sottolineano gli interpreti, l'istituto della *datio in solutum* non potè delinearli nell'ordinamento giuridico romano se non posteriormente e per analogia al riconoscimento della *solutio* "informale" ("formlose *solutio*" con le parole dello Steiner) e della sua forza liberatoria⁴: "fissata l'efficacia estintiva della *solutio*, e cioè della *praestatio vera rei debita*, si passò a riconoscere anche un'uguale efficacia alla prestazione di una cosa diversa, accettata con tal senso dal creditore"⁵.

Il merito di questa evoluzione fu senz'altro della scienza giuridica classica che, attraverso la "lente" dell'*aequitas*, adeguava incessantemente il diritto alla nuova realtà storica ed economica⁶.

Oltre alla già descritta ipotesi di *datio* di *res pro pecunia*, dall'analisi testuale emergono anche numerose ipotesi di dazione di una cosa in luogo di un'altra o di denaro in vece di cose materiali come "*praedia*" o schiavi⁷.

¹ Cfr. NARDI E., *Radiografia dell'aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, in BIDR, Milano, 1970, LXXIII, p. 59 ss. La fonte più antica indicata dall'Autore sarebbe contenuta in D. 12, 6, 19, 3 (Pomponius l. XXII *ad Sabinum*), "di poco posteriore al 130 d.C."

² Cfr. ASTUTI G., *Dazione in pagamento (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. XI, p. 728. Della dazione di una cosa in luogo della somma di denaro dovuta l'Autore così scrive: "è probabile che questa ipotesi costituisca storicamente il punto di partenza nello sviluppo dell'istituto e della relativa dottrina". Così anche SOLAZZI S., *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Napoli, 1931, p. 150.

³ Così PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, vol. II, p. 416. Cfr. con riguardo alle origini dell'istituto nella tarda Repubblica anche MAYR R., *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1912, II, 1, p. 95; NARDI E., *Op. cit.*, p. 73 (che le colloca nel primo secolo a.C.). Cfr. anche la tesi originale del GLUSIANO J.C., *Tractatus de bonis in solutum dandis*, Milano, 1620, p. 36, secondo il quale il riconoscimento si ebbe soltanto in età imperiale.

⁴ Cfr. STEINER H., *Datio in solutum*, München, 1914, p. 46: come evidenza efficacemente l'Autore svizzero, l'antecedente logico necessario del riconoscimento della *datio* fu il superamento dell'atto liberatorio formale, cioè proprio l'affermarsi della "formlose *solutio*". Cfr. anche PIETSCH H.CHR., *Satisfaction nach der Litis Contestatio*, in ZSS Römianistische Abteilung, 1952, LXIX, p. 438; COSTA E., *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustiniane*, Torino, 1911, p. 425 nota 1: collegare la storia della *datio* a quella della *solutio* "è assolutamente necessario per l'intima connessione dei due istituti". Inoltre il fatto che il riconoscimento della prima sia stato posteriore emerge dal dissenso sorto riguardo alla sua efficacia, che dimostra le difficoltà che essa dovette incontrare prima di essere equiparata alla già conosciuta *solutio*.

⁵ Così COSTA E., *Op. cit.*, p. 425: secondo l'Autore, che ricorda la disputa insorta tra Sabiniani e Proculiani, la *datio* trovò riconoscimento nel "periodo che di poco precedette il sorgere di codeste due scuole". Cfr. anche NARDI E., *Op. cit.*, p. 74, secondo il quale proprio il fatto che le due citate scuole discutessero riguardo agli effetti di tale *datio* fa pensare che si trattasse di "una prassi nuova da sistemare".

⁶ Della stessa opinione BESTA E., *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1936, p. 173: "il diritto romano, per motivi di equità, già sotto il principato concesse al debitore di surrogare alla prestazione pecuniaria convenuta un'altra prestazione quando egli non avesse denaro né possibilità di procurarsene".

⁷ Casi certi di dazione di *pecunia pro re* sono testimoniati da Ulpiano (in D. 12, 6, 26, 6) e da Paolo (in D. 23, 3, 25).

La terminologia usata nelle fonti romane è estremamente varia⁸, oltre alle locuzioni “*rem in solutum dare*” e “*aliud pro alio solvere*” sono presenti le espressioni: “*rem pro pecunia solvere*”, “*rem pro re solvere*”, “*pro eo quod debeo, aliquid solvere*”, “*in solutum pro debito dare*”, “*pro soluto dare*” ed altre analoghe⁹.

Va evidenziato comunque che i termini “*in solutum dare*”, “*in solutum accipere*” e simili compaiono a designare talvolta la vera e propria *solutio*, tramite prestazione di quanto dovuto, talaltra la *datio in solutum* ed in alcuni casi entrambe¹⁰. Ad esemplificare questi casi incerti, il Nardi riporta un frammento di Paolo¹¹:

D. 46, 3, 60 (Paulus l. IV *ad Plautium*)

“*Is, qui alienum hominem in solutum dedit, usucapto homine liberatur*”.

Qui “*in solutum dedit*” si può tradurre “diede in pagamento”: il significato non è chiaro ma la fattispecie sembra comprendere sia la *solutio* che la *datio* di *aliud in solutum*¹².

Anche il Melillo, come si è già accennato, pone giustamente in rilievo la duplice accezione in cui compare il termine *solvere* nelle fonti della tarda età classica: talvolta è una nozione “ristretta, nel senso di ‘adempiere esattamente’”, altre volte è “ampia, nel senso di ‘appagare il creditore’”¹³. L’Autore analizza il seguente passo:

D. 42, 1, 4, 7 (Ulpianus l. LVIII *ad edictum*)

“*Solvisse accipere debemus non tantum eum qui solvit, verum omnem omnino qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit*”.

“Apparentemente molto chiaro, il testo nasconde l’intera problematica del significato di *solvere*”¹⁴. Si noti infatti come lo stesso Ulpiano usi il termine nelle due diverse accezioni: in senso stretto, con riferimento all’esatto adempimento, ma anche in un senso più lato, che comprende ogni diversa forma di *satisfactio* del creditore. Secondo quanto afferma il giurista, infatti, la *solutio*, intesa nel suo valore più ampio, non si limitava soltanto a colui che effettuasse il pagamento del dovuto (“*non tantum eum qui solvit*”), ma si estendeva anche a chi realizzasse comunque una qualsiasi prestazione soddisfacente.

Nel passo in esame si sta parlando di una *obligatio ex causa iudicati*: dunque per il condannato era possibile “*solvere*”, anziché pagando la dovuta *summa condemnationis*, dando *aliud pro pecunia*, purchè ovviamente vi fosse accettazione da parte del creditore¹⁵.

L’esistenza nelle fonti della duplice accezione del termine “*solutio*” è testimoniata anche dal passo di Paolo che segue:

D. 46, 3, 54 (Paul. l. LVI *ad edictum*)

“*Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem*”.

Si ritiene che anche in questo testo si parlasse di *obligationes* derivanti da *res iudicata* ed anche qui compare il verbo *solvere* nei suoi due significati: come si vede, questo infatti è usato all’inizio del passo nel suo valore più ampio, e nel tratto finale nel significato ristretto¹⁶. Paolo ricomprende nel “*verbum solutionis*” ogni

⁸ Si soffermano sullo studio della terminologia delle fonti, sottolineandone la varietà: STEINER H., *Op. cit.*, p. 48 ss.; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 148 ss.; MELILLO G., *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell’adempimento inesatto*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell’Università di Napoli, Napoli, 1970, p. 134 ss.; POLACCO V., *Della dazione in pagamento*, Padova-Verona, 1888, vol. I, pp. 14 e 15; NARDI E., *Op. cit.*, p. 59 ss.

⁹ Vedi STEINER H., *Op. cit.*, pp. 48-49; SOLAZZI S., *Op. cit.*, pp. 148-149.

¹⁰ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 62; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 149. Cfr. anche WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, tr. it., Torino, 1925, vol. II, § 342, p. 316 nota 10: “l’espressione *in solutum dare* è usata anche come sinonima di *solvendi causa dare*, quindi come *solvere*”. Sull’argomento vedi la monografia del RÖMER R., *Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht*, Tübingen, 1866, p. 60 ss.

¹¹ Vedi NARDI E., *Op. cit.*, p. 62; l’Autore prende in esame anche una costituzione di Diocleziano in cui non è chiaro se l’imperatore si riferisca ad una *datio in solutum* o ad una regolare *solutio*: C. 4, 35, 14 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Hermiano), dove si parla di “*equos tua pecunia comparatos vel in solutum a proprio debitore tibi traditos*”.

¹² Cfr. anche SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 161 nota 3, secondo il quale il significato dell’espressione non è certo, tuttavia, come rileva il Nardi a conferma della sua interpretazione, il Solazzi “utilizza il passo sia in tema di *solutio* sia in tema di *datio in solutum*”.

¹³ Così MELILLO G., *Op. cit.*, p. 17, secondo il quale il termine *solutio* nel suo secondo significato comprende in sé senz’altro la *datio in solutum*. Cfr. anche PIETSCH H. CHR., *Op. cit.*, p. 432 ss.

¹⁴ Così MELILLO G., *Op. cit.*, p. 9.

¹⁵ Cfr. MELILLO G., *Op. cit.*, p. 16, che scrive: “secondo Ulpiano, il debitore poteva, col consenso del creditore, sostituire un *aliud* alla prestazione dovuta, nella specie la *summa condemnationis*”.

¹⁶ Cfr. MELILLO G., *Op. cit.*, p. 23, in cui l’Autore evidenzia che nel testo “il concetto di *liberatio*, intesa come *solutio* in senso ampio, è legato alla sostanza giuridico-economica della vicenda obbligatoria”, mentre “il significato ristretto di *solvere* è riferito con immediatezza al pagamento in denaro, prestazione tipica in materia di *actio iudicati*”.

liberatio, “*quoquo modo facta*”, vi include insomma qualsiasi fenomeno satisfattorio e non solamente l’adempimento esatto, cioè il pagamento in denaro, che tuttavia nel passo è chiamato anch’esso *solutio* (“*nummorum solutio*”)¹⁷.

L’uso ricorrente della parola *solutio* nel suo duplice significato comprova che la giurisprudenza classica fosse già consapevole dell’esistenza e dell’analogia tra due diversi fenomeni liberatori: l’adempimento e la *datio in solutum*. Infatti il primo, cioè il pagamento del dovuto, era chiamato dai giuristi *solutio* in senso tecnico, ma anche il secondo (l’*aliud pro alio consentiente creditore*) veniva ricondotto ad un possibile significato dello stesso verbo *solvere*, inteso però in un senso più ampio, che riassumeva in sé ogni diversa forma di *satisfactio* del creditore¹⁸.

Il Melillo riporta, a sostegno di questa tesi, un ulteriore significativo contributo ulpiano. Nel passo D. 46, 3, 52 (Ulpianus l. XIV *ad edictum*) si legge infatti “*satisfactio pro solutione est*”: l’affermazione dimostra come nel pensiero classico i due fenomeni estintivi fossero equiparati¹⁹.

2. L’ETÀ CLASSICA

2.1. SOLUTIO E DATIO IN SOLUTUM NELLE “INSTITUTIONES” DI GAIO

Accanto al modo normale di estinzione della *obligatio* romana, che si realizza “con il preciso e puntuale adempimento della prestazione dovuta”²⁰ tramite quella che le fonti chiamano *solutio* in senso proprio, Gaio, nelle sue “*Institutiones*”, documenta l’esistenza di un altro modo per estinguere il debito: la *datio in solutum*. Questa si verifica appunto quando il creditore acconsente a ricevere dal suo debitore, a soddisfacimento del proprio credito, una prestazione diversa da quella dedotta in obbligazione.

Gai Inst. 3, 168²¹

“*Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debetur. Unde quaeritur si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est*”.

Nel passo qui riportato il giurista dell’età degli Antonini afferma che l’obbligazione si estingue “*praecipue*”, cioè di regola, “*solutione eius quod debetur*” ma aggiunge che, “*consentiente creditore*”, il debitore può dare in sostituzione di quanto dovuto qualcos’altro, cioè “*aliud pro alio*”.

Come si vede, il termine *solutio* viene usato da Gaio in antitesi al fondamentale concetto di *obligatio* che, ancora in età classica, si riferiva di regola soltanto ai rapporti riconosciuti dal *ius civile* ma che, successivamente, fu esteso fino a comprendere anche i negozi di *ius praetorium*²².

La stessa nozione di *solutio*, intesa come modo normale di liberarsi dal vincolo obbligatorio²³, doveva avere in origine un significato molto ristretto, essa infatti veniva usata solo con riguardo ai rapporti sorti da una formale *stipulatio* oppure alle *obligationes ex causa iudicati*²⁴.

¹⁷ Cfr. MELILLO G., *Op. cit.*, p. 20 ss. Cfr. anche KOSCHAKER P., *Recensione a Steiner*, in ZSS Römianistische Abteilung, 1916, XXXVII, p. 348 ss., secondo il Koschaker il passo, sull’autenticità del quale non avanza alcun sospetto, rispecchierebbe un concetto tardo del termine “*solutio*”.

¹⁸ Cfr. CRUZ S., *Da ‘solutio’*, Coimbra, 1962, I, p. 232 in fine e nota 339, in cui l’Autore afferma che il termine *satisfacere* in diritto classico individua proprio la *datio in solutum*: significa “dar uma coisa diferente do devido”.

¹⁹ Cfr. MELILLO G., *Op. cit.*, p. 36. Cfr. anche CRUZ S., *Op. cit.*, p. 244, che riporta la stessa frase di Ulpiano. L’Autore ammette che “em certos casos, os efeitos da *satisfactio* são iguais aos da *solutio*”, ma ricorda che i due termini non sono equivalenti.

²⁰ Cfr. ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 728.

²¹ Cfr. per un’analisi molto approfondita del passo: NARDI E., *Op. cit.*, p. 74 ss.; cfr. anche STEINER H., *Op. cit.*, p. 45 ss. Ma solo il Melillo coglie la particolare importanza del brano per la comprensione del duplice significato di “*solvere*”: vedi MELILLO G., *Op. cit.*, p. 24 ss.

²² Cfr. BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993 (quarta edizione), pp. 408 nota 1 e 409. L’Autore riporta la celebre definizione di *obligatio* contenuta in I. 3, 13 pr.: “*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*”, precisando appunto che il concetto di *obligatio*, fino all’età classica, coinvolge espressamente i soli vincoli sorti nelle forme previste dal *ius civile* (“*secundum nostrae civitatis iura*”). Cfr. anche GROSSO G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, Torino, 1947, p. 5 ss., il quale, citando lo stesso passo, metteva in luce l’iniziale riluttanza dei giuristi romani ad adoperare il termine *obligatio* con riferimento a situazioni non contemplate dal *ius civile*. Tale impostazione fu poi gradualmente superata.

²³ Cfr. STEINER H., *Op. cit.*, p. 27: “*Solvere* bedeutet ‘lösen’ und bildet also den Gegensatz von *ligare* (binden)”.

²⁴ Cfr. per la *solutio* con riferimento a obbligazioni *ex iudicato* i passi di Ulpiano e Paolo già richiamati: D. 42, 1, 4, 7 e D. 46, 3, 54.

Il seguente passo si occupa chiaramente di una obbligazione che trova fonte in una *stipulatio*:

D. 50, 16, 176 (Ulpianus l. XLV *ad Sabinum*)

“*Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit*”.

Nella seconda parte del passo si legge: “*solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit*”²⁵. Come si vede Ulpiano afferma che il verbo *solvere* veniva riferito a colui che avesse tenuto il comportamento formalmente promesso: così facendo, cioè adempiendo esattamente l’obbligo assunto, si scioglieva il vincolo nato dalla *stipulatio*²⁶.

Dunque, tornando al passo di Gaio, “*tollitur obligatio precipue solutione eius quod debetur*” significa che, nell’epoca in cui il giurista scriveva, l’obbligazione si estingueva “normalmente” con la *solutio* in senso tecnico, cioè pagando il dovuto²⁷.

Nel caso in cui si prestasse invece un oggetto sostitutivo, accettato dal creditore, non si realizzava dunque una *solutio* in senso proprio, ma piuttosto, “*vice solutionis*”, una *satisfactio* del creditore acquiescente²⁸. Questa avveniva appunto tramite la consegna, traslativa della proprietà, di un bene diverso (“*aliud*”) rispetto a quello originariamente promesso, ma comunque gradito al creditore.

Dal passo di Gaio emerge chiaramente l’importanza del consenso del creditore, che è elemento necessario della *datio in solutum* e, senza il quale (“*invito creditore*”) certamente “*aliud pro alio solvi non potest*”²⁹.

Chiaramente per acconsentire e ricevere la diversa prestazione, il creditore deve poter disporre del proprio diritto e quindi essere pienamente capace, ma anche il debitore deve avere la capacità d’agire, altrimenti non sarebbe in grado di alienare la cosa.

Il sistema dunque prevedeva che nel modo normale, cioè con il regolare ed esatto adempimento (*solutio* in senso stretto), l’*obligatus* si liberasse senz’altro dal suo vincolo, ma ci si chiedeva se ciò accadesse anche nel caso in cui, col consenso del creditore, egli avesse dato *aliud pro alio*.

Relativamente agli effetti della *datio in solutum*, Gaio prospetta infatti un problema, oggetto di una disputa fra Sabiniani e Proculiani.

Nel caso in cui il debitore (“*si quis*”) esegua una prestazione diversa ed il creditore vi acconsenta, “*quaeritur*³⁰ [...] *utrum ipso iure liberetur [...], an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat*”. La controversia, documentata nello scritto di Gaio, verteva dunque proprio sull’efficacia liberatoria della *datio*: i Sabiniani sostenevano che questa, come la *solutio*, provocasse di pieno diritto (“*ipso iure*”) l’estinzione dell’*obligatio*, mentre secondo i Proculiani ciò non accadeva, ma il consenso del creditore diventava motivo per far respingere tramite *exceptio doli mali* una sua successiva azione volta ad ottenere la prestazione originariamente dedotta in *obligatione*³¹.

²⁵ Cfr. PEROZZI S., *Op. cit.*, p. 406 nota 4, che così scrive: “D. 50, 16, 176 tiene ancora legato il termine *solvere* ad una *obligatio*: la stipulazione”; STEINER H., *Op. cit.*, pp. 28 e 29: anch’egli ricorda in nota che il passo tratta del verbo *solvere* con riferimento ad una obbligazione da *stipulatio*.

²⁶ Cfr. MELILLO G., *Op. cit.*, p. 5 ss., secondo il quale va evidenziato che il libro dal quale è tratto il brano è proprio quello inerente alle obbligazioni *verbis contractae*, perciò è normale che in esso Ulpiano si riferisca soltanto alla *obligatio* nata da domanda e risposta formali. Alla luce di questa osservazione il Melillo ricorda che già in età classica anche l’adempimento dell’*obligatio ex causa iudicati* veniva indicato con il termine *solutio* (vedi *Op. cit.*, p. 7 nota 14). Il passo è analizzato anche da PIETSCH H.CHR., *Op. cit.*, p. 434.

²⁷ Cfr. COSTA E., *Op. cit.*, p. 421 ss.; NARDI E., *Op. cit.*, p. 74 ss.; STEINER H., *Op. cit.*, p. 45 ss.

²⁸ I due termini si trovano in raffronto in D. 20, 6, 6, 1 (Ulpianus l. LXXIII *ad edictum*) “*Qui paratus est solvere, merito pignus videtur liberasse: qui vero non solvere, sed satisfacere paratus es, in diversa causa est. ergo satisfacisse prodest, quia sibi imputare debet creditor, qui satisfactionem admisit vice solutionis: at qui non admittit satisfactionem, sed solutionem desiderat, culpandus non est*”; cfr. CRUZ S., *Op. cit.*, p. 230 e p. 232 in fine e nota 339: secondo l’autore la “*contraposição de solvere a satisfacere*”, che è “*muito antiga*” (*Op. cit.*, p. 236), emerge chiaramente dal passo qui citato. Ed il termine *satisfacere* è usato nel testo di Ulpiano per descrivere il caso in cui il debitore “*em vez de pagar (dar todo o dinheiro devido), se pretende (entregar, pois, outra prestação)*”: è proprio il caso della *datio in solutum*. Per la *datio in solutum* intesa come *satisfactio* cfr. anche PIETSCH H.CHR., *Op. cit.*, p. 436 ss.; NARDI E., *Op. cit.*, p. 61 ss. e nota 11.

²⁹ Si tratterebbe di inesatto adempimento, il quale, come è spesso ripetuto nelle fonti, non libera il debitore. Cfr. D. 12, 1, 2, 1; D. 46, 3, 46 pr.; C. 4, 44, 9; C. 8, 42, 16.

³⁰ E’ interessante notare con il Nardi che lo stesso Gaio, pur proclamandosi Sabiniano, usando il verbo al presente “*quaeritur*” in contrapposizione alle forme passate “*placuit*” e “*visum est*”, sembra prospettare “una diatriba che, vivace un tempo” era ormai divenuta un mero “interrogativo di scuola”. Vedi: NARDI E., *Op. cit.*, p. 74 nota 45. *Contra*: STEINER H., *Op. cit.*, p. 142: “zur Zeit des Gaius war die Frage unter den beiden Juristenschulen streitig”.

³¹ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 75.

Seguendo la prima costruzione si doveva riconoscere alla *datio in solutum* un immediato effetto liberatorio ed assimilarla senz'altro alla vera *solutio*³², accettando la seconda invece, lasciando intatto il vincolo sorto con le forme previste dal *ius civile*, si attribuiva al debitore un mezzo di difesa di *ius praetorium*. Tale difesa consisteva appunto nel sollevare in giudizio l'*exceptio* contro il creditore che, con dolo, domandasse il pagamento del dovuto benché avesse già accettato e ricevuto un surrogato di esso³³.

2.2. L'OGGETTO DELLA DATIO

Nelle fonti ricorrono spesso espressioni generiche quali "*aliud pro alio*"³⁴ o "*res pro re*"³⁵: occorre specificare dunque, prendendo in esame i passi afferenti alla dazione in pagamento, cosa potesse costituire l'oggetto materiale di essa, sostituendo quanto originariamente dovuto.

In primo luogo va ricordato che ovviamente, perché si possa parlare di *datio in solutum*, l'oggetto dato in sostituzione deve essere diverso da quello dedotto in *obligatione*: deve trattarsi appunto di "*aliud*".

Come si è visto, il caso più ricorrente nei passi e di maggiore importanza pratica è quello in cui viene data una *res pro pecunia*, ma naturalmente ci sono pervenuti anche numerosi esempi di dazioni di una cosa in vece di un'altra ed anche di denaro in luogo di beni.

In Gai Inst. Epit. 2, 10 (18), per esempio, è presente un elenco di cose che, preventivamente stimate ("*habita aestimatione*"), si potevano dare in luogo del denaro: "*si quicumque pro pecunia [...] aurum aut argentum aut mancipia vel alias quaslibet species [...], consentiente creditore dederit, obligatio evidenter tollitur*".

Il testo che si va ora ad analizzare riporta invece un'ipotesi di dazione di *res pro re* con la quale però il debitore non realizza una *datio in solutum*³⁶. Per errore infatti, poiché i due schiavi si ritengono dedotti alternativamente in *obligatione*, viene dato lo schiavo Panfilo in vece di Stico (che è l'unico realmente dovuto), ponendo così in essere un pagamento di indebito³⁷.

Il passo tuttavia è interessante perché documenta implicitamente il fatto che, qualora non vi fosse stato l'errore, o comunque fosse intervenuta l'accettazione del creditore, sarebbe stato possibile dare in pagamento una cosa per un'altra:

D. 12, 6, 19, 3 (Pomponius l. XXII *ad Sabinum*)

"*Si putem me Stichum aut Pamphilum debere, cum Stichum debeam, et Pamphilum solvam, repetam quasi indebitum solutum: nec enim pro eo quod debeo videor id solvisse*".

Si tratta senz'altro di una dazione di *res pro alia re* ("*cum Stichum debeam, et Pamphilum solvam*"), ma nel caso prospettato, come si è detto, non ricorre una *datio in solutum*: la dazione del servo Panfilo, che è senza dubbio prestazione di un oggetto diverso da quello dovuto, avviene per errore e non risulta accettata dal creditore. Si verifica nella fattispecie un caso di indebito oggettivo (*solutio indebiti*), pertanto il debitore potrà richiedere al creditore con la *condictio indebiti* la restituzione dello schiavo dato.

Ma se il passo sopra citato documenta una dazione di *res pro alia re* che però non configura un'ipotesi di *datio in solutum*, si può comunque affermare che nell'età classica vi fosse già la prassi di dare in pagamento una cosa in luogo di un'altra perché le fonti testimoniano l'esistenza di casi di dazione di *fundi* in luogo di altre cose oppure di *vinum pro oleo* e di *oleum pro vino*³⁸.

³² Cfr. per l'affinità tra "*solutio*" e "*datio in solutum*" e loro analogo carattere soddisfacente STEINER H., *Op. cit.*, p. 49: "es beweist so auch die Ausdrucksweise der Quellen, daß die *solutio eius quod debetur* und die *datio in solutum* eng verwandte Institute sind"; Cfr. anche FERRINI C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1953, p. 488 nota 2, in cui l'Autore giunge a definire la *datio* semplicemente come "una forma di pagamento".

³³ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 148 ss. Per un'analisi più approfondita sul senso della disputa, sul suo seguito ed in particolare sugli effetti della *datio* nel diritto romano classico, vedi il paragrafo a questi dedicato.

³⁴ Cfr. Gai Inst. 3, 168 "*aliud pro alio solverit*"; I. 3, 29 pr. e D. 12, 1, 2, 1 (Paulus l. XXVIII *ad edictum*); Gai Inst. Epit. 2, 10 (18): "*aliquoties tollitur obligatio, etiam si aliud, quam cautum fuerit a debitore, creditor reddatur*".

³⁵ Cfr. il celebre passo di Marciano D. 46, 3, 46 pr. "*si quis aliam rem pro alia volenti solverit*"; D. 23, 3, 25 "*rem pro re solvi posse*".

³⁶ Cfr. STEINER H., *Op. cit.*, p. 119, secondo il quale la *datio* di *res pro re* (dazione di "einer Sache für eine andere") sarebbe una fattispecie tarda. Così anche CRUZ S., *Op. cit.*, p. 123: "*datio in solutum rei pro alia re* é classica, embora do ultimo periodo".

³⁷ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, pp. 65 e 88.

³⁸ Cfr. D. 46, 3, 46, 1 e D. 2, 15, 8, 24. Si noti che in D. 46, 3, 46 pr. si legge "*si quis aliam rem pro alia volenti solverit [...]*": secondo il Cruz non si tratterebbe di una locuzione generica, ma di una vera e propria *datio* di *res pro re* (vedi CRUZ S., *Op. cit.*, p. 123).

Un esempio di *pecunia pro re* si trova infine in un testo in cui il giurista Ulpiano riporta il pensiero di Marcello³⁹:

D. 12, 6, 26, 6 (Ulpianus l. XXVI *ad edictum*)

“*Idem Marcellus adicit, si, cum fundi pars mihi deberetur, quasi totus deberetur aestimatione facta, solutio pecuniae solidi pretii fundi facta sit, repeti posse non totum pretium, sed partis indebitae pretium*”.

Si descrive il caso in cui, essendo dovuta una parte del fondo e fatta la stima come se fosse dovuto per intero, sia stata pagata una somma di denaro corrispondente al prezzo dell'intero fondo.

Ciò che si può ripetere con la *condictio indebiti* è il prezzo della parte non dovuta, mentre la somma corrispondente al prezzo della parte dovuta è data *in solutum*.

Contrario al riconoscimento della fattispecie della *datio in solutum* di *pecunia pro re* è lo Steiner⁴⁰. Secondo l'Autore nel diritto romano la *datio* di *pecunia* concreterebbe sempre una *solutio* in senso proprio, a prescindere da quale fosse l'oggetto originariamente dedotto in obbligazione. La tesi non può certo essere accolta: infatti, pur realizzandosi materialmente un pagamento con denaro, nel caso in esame, come le fonti testimoniano, il denaro è dato in luogo del diverso bene che era dovuto, cioè della parte di fondo. Come si vede dunque lo schema tipico della *datio in solutum* non è violato, pertanto non si può negare che ricorra la figura dell'*aliud pro alio solvere* anche nell'ipotesi della *datio pecuniae*⁴¹.

E' ignota alle fonti invece la *datio in solutum* di un *facere*⁴².

Lo Steiner sostenne che presso i romani non doveva essere possibile effettuare una prestazione di un *facere* in luogo di un'altra sulla base del frammento D. 46, 3, 98, 6 (Paulus l. XV *quaestionum*), in cui si legge: “*nemo enim dixit facto pro facto soluto liberationem contingere*”⁴³. Interpretato in questo modo, il brano testimonierebbe che in diritto romano un *factum* non potesse mai formare oggetto di dazione in pagamento, tuttavia una simile prova manca, perchè il passo in questione non solo è gravemente sospetto di interpolazione, ma per di più, secondo numerosissimi Autori, esso non è affatto attinente alla *datio in solutum*⁴⁴.

Resta ora da esaminare se fosse possibile dare in pagamento un proprio credito; va ricordato che in età classica non era conosciuta la cessione del credito e gli espedienti ai quali si faceva ricorso per ottenere tale risultato erano la novazione soggettiva dell'*obligatio*, tramite *stipulatio* tra il debitore e il nuovo creditore, oppure la costituzione del beneficiario come rappresentante processuale, *cognitor o procurator in rem suam*, autorizzato a far valere il credito (*nomen*) in giudizio.

Data l'intrasmissibilità del *nomen debitoris* è dunque da escludere che in origine si potesse dare *in solutum* il credito, almeno fino a Diocleziano⁴⁵.

Dunque in età classica l'*aliud* sostitutivo, oggetto della *datio in solutum*, poteva essere una somma di denaro in luogo di un altro bene oppure una cosa materiale data in vece di un'altra o *pro pecunia* e gli esempi portati dalle fonti sono molti: “*si pecunia debens oleum dederit*”⁴⁶, “*pecoribus in solutum consentienti datis*” (in

³⁹ Il passo è preso in considerazione da NARDI E., *Op. cit.*, pp. 83 e 88; ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 728; cfr. anche SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 153.

⁴⁰ Cfr. STEINER H., *Op. cit.*, p. 128 ss., argomentando dal fatto che la dazione di “Geld für eine Sache” è pur sempre un pagamento in denaro (“Geldzahlung”), quindi una *solutio*.

⁴¹ Cfr. ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 728, che richiama oltre al passo qui esaminato D. 23, 3, 25 (Paulus l. VII *ad Sabinum*) in cui una donna chiede al marito la promessa di dare del denaro in luogo dello schiavo dovuto: “*pro Stichō, quem mihi debes, decem tibi doti erunt*”. Nel caso richiamato si ha però una novazione dell'*obligatio* originaria (sorta con la *dotis dictio*) perciò quando il marito pagherà dieci si avrà vera e propria *solutio* della nuova obbligazione. Cfr. anche SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 154, che riporta lo stesso passo (D. 23, 3, 25) a testimoniare l'esistenza della *datio* di *pecunia pro re* in diritto giustiniano. Secondo l'Autore il brano non è probante per il periodo classico perché a suo parere interpolato. Cfr. per l'analisi del passo STEINER H., *Op. cit.*, p. 91.

⁴² Cfr. LONGO G.E., voce *Datio in solutum (diritto romano)* in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, vol. V, p. 173. Così anche STEINER H., *Op. cit.*, p. 131: “die Quellen nennen keinen solchen Fall”.

⁴³ Cfr. STEINER H., *Op. cit.*, p. 131 ss.

⁴⁴ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 154 nota 2: “nulla ha da vedere con la dottrina dell'oggetto nella *datio in solutum*”; ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 728: “non offre alcun elemento di prova circa il possibile oggetto della dazione in pagamento”.

⁴⁵ Sull'impossibilità di dare un credito *in solutum* in età classica vedi: SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 150 ss.; ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 728; STEINER H., *Op. cit.*, p. 120: “kann eine Forderung an Zahlungsstatt gegeben werden? Für das klassische Recht ist diese Frage zu verneinen”. Concorda il Nardi, che richiama come prima testimonianza della *datio* di *nomina* “tre rescritti diocleziane, due del 293 ed uno del 294”, si tratta di C. 4, 10, 6; C. 4, 15, 5; C. 8, 42, 16 (che verranno analizzati in seguito): vedi NARDI E., *Op. cit.*, pp. 96 e 97 nota 85, p. 109 ss.

⁴⁶ Cfr. D. 12, 6, 26, 5: vengono date partite d'olio in luogo di denaro.

luogo del prezzo)⁴⁷, “*pro pecunia [...] aurum aut argentum aut mancipia [...] dederit*”⁴⁸, “*si centum debens [...] fundum solvi*”⁴⁹, “*si duos fundos [...] pro debito dederit*”⁵⁰.

Con riguardo al valore del bene dato *in solutum* di regola si faceva ricorso al criterio dell’equivalenza con quanto originariamente dovuto “accertata con oneste stime”⁵¹.

In Gai Inst. Epit. 2, 10 (18) si legge:

“[...] *si quicumque pro pecunia, quam creditor cavet, acquiescente creditore, aurum aut argentum aut mancipia vel alias quaslibet species, habita aestimatione, consentiente creditore, dederit* [...]”

E’ da notare l’esplicito riferimento all’avenuta stima (“*habita aestimatione*”) dei beni dati *in solutum* (oro, argento o schiavi, o “*alias quaslibet species*”)⁵².

L’elemento ricorre, con riferimento al valore del fondo di cui si deve dare una parte, anche nel passo sopra esaminato D. 12, 6, 26, 6: si paga una somma di denaro corrispondente al prezzo dell’intero fondo “*aestimatione facta*”.

Ma se è di regola gradito ciò che ha uguale valore rispetto a quanto dovuto, in ogni altro caso essenziale e predominante è il consenso del creditore a ricevere il bene sostitutivo⁵³, perciò si può affermare che “può il creditore non voler accettare un *aliud* che valga di più, come eventualmente accettare un *aliud* che valga di meno”⁵⁴.

Si riporta un esempio interessante:

D. 46, 3, 99 (Paulus l. IV *responsorum*)

“*Respondit debitorem (corr. creditorem) non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit*”.

Nel passo Paolo afferma che il creditore “*non esse cogendum in aliam formam nummos accipere*” se a causa di ciò “*damnum aliquid passurus sit*”.

Il giurista osserva che, effettuando il pagamento con un tipo di moneta diverso da quello originariamente previsto, si potrebbe recare un pregiudizio al creditore: le monete offerte in sostituzione sarebbero per l’*accipiens* un *aliud* di valore inferiore rispetto al *quid* dovuto.

La prestazione in tal caso non ha valore equivalente a quella dedotta *in obligatione* e perciò, indubbiamente, il creditore non può essere costretto ad accettarla pur trattandosi comunque di *pecunia*. Questi dunque rimane libero di consentire o meno alla *datio* delle diverse monete .

2.3. GLI EFFETTI DELLA DATIO

Ritornando al profilo dell’efficacia liberatoria della dazione in pagamento, possiamo ad esaminare i termini della disputa⁵⁵ tra Sabiniani e Proculiani, riportati con estrema chiarezza nel già analizzato scritto del giurista Gaio:

Gai Inst. 3, 168

“*Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debetur. Unde quaeritur si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est*”.

I Sabiniani, che Gaio chiama “*nostris praeceptores*”, sostenevano che il debitore, prestando “*aliud pro alio consentiente creditore*”, si liberasse dal vincolo obbligatorio immediatamente, cioè “*ipso iure*”, nel momento

⁴⁷ Cfr. C. 4, 44, 9: si prestano pecore in vece di pagare in denaro.

⁴⁸ Cfr. il passo già richiamato: Gai Inst. Epit. 2, 10 (18), dove si parla di oro, argento, schiavi o qualsiasi altro bene, purchè stimato, in luogo del denaro promesso.

⁴⁹ Cfr. D. 12, 6, 26, 4: si dà un fondo in vece di cento sesterzi.

⁵⁰ Cfr. D. 46, 3, 46, 1: vengono prestati due fondi in sostituzione del denaro.

⁵¹ Così NARDI E., *Op. cit.*, p. 97.

⁵² Cfr. MELILLO G., *Op. cit.*, p. 41 nota 2: “notevole il riferimento alla *habita aestimatio*”.

⁵³ Cfr. FERRINI C., *Op. cit.*, p. 488: “neppure una prestazione di maggior valore può il debitore pretendere di sostituire a quella dovuta ove non assenta il creditore”.

⁵⁴ Così NARDI E., *Op. cit.*, p. 100.

⁵⁵ Il dibattito tra le due scuole risale al I secolo d.C., come riconoscono il NARDI, *Op. cit.*, p. 74 nota 42, e il MELILLO, *Op. cit.*, p. 144. Cfr. sull’analisi del passo di Gaio con riferimento agli effetti della *datio*, STEINER H., *Op. cit.*, p. 45 ss. e p. 142 ss.

della consegna, dunque attribuivano alla *datio in solutum* un effetto equivalente a quello conseguente al regolare adempimento o *solutio*⁵⁶.

I Proculiani (“*diversae scholae auctores*”) al contrario, ritenevano che l’obbligazione rimanesse in vita, ma il debitore fosse tutelato contro l’azione esperita dal creditore che, accettato e ricevuto l’*aliud* sostitutivo, facesse valere in giudizio il proprio diritto. Secondo questa concezione, l’effetto liberatorio soccorreva il debitore soltanto qualora questi sollevasse, nell’ambito del processo *per formulas*, l’*exceptio doli mali*⁵⁷ per difendersi di fronte alla pretesa del creditore già soddisfatto e toglierle ogni fondamento⁵⁸. In pratica la *liberatio* del debitore non si sarebbe verificata sino alla proposizione di una *exceptio doli praesentis vel generalis*.

Il Melillo, nella sua approfondita analisi della questione (risalente al I secolo d.C.), pone in evidenza come i Sabiniani con una tesi “più ardita” privilegiassero il “carattere economico soddisfacente della prestazione sostitutiva”⁵⁹, mentre i Proculiani volessero la permanenza dell’*obligatio* così come sorta, i termini della quale “non potevano essere superati dal sopravvenire di elementi estranei alla struttura originaria” e soprattutto non previsti dal *ius civile*. E per questo è chiaro che nella costruzione da essi prospettata il debitore “*ipso iure maneat obligatus*”, perché il suo vincolo rimane immutato per il diritto civile, ma, “*ope exceptionis*”, cioè con un rimedio di *ius praetorium*, egli può far valere la già avvenuta *satisfactio* del suo creditore⁶⁰.

“Dopo Gaio non si trova più nelle fonti alcun accenno alla disputa”⁶¹, ma nei passi che successivamente presero spunto dalle sue “*Institutiones*” si ravvisa con certezza l’adesione alla tesi sabiniana⁶²:

Gai Inst. Epit. 2, 10 (18) *Quibus modis obligatio tollitur*

“*Tollitur obligatio solutione debiti. Praeterea aliquoties tollitur obligatio, etiam si aliud, quam cautum fuerit a debitore, creditori reddatur. Nam si quicumque pro pecunia, quam creditori cavit, acquiescente creditore, aurum aut argentum aut mancipia vel alias quaslibet species, habita aestimatione, consentiente creditore, dederit, obligatio evidenter tollitur*”.

Nel passo dell’*Epitome Gai* viene ribadito che di regola l’obbligazione si estingue pagando il dovuto (“*solutione debiti*”), talora poi (“*aliquoties*”) si estingue anche se al creditore è dato un *aliud* diverso da ciò che è stato promesso. Perché ciò accada è essenziale che vi sia il consenso del creditore⁶³.

La differenza tra il testo in esame e il brano delle Istituzioni di Gaio è evidenziata efficacemente dal Melillo⁶⁴: “alla disputa dell’originale gaiano subentra la precisa affermazione del valore liberatorio della prestazione sostitutiva”, infatti in Gai Inst. Epit. 2, 10 (18) si afferma che “*evidenter*”, cioè senza alcun dubbio, l’*obligatio* si estingue. Ciò significa che nel momento stesso in cui avviene la dazione della cosa, cioè la consegna con passaggio della proprietà dall’uno all’altro soggetto, si verifica *ipso iure* la liberazione del debitore dal vincolo.

Nelle Istituzioni di Giustiniano si trova il secondo passo che qui interessa:

I. 3, 29 pr.

⁵⁶ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 105; KRETSCHMAR P., *Die Erfüllung*, I, *Historische und dogmatische Grundlagen*, Leipzig, 1906, p. 54 ss.: secondo l’Autore i Sabiniani riconoscevano alla *datio* effetto liberatorio immediato perché consideravano la *res* dovuta sotto l’aspetto del suo valore (pertanto la dazione di un *quid* equivalente estingueva l’obbligazione), mentre i Proculiani avrebbero dato maggiore importanza all’accordo originario, cioè al rispetto delle forme.

⁵⁷ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 155 nota 1, in cui l’Autore critica il SIBER H., *Römische Privatrecht*, Köln und Berlin, 1922, p. 272, il quale “ritiene che i Proculiani concepissero la *datio in solutum* come un *pactum de non petendo*; in tal caso”, come afferma il Solazzi, “avrebbero dovuto ammettere l’*exceptio pacti*”; cfr. sull’argom. MELILLO G., *Op. cit.*, p. 41 nota 3.

⁵⁸ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 78, che rileva come “la differenza” tra *liberatio ipso iure* e *ope exceptionis* “fa[ccia] leva sulle caratteristiche della procedura formulare”.

⁵⁹ Così MELILLO G., *Op. cit.*, p. 46. “Il dato formalistico è superato a vantaggio del contenuto economico concretamente assunto dalla prestazione”.

⁶⁰ Cfr. anche ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 728: “i Proculiani ritenevano che l’obbligazione persistesse *iure civili*, e le attribuivano solo efficacia estintiva indiretta *ope exceptionis*”.

⁶¹ Così NARDI E., *Op. cit.*, p. 78. Secondo l’Autore (*Op. cit.*, p. 105), se “non risultano più sicure vestigia di adesione al criterio proculiano”, in numerosi testi è applicato il principio sabiniano. Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 155 ss., secondo il quale, se è certo che Giustiniano abbia accolto la teoria della *liberatio ipso iure*, ciò che è in discussione è quale sia stata la posizione dei giuristi fino alla compilazione giustiniana. Per l’adesione alla tesi sabiniana sono anche KRETSCHMAR P., *Op. cit.*, p. 87; CRUZ S., *Op. cit.*, p. 122; STEINER H., *Op. cit.*, p. 31.

⁶² Gai Inst. Epit. 2, 10 (18) e I. 3, 29 pr.

⁶³ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 79 nota 52, in cui l’Autore evidenzia che nel testo “il consenso del creditore è menzionato due volte”.

⁶⁴ Così MELILLO G., *Op. cit.*, p. 41 nota 2.

“*Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. [...]*”

La somiglianza col testo delle Istituzioni di Gaio è notevole, ma qui non vi sono più dubbi relativamente all'immediata efficacia liberatoria della *datio in solutum*: “nel testo di Giustiniano ‘*obligatio tollitur*’, nello stesso modo, tanto ‘*solutione eius quod debetur*’, quanto ‘*si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit*’”. L'equiparazione degli effetti di *solutio* e *datio in solutum* è in età giustiniana palesemente riconosciuta⁶⁵.

2.4. L'EVIZIONE DELLA RES IN SOLUTUM DATA

L'aspetto della *datio in solutum* che in ogni epoca ha suscitato il maggior numero di controversie fra gli interpreti è proprio quello, dal sapore processuale, degli effetti dell'evizione della cosa data in vece di quella dovuta⁶⁶.

La dottrina infatti si è sempre domandata, esaminando le fonti, quale fosse nel diritto classico il rimedio spettante al creditore nel caso in cui fosse evitta la *res in solutum accepta*: doveva egli esperire l'azione a tutela dell'obbligazione originaria oppure gli veniva concessa, assimilando la *datio* ad una vendita, un'*actio utilis ex empto*?

All'origine delle diverse teorie ed interpretazioni sono due passi contrastanti, entrambi contenuti nel Digesto⁶⁷.

Questo è il primo:

D. 46, 3, 46 (Marcianus l. III *regularum*)

“*Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. etsi pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eius fieret. 1. Sed et si duos fundos verbi gratia pro debito dederit, evicto altero fundo remanet integra obligatio. tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat, cum pro solido facta est suscipientis. 2. Sed et si quis per dolum pluris aestimatum fundum in solutum dederit, non liberatur nisi id quod deest repleatur*”.

Nel *principium* Marciano afferma che quando la *res* data in sostituzione di quella dovuta viene evitta, l'obbligazione originaria rimane in vita (“*manet pristina obligatio*”), infatti il creditore non avrebbe certo dato il suo consenso a ricevere l'*aliud* se avesse saputo che la cosa non sarebbe stata sua. Ma non solo, anche se la cosa data è stata evitta solo in parte l'*obligatio* resta integralmente in piedi, infatti, sottolinea il giurista, la cosa data in luogo dell'altra (“*res pro re soluta*”) “*liberationem praestat*” soltanto quando è divenuta tutta dell'accipiente (“*cum pro solido facta est suscipientis*”)⁶⁸.

La consegna accettata dell'*aliud pro alio*, come si è detto, normalmente produceva l'estinzione dell'*obligatio* sottostante analogamente alla *solutio* in senso stretto, ma un tale effetto non poteva validamente prodursi nel caso in cui venisse prestata una *res* inidonea a formare oggetto di *datio in solutum*. Si tratta del terzo caso descritto da Marciano, quello della cosa dolosamente sopravvalutata. Come sottolineato dal Nardi⁶⁹, nel caso della “*res per dolum pluris aestimata*”, in cui la stima del bene (nella specie un fondo) sia stata effettuata con malizia per attribuire ad esso un valore più elevato, la *datio* non estingue l'obbligazione, “*nisi id quod deest*

⁶⁵ Così NARDI E., *Op. cit.*, p. 79 nota 53, in cui l'Autore critica la posizione del Melillo (MELILLO G., *Op. cit.*, p. 98 nota 17 e p. 155 ss.). Cfr. sull'adesione alla teoria sabiniana in Giustiniano: SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 167; KRETSCHMAR P., *Op. cit.*, p. 52; CRUZ S., *Op. cit.*, p. 123; BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1946 (ristampa della decima edizione), p. 423; BESTA E., *Op. cit.*, p. 173; STEINER H., *Op. cit.*, p. 142 e p. 47: “zur Zeit Justinians ist die Frage entschieden: die *datio in solutum* hat *ipso iure* wirkende Kraft”.

⁶⁶ Cfr. per una panoramica storica sulle varie posizioni dottrinali: ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento. Fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 17 nota 14; RICCA-BARBERIS M., *L'evizione nella datio in solutum*, in RISG, 1931, VI, p. 3 ss.; ALLARA M., *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Annali del Seminario giuridico della Regia Università di Palermo*, Palermo, 1927, vol. XIII, p. 252 ss.; ALLARA M., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, pp. 130-139; GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Torino, 1903-1906, vol. VII, p. 390 ss.; MELILLO G., *Op. cit.*, p. 92 nota 2 e p. 93 nota 6; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 160; AMBROSETTI T., voce *Datio in solutum* in *Digesto Italiano*, Torino, 1887-1898, vol. IX, p. 136 ss.; ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 729.

⁶⁷ Cfr. per l'esegesi dei due testi: NARDI E., *Op. cit.*, p. 81 e p. 113 ss.; MELILLO G., *Op. cit.*, p. 104 ss. e p. 123 ss.; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 157 ss. e p. 167 ss.; AMBROSETTI T., *Op. cit.*, p. 136.

⁶⁸ Cfr. per l'analisi e la traduzione del passo MONIER R., *Quelques remarques à propos de la dation en payement en droit roman* in *Festschrift für Hans Lewald*, Basel, 1953, p. 115 ss.

⁶⁹ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 81 e p. 107 ss., in cui l'Autore analizza il frammento: D. 46, 3, 46, 2: “*Sed et si quis per dolum pluris aestimatum fundum in solutum dederit, non liberatur nisi id quod deest repleatur*”.

repleatur” cioè a meno che successivamente non intervenga un conguaglio, e solo nel momento in cui questo sia pagato⁷⁰. Il Nardi prosegue portando altri esempi di *res inidonee*⁷¹, tra i quali anche la *res furtiva*, che a differenza della *res aliena* non poteva nemmeno essere usucapita, e la *res evicta*, che a noi qui più interessa. Quando interviene l’evizione totale o parziale della cosa data *in solutum*, infatti, la *datio* è senz’altro invalida, come non fatta, perché non ha determinato il trasferimento del *dominium* sulla cosa, pertanto l’obbligazione originaria non si estingue⁷². Come testimonia Marciano il vincolo obbligatorio “*manet*” cioè resta in piedi, sulla base di esso il creditore potrà ancora azionare la sua pretesa ed esigere il suo credito nei confronti del debitore⁷³.

Il testo dal quale si è ricavata la seconda delle possibili soluzioni inizialmente accennate, cioè la previsione di una *actio utilis ex empto* nel caso di evizione della cosa *in solutum data*, è il seguente:

D. 13, 7, 24 pr. (Ulpianus l. XXX *ad edictum*)

“*Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret idque evictum esset, an habeat contrariam pigneraticiam. et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. immo utilis ex empto accomodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo agetur*”.

Il passo ulpiano, che è stato oggetto di approfondito studio esegetico e spunto critico di numerosissimi autori, sembra sia stato interessato da un rimaneggiamento dei compilatori.

Opinione prevalente è che esso trattasse originariamente della *fiducia*, istituto scomparso in età postclassica ed ormai sconosciuto nel periodo giustiniano⁷⁴. In primo luogo “ciò risulta dall’iscrizione” poiché nel *libro trigesimo ad edictum* il giurista Ulpiano si occupava in modo specifico dell’istituto della *fiducia*; in secondo luogo, vi è il riferimento alla “*impetratio possessionis*”, che non poteva essere attribuita al creditore pignoratizio, il quale, fuori del caso di *pignus conventum*, era già naturalmente possessore della cosa.

Si chiedeva “elegantemente” ad Ulpiano se il creditore, avendo subito l’evizione dell’oggetto della *fiducia* (o del pegno in età giustiniana), potesse esercitare l’*actio fiduciae contraria* (per i compilatori la *pigneraticia contraria*). Il giurista in risposta afferma che l’obbligazione “*finita esse videtur*”, perciò tale rimedio non è più esperibile. Fin qui il testo sembra doversi ritenere autentico e, per di più, la questione posta ad Ulpiano sembrerebbe aver già ricevuto una chiara risposta⁷⁵.

Nella seconda parte (da “*immo utilis ex empto accomodata est*”) alla fattispecie viene estesa per affinità l’*actio utilis ex empto*, “*quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit*” cioè “come se la cosa fosse stata data in pagamento”. Sembrerebbe quindi che al creditore evitto della *res in solutum accepta* spettasse un’azione analoga all’*actio empti* del compratore, in “*quantum eius intersit*”, cioè per il pregiudizio causato dall’*evictio*.

⁷⁰ Secondo la gran parte degli autori il tratto “*nisi id quod deest repleatur*” sarebbe interpolato. Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 168 ss.; STEINER H., *Op. cit.*, p. 139 ss. e p. 153. Vedi in particolare Monier, che evidenzia come l’aggiunta non vada comunque a compromettere il senso generale del testo: “l’interpolation vraisemblable des mots *nisi-repleatur* est sans effet sur le sens général du texte, au temps de Marcien”. Secondo l’Autore denoterebbe nei compilatori una tendenza ad estendere i casi in cui la dazione sarebbe valida: “un désir d’étendre les cas où la dation en paiement serait valable”. Così MONIER R., *Op. cit.*, p. 116 nota 5. Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 81, e MELILLO G., *Op. cit.*, p. 106 e nota 33, che vi intravedono la glossa di un pratico.

⁷¹ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 107.

⁷² Cfr. sull’argomento l’approfondita analisi del passo di MUSUMECI F., *Marciano e gli effetti della datio in solutum (Osservazioni su D. 46, 3, 46)*, in IVRA, Napoli, 1969, XX, I, pp. 524-538; l’Autore così scrive: “la *datio in solutum* non ha alcun effetto e continua ad esistere la primitiva obbligazione”. Inoltre “lo stesso risultato”, aggiunge il Musumeci, “è prospettato anche nel caso di evizione parziale della cosa *data in solutum*, poiché in tale ipotesi, *pro solido obligatio durat*” (p. 527).

⁷³ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 168 ss.; STEINER H., *Op. cit.*, p. 77 e p. 117 ss. Cfr. anche MUSUMECI F., *Op. cit.*, p. 528. Secondo questo Autore, il giurista Marciano “in D. 46, 3, 46 si è servito di ipotesi diverse per illustrare un unico principio generale: e cioè che, qualora si verifichi un fatto, per cui il creditore non ottiene o ottiene meno di ciò che egli aveva accettato di ricevere in cambio dell’oggetto a lui realmente dovuto, in tal caso la *datio in solutum* non può sortire alcun effetto – e quindi il debitore non è liberato – appunto perché il creditore non è rimasto in pratica soddisfatto”.

⁷⁴ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 116 ss.; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 168; DE FRANCISCI P., *L’evizione della “res data in solutum” e i suoi effetti*, Pavia, 1915, p. 11 nota 1; STEINER H., *Op. cit.*, p. 64 ss., analizzando il passo afferma: “die Stelle hat unspränglich von der *fiducia* gehandelt”. Analizza il passo in riferimento alla *fiducia* anche BURDESE A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, p. 90 ss. Cfr. anche MELILLO G., *Op. cit.*, pp. 124-125 e nota 76, secondo il quale tuttavia l’ipotesi della *fiducia* lascia qualche dubbio.

⁷⁵ Vedi DE FRANCISCI P., *L’evizione*, p. 14 ss.: secondo l’Autore “si esce dal problema”, infatti “l’*elegantia* della questione stava nel domandare se esistesse ancora l’*actio pigneraticia* o *fiduciae*” (p. 16).

Questa è la seconda delle soluzioni prospettate al quesito posto inizialmente, ma sembra non trattarsi affatto di una risposta classica: l'aggiunta posteriore di tutto il brano "*immo-intersit*", individuata dalla critica interpolazionistica, è infatti riconosciuta da numerosissimi interpreti⁷⁶. L'apparente antinomia tra i due passi del Digesto è stata superata dalla critica interpolazionistica, che ha dimostrato quale fosse la provenienza dell'assimilazione della *datio in solutum* alla vendita: la concessione al creditore evitto di un'*actio utilis ex empto* non risalirebbe affatto all'età classica, bensì sarebbe frutto dell'intervento dei compilatori giustiniane e, come si vedrà, questo avvenne sotto l'influsso della tradizione greca ed ellenistica⁷⁷.

Pertanto il tentativo di conciliazione fra i due testi contraddittori delle Pandette, che ha impegnato gli studiosi di ogni tempo, non trova più spazio: soltanto nel primo, cioè in D. 46, 3, 46, è testimoniato il pensiero classico, mentre il rimedio di cui parla il secondo è molto probabilmente una novità bizantina.

Dunque si può concludere, come osserva il Monier, che soltanto il notissimo testo di Marciano, risalente all'inizio del terzo secolo, sembra rispecchiare la soluzione di diritto classico, che appare d'altronde la più conforme alla logica⁷⁸: nel caso di evizione della *res data in solutum*, l'obbligazione non si estingueva ("*manet pristina obligatio*") ed il creditore, insoddisfatto, poteva ancora agire sulla base di essa per far valere il suo credito⁷⁹.

3. DIRITTO POSTCLASSICO

3.1. RESCRITTI DIOCLEZIANEI

Come già denunciato dal Nardi, introducendo il suo approfondito studio delle fonti giuridiche romane afferenti alla *datio in solutum*, un terzo dei passi ad essa attinenti è composto da costituzioni della cancelleria di Diocleziano⁸⁰ e, nella gran parte di queste, tutte contenute nel Codice giustiniano, compare la locuzione "*in solutum dare*"⁸¹. Si deve rilevare dunque che nel primo Dominato vi fu un notevole interesse per l'istituto, sui casi inerenti al quale veniva interpellata con una certa frequenza la cancelleria imperiale. Come dimostrerà lo studio di alcune *constitutiones*, la *datio* di *aliud pro alio consentiente creditore* veniva spesso nominata ed analizzata nei suoi molteplici aspetti, sempre con la consapevolezza delle sue forti analogie con il modo normale di estinzione dell'obbligazione: la *solutio* in senso stretto.

Come attesta la seguente costituzione, anche nel pensiero post-classico *solutio* e *datio in solutum* sono equiparate poiché entrambe determinano la *satisfactio* del creditore:

C. 8, 30 (31), 3 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Floro

"*Si reddita debita quantitate vel rebus in solutum datis sive distractis compensato pretio satis ei contra quem supplicas factum adito praeside probaveris, vel si quod residuum debetur obtuleris ac, si non acceperit, deposueris consignatum, restitui tibi res pacto pignoris obligatas providebit, cum etiam edicto*

⁷⁶ Si tratta di un risultato raggiunto indipendentemente dal Rabel e dal De Francisci: il Rabel fu il primo a segnalare il sospetto di interpolazione, ma al De Francisci si deve riconoscere il merito di aver dimostrato l'interpolazione di tutta la seconda parte del passo (da "*immo*" a "*intersit*"). Cfr. in ordine cronologico: RABEL E., *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in ZSS Römianistische Abteilung, 1907, XXVIII, p. 312 ss.; DE FRANCISCI P., *L'evizione*, p. 14 ss.; DE FRANCISCI P., *Suum cuique tribuere*, in BIDR, 1915, XXVII, pp. 311-312; DE FRANCISCI P., *La dottrina bizantina della datio in solutum di fronte al materiale papirologico*, in Aegyptus, 1920, I, p. 302 ss. Cfr. anche, per un'approfondita critica del passo, STEINER H., *Op. cit.*, p. 66 ss. e p. 144 ss. Accolgono le conclusioni del De Francisci e del Rabel numerosissimi altri Autori, fra i quali: RICCA-BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 14 ss.; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 168 ss.; PEROZZI S., *Op. cit.*, p. 416 nota 2; MONIER R., *Op. cit.*, p. 116.

⁷⁷ Cfr. MONIER R., *Op. cit.*, p. 116: per l'Autore l'*actio utilis ex empto* per il caso di evizione è una novità bizantina. Così scrive: "des auteurs italiens avaient démontré dès 1920, qu'il fallait distinguer le droit classique et le droit de Justinien qui avait subi sur ce point l'influence du droit gréco-égyptien, tel qu'il est attesté par les papyrus".

⁷⁸ Così MONIER R., *Op. cit.*, p. 116: "Un texte de Marcien (début du 3^{ème} siècle) conservé au D. 46, 3, fr. 46, nous paraît refléter la solution du droit classique, qui nous semble d'ailleurs la plus conforme à la logique".

⁷⁹ Cfr. anche FERRINI C., *Op. cit.*, p. 488 nota 2, il quale così afferma: "se l'obbligazione consiste in *dando* e la proprietà della *res* prestata non è passata nel creditore, che viene evitto, "*manet pristina obligatio*" (D. 46, 3, 46), che può quindi essere fatta valere".

⁸⁰ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 59 e nota 1, in cui l'Autore elenca le costituzioni di Diocleziano (284-305 d.C.) che riguardano la *datio*: C. 4, 10, 6; C. 4, 15, 5; C. 4, 44, 9; C. 4, 51, 4; C. 5, 71, 15; C. 7, 45, 8 pr. e 1; C. 7, 71, 4, 1; C. 8, 13 (14), 13; C. 8, 30 (31), 3; C. 8, 42 (43), 10; C. 8, 42 (43), 16; C. 8, 42 (43), 17; C. 8, 42 (43), 24.

⁸¹ Cfr. MELILLO G., *Op. cit.*, p. 134 nota 3. L'Autore attesta che le decisioni inerenti alla *datio* contenute nel *Codex* sono numerose e "per la maggior parte provenienti dalla cancelleria diocleziana", e sottolinea come in esse compaia regolarmente proprio la locuzione *in solutum dare*, "quasi ad indicare una sufficiente identificazione degli elementi comuni alle diverse fattispecie e un orientamento consolidato".

perpetuo, actione proposita pecunia soluta creditori vel si per eum factum sit, quominus solveretur, ad reddenda quae pignoris acceperat iure eum satis evidentem argueri manifestum sit" [a. 293].

L'imperatore risponde che se, resa la somma dovuta o date in pagamento delle cose o vendutele con compensazione del prezzo, il debitore avrà provato, adito il preside, di aver soddisfatto il suo creditore, questi si occuperà di fargli avere la restituzione delle cose vincolate dal pegno.

Il rescritto dà alcune informazioni interessanti: la *datio in solutum* e la *solutio* sono messe in parallelo, innanzitutto perchè uguali dal punto di vista della *satisfactio* del creditore⁸² e in secondo luogo poichè, una volta "*reddita debita quantitate vel rebus in solutum datis*", il debitore ha diritto alla restituzione dei pegni che garantivano il credito. E' evidente dunque che l'obbligazione, che era garantita dal pegno, in entrambi i casi si estingue.

Nella costituzione che segue, invece, si parla di "*equos [...] in solutum traditos*" ma, secondo numerosi interpreti, non è chiaro se ci si volle riferire ad una normale *solutio* o piuttosto ad una *datio in solutum*:

C. 4, 35, 14 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Hermiano,

"*Si secundum mandatum Tryphonis ac Felicis equos tua pecunia comparatos vel in solutum a proprio debitore tibi traditos uni de his utriusque voluntate dedisti, ad parendum placitis eos mandati iudicio conventos bona fides arguet*" [a. 294].

Nel caso proposto, in base a un mandato conferito da Trifone e Felice, il soggetto ha consegnato ad uno dei due mandanti ("*uni de his*"), così rispettando la volontà di entrambi ("*utriusque voluntate*"), dei cavalli comprati col suo denaro oppure dati in pagamento ("*in solutum traditos*"). La "*bona fides*" sollecita i due soggetti, convenuti nel giudizio di mandato, a mantenere fede agli accordi intercorsi.

Come si vede, non viene detto se i cavalli costituissero l'oggetto originariamente dovuto dal debitore oppure fossero stati dati in sostituzione di altro: nel primo caso con la *traditio* si sarebbe verificato l'esatto adempimento, nel secondo si sarebbe avuta una dazione in pagamento⁸³.

Da un'altra costituzione diocleziana sappiamo che, superata la disputa fra i Sabiniani e i Proculiani, i giuristi post-classici riconoscevano ormai senza esitazioni l'efficacia liberatoria della dazione in pagamento⁸⁴:

C. 8, 42 (43), 17 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Cassio

"*Manifesti iuris est tam alio pro debitore solvente quam rebus pro numerata pecunia consentiente creditore datis tolli comparatam obligationem*" [a. 293].

Secondo il Solazzi il rescritto non sarebbe stato riprodotto nella sua integrità perché enuncia la massima ma non la applica al caso concreto sul quale l'imperatore doveva essere stato interpellato⁸⁵, e peraltro, poiché in esso sono avvicinate due regole diverse ("*tam alio pro debitore solvente quam rebus pro numerata pecunia consentiente creditore datis*"), la parte riportata sarebbe di dubbia autenticità. Il Melillo ritiene invece che l'assimilazione del pagamento effettuato dal terzo all'*in solutum dare* sia non solo genuina, ma anche molto interessante ed "il punto di unificazione delle ipotesi" sarebbe la considerazione della *satisfactio* del creditore, intervenuta in entrambi i casi. Secondo l'Autore è proprio su questa funzione di riequilibrio economico che si fonda l'effetto liberatorio immediato delle due fattispecie descritte.

E' diritto chiaro ("*manifesti iuris est*") che, sia pagando un altro per il debitore, sia essendo date cose in luogo del denaro dovuto col consenso del creditore, la preconstituita obbligazione si estingue. Il passo dunque viene a ragione richiamato dagli interpreti per testimoniare come in età post-classica si aderisse alla tesi sabiniana della *liberatio ipso iure*⁸⁶.

⁸² Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 70 nota 49, in cui l'Autore nota come l'accento sia posto sulla *satisfactio* evidenziando le parole "*si [...] satis ei [...] factum [...] probaveris*", e sostiene che nel 293 (anno del rescritto) non vi potessero essere dubbi che "la *datio in solutum* valesse la *solutio*". A conferma di ciò richiama il coevo rescritto C. 8, 42 (43), 17, riportato di seguito in questo paragrafo.

⁸³ Cfr. STEINER H., *Op. cit.*, p. 48 nota 9, secondo il quale si tratterebbe di un caso di *datio in solutum*.

⁸⁴ Il problema dell'efficacia liberatoria *ipso iure* o *ope exceptionis* ha senz'altro perso mordente con il mutamento del meccanismo processuale. L'affermarsi della *cognitio extra ordinem* svuota infatti di ogni significato un dibattito che era saldamente imperniato in un contesto dottrinale (dialettica *ius civile-ius honorarium*) e procedurale (le caratteristiche del processo *per formulas*) completamente diverso. Cfr. sull'argomento: NARDI E., *Op. cit.*, p. 78; MELILLO G., *Op. cit.*, p. 41 nota 2 (anche se con riguardo ad un altro passo).

⁸⁵ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 159.

⁸⁶ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 80: Prima di riportare il passo in esame (insieme ad alcuni altri, tutti a sostegno della sua tesi), egli afferma: "si incontrano testimonianze di sicura adesione alla tesi sabiniana".

Con riguardo al possibile oggetto concreto di *datio in solutum* destano particolare interesse due *constitutiones* di Diocleziano: una in cui vengono date pecore in luogo di denaro, l'altra in cui si paga il debito consegnando schiavi *pro pecunia*⁸⁷.

Questa è la prima:

C. 4, 44, 9 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Domitio Civalensi

“Pretii causa non pecunia numerata, sed pro eo pecoribus in solutum consentienti datis contractus non constituitur irritus” [a. 293].

Non essendo stato versato denaro come prezzo della vendita, ma essendo state date in luogo di esso delle pecore in pagamento, il contratto non diventa invalido.

La fonte dell'obbligo è un contratto di compravendita. Nel caso in questione l'imperatore chiarisce che il contratto non diviene *“irritus”* per il fatto che il compratore, in vece di pagare il prezzo in *“pecunia numerata”*, dia un oggetto diverso, cioè delle pecore.

Certo secondo la regola generale il debitore non si poteva liberare prestando *aliud* in luogo del dovuto, ma qui si legge *“pecoribus in solutum consentienti datis”*: è chiaramente intervenuto il consenso del venditore a ricevere la prestazione diversa, perciò il pagamento fatto dal compratore consegnando le pecore è valido ed ha lo stesso effetto liberatorio dell'esatto adempimento⁸⁸.

C. 8, 42 (43), 10 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Ambrosio

“Successores eius, qui maior quinque et viginti annis in solutum pro debito iure mancipia dedit, haec revocare non posse constat” [a. 293].

I successori di colui che, maggiore di venticinque anni, diede regolarmente in pagamento per un debito degli schiavi, è noto che non li possono reclamare: la *datio* effettuata era inattaccabile.

Il Nardi ricorda in proposito che la *datio in solutum* fatta da un minore per debiti suoi poteva cadere sotto le norme del senatoconsulto Macedoniano⁸⁹.

L'Autore riporta un altro rescritto diocleziano:

C. 5, 71, 15 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Sabinae

“Si minor viginti quinque annis praedium rusticum, cum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti, dominium a te descendere non permisit senatus consulti auctoritas” [a. 293].

Viene dato in pagamento un fondo rustico in luogo di qualcos'altro: *“praedium rusticum, cum aliud deberes, in solutum dedisti”*. Anche se nel passo non è specificato quale fosse il bene dovuto originariamente, si tratta indubbiamente di un caso di *datio in solutum*. Quel che appare certo è che il debitore, *“minor viginti quinque annis”*, ha dato il fondo senza che intervenisse il decreto del magistrato, pertanto si afferma che, secondo il senatoconsulto Macedoniano, la proprietà di esso non è passata all'accipiente.

Nella prossima costituzione, risalente al 294, viene esaminato un caso in cui è stato dato in pagamento un fondo in luogo di una somma di denaro:

C. 8, 42 (43), 24 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Rufino⁹⁰

“Cum pro pecunia quam acceperas secundum placitum Evandro te fundum dedisse profitearis, eius industriam vel eventum meliorem tibi, non ipsi prodesse, contrarium non postulaturus, si minoris distraxisset, non iusta petis” [a. 294].

Evandro *“secundum placitum”*, cioè su accordo, è stato pagato con un terreno in luogo del denaro dovuto e colui che gli ha dato il fondo vuole sapere se i profitti derivanti da questo per iniziativa del nuovo proprietario o il suo migliore rendimento (*“eius industriam vel eventum meliorem”*) spettino a lui o meno. Quel che viene richiesto è palesemente ingiusto (*“non iusta petis”*) perché la già intervenuta valutazione concorde delle parti, che le ha portate ad effettuare e ricevere la *datio*, non può essere modificata *a posteriori*. Per questo l'eventuale aumento di valore del fondo, realizzatosi in epoca successiva alla dazione

⁸⁷ Si tratta di C. 4, 44, 9 e C. 8, 42 (43), 10. Cfr. per l'esame e la traduzione di entrambe NARDI E., *Op. cit.*, p. 93 ss., in cui l'Autore riporta anche, ad esemplificare la *datio* di schiavi *pro pecunia*, il noto brano C. 7, 45, 8 relativo alla donna Teodota.

⁸⁸ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 93 nota 82; STEINER H., *Op. cit.*, p. 80, che ritiene il brano interpolato. Alla risposta data in questo rescritto il Glusiano fa risalire erroneamente il primo riconoscimento della *datio in solutum*, in tal modo collocandolo addirittura in età del dominio (vedi GLUSIANO J.C., *Op. cit.*, p. 36). Ma, come ricorda giustamente il Polacco, in realtà *“quella costituzione [era] diretta a decidere una questione ben diversa, se cioè una vendita [...] diventi come tale irrita se poi, in luogo del denaro pattuito come prezzo si danno altre cose”*: così in POLACCO V., *Op. cit.*, p. 11 ss.

⁸⁹ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 87 e p. 101.

⁹⁰ Cfr. per la traduzione del rescritto NARDI E., *Op. cit.*, p. 96.

per “*melior eventus*” o per “*industria*” del creditore, non può recare alcun vantaggio a colui che in passato lo ha consapevolmente ceduto⁹¹.

Notevole peso è dato nel *rescriptum* alla necessità del consenso del creditore: fra creditore e debitore deve intercorrere un vero e proprio accordo, che nel rescritto è chiamato “*placitum*”.

Un’ultima costituzione diocleziana di data incerta, certamente interpolata e, con le parole del Monier, comunque “*difficilement explicable*”⁹², va riportata per l’interesse che in ogni tempo ha destato in numerosi autori, si tratta di:

C. 7, 45, 8 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Licinio⁹³

“*Libera quidem Theodota, quam ex emptio causa [vel in solutum creditori] traditam proponis, pronuntiata citra provocationis auxilium sententia rescindi non potest.*

I. Verum si mota questione, praemissa denuntiatione ei, qui auctor huius mulieris fuit, iudicatum processit, quanti tua interest [empti, si emisti, vel ob debitum reddendum, si in solutum data est] repetere non prohiberis” [a. 294].

Nel rescritto è illustrato un caso in cui è stata consegnata al creditore “*ex emptio causa*” (perché a lui venduta come schiava) oppure a titolo di pagamento, una donna libera di nome Teodota. La libertà della donna è stata riconosciuta in giudizio e la sentenza pronunciata, salvo appello, non può essere rescissa.

Ma, aggiunge il testo, se il giudicato è intervenuto previa denuncia a colui che ha consegnato la donna, “*praemissa denuntiatione ei, qui auctor huius mulieris fuit*”, il richiedente potrà agire contro di lui con l’*actio empti*, in caso di vendita, per ottenere un’indennità pari al pregiudizio subito per non aver ricevuto la proprietà sulla donna (“*quanti tua interest*”)⁹⁴, oppure, qualora avesse dato Teodota in pagamento, “*ob debitum reddendum*”. Il significato dell’ultimo tratto non è chiaro. Lo Steiner e il Monier, con qualche incertezza, credono che l’azione concessa al creditore avesse lo scopo di fargli ottenere il ripristino dell’obbligazione originaria⁹⁵.

Ma il testo è sicuramente interpolato e la previsione della *datio in solutum* accanto all’ipotesi della compravendita è il frutto di un’aggiunta posteriore: lo sostengono concordemente Solazzi, Melillo e numerosi altri interpreti⁹⁶.

La tesi è avallata anche dagli autori più recenti: il Melillo afferma infatti che non si può dubitare della corruzione del passo, anzi parla addirittura di un “pesante voluto intervento”, ed un primo forte sospetto deriva dal fatto inusuale che la cancelleria imperiale risponda contemporaneamente a due quesiti, uno in tema di vendita e l’altro di *datio in solutum*. Il fatto è strano anche perché, come sottolinea il Solazzi, “l’interrogante sa come sono andate le cose e nella supplica deve essersi qualificato o compratore o debitore”⁹⁷.

La rielaborazione del passo è sicura per entrambi gli autori e la parte non genuina è proprio quella inerente alla *datio*. Autori dell’aggiunta sembrano essere i compilatori di Giustiniano, secondo il Solazzi per

⁹¹ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 99, che, riferendosi al valore dell’*aliud* dato in pagamento, così scrive: “incrementi o decrementi di valore in epoca successiva, quando la *res data* è, magari da tempo, nelle mani dell’ex creditore, non possono e non debbono interessare in alcun modo chi, senza difetti di valutazione contingente, aveva trovato accettabile di far la *datio*”.

⁹² Cfr. MONIER R., *Op. cit.*, p. 119: “una Constitution de Dioclétien qui reste, malgré tout difficilement explicable”.

⁹³ Sono riportati in parentesi i tratti fortemente sospetti di interpolazione: “*vel in solutum creditori*” e “*empti, si emisti, vel ob debitum reddendum, si in solutum data est*”. Ma, come ricorda il Nardi, potrebbero essere stati coinvolti nel rimaneggiamento anche i verbi: “*traditam*”, “*datam*” e “*repetere*”. Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, pp. 94 e 95 nota 83.

⁹⁴ Cfr. MONIER R., *Op. cit.*, p. 119, che così traduce e spiega il passo: “le plaignant pourra tenter l’action *empti*, en cas de vente, en vue d’obtenir une indemnité égale à l’intérêt qu’il avait à conserver la femme”.

⁹⁵ Vedi, con riguardo al senso delle parole “*ob debitum reddendum repetere*”, STEINER H., *Op. cit.*, p. 149 ss.; MONIER R., *Op. cit.*, p. 119, che così interpreta l’ultima parte del rescritto: “agir en répétition (*repetere*) en vue d’obtenir, semble-t-il, la renaissance de la dette (*ob debitum reddendum*), si la femme avait été donnée en paiement”. Vedi anche MELILLO G., *Op. cit.*, pp. 118 e 119.

⁹⁶ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 172 ss.; MELILLO G., *Op. cit.*, p. 117, che così scrive: “la rielaborazione è sicura” ed inoltre “è evidente che la parte insidiosa è nella previsione della *datio in solutum*”; ALLARA M., *La prestazione*, p. 257 in nota, che ritiene “aggiunta dai compilatori (sulla traccia però di altra costituzione) l’estensione alla *datio in solutum*”. Cfr. anche DE FRANCISCI P., *L’evizione*, p. 5, secondo il quale il brano è forse la fusione di due costituzioni. Riconosce l’interpolazione anche MONIER R., *Op. cit.*, p. 119 (“le texte est manifestement remanié”); NARDI E., *Op. cit.*, p. 94, che ritiene il passo il risultato di una “grossolana unificazione di due rescritti distinti”.

⁹⁷ Cfr. MELILLO G., *Op. cit.*, pp. 116 e 117: “è strano che la cancelleria risponda contemporaneamente a due quesiti, rispettivamente in tema di compravendita e di *datio in solutum*, quando è credibile che l’interrogante avesse provveduto a chiarire in quale situazione concretamente versava”; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 174; cfr. anche MONIER R., *Op. cit.*, p. 119.

assimilare nel trattamento vendita e dazione in pagamento⁹⁸, per il Melillo invece semplicemente “al fine di estendere alla *datio in solutum* il principio della non riottenibilità di colui che, dato come schiavo, fosse poi dichiarato libero”⁹⁹.

3.2. DATIO DI NOMINA

Come si è detto, nell’età classica non era possibile dare in pagamento un proprio credito infatti, poiché vigeva la regola dell’intrasmissibilità delle obbligazioni a titolo singolare, l’ordinamento non prevedeva la cessione del credito, cioè del “*nomen debitoris*”¹⁰⁰. Nella pratica tuttavia per cedere un credito “*solvendi causa*” si sarebbe potuto ricorrere ad una delegazione mediante *stipulatio* oppure alla rappresentanza nel processo.

Nel primo caso chi voleva cedere il credito delegava il suo debitore al creditore e fra questi due soggetti doveva intervenire una *stipulatio* con la quale il debitore delegato prometteva formalmente di pagare al nuovo creditore. In questo modo si dava vita ad una nuova *obligatio* con lo stesso oggetto ma fra soggetti diversi: la *stipulatio* dunque determinava una novazione perché liberava il debitore dal primitivo vincolo e lo legava al destinatario della promessa, cioè al nuovo creditore¹⁰¹.

L’altro espediente al quale si poteva fare ricorso per ottenere in via indiretta la cessione del *nomen* era la rappresentanza processuale. Il creditore costituiva la persona alla quale voleva trasmettere la sua posizione creditoria *procurator* (o *cognitor*) *in rem suam* e in questo modo il soggetto veniva autorizzato a far valere in giudizio, nei confronti del debitore del rappresentato, il credito, che risultava così “ceduto”.

Ci si chiede quando, in diritto romano, divenne possibile effettuare direttamente una cessione del credito e, di conseguenza anche realizzare la *datio* di un credito in pagamento.

Tre rescritti dell’età di Diocleziano parlano proprio della *datio in solutum* di *nomina debitoris*¹⁰².

Questo è il primo:

C. 8, 42 (43), 16 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Charidemo

“*Eum, a quo mutuum sumpsisti pecuniam, in solutum nolentem suscipere nomen debitoris tui compelli iuris ratio non permittit*” [a. 293]¹⁰³.

Nel caso l’imperatore risponde all’interpellante che la “*ratio iuris*”, cioè la logica del diritto, non permette che colui dal quale egli ha ricevuto del denaro in prestito venga costretto contro la sua volontà (“*nolentem*”), a ricevere *in solutum* un suo credito (“*nomen debitoris tui*”). Il testo della *constitutio*, come si vede, è molto chiaro: si parla di *datio in solutum* ed ancora una volta viene ribadita la necessità del consenso del creditore perché il debitore si possa liberare pagando con *aliud* rispetto a quanto dovuto. E qui l’oggetto della *datio* è chiaramente un credito: dunque in età diocleziana doveva senz’altro esistere la pratica di *dare nomina in solutum*¹⁰⁴.

C. 4, 10, 6 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Maurico

“*Si in solutum nomen debitoris sui tibi debitor dedit tuus ac te in rem tuam procuratorem fecit, pignora, quae specialiter vel generaliter habes obligata, perseguere. quod si ab his, quibus fuerant obligata, cum potiores erant, distracta probentur, ab emptoribus avocari non posse perspicis*” [a. 293]¹⁰⁵.

⁹⁸ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 175, che così conclude: “C. 7, 45, 8 ribadisce che per diritto giustiniano la evizione della cosa data in pagamento espone il debitore ad essere convenuto con l’*actio ex empto*”. *Contra*: MONIER R., *Op. cit.*, p. 119.

⁹⁹ Così MELILLO G., *Op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁰ Così SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 150 e STEINER H., *Op. cit.*, p. 120.

¹⁰¹ Cfr. STEINER H., *Op. cit.*, p. 120 ss.; ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 728; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 150 ss. Il Solazzi prospetta tre possibili forme di *stipulatio* fra debitore delegato e creditore delegatario. La prima è “*quod mihi Sempronius debet, tu mihi dare spondes*”, che determina una novazione con mutamento dei soggetti ed estingue *ipso iure* l’*obligatio* del delegante Sempronio verso il delegatario. La seconda forma ipotizzata è “*quod Sempronio debes, mihi dare spondes*”, che estingue l’obbligazione tra delegante e delegato e ne fa nascere una nuova. Il terzo tipo di *stipulatio* ammesso dal Solazzi sarebbe costituito dalla promessa di pagare fatta dal delegato in modo astratto, cioè senza alcun riferimento ad obbligazioni preesistenti. Ma in tal caso, contrariamente a quanto sostiene l’Autore, si può dubitare che si verifichi una novazione proprio perché dal debitore non viene fatta menzione dell’*obligatio* che così intende sostituire, e certo non può bastare ad estinguere quest’ultima la promessa di prestare il medesimo oggetto fatta ad un terzo.

¹⁰² Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 96 nota 85, in cui l’Autore sottolinea il fatto che i tre rescritti sono stati redatti dalla cancelleria imperiale di Diocleziano in tempi molto ravvicinati: due nel 293 (C. 8, 42 (43), 16 e C. 4, 10, 6) ed uno nel primo mese dell’anno successivo (C. 4, 15, 5 che risale appunto al gennaio del 294).

¹⁰³ Il rescritto è riportato da NARDI E., *Op. cit.*, p. 97.

¹⁰⁴ Cfr. ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 728. Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, pp. 96 e 97, e pp. 109 ss.

¹⁰⁵ Cfr. per la traduzione del passo NARDI E., *Op. cit.*, pp. 109-110.

Colui che si rivolge a Diocleziano ha ricevuto in pagamento dal suo debitore un credito di quest'ultimo nei confronti di un terzo ("*in solutum nomen debitoris sui tibi debitor dedit tuus*") ed è stato dallo stesso costituito procuratore *in rem suam* per far valere in giudizio tale credito. Gli viene risposto che egli può perseguire i pegni che in via speciale o generale sono vincolati al credito a lui ceduto; tuttavia qualora si provi che i beni a garanzia del credito siano già stati venduti da coloro a favore dei quali erano vincolati, essendo questi di maggiore grado ("*cum potiores erant*"), non possono essere presi ai compratori.

Dunque il beneficiario della *datio del nomen debitoris e procurator in rem suam* ha senz'altro diritto alla *persecutio pignorum*, può cioè perseguire i beni a garanzia del credito a lui ceduto, purchè su di essi non si siano già soddisfatti creditori con garanzia di grado superiore¹⁰⁶.

Passiamo ora alla lettura della terza ed ultima costituzione di Diocleziano in materia di *datio nominis*:

C. 4, 15, 5 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Nanidiae

"*In solutum nomine dato, non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor experiri potest. suo autem nomine utili actione recte utetur*" [a. 294]¹⁰⁷.

Nel rescritto si legge che quando ha ricevuto un credito in pagamento il creditore può rivolgersi "*ex persona sui debitoris*" contro i debitori di lui, e può fare ciò con le azioni che a lui sono state trasmesse ("*mandatis actionibus*"). Ma egli può agire anche in nome proprio ("*suo nomine*"), ed in tal caso "*recte*", cioè opportunamente, esperirà un'*actio utilis*.

Parte della dottrina¹⁰⁸ ritiene che il tratto finale del *rescriptum*, nel quale è data l'*actio utilis* al cessionario, sia un'aggiunta dei compilatori. Dunque, secondo questa interpretazione, solo la prima parte della costituzione in cui si dice che il *procurator* può esperire soltanto le "*actiones mandatae*" dal titolare del credito risalirebbe all'età di Diocleziano, mentre la seconda ("*suo autem nomine utili actione recte utetur*") illustrerebbe il diverso regime delle azioni di diritto giustiniano¹⁰⁹. E' chiaro infatti che solo con la concessione dell'azione utile al cessionario si riconosceva in capo a lui l'acquisto definitivo della posizione creditoria dallo stesso ricevuta *in solutum* perciò, per quegli autori che ritengono il passo interpolato, effettuare la cessione del proprio credito in pagamento dovette divenire possibile solamente nel diritto giustiniano. Inoltre, seguendo la teoria del Solazzi, tale cessione del credito sarebbe stata una *datio in solutum* unicamente se fatta *pro soluto*, perché nel caso di *cessio pro solvendo* l'estinzione dell'obbligazione pecuniaria si sarebbe verificata solamente al momento del pagamento del credito ceduto realizzando, secondo questi interpreti, una normale *solutio*¹¹⁰.

Al contrario, secondo altri Autori, l'uniformità terminologica e la vicinanza temporale del gruppo di rescritti (gli ultimi due sono stati emessi addirittura a pochi giorni di distanza) non lasciano dubbi sulla loro genuinità e i testi appaiono tra loro non confliggenti: "il diverso regime di azioni va spiegato senza uscire dall'ambito degli effetti della *datio*"¹¹¹. Dunque, nel diritto diocleziano, "*ex persona sui debitoris*" il creditore non poteva agire che con le azioni a lui trasmesse ("*mandatis actionibus*"), mentre "*suo nomine*", nel caso di morte del cedente, non potendo più giovare di quelle, per far valere il credito ceduto poteva esperire soltanto l'*actio utilis* a lui concessa. L'interpretazione risponde a logica: infatti, qualora fosse intervenuta la morte del suo debitore, cioè del cedente, il *procurator* sarebbe rimasto privo di tutela per il venir meno della procura, allora perché potesse richiedere "*suo nomine*" il pagamento del credito gli venne attribuita l'azione utile.

Dunque le argomentazioni di tale dottrina, suffragate dalla chiara terminologia dei passi, portano a riconoscere, indipendentemente dal regime delle azioni spettanti al beneficiario, che già al tempo di Diocleziano fosse senz'altro possibile pagare per un proprio debito dando *in solutum* il *nomen debitoris*. La *datio in solutum* del credito era quindi già realizzabile e praticata, sempre, ovviamente, col consenso del creditore¹¹².

¹⁰⁶ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, pp. 109-110.

¹⁰⁷ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁸ Cfr. STEINER H., *Op. cit.*, p. 127 ss.; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 152 ss.; ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 728.

¹⁰⁹ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 153. Secondo l'Autore il tratto "*suo autem nomine utili actione recte utetur*" è "certamente aggiunto da Triboniano". Dello stesso avviso STEINER H., *Op. cit.*, p. 128: "eine *datio in solutum debiti* gibt es erst im justinianischen Recht mit der Ausbildung der *actio utilis* des Zessionars".

¹¹⁰ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 153, che così scrive: "l'attribuzione dell'*actio utilis* al cessionario fa sì che il suo acquisto sia definitivo [...] e permette al debitore di cedere al suo creditore un credito verso terzi con la volontà e con l'effetto che sia estinta l'obbligazione fra cedente e cessionario" dunque, aggiunge l'Autore, perché vi sia *datio in solutum* il credito deve essere ceduto *pro soluto*.

¹¹¹ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 97 nota 85 in fine e p. 112.

Inoltre appare concepibile che l'estinzione dell'obbligazione si verificasse soltanto successivamente, nel momento della effettiva riscossione del credito ricevuto in pagamento, cioè solo quando aveva luogo la concreta *satisfactio* del cessionario. Del resto lo stesso fenomeno del persistere dell'*obligatio* fino al momento in cui il creditore fosse soddisfatto, si realizzava anche nei vari casi in cui venisse effettuata una *datio* avente per oggetto una *res inidonea*¹¹³.

4. COMPILAZIONE GIUSTINIANEA

4. 1. LA *DATIO IN SOLUTUM* NELLO SPIRITO DEI COMPILATORI

Come si è accennato in precedenza, da un passo delle Istituzioni di Giustiniano si desume che la *datio in solutum* aveva senz'altro raggiunto nella mentalità dei compilatori del *Corpus Iuris*, sulla scia del pensiero classico, efficacia liberatoria al pari della regolare *solutio*¹¹⁴.

I. 3, 29 pr.

“*Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. [...]*”

Il brano, per quanto esternamente modellato su Gai Inst. 3, 168, ha una ben diversa ispirazione: il “*praecipue*”, che Gaio aveva interposto fra l'adempimento esatto e l’“*aliud pro alio in solutum dare*”, è scomparso¹¹⁵.

La *datio* è ormai riconosciuta dunque come un negozio solutorio nascente dalla volontaria prestazione dell'*aliud* sostitutivo da parte del debitore e dal consenso del creditore a ricevere tale diverso oggetto. L'elemento decisivo per la liberazione del debitore, nell'ottica dei commissari, è proprio il soddisfacimento economico del creditore.

L'oggetto della dazione, anche nel diritto giustiniano, poteva essere una *res*, data in sostituzione di un'altra o in pagamento per un debito pecuniario, una somma di denaro, prestata in luogo di una cosa e, ormai senza alcun dubbio, anche un credito del debitore dato in pagamento¹¹⁶.

Era frequente la *datio* delle cose che formavano oggetto di pegno in adempimento del credito garantito. La prassi della *datio in solutum pignoris* al creditore garantito è infatti documentata in numerosi rescritti: C. 4, 51, 4; C. 6, 30, 22, 6; C. 8, 13 (14), 13; C. 8, 19 (20), 1, 1¹¹⁷. Si può senz'altro aggiungere a questi, in quanto anche in esso si fa riferimento alla *datio*, il passo, analizzato in precedenza, che è contenuto in D. 13, 7, 24 pr. (“*Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor*”) nel quale, secondo la gran parte degli interpreti, i compilatori avrebbero sostituito il pegno alla fiducia¹¹⁸.

Molto vasta inoltre doveva essere la gamma di negozi ai quali la *datio in solutum* veniva applicata: al mutuo, alle disposizioni dotali, alla locazione, alla *emptio venditio*.

¹¹² Cfr. a conferma di quanto detto il già citato passo C. 8, 42 (43), 16 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. *Charidemo*. “*Eum, a quo mutuum sumpsisti pecuniam, in solutum nolentem suscipere nomen debitoris tui compelli iuris ratio non permittit*”: il testo del rescritto è talmente chiaro da non lasciare spazio a diverse interpretazioni.

¹¹³ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 113. L'Autore così scrive: “nell'ipotesi di *datio in solutum* di *nomina*, l'estinzione del proprio credito solo con l'incasso di quello ceduto è il preciso equivalente del persistere dell'obbligazione nei vari casi [...] di *datio* avente per oggetto una *res inidonea*”. La *satisfactio* nel caso in esame “non si ha che con la successiva riscossione”.

¹¹⁴ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 79 e nota 53; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 155; KRETSCHMAR P., *Op. cit.*, p. 52; STEINER H., *Op. cit.*, p. 142; CRUZ S., *Op. cit.*, p. 123; BONFANTE P., *Op. cit.*, p. 423; BESTA E., *Op. cit.*, p. 173. Si parla in dottrina di “adesione alla tesi sabiniana” anche se, come si deduce dal fatto che il cenno all'antica disputa è giustamente stato omissso dai compilatori, non ha più alcun senso il riferimento ad un problema superato e strettamente inerente ad un diverso meccanismo processuale.

¹¹⁵ Cfr. MELILLO G., *Op. cit.*, p. 155.

¹¹⁶ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 153; ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 728: “nel diritto giustiniano più non esiste difficoltà alcuna ad ammettere che mediante la cessione di un diritto di credito possa attuarsi [...] una *datio in solutum*”.

¹¹⁷ Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 113 e nota 103. Si veda in particolare BURDESE A., *Lex commissoria*, p. 126 ss. L'Autore analizzando i “delicati rapporti” fra *datio in solutum* dei pegni e *lex commissoria* pignoratoria, rileva che della *datio* dei pegni “si parla nel Codice giustiniano come di istituto non infrequente” (p. 126). Sebbene i due istituti storicamente si presentino come “ben differenti” nel diritto romano, osserva il Burdese, “ciò non vuol dire che dal punto di vista logico la *lex commissoria* pignoratoria non possa raffigurarsi come un accordo tra debitore e creditore diretto ad attribuire valore di adempimento del credito garantito alla dazione delle cose pignorate, sotto la condizione dell'inadempimento del debitore, con la attribuzione al creditore della *facultas alternativa*” (pp. 128 e 129).

¹¹⁸ Cfr. STEINER H., *Op. cit.*, p. 64; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 168; DE FRANCISCI P., *L'evizione*, p. 11 nota 1; NARDI E., *Op. cit.*, p. 116; BURDESE A., *Lex commissoria*, p. 90 ss., p. 214; MELILLO G., *Op. cit.*, p. 123 ss. e note 73 - 76.

Va rilevato, tuttavia, che “nelle fonti giustiniane l’istituto non è più configurato in modo unitario”, infatti “mentre in una serie di testi esso conserva l’antico carattere di negozio liberatorio, in diversi altri [...] appare considerato come un negozio obbligatorio, analogo alla vendita *compensato pretio*”¹¹⁹.

Numerosi autori si sono soffermati sull’esame di un documento molto significativo, si tratta di un rescritto di Antonino Caracalla dell’anno 212:

C. 8, 44 (45), 4 Imp. Antoninus A. *Georgio*

“*Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nam eiusmodi contractus vicem venditionis obtinet*” [a. 212]¹²⁰.

Il destinatario del rescritto ha ricevuto in pagamento in sostituzione del dovuto un fondo che era stato precedentemente vincolato a garanzia di altri creditori. L’imperatore risponde che la *datio* non reca alcun danno al diritto dei creditori ipotecari (“*causa pignoris mutata non est*”). Perciò (“*igitur*”), come si legge nella seconda parte del passo, se per questo si verifica l’evizione, a colui che ha ricevuto il bene *in solutum* spetta un’azione utile contro il debitore, “infatti un contratto di questa natura gioca il ruolo di una vendita”¹²¹. Ciò che appare strano nel passo in primo luogo è che la *datio in solutum* sia chiamata “*contractus*” come se si trattasse di una convenzione con effetti obbligatori fra le parti; in secondo luogo che al creditore evitto si conceda un’azione utile, assimilando la sua posizione a quella del compratore, quasi vi fosse stata vendita del fondo per un prezzo uguale all’importo del debito pecuniario, che in tal modo veniva compensato¹²².

Secondo autorevole e consolidata dottrina questi concetti furono introdotti nei brani classici dai commissari di Giustiniano che, nella loro opera di riordinamento del materiale giuridico, li avrebbero alterati tramite interpolazione¹²³.

La *datio in solutum* da negozio solutorio, quale era per il diritto classico, sarebbe dunque diventato nello spirito dei compilatori un negozio obbligatorio? Si tratta di capire se la *datio* fosse vista in quest’epoca addirittura come “un *contractus* con il quale la vecchia obbligazione [era] novata e sostituita dall’obbligazione di vendere e rispettivamente di comprare per un prezzo corrispondente all’ammontare del debito originario”¹²⁴.

4.2. LA DATIO COME “CONTRACTUS”

Come si è detto nel paragrafo precedente esaminando il passo contenuto in C. 8, 44 (45), 4 il termine “*contractus*”, che compare anche in altri testi del *Corpus Iuris* afferenti alla *datio in solutum*, cominciò probabilmente ad essere riferito alla stessa soltanto in epoca giustiniana.

Infatti, dal momento che l’idea di definire in tal modo la *datio* di *aliud pro alio* è sempre apparsa del tutto estranea al pensiero della giurisprudenza classica, numerosi interpreti sono giunti concordemente ad affermare che la parola dev’essere stata aggiunta dai compilatori tramite l’interpolazione dei testi.

Del resto va ricordato che nella mentalità classica il concetto di “*contractus*”, termine peraltro davvero scarsamente utilizzato nel linguaggio dei giuristi dell’epoca, si riferiva soltanto ai negozi di diritto civile che avevano efficacia costitutiva di rapporti obbligatori. Certamente, a differenza del concetto moderno di

¹¹⁹ Così ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 731; cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 178.

¹²⁰ Il passo è stato oggetto della critica di molti interpreti che vi hanno ravvisato un più o meno incisivo rimaneggiamento. Ritengono che sia aggiunto il tratto “*igitur-obtinet*”: SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 166 ss., come DE FRANCISCI P., *L’evizione*, p. 12 (perché nella frase “*causa pignoris mutata non est*” è già stata data la risposta al quesito) e p. 17 ss.; STEINER H., *Op. cit.*, p. 60 ss.; DE FRANCISCI P., *La dottrina bizantina*, p. 302; RICCA BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 13 ss.; ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 730; BONFANTE P., *Op. cit.*, p. 423 nota 1; BURDESE A., *Lex commissoria*, p. 93 nota 1 (“*l’actio utilis ex empto* è interpolata”). Vi intravedono una tarda glossa soltanto nel tratto “*nam-obtinet*”: NARDI E., *Op. cit.*, p. 114 e p. 95 nota 84; MONIER R., *Op. cit.*, p. 118. Propugna l’autenticità dell’intero brano: MELILLO G., *Op. cit.*, p. 111.

¹²¹ Così traduce MONIER R., *Op. cit.*, p. 118: “car un contrat de cette nature joue le rôle d’une vente”.

¹²² Cfr. ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 729.

¹²³ Cfr. DE FRANCISCI P., *L’evizione*, p. 14 ss.; DE FRANCISCI P., *La dottrina bizantina*, p. 302; RICCA BARBERIS, *Op. cit.*, p. 13 ss.; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 166 ss.; ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 730, che indicano come interpolati, oltre al passo qui sopra esaminato: D. 13, 7, 24 pr.; D. 42, 4, 15; D. 44, 4, 31. Vedi in particolare STEINER H., *Op. cit.*, p. 64 ss., che nel suo scritto analizza singolarmente tutti i testi qui elencati.

¹²⁴ Così ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 731. Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 177.

contratto¹²⁵, ancora non ricomprendeva in sé gli accordi volti ad estinguere le obbligazioni (i cosiddetti “contratti solutori” del diritto odierno)¹²⁶.

Anzi nelle fonti i termini *contrahere* e *solvere* si trovano spesso in posizione antitetica: il primo determina il sorgere di un vincolo e quindi “lega” il debitore, mentre il secondo non fa altro che “sciogliere” l’*obligatio*.

Così scrive lo Steiner: “Fassen wir das Wort *contractus* in dem Sinne, wie das klassische Recht es tut, so fällt die *solutio* unmöglich unter diesen Begriff, sie dann ja das gerade Gegenteil von *contractus*” e aggiunge “sie ist nicht Schuldbegründungsakt, sondern Schuldtilgungsakt”. Le fonti non lasciano alcun dubbio in proposito (“die Quellen lassen uns darüber nicht im Zweifel”)¹²⁷. Si può concludere che nel pensiero degli scrittori classici “la *datio in solutum* è dunque proprio l’opposto del *contractus*”¹²⁸.

A dimostrazione di ciò il Solazzi riporta un brano delle Istituzioni di Gaio in cui si nega al pagamento dell’indebita (*solutio indebiti*) la qualifica di “*contractus*”¹²⁹:

Gai Inst. 3, 91:

“*Haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat magis distrahere vult quam contrahere*”.

Il testo è estremamente chiaro: nel tratto finale Gaio spiega che colui che esegue la prestazione con l’intenzione di *solvere* (“*is qui solvendi animo dat*”) vuole sciogliere il vincolo e non “*contrahere*”. Il Solazzi osserva che anche la *datio in solutum* viene fatta con l’intenzione di estinguere il debito quindi, “se i classici evitavano la parola *contractus* per la dazione di una cosa fatta col fine di estinguere un’obbligazione erroneamente ritenuta esistente, tanto meno possono averla adoperata quando con lo stesso fine si è prestato un *aliud*”¹³⁰. Anche un altro interprete, traendo spunto dalla terminologia delle fonti classiche, contrappone il *solvere* al *contrahere*: “le dazioni si fanno *solvendi* o *contrahendi causa*” ed ovviamente soltanto nel primo caso si può parlare di *dationes in solutum*¹³¹.

Dunque è chiaro che il termine “*contractus*”, riferito nei testi alla dazione in pagamento, deve necessariamente essere stato il risultato di un’aggiunta posteriore, che dimostra come questo fosse ormai concepito dai bizantini con una valenza diversa da quella che aveva avuto in età classica.

Una tale nuova considerazione della *datio* come *contractus* può essere stata determinata forse dal desiderio dei commissari di evidenziare la valenza economica e la componente convenzionale dell’istituto¹³², forse anche dall’idea di avvicinarlo, fino quasi a confonderlo, ai negozi onerosi che apparivano ad esso consimili.

4.3. ASSIMILAZIONE DELLA *DATIO* ALLA VENDITA E CONCESSIONE DELL’*ACTIO UTILIS EX EMPTO* AL CREDITORE EVITTO

Si è visto come nel diritto classico nel caso di evizione della *res data in solutum* l’obbligazione rimanesse in vita e potesse quindi essere ancora fatta valere dal creditore rimasto insoddisfatto. La soluzione dunque era quella proposta da Marciano in D. 46, 3, 46 (in principium e 1): “*Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio*”¹³³.

¹²⁵ Si ricordi a tal proposito l’art. 1321 del nostro codice civile, che definisce contratto ogni accordo “diretto a costituire, a modificare o ad estinguere un rapporto giuridico patrimoniale”.

¹²⁶ Cfr. BURDESE A., *Manuale*, p. 418: “al contratto romano di età classica si ricollega efficacia meramente costitutiva di rapporti obbligatori”, inoltre in tale periodo “continua ad essere prevalente la delimitazione del concetto [...] all’ambito delle obbligazioni sanzionate dal *ius civile*”.

¹²⁷ Cfr. STEINER H., *Op. cit.*, p. 61.

¹²⁸ Cfr. RICCA-BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 16 nota 2.

¹²⁹ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 166; STEINER H., *Op. cit.*, p. 61. Cfr. per l’analisi dello stesso brano, anche MELILLO G., *Op. cit.*, p. 68.

¹³⁰ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 166.

¹³¹ Si giunge ad affermare ciò argomentando dalla tesi del Polacco (che si riferisce al diritto moderno utilizzando i due concetti del diritto romano classico) che, facendo salvo il caso eccezionale delle donazioni manuali, raggruppa le “dazioni” in *solvendi causa* e *contrahendi causa*. Vedi POLACCO V., *Op. cit.*, pp. 16 e 17.

¹³² Cfr. RICCA-BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 14, che così scrive: “i compilatori [...] furono in grado, avendo concepito il *contractus* diversamente dai classici, di considerar tale anche la *datio*, perché richiede il consenso del creditore”. Analogamente scrive il De FRANCISCI P. in *L’evizione*, p. 18: dall’importanza riconosciuta al consenso del creditore, necessario per la *datio in solutum*, discende il fatto che i bizantini “possano chiamare la *datio in solutum*, *contractus*, pensando appunto all’accordo intervenuto”; e lo conferma nel suo scritto *La dottrina bizantina*, p. 303, così: “ho pensato e penso [...] che i bizantini siano stati condotti a chiamare *contractus* la *datio in solutum*, rilevando come essa richieda il consenso del creditore”.

¹³³ Cfr. anche, a sostegno di questa soluzione, D. 46, 3, 60 ed il rescritto diocleziano riportato in C. 7, 45, 8.

Tuttavia in altri due passi del *Corpus Iuris Civilis*, già esaminati precedentemente, si accorda al creditore evitto un'*actio utilis ex empto*. Si tratta di un rescritto di Antonino del 212 e di un frammento di Ulpiano, entrambi in materia di evizione di pegni dati *in solutum*¹³⁴.

C. 8, 44 (45), 4 Antoninus A. *Georgio*

“*Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nam eiusmodi contractus vicem venditionis obtinet*” [a. 212].

E' stato dagli interpreti dimostrato che l'intero tratto “*igitur-obtinet*” sarebbe interpolato, e del resto non si può negare che nella frase “*causa pignoris mutata non est*” sembra già contenuta la compiuta risposta data dall'imperatore al soggetto richiedente¹³⁵. Se il fondo dato “*pro soluto*” viene evitto, al creditore è concessa un'azione utile, infatti un tale “*contractus*” è inteso “*vicem venditionis*”.

Nel secondo passo, che è tratto invece dal Digesto e che da sempre ha dato luogo ad innumerevoli discussioni, una volta negata l'esperibilità della “*pigneraticia (o fiducia) contraria*”, si specifica che l'azione accordata al creditore nel caso di evizione del pegno (non più della fiducia) ricevuto in pagamento¹³⁶ è l'*actio utilis ex empto*:

D. 13, 7, 24 pr. (Ulpianus l. XXX *ad edictum*)

“[...] *immo utilis ex empto accomodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit* [...]”

Al creditore evitto, nel caso di dazione di una *res pro pecunia*, era concessa dunque un'azione utile, analoga all'*actio empti*, come se egli, assimilato al compratore, avesse diritto alla garanzia per l'evizione. Con tale azione egli poteva chiedere il risarcimento del danno subito a causa dell'*evictio*: “*in quantum eius intersit*”.

Anche il tratto qui riportato (“*immo-intersit*”) è stato oggetto di una attenta critica e sarebbe un'aggiunta dei commissari di Giustiniano¹³⁷.

In entrambi i passi, che quindi si ritengono interpolati, vi è un'assimilazione della *datio in solutum* alla vendita, come se la cosa data in pagamento fosse stata alienata per un prezzo pari alla somma di denaro dovuta, che in tal modo veniva compensata.

Ma la vendita è un contratto sinallagmatico, che determina in capo ai contraenti il sorgere dell'obbligazione di vendere e di comprare: è molto diversa dalla dazione *in solutum* di *aliud pro alio* come questa era intesa dai classici. Perciò bisogna chiedersi come e perché si giunse nel diritto giustiniano ad una simile conclusione.

Si ritiene ormai concordemente, sulla base di documenti epigrafici e papirologici, che la causa sia stata l'influsso della cultura orientale: l'avvicinamento dei due istituti era infatti tipico della tradizione giuridica greca ed ellenistica¹³⁸. Nei documenti greci vendita e *datio* addirittura si confondevano fra loro, anzi, la stessa dazione in pagamento era concepita come una vendita della cosa con compensazione del debito con il prezzo (di uguale importo) della stessa.

Ad ulteriore conferma dell'origine “non romana” di tale assimilazione, alcuni interpreti hanno posto in luce come i due istituti della *datio* e della vendita *compensato pretio* fossero entrambi conosciuti dai giuristi classici ma sempre, nelle fonti, considerati separatamente¹³⁹. Lo dimostra chiaramente un rescritto di Diocleziano dell'anno 293, che in precedenza è già stato riportato per intero:

¹³⁴ Come già detto, doveva trattarsi di una pratica molto frequente: cfr. NARDI E., *Op. cit.*, p. 113 e nota 103; BURDESE A., *Lex commissoria*, p. 126.

¹³⁵ Cfr. DE FRANCISCI P., *L'evizione*, p. 12 e p. 17 ss.; STEINER H., *Op. cit.*, p. 60 ss.; cfr. anche SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 166 ss. e ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 730. Non genuino soltanto “*nam-obtinet*” per: NARDI E., *Op. cit.*, p. 114 e p. 95 nota 84; MONIER R., *Op. cit.*, p. 118.

¹³⁶ Si ricordi che, come si è già detto, il passo originariamente trattava della *fiducia*. Cfr. DE FRANCISCI P., *L'evizione*, p. 11 nota 1; STEINER H., *Op. cit.*, p. 64 ss.; NARDI E., *Op. cit.*, p. 116 ss.; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 168; BURDESE A., *Lex commissoria*, p. 90 ss.

¹³⁷ Cfr. DE FRANCISCI P., *L'evizione*, p. 14 ss.; DE FRANCISCI P., *La dottrina bizantina*, p. 302 nota 1; STEINER H., *Op. cit.*, p. 65, p. 75, p. 163. Aderisce alla tesi del De Francisci la gran parte degli Autori: RICCA-BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 13 ss.; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 168 ss.; ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 730; PEROZZI S., *Op. cit.*, p. 416 nota 2; MONIER R., *Op. cit.*, p. 119 nota 9; BURDESE A., *Lex commissoria*, p. 91 ss. Cfr. anche ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 72 ss. *Contra*: NARDI E., *Op. cit.*, p. 118 e 119 in nota; MELILLO G., *Op. cit.*, p. 125 ss., che difendono la paternità di Ulpiano del passo D. 13, 7, 24, pr. Per il Nardi l'*actio utilis ex empto* sarebbe stata concessa al creditore già nell'età del giurista Ulpiano (del quale ricorda l'origine mediorientale) perché, secondo l'Autore, sembra più verosimile che l'influenza della diversa cultura orientale si sia verificata gradualmente.

¹³⁸ Cfr. in particolare: RABEL E., *Op. cit.*, p. 312 ss.; DE FRANCISCI P., *La dottrina bizantina*, p. 302 ss.

¹³⁹ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 177; ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 730; ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 72. Gli autori riportano l'elencazione dei passi in cui vendita con compensazione e *datio in solutum* sono distinte: “C. 8, 30 (31), 3; D. 40, 12, 19; D. 46, 3, 44; D. 20, 4, 4; D. 15, 3, 7, 4; D. 18, 1, 81 pr.; D. 20, 1, 16, 9; C. 4, 4, 49, 2; C. 5, 74, 1” (vedi ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 72 nota 5).

C. 8, 30 (31), 3 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Floro

“Si reddita debita quantitate vel rebus in solutum datis sive distractis compensato pretio [...]” [a. 293].

Viste le origini per così dire “ambientali” dell’accostamento tra *datio in solutum* e vendita, si può dire che questo venne accolto dai bizantini proprio “allo scopo di giustificare”, nel caso di evizione, “l’invocabilità da parte del creditore, dell’*actio utilis ex empto*”¹⁴⁰. Tale azione gli venne concessa quindi in virtù del riconoscimento di un’analogia tra la sua posizione, poichè aveva ricevuto la dazione della cosa *in solutum*, e la posizione del compratore. Intesa in questo modo, la teoria bizantina, che fu definita dalla dottrina addirittura “una vera deviazione dai principii più elementari”¹⁴¹, ha in realtà in sé “qualcosa di buono”¹⁴², perché risponde ad una innegabile esigenza di tutela.

Dunque si può affermare che in età giustiniana, dal momento che nel *Corpus Iuris* sono stati recepiti i passi che prevedevano i due diversi rimedi, vi fu la coesistenza di entrambi i mezzi di reazione all’evizione della *res in solutum data*.

Nel caso in cui la *res* venisse evitta, il creditore allora poteva scegliere: egli poteva agire “o appellandosi alle regole della *solutio*”¹⁴³, cioè facendo valere l’obbligazione originaria, “o invocando la responsabilità per l’evizione secondo le norme per la vendita [...] al fine di conseguire *quantum eius intersit*”¹⁴⁴. Come si vede le due *actiones* mirano a risultati differenti: dunque il loro concorso alternativo non può che perfezionare il meccanismo di difesa del creditore evitto.

Concludendo, la *datio in solutum* in diritto giustiniano resta sempre un negozio liberatorio, un surrogato della regolare *solutio* (a conferma di ciò è il passo delle Istituzioni sopra citato), e la concessione dell’*actio utilis ex empto* al creditore evitto non trasforma certo la *datio* in una vendita.

Bisogna ammettere anzi, respingendo la preoccupazione di alcuni autori¹⁴⁵, che l’avvicinamento dei due istituti ha avuto in sé, dal punto di vista pratico, il pregio di adattare “il metro del risarcimento del danno da evizione”¹⁴⁶ alle circostanze concrete sulla base dell’interesse del creditore ed a discrezione dello stesso.

4.4. BENEFICIUM DATIONIS IN SOLUTUM: LA COSIDDETTA “DATIO NECESSARIA O COATTIVA”

Fra le Novelle di Giustiniano vi sono due costituzioni che davano al debitore *ex contractu* di somme di denaro, la facoltà, qualora fosse privo di mezzi pecuniari e nella impossibilità di procurarseli mediante vendita a giusto prezzo dei suoi beni, di costringere i creditori a ricevere in pagamento beni immobili giudizialmente stimati¹⁴⁷.

Alcuni interpreti hanno voluto ricondurre questi casi alla dazione in pagamento, usando, con riferimento agli stessi, la locuzione “*datio in solutum necessaria o coattiva*”, oppure dicendo che al debitore era concesso per legge il *beneficium dationis in solutum*. Un Autore in particolare suddivise la sua Opera in due parti per trattare nella prima della *datio* volontaria e nella seconda del *beneficium dationis*¹⁴⁸.

¹⁴⁰ Così ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 72.

¹⁴¹ Cfr. SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 178.

¹⁴² Così RICCA-BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 20.

¹⁴³ Così NARDI E., *Op. cit.*, p. 122. Come si è detto, il parallelismo tra *solutio* e *datio in solutum* nel pensiero dei giustiniane emerge chiaramente dal passo I. 3, 29 pr.: “*Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit [...]*”.

¹⁴⁴ Così NARDI E., *Op. cit.*, p. 122. Accolgono la soluzione della scelta fra i due rimedi: ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 731: ammette che il creditore avesse “la scelta, in caso di evizione, di chiedere il pagamento del debito originario, o di far valere la responsabilità per l’evizione mediante l’*actio empti utilis*”; STEINER H., *Op. cit.*, p. 78 ss., p. 80, p. 152; RICCA-BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 29 ss. e p. 31; MONIER R., *Op. cit.*, p. 119, per il quale tuttavia “il est préférable d’admettre que la dette primitive est éteinte”. Vedi anche WINDSCHEID B., *Op. cit.*, p. 317.

¹⁴⁵ Cfr. DE FRANCISCI P., *L’evizione*, p. 19 ss. e p. 21, secondo il quale la teoria bizantina sarebbe “contraria ai principii, anzi illogica”, “un mauvais principe”; così anche SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 178: “una vera deviazione dai principii più elementari”.

¹⁴⁶ Così NARDI E., *Op. cit.*, p. 124.

¹⁴⁷ Un’approfondita trattazione dell’istituto in POLACCO V., *Op. cit.*, p. 56 ss. Vedi anche ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 729; STEINER H., *Op. cit.*, p. 160 ss.; NARDI E., *Op. cit.*, p. 70 ss.; SCHUPFER F., *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell’età del Risorgimento*, Torino, 1921, I, p. 241; PEROZZI S., *Op. cit.*, p. 416; BESTA E., *Op. cit.*, p. 173; WINDSCHEID B., *Op. cit.*, p. 316 e nota 12; AMBROSETTI T., *Op. cit.*, p. 123; BUSSI E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, 1937, Padova, vol. I, *Diritti reali e di obbligazione*, p. 329 ss.

¹⁴⁸ Cfr. POLACCO V., *Op. cit.*, p. 56 ss.

Ecco cosa prevedeva la prima delle due Novelle, risalente al 535:

Nov. 4, 3 pr.

“Quod autem de cetero humanis auxiliatur curis, licet quibusdam creditoribus non forte sit gratum a nobis tamen propter clementiam sancitur. Si quis enim mutuaverit aurum debitoris substantiae credens, at ille ad restitutionem auri non sit idoneus, substantiam autem immobilem habeat, ardeat aurum omnimodo quaerens, illi vero non sit facile, neque ulla mobilis substantia (domus enim creditori volenti immobiles res accipere pro auro), sed si nec quispiam emptor immobilium eius rerum adsit, creditore frequenter etiam divulgante quoniam subiacent debitoris res, et ob hoc terrente volentes emptionem: tunc in hac quidem felicissima civitate gloriosissimi nostrae reipublicae iudices [...], in provinciis autem gentium praesides praeparent, subtili aestimatione facta rerum debitoris, dari secundum quantitatem debiti possessionem immobilem creditoribus cum tali cautela cum qua debitor dare possit. Rerum vero datio sit huiusmodi: quaecumque quidem meliora sunt, dentur creditori, quae vero deteriora, apud debitorem post debiti solutionem manere sinantur. [...] Sed hoc quidem sit clementia quaedam clara legis: agnoscant autem creditores, quia etsi non hanc conscripsissemus legem, necessitatis ratio ad hoc causam perduceret. Si enim non sit idoneus pecuniarum debitor nec ullus emptor, nihil aliud facturum erat quam propriis cedere, et rursus res ad creditorem merito venirent aurum percipere non valentem [...]” [a. 535]¹⁴⁹.

Si stabiliva appunto che, se i mutuatari di somme non erano in grado di restituire il denaro (*mutua pecunia*) ed i loro creditori non accettavano la *datio in solutum* di cose mobili, qualora il debitore avesse avuto dei beni immobili che non riusciva a vendere, i giudici nella capitale ed i presidi nelle province dovessero trasferire ai mutuanti in soddisfacimento dei rispettivi crediti, gli immobili migliori (*“quaecumque quidem meliora sunt, dentur creditori”*), scelti dai creditori stessi e scrupolosamente stimati (*“subtili aestimatione facta rerum debitoris”*).

Si trattava dunque di un istituto creato a favore del debitore (*“a nobis autem propter clementiam sancitur”*)¹⁵⁰ e Giustiniano, prevedendo che la sua disposizione sarebbe risultata un po' ostica ai creditori, così aggiungeva: *“agnoscant autem creditores, quia etsi non hanc conscripsissemus legem, necessitatis ratio ad hoc causam perduceret”*. L'imperatore invitava i creditori a considerare che, anche senza la legge, sarebbero giunti al medesimo risultato per le vie esecutive¹⁵¹.

In tal caso, come si è detto, “al creditore era attribuita la facoltà di scegliere le terre migliori, facoltà [...] invece negata dalla Novella 120, 6, 2”¹⁵² del 544, nella quale l'imperatore dettava una norma particolare per il caso che debitrice fosse una chiesa o un'opera pia:

Nov. 120, 6, 2

“[...] Haec etiam super ipsis venerabilibus domibus definire praevidimus, ut si quaedam ex eis sive pro publicis collationibus sive pro alia necessaria causa eiusdem domus debitis obnoxiae fiat, et non est possibile de rebus mobilibus eadem persolvi debita, primo quidem ordine in speciali pignore dari immobilem rem creditori, ut eius fructus colligens reputet sibi tam in ipsis debitis mutuis pecuniis quam in usuris non amplius quarta parte centesimae [...]”.

Dopo aver descritto le modalità della vendita, Giustiniano così proseguiva:

“[...] Si vero secundum praedictum modum emptor huiusmodi rei non invenitur, iubemus creditorem ex iure praedictarum venerabilium domorum, quod pro soluto dicitur, eandem accipere possessionem, iusta et districta aestimatione facta, et addita in pretium decima parte universae aestimationis in ipsa quantitate accipere rem creditorem pro solutione certo dominio possessurum, ita tamen ut ordinatores debitoris venerabilis domus et amplior pars in eo deservientium huiusmodi venditionibus consentiat [...]” [a. 544].

¹⁴⁹ Cfr. per la traduzione della costituzione: NARDI E., *Op. cit.*, p. 70 ss.

¹⁵⁰ Del resto come nota il Leicht “Giustiniano [...] in tutta la sua legislazione, fu sempre molto favorevole ai debitori” e fu perciò che alla *datio* fatta col consenso del creditore “ne aggiunse una necessaria”. Vedi LEICHT P. S., *Storia del diritto italiano, Il diritto privato*, Roma, 1944, vol. III, *Le obbligazioni*, p. 114. Cfr. anche POLACCO V., *Op. cit.*, p. 59 ss., che si sofferma nell'analisi delle motivazioni economico-sociali che portarono all'emanazione della Novella.

¹⁵¹ Cfr. POLACCO V., *Op. cit.*, p. 60, in cui l'Autore cerca di interpretare le parole usate da Giustiniano nella Novella (in cui, come si è detto, sono chiaramente favoriti i debitori) con riferimento alla situazione economica del periodo: “le condizioni economiche, in cui versava allora l'Impero, spiegano [...] i pietosi sentimenti destatis nel cuore imperiale. La proprietà fondiaria era enormemente deprezzata, l'agricoltura languente sotto il peso di esorbitanti imposte: difficilissimo quindi trovare acquirenti di fondi, i cui possessori pertanto [...], se privi di denaro, potevano dirsi senz'altro insolventi, malgrado una fortuna apparente”.

¹⁵² Così ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 729.

Come emerge dalla costituzione, le istituzioni pie godevano di una posizione più favorevole rispetto agli altri debitori¹⁵³, sia perché il valore emerso dalla stima veniva aumentato di un decimo, sia perché, come si è detto, il creditore non aveva la scelta, perciò poteva ricevere in pagamento fondi fertili ma anche terreni sterili (“*aliud quidem fructiferarum aliud vero et sterilium possessionum*”)¹⁵⁴. Inoltre, esaminando il testo della Novella, si nota che le fondazioni pie avevano anche la facoltà, senza doversi spogliare della proprietà del fondo, di attribuirne al creditore il possesso con il relativo godimento dei frutti. Se poi il creditore riteneva di essersi soddisfatto con la percezione di tali frutti il tasso di interesse del capitale dovuto veniva diminuito¹⁵⁵.

Un precedente del *beneficium* concesso da Giustiniano si può rinvenire in un provvedimento di Giulio Cesare, risalente all’epoca della guerra civile (48 a. C.)¹⁵⁶.

Essendo il credito molto in ribasso in tutta l’Italia (“*cum fides tota Italia esset angustior*”) e non venendo restituiti i soldi prestati, Cesare stabilì che si nominassero degli arbitri perché provvedessero a stimare le “*possessiones et res*” dei debitori sulla base del valore che avevano prima della guerra ed a trasmetterle ai creditori. Anche questo più antico provvedimento era stato dunque occasionato da una situazione di deprezzamento della proprietà fondiaria.

E’ chiaro che l’istituto della *datio in solutum* “necessaria” trae origine da una fonte legale e, come si è detto, prescinde totalmente dal consenso del creditore a ricevere l’oggetto sostitutivo. Il creditore è pertanto “costretto” dalla disposizione di legge a ricevere l’*aliud*, e da ciò deriva l’attribuzione ad essa dell’aggettivo “coattiva”¹⁵⁷.

L’inquadramento della figura nello schema della *datio in solutum* è molto controverso¹⁵⁸.

Appare tuttavia evidente che il *beneficium* che fu concesso dal dittatore Cesare e dall’imperatore Giustiniano ai debitori di denaro è senza alcun dubbio un istituto ben diverso dalla *datio in solutum* intesa come negozio solutorio; con tali provvedimenti legislativi, assolutamente favorevoli ai debitori, infatti “si diede eccezionalmente” in periodi di grave crisi economica “il carattere di surrogati della moneta a cose che per se stesse non erano [...] moneta”¹⁵⁹.

5. LEGGI BARBARICHE E ALTO MEDIOEVO

Dopo la deposizione di Romolo Augustolo nell’anno 476 d.C., che ha segnato la fine dell’Impero Romano d’Occidente, nella *pars Occidentis* “si assiste all’emanazione ad opera dei re barbari [...] di leggi romano-barbariche”¹⁶⁰.

Fra queste la più importante fu la *lex Romana Wisigothorum* del 506, che contiene l’*Epitome Gai* al cui interno, come si è visto, vi è un passo che tratta della *datio in solutum*:

Gai Inst. Epit. 2, 10 (18) *Quibus modis obligatio tollitur*

¹⁵³ Cfr. WINDSCHEID B., *Op. cit.*, p. 316: “le chiese e le pie fondazioni, in quanto siano debitorici, godono [...] sotto questo aspetto particolari favori”.

¹⁵⁴ Cfr. WINDSCHEID B., *Op. cit.*, p. 316 e nota 12.

¹⁵⁵ In tal caso il tasso di interesse si riduceva al 3%. Cfr. WINDSCHEID B., *Op. cit.*, p. 317 nota 12.

¹⁵⁶ Si tratta di un passo del *De bello civili* (3, 1, 1-3); per la traduzione del quale vedi NARDI E., *Op. cit.*, p. 71; cfr. anche POLACCO V., *Op. cit.*, p. 57. Vedi anche il passo del giurista Svetonio (*Divus Iulius* 42, 3) che così ricorda la disposizione di Cesare: “*De pecuniis mutuis [...] decrevit [...] ut debitores creditoribus satis facerent per aestimationem possessionum, quanti quasque ante civile bellum comparassent [...]*”.

¹⁵⁷ Come si vedrà, la cosiddetta *datio in solutum* necessaria trovò numerose applicazioni durante tutto il periodo del diritto comune (in Germania venne concessa in occasione della Guerra dei Trent’anni), ma fu poi respinta dai razionalisti e sostituita dal principio generale, propugnato dall’art. 1243 del Code civil del 1804 e poi ripetuto dal codice italiano, che “le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due”.

¹⁵⁸ Molti autori reputavano fondamentale, nell’ambito della categoria “*datio in solutum*”, la distinzione fra le *dationes* volontarie e quelle “coattive”. Vedi per tutti la divisione dell’Opera effettuata dal Polacco alla quale si è già fatto cenno (POLACCO V., *Op. cit.*, p. 33). *Contra*: RODOTÀ S., voce *Dazione in pagamento (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. XI, p. 737, che esclude senz’altro che la dazione in pagamento possa essere estesa al di là dell’ambito negoziale.

¹⁵⁹ Sulla funzione del *beneficium* cfr. POLACCO V., *Op. cit.*, p. 58, in cui l’Autore, riferendosi alle leggi barbariche, nelle quali era previsto si potesse dare bestiame *pro pecunia*, osservava che in tal caso non si sarebbe potuto parlare propriamente di *aliud pro alio*, ma piuttosto di due diversi modi di normale pagamento, perché “presso i primitivi popoli germanici il bestiame era esso stesso una moneta, che aveva corso parallelo allo scarso metallo”.

¹⁶⁰ Così BURDESE A., *Manuale*, p. 55.

“*Tollitur obligatio solutione debiti. Praeterea aliquoties tollitur obligatio, etiam si aliud, quam cautum fuerit a debitore, creditori reddatur. Nam si quicumque pro pecunia, quam creditori cavit, acquiescente creditore, aurum aut argentum aut mancipia vel alias quaslibet species, habita aestimatione, consentiente creditore, dederit, obligatio evidenter tollitur*”.

Come evidenziato dall’Astuti l’esposizione fatta dall’epitomatore denota chiaramente la sua “incapacità di intendere il pensiero di Gaio sull’istituto della *datio in solutum*”¹⁶¹, infatti, a parte l’ovvia omissione del riferimento alla disputa tra Sabiniani e Proculiani, sotto diversi aspetti il passo si allontana vistosamente dal modello gaiano¹⁶².

In primo luogo si comprende nella nozione soltanto la *datio* di *res* in luogo di denaro (“*si quicumque pro pecunia, quam creditori cavit*”), in secondo luogo è ripetuto due volte il requisito del consenso del creditore, forse riferito prima alla dazione e poi alla “*aestimatio rei*”¹⁶³.

L’Autore sostiene a ragione che “sarebbe fuori luogo ricercare tracce della *datio in solutum* nelle fonti di età romano-barbarica e nell’alto medioevo” perché l’individuazione dell’istituto “esige una giurisprudenza in grado di elaborare precisi concetti dommatici e sottili distinzioni”¹⁶⁴.

Un Autore ha ritenuto di individuare un caso di *datio in solutum* in un passo dell’editto longobardo (Liutpr. cap. 43)¹⁶⁵ in cui si prevedeva che il debitore, qualora non potesse consegnare la cosa dovuta perché questa era andata perduta, “pote[ss]e liberarsi, in certi casi, dando una cosa equivalente”¹⁶⁶.

Secondo quanto scrive un altro interprete, l’istituto della *datio in solutum* doveva essere “largamente applicato in quei tempi ed in quelle regioni dove non vi era abbondanza di numerario”¹⁶⁷.

Ma l’esistenza di casi in cui il creditore accettava di ricevere dal debitore beni *pro pecunia*, in periodi di particolare scarsità di denaro, non prova affatto che presso queste popolazioni si applicasse la *datio in solutum* come negozio solutorio e modo di estinzione delle obbligazioni. Anzi, nelle ipotesi previste dalle leggi barbariche, si può ravvisare piuttosto la cosiddetta “*datio coattiva*”, perché al creditore veniva imposto di accettare armi o animali o altri beni dal debitore che non fosse in grado di pagare¹⁶⁸.

Lo stesso passo dell’editto longobardo (cap. 43 di Liutprando), come ravvisato da altri interpreti, “non ha nulla a che vedere con la *datio in solutum* volontaria”¹⁶⁹.

Analizzando infine le costituzioni riguardanti la *datio in solutum* compendiate nella *Summa Perusina*, si ha la conferma del fatto che anche il periodo dell’alto medioevo fu caratterizzato dalla “più completa ignoranza della natura e della funzione giuridica dell’istituto”¹⁷⁰.

Solo la “rinascita” dell’interesse per lo studio del diritto romano, che portò ad una sapiente ed accurata esegesi dei passi del *Corpus Iuris* ad opera degli studiosi della scuola giuridica bolognese, rese nuovamente possibile la precisa individuazione della figura della *datio in solutum*¹⁷¹.

¹⁶¹ Così ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 731.

¹⁶² Cfr. il già analizzato brano delle “*Institutiones*” Gai Inst. 3, 168: “*Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debetur. Unde quaeritur si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit [...]*”

¹⁶³ Cfr. ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 731. Vedi anche, quasi nello stesso senso, BESTA E., *Op. cit.*, p. 173, che così scrive: “in Occidente il Gaio visigotico richiedeva [...] l’assenso del creditore non pure alla sostituzione del numerario con oro o argento in barre o con animali od altre cose, ma alla determinazione del valore degli oggetti sostituiti”.

¹⁶⁴ Cfr. ASTUTI, *Op. cit.*, p. 731.

¹⁶⁵ Vedi *Edictus Langobardorum, Liutprandi leges*, cap. 43 *De donatione*, edizione a cura di BLUHME F., Hannover, 1869, p. 103.

¹⁶⁶ Così NANI C., *Storia del diritto privato*, Torino, 1902, pp. 442-443.

¹⁶⁷ Così BESTA, *Op. cit.*, p. 173, che sostiene (peraltro con una motivazione piuttosto fragile) che la regola *aliud pro alio solvi non potest*, dal momento che non fu assoluta nel diritto romano “non potè essere rispettata *ad unguem* nel medioevo”.

¹⁶⁸ Cfr. ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 732.

¹⁶⁹ Così ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 731, secondo il quale il passo “stabilisce che, nel caso di evizione della cosa donata, il donatore possa liberarsi da ogni responsabilità prestando *aliam talem rem, qualem donavit*”. Cfr. anche LEICHT P. S., *Op. cit.*, p. 114 nota 15, secondo il quale la tesi del Nani non può essere accolta poiché quello descritto nel Liutprando sarebbe “un caso ben diverso trattandosi di sostituzione di una cosa donata che era stata oggetto di evizione”.

¹⁷⁰ Così ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 732. Cfr. i seguenti passi della *Summa Perusina*: IV, 10, 6; IV, 15, 5; IV, 44, 9; IV, 51, 4; VII, 45, 8; VIII, 19, 1; VIII, 30, 3; VIII, 42, 10; VIII, 42, 16; VIII, 44, 4.

¹⁷¹ Cfr. LEICHT P. S., *Op. cit.*, p. 114: “della *datio in solutum* nulla sappiamo quanto al periodo anteriore al rinnovamento degli studi di diritto romano promosso dalla scuola di Bologna”.

PARTE SECONDA:
LA DATIO IN SOLUTUM NEL DIRITTO INTERMEDIO

1. L'ETÀ DEL DIRITTO COMUNE

1.1. IL RINASCIMENTO GIURIDICO E LA GLOSSA BOLOGNESE

Una definizione esatta della *datio in solutum*, chiaramente derivata dalle Istituzioni di Giustiniano, si trova all'interno del *Brachylogus*, un manualetto elementare in quattro libri in cui è compendiato il diritto privato romano. L'opera, la cui datazione e il cui autore non sono certi, risale alla fine dell'XI secolo o forse agli inizi del XII¹⁷².

In maniera chiara e precisa, sotto il titolo *Quibus modis obligatio tollitur*, veniva così individuato l'istituto della *datio in solutum*:

Brachylogus iuris civilis, III, 18, 1¹⁷³

“*Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur [...]; item si quis aliud pro alio solverit volenti creditori, constat obligationem perimi*”.

La somiglianza con il passo delle Istituzioni è evidente¹⁷⁴.

La *datio* di *aliud pro alio*, effettuata col consenso del creditore (“*volenti creditori*”), è anche qui ad ogni effetto equiparata alla regolare *solutio* (“*solutio eius quod debetur*”): è un modo alternativo di estinguere l'*obligatio* perché comporta anch'essa la *satisfactio* del creditore acquiescente.

Dunque a partire dal XII secolo, secolo in cui con il rifiorire degli studi giuridici si andava riscoprendo il grande valore delle fonti romane, lo schema che avevano elaborato i giuristi classici tornò finalmente ad essere compreso correttamente.

I *doctores* della scuola bolognese, per interpretare e spiegare i passi del *Corpus Iuris*, facevano un “uso sapiente degli strumenti della logica formale e della argomentazione legale”¹⁷⁵: essi, nel “*legere in legibus*”, cioè nell'illustrare ai loro discepoli il significato dei testi, vi aggiungevano a margine delle notazioni esplicative o *glossae* che, mano a mano, ne divennero un'imprescindibile cornice¹⁷⁶.

Ed è proprio dall'esame della *Magna Glossa* di Accursio che emerge come l'istituto romano della *datio in solutum* fosse conosciuto dai giuristi del 1200¹⁷⁷: era infatti “individuato con chiarezza come modo di estinzione delle obbligazioni, presentato ora come particolare ipotesi di *solutio*, ora come istituto autonomo e distinto dall'adempimento in senso stretto”¹⁷⁸.

Contratto solutorio in senso moderno dunque, ma, come nel diritto giustiniano, assimilato alla compravendita per taluni suoi aspetti¹⁷⁹: questo è ciò che all'interprete appare analizzando la Glossa

¹⁷² Il compendio, chiamato anche *Corpus legum*, ha la stessa struttura delle Istituzioni giustiniane. Nemmeno il luogo d'origine è sicuro: forse fu un'opera italiana precedente ad Imerio (parte della dottrina l'ha attribuita al suo precursore Pepono), forse francese della scuola pre-bolognese di Orleans. Cfr. per le notizie storiche sull'opera: ASTUTI G., voce *Brachilogo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1958, vol. II, p. 563 ss. Secondo l'Autore è generalmente riconosciuto in dottrina che “l'opera presenta notevoli pregi”, in particolare un'esposizione ordinata e concisa ed un gran numero di definizioni, ciò perché doveva trattarsi di un manuale destinato alla scuola.

¹⁷³ Vedi *Brachylogus iuris civilis (Corpus legum sive)*, III, 18, 1. Edizione consultata a cura di Böcking E., Berlin, 1829, p. 106.

¹⁷⁴ Ci si riferisce al già riportato passo I. 3, 29 pr.: “*Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit [...]*”.

¹⁷⁵ Così ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento (storia)*, p. 732.

¹⁷⁶ Cfr. CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, 1982, p. 105 ss.

¹⁷⁷ Cfr. LEICHT P. S., *Op. cit.*, p. 114, il quale evidenzia che, contrariamente, “nella *Summa Codicis* di Azzone e nelle glosse pre-accursiane non si dà[va] particolare rilievo” all'istituto.

¹⁷⁸ Così ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento (storia)*, p. 732. Cfr. anche LEICHT P. S., *Op. cit.*, p. 113: “istituto [...] regolato dal diritto romano che suscitò pure l'attenzione dei giuristi dell'età intermedia”.

¹⁷⁹ Cfr. BUSSI E., *Op. cit.*, p. 329, che così scrive sulla *datio in solutum* volontaria: “dai giuristi viene considerata come un contratto solutorio, irrevocabile, e di natura simile alla vendita”.

accursiana al celebre testo contenuto in D. 46, 3, 46¹⁸⁰ e la *Glossa in Codicem*¹⁸¹ con particolare attenzione alle annotazioni relative ai passi C. 8, 30 (31), 3; C. 7, 45, 8 e C. 8, 44 (45), 4.

C. 8, 30 (31), 3 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Floro

“*Si reddita debita quantitate vel rebus in solutum datis sive distractis compensato pretio satis ei contra quem supplicas factum adito praeside probaveris [...]*” [a. 293].

Nel rescritto, come si è detto in precedenza, Diocleziano rispondeva che, qualora il debitore avesse provato, una volta pagata la somma dovuta o date cose in pagamento oppure vendute con compensazione, di aver soddisfatto il creditore, gli dovevano essere restituite le cose vincolate dal pegno.

Dalla glossa del passo si desume che il giurista Accursio accoglie il parere dell'imperatore postclassico: l'obbligazione che era garantita dal pegno si estingue. Dunque la *datio in solutum* era equiparata anche nel pensiero del glossatore al regolare adempimento, e ancora si poteva dire che, sia “*reddita debita quantitate*” sia “*rebus in solutum datis*”, purchè vi fosse stata *satisfactio* del creditore, il debitore aveva diritto alla restituzione dei pegni che garantivano il credito.

Particolarmente originale fu la teoria delineata dai glossatori relativamente all'aspetto processuale della *datio*, cioè al rimedio spettante al creditore nel caso di evizione della *res in solutum data*¹⁸². Come si è detto in precedenza il *Corpus Iuris* prospettava due diverse soluzioni: la permanenza dell'azione a difesa del credito originario¹⁸³, oppure la concessione, per analogia con la vendita, di una *actio utilis ex empto*, come si leggeva nel rescritto contenuto in C. 8, 44 (45), 4¹⁸⁴.

La Glossa tentò di conciliare l'antinomia tra i passi distinguendo l'ipotesi in cui si dava una *res pro pecunia* da quella in cui si dava una cosa in vece di un'altra (*datio di res pro re*)¹⁸⁵: se l'oggetto dedotto in obbligazione era una somma di denaro, la *datio* di una *res* in luogo della pecunia dovuta veniva considerata “una specie di vendita fatta dal *solvens* al creditore”¹⁸⁶, se invece si prestava una cosa in luogo di un'altra il negozio era assimilato ad una permuta e, poiché non era passata la proprietà della cosa data in pagamento, rimaneva ancora possibile far valere l'obbligazione originaria¹⁸⁷.

C. 7, 45, 8 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Licinio¹⁸⁸

“*Libera quidem Theodota, quam ex emptionis causa [vel in solutum creditori] traditam proponis [...]*” [a. 294].

Si tratta del caso della donna Teodota, pronunciata libera con sentenza che, salvo appello, non poteva essere rescissa.

Solo se il giudicato era intervenuto “*praemissa denuntiatione ei, qui auctor huius mulieris fuit*”, cioè previa denuncia a colui che aveva venduto la donna libera, il richiedente poteva agire contro di lui con l'*actio empti* allo scopo di ottenere un'indennità pari al pregiudizio subito per non aver ricevuto la proprietà sulla donna comprata (in “*quanti tua interest*”).

¹⁸⁰ Vedi *Accursii Glossa in Digestum Novum* a cura dell'Università di Torino, Torino, 1968-1969, *glossa ad D. 46, 3, 46*, di particolare interesse perché in essa si spiegava l'esistenza nelle fonti di due diversi rimedi per il caso di evizione: “*hic eo modo accepit, ut non discederet a prima obligatione alias quam si fuerit facta eius res; ibi vero non ita. Vel hic aliud pro alio, ibi aliud pro pecunia*”. Cfr. anche la glossa al passo D. 13, 7, 24 pr.

¹⁸¹ Edizione consultata: *Accursii Glossa in Codicem* a cura dell'Università di Torino, Torino, 1968-1969.

¹⁸² Cfr. MONIER R., *Op. cit.*, p. 115: “on discute depuis la renaissance de l'étude scientifique du droit romain comment était assuré le recours du créancier, quand il n'avait pas été rendu propriétaire de la chose [...] et se trouvait [...] menacé d'éviction par le véritable propriétaire”.

¹⁸³ Si veda il passo D. 46, 3, 46 “*manet pristina obligatio*”, che rappresenta la soluzione data dai giuristi del periodo classico.

¹⁸⁴ Nel passo, più volte richiamato, si legge: “[...] *si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nam eiusmodi contractus vicem venditionis obtinet*”. Secondo alcuni interpreti, la Glossa riconosceva al creditore, evitto della *res* ricevuta in pagamento, l'*actio empti* vera e propria (lo si desume sulla base della glossa: “*videtur danda antiqua*”): vedi per tutti LEICHT P. S., *Op. cit.*, p. 115.

¹⁸⁵ Vedi sempre con riguardo alla posizione della Glossa (di seguito accolta dal Cuiacius) sull'evizione della *res in solutum data*: ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento (storia)*, p. 729; LEICHT P. S., *Op. cit.*, p. 113; DE FRANCISCI P., *L'evizione*, p. 7; RICCA BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 20 ss.; MONIER R., *Op. cit.*, p. 115; BUSSI E., *Op. cit.*, p. 329 ss.; STEINER H., *Op. cit.*, p. 50 ss.; KRETSCHMAR P., *Op. cit.*, p. 57; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 160; MELILLO G., *Op. cit.*, p. 92; AMBROSETTI T., *Op. cit.*, p. 136; WINDSCHEID B., *Op. cit.*, p. 318; GIORGI G., *Op. cit.*, p. 390; ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 17 ss. in nota 14.

¹⁸⁶ Così DE FRANCISCI P., *L'evizione*, p. 7.

¹⁸⁷ Secondo Windscheid tuttavia “dal diritto della permuta scaturirebbe una *actio praescriptis verbis* (od una *condictio*), ma non che *manet, durat pristina obligatio*”: vedi WINDSCHEID B., *Op. cit.*, p. 318. Così anche MELILLO G., *Op. cit.*, p. 92.

¹⁸⁸ E' riportato in parentesi il tratto sospetto di interpolazione: “*vel in solutum creditori*”.

E Accursio così annota: “*denunciatio que est necessaria ut de eius evictione agi possit*”¹⁸⁹: dunque nel caso in cui la donna libera fosse stata comprata si esercitava l’*actio empti*, e nel caso fosse stata *data in solutum* si poteva agire con l’*actio utilis ex empto* (o forse con la stessa *actio empti*).

Infatti, secondo quanto specifica la glossa, bisognava distinguere “*an species pro specie in solutum detur*”, “*an res pro pecunia*”: se si verificava l’evizione, al primo caso, dal momento che la proprietà non era stata trasmessa, si riteneva applicabile la regola contenuta nel testo di Marciano D. 46, 3, 46 (“*manet pristina obligatio*”), mentre nel secondo veniva concessa al creditore evitto, quasi fosse stato un compratore, l’*actio empti utilis*, prevista anche in C. 8, 44 (45), 4 (“*nam eiusmodi contractus vicem venditionis obtinet*”)¹⁹⁰.

“Per comprendere le motivazioni di questa tesi occorre innanzi tutto tenere presente che, secondo i giuristi della Glossa, nel diritto romano il creditore non sarebbe stato obbligato a procurare all’acquirente la proprietà delle cose alienate, ma soltanto ad assicurargli il pacifico possesso delle cose vendute (*habere licere*), mentre a quest’obbligo sarebbero stati reciprocamente soggetti i permutanti”¹⁹¹.

La distinzione, proposta dalla Glossa ed accolta successivamente anche dal Cuiacio, appare comunque “arbitraria e priva di base nelle fonti”¹⁹²: opinabile perché l’istituto della *datio in solutum* in virtù di essa viene ad essere “frantumato senza alcuna ragione né vantaggio alcuno”¹⁹³, priva di valido fondamento in quanto trascendente la lettera dei passi. In essi infatti talvolta “non si precisa l’oggetto dell’obbligazione originaria, oppure lo si indica con termini [...] generalmente impiegati per designare sia la prestazione di cose sia quella di denaro”¹⁹⁴. In particolare, secondo alcuni autori¹⁹⁵, la tesi sarebbe contraddetta dal passo di Paolo contenuto in D. 46, 3, 98 pr., dove il debito primitivo doveva essere probabilmente un debito pecuniario ma non compare affatto il riferimento all’*actio empti*: il creditore evitto agisce invece facendo valere l’antico credito¹⁹⁶.

Notevole interesse suscitò negli interpreti del diritto comune anche la cosiddetta *datio in solutum necessaria*: parte della dottrina ritiene che i *doctores* siano giunti ad attribuire a tale *beneficium* un carattere generale a favore del debitore, concedendo, a chi non fosse in grado di pagare il debito né di ricavare denaro dalla vendita dei suoi beni, la possibilità di attribuire al creditore, previa *aestimatio*, le cose date in pegno¹⁹⁷.

1.2. DAI COMMENTATORI AI TRATTATISTI. LA SCUOLA CULTA FRANCESE: DUE TEORIE SULL’EVIZIONE DELLA *RES DATA IN SOLUTUM*

¹⁸⁹ Con questa precisazione la Glossa sembrerebbe escludere la possibilità per il creditore di agire “*ob debitum reddendum*”: la previa denuncia da parte del creditore evitto viene considerata non più meramente eventuale bensì *condicio sine qua non* per esercitare il rimedio processuale.

¹⁹⁰ Nella glossa al passo D. 46, 3, 46 si distingue infatti chiaramente tra dazione di “*aliud pro alio*” e dazione di “*aliud pro pecunia*”.

¹⁹¹ Così ZACCARIA A., *Op. cit.*, pp. 17-18 nota 14, in cui l’Autore analizza e spiega in maniera approfondita la teoria prospettata dalla Glossa. Vedi anche RICCA BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 21: in un caso “la *datio* sarebbe da equipararsi a una vendita fatta dal debitore, la quale rendendosi perfetta con la semplice tradizione e senza che il compratore diventi proprietario (*tradendo rem, licet non faciat emptorem dominum*), rimarrebbe integra [e dunque azionabile] nonostante l’evizione”, nell’altro caso “la *datio* darebbe origine a una permuta, la quale, richiedendo il trasferimento della proprietà, viene meno quando è evitta la cosa”, perciò al creditore non rimarrebbe che l’azione a difesa del credito originario. Cfr. anche SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 160.

¹⁹² Così DE FRANCISCI P., *L’evizione*, p. 8; cfr. RICCA BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 22: “poiché le fonti nulla dicono [...], la teoria di cui trattiamo, oltre che priva di fondamento in sé, è priva anche di appiglio nelle fonti”; ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 18 nota 14; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 161: “è arbitrario ammettere che la *datio in solutum* abbia natura ed effetti diversi, secondo che si dia una *res* in luogo di *pecunia* o una *res* in luogo di un’altra *res*”; anche per ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento (storia)*, p. 729, la distinzione è “gratuita ed arbitraria”. Al Monier la tesi appare “artificielle” perché essa, così scrive l’Autore, “aboutit à traiter différemment le cas des sommes d’argent et des dettes ayant un objet autre que de l’argent, sans que les textes latins fassent une pareille distinction, et à donner suivant le cas une nature distincte à la dation en paiement”: vedi MONIER R., *Op. cit.*, p. 115.

¹⁹³ Così SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 161.

¹⁹⁴ Vedi ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 18 nota 14.

¹⁹⁵ Cfr. DE FRANCISCI P., *L’evizione*, p. 8; RICCA BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 22; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 161; STEINER H., *Op. cit.*, p. 48 nota 1, p. 55 ss., p. 77, p. 145 ss.

¹⁹⁶ Il testo è contenuto in D. 46, 3, 98 pr. (Paulus I. XV *quaestionum*). Secondo il Nardi tuttavia, non è certo che la dote di cui si parla nel passo fosse davvero pecuniaria, e nemmeno è sicuro che il brano parli di una *datio in solutum*. Cfr. NARDI E., *Op. cit.*, pp. 63-64, che riporta il frammento in questione come esempio di *solutio*, e non di *datio in solutum*.

¹⁹⁷ Cfr. ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento (storia)*, p. 733; BUSSI E., *Op. cit.*, p. 330: “nel diritto comune [...], conformemente alla tendenza dei dottori, i quali cercavano di pervenire alla formulazione di principi universali, la *datio in solutum necessaria* ha un carattere ben più generale e si estende, forse, anche all’attribuzione al creditore - previa stima - della cosa data in pegno”. Vedi anche SCHUPFER F., *Op. cit.*, p. 241.

La tesi della Glossa trovò un certo seguito nel periodo intermedio¹⁹⁸, durante il quale venne accolta, approfondita od elaborata dai famosi interpreti della scuola del Commento, dai trattatisti e dai grandi giuristi dell'Umanesimo¹⁹⁹.

I commentatori italiani del XIV secolo analizzavano il *Corpus Iuris Civilis* con l'intento di ricavarne una trattazione logico-sistematica degli istituti e di applicare così al presente i principi del diritto privato romano: Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi si occuparono della *datio in solutum*, interpretando correttamente i passi ad essa inerenti, riconoscendone la natura di negozio solutorio ed evidenziandone le analogie con la vendita²⁰⁰.

Così scriveva Bartolo commentando il passo D. 46, 3, 46:

*“Si species pro specie soluta evincatur in totum, vel in partem, liberatio non contigit [...] hic non fuit facta res accipientis”*²⁰¹.

Come si vede, il giurista accoglieva l'opinione della Glossa: nel caso fosse stata *data in solutum* una cosa per un'altra (*“species pro specie”*), e l'accipiente ne avesse poi subito l'evizione totale o parziale, questi poteva far valere senz'altro la *pristina obligatio*. Infatti procede Bartolo, la *datio in solutum* di *species pro specie*:

“est quaedam permutatio, in qua quis tenetur ad dandum, et ad rem accipientis faciendam [...] Unde si rem accipientis non faceret, non fuit a prima obligatione liberatus”;

mentre invece, come già avevano sostenuto i glossatori, la *datio* di *species pro pecunia*:

*“est quaedam emptio [...], in qua quis tenetur ad tradendum: unde eo ipso quo tradidit, fuit liberatus. Ideo si evincatur tenetur utili ex empto de evictione, non prima”*²⁰².

Il giurista Baldo, a sua volta, estese alla *datio* alcune norme relative alla compravendita: innanzitutto la regola secondo cui la dazione doveva valere *in toto* (e quindi l'inammissibilità di una *datio pro parte*), in secondo luogo l'importanza per la perfezione del negozio dell'accordo specifico delle parti sul “prezzo” della cosa data *in solutum*, infine la necessità di fare sempre espresso riferimento al debito che con la *datio* si voleva estinguere²⁰³.

L'azione esperibile dal creditore in seguito all'evizione non poteva essere quella a difesa dell'obbligazione originaria, perchè, secondo Baldo²⁰⁴, il debitore e il creditore, con il loro accordo, ponevano in essere “una vera e propria novazione obiettiva, che [estingueva] il rapporto precedente”²⁰⁵. Al creditore evitto spetta l'*actio utilis ex empto*: dunque nella mentalità del giurista Baldo la *datio in solutum* “*vicem venditionis obtinet*”²⁰⁶.

L'istituto fu poi oggetto di numerose trattazioni monografiche *de datione in solutum, de bonis in solutum dandis, de in solutum bonorum datione, de solutionibus et liberationibus*, fra le quali vanno menzionate quelle del Glusiano, del Novario, del Romussi, del Freyers²⁰⁷.

¹⁹⁸ Cfr. ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento (storia)*, pp. 732-733; BUSSI E., *Op. cit.*, pp. 330-331; BESTA E., *Op. cit.*, p. 174; ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 73; vedi LEICHT P. S., *Op. cit.*, p. 113 ss.; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 160; STEINER H., *Op. cit.*, p. 55 ss.

¹⁹⁹ Il periodo durante il quale si assiste al graduale passaggio dalla Glossa al Commento dura circa cinquant'anni e si può situare fra il 1250 e il 1300. A questo arco di tempo si fanno risalire anche i primi trattati monografici, anche se il genere letterario del *Tractatus* ebbe i suoi maggiori esponenti fra il XIV e il XVI secolo. Il cosiddetto Umanesimo giuridico e la Scuola Culta francese risalgono invece al XVI secolo. Cfr. CAVANNA A., *Op. cit.*, p. 139.

²⁰⁰ Si vedano i commenti di Baldo ai frammenti C. 8, 44 (45), 4; C. 7, 45, 8 (in BALDUS UBALDI PERUSINUS, *In VII, VIII Codicis libros Commentaria*, Venezia, 1577-1580) e di Bartolo a D. 46, 3, 46; D. 13, 7, 24 pr. Cfr. ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento (storia)*, p. 732; BUSSI E., *Op. cit.*, pp. 330-331; ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 73; LEICHT P. S., *Op. cit.*, p. 114.

²⁰¹ Cfr. BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Opera Omnia*, Lungduna (Lione), 1581, *In primam Digesti novi partem*, vol. IV, *ad l. XLVI Dig.*, p. 85.

²⁰² Cfr. BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Digesti novi partem*, nel commento *ad l. XLVI Dig.*, p. 85. La soluzione accolta dal giurista corrisponde esattamente a quella tramandata dalla *Magna Glossa*, che distingueva la *datio* di “*aliud pro alio*” dalla *datio* di “*aliud pro pecunia*” (si veda la già citata glossa al passo D. 46, 3, 46 pr.).

²⁰³ Cfr. Baldo, nei commenti ai seguenti passi: D. 12, 6, 26, 4; D. 42, 1, 15; C. 7, 45, 8. Vedi ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento (storia)*, p. 732; BUSSI E., *Op. cit.*, pp. 330-331; LEICHT P. S., *Op. cit.*, p. 114.

²⁰⁴ Sulla base della *constitutio* contenuta in C. 8, 44 (45), 4 Antoninus A. *Georgio*: “*Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nam eiusmodi contractus vicem venditionis obtinet*” [a. 212].

²⁰⁵ Così BUSSI E., *Op. cit.*, p. 331. Così scrive ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 73: “Baldo sostenne che la *datio in solutum* trasformerebbe il rapporto originario in compravendita attraverso una novazione, in conseguenza della quale l'obbligazione [...] verrebbe sostituita con quella di vendere e, rispettivamente, di acquistare per un prezzo corrispondente all'ammontare del debito originario”.

²⁰⁶ Vedi LEICHT P. S., *Op. cit.*, p. 115.

²⁰⁷ Per un elenco dei trattati vedi in particolare MELILLO G., *Op. cit.*, p. 92 nota 2.

Il Romussi, nel suo *Tractatus*²⁰⁸, così definiva la *datio in solutum*:

“est autem in solutum datio, ut plerisque placet quaedam remissio, quae a debitore de re propria fit creditori ut ex ea illi satisfiat, dominiumque ab illo in hunc transeat, traditione accedente, nisi aliter actum sit”.

Secondo quanto specifica lo stesso Autore questa doveva essere la nozione comunemente accolta dalla dottrina (*“ut plerisque placet”*).

Analizzando il brano si possono fare due rilievi: innanzitutto in esso si richiede espressamente che la *res data in solutum* appartenga effettivamente al debitore (*“remissio de re propria”*), così escludendo la possibilità per il *solvens* di dare in pagamento una cosa altrui, in secondo luogo si esige per la perfezione della *datio*, e quindi perché l'obbligazione si estingua, la *traditio* del bene sostitutivo²⁰⁹.

L'istituto della dazione in pagamento, con il suo complicato aspetto processuale, suscitò anche l'attenzione degli interpreti della Scuola Culta francese: Jacopo Cuiacio (Cujas) e Ugo Donello (Doneau).

Il Cuiacio si interessò in particolare al problema concernente il rimedio esperibile a seguito di evizione della *res data in solutum*: anch'egli lo risolveva accogliendo la distinzione che era stata proposta dalla Glossa.

Se l'oggetto originariamente dovuto era una somma di denaro, la dazione di una *res aestimata pro pecunia* poneva in essere *“una specie di vendita”*²¹⁰, perciò, secondo il Cuiacio, si doveva affermare che:

*“ex natura emptionis liberationem contingere ei, qui rem alienam solvit pro pecunia, qui pro venditore habetur, quia venditor non tenetur rem facere accipientis”*²¹¹.

Se invece si dava una *res pro alia re* il negozio era assimilabile ad una permuta e, poiché quando la proprietà non veniva trasmessa quest'ultima non poteva dirsi perfetta, restava senz'altro in vita l'*obligatio* originaria. Allora nel primo caso il creditore evitto doveva esperire l'*actio empti*, nel secondo l'azione a difesa del suo credito²¹².

Nel *Tractatus ad Africanum* tuttavia, come notano diversi Autori, lo stesso Cuiacio già assumeva una diversa posizione, analoga a quella che poi sarebbe stata propugnata dal Donello: *“il creditore [...] avrebbe avuto il diritto di scegliere tra l'azione derivante dal rapporto originario e la utilis actio ex empto”*²¹³.

Il Donello infatti, prospettando una tesi nuova, diversa da quella che era stata proposta dalla Glossa e sino a quel momento sempre accettata dai giuristi italiani e francesi, sostenne che il creditore che avesse subito l'evizione della *res in solutum accepta* avrebbe senz'altro potuto optare fra l'uno e l'altro rimedio.

Ecco cosa scriveva il Donello nel suo Commentario *de Jure Civili*²¹⁴:

*“Cui consequens est, ut cui ita res aliena soluta est, quae illi ad solutionem dari debebat, ei pristina maneat actio [...] ut iam ab initio constituit liberationem natam non esse. Idem tamen interdum agere potest re evicta utili actione ex emto, quod tunc receptum est, cum is qui pecunia debebat, pro pecunia speciem, puta fundum in solutum dedit. Ex emto actio in proposito ideo, quia cum res datur pro pecunia, emtio et venditio contrahitur”*²¹⁵.

Dato per certo che quando gli fosse stata data una *“res aliena”* l'accipiente potesse esercitare la *“pristina actio”*, si poneva l'ipotesi che fosse stato dato un fondo in luogo di una somma di denaro e ci si chiedeva se dando una *res pro pecunia* si contraesse una *emptio-venditio*. In caso di evizione bisognava allora concedere al creditore l'*actio empti*? *Datio in solutum* e vendita non potevano essere ritenute uguali, perciò non si poteva pensare che al creditore evitto potesse spettare l'*actio empti* vera e propria:

*“sed ex emto tantum utilis, quia si spectatur id quod in proposito principaliter agitur, non potest videri contracta emtio; cum id quod datur pro pecunia, solvendi causa detur, proinde et negotii distrahendi. Non potest autem idem distrahendi negotii causa datur videri simul et contrahendi [...]”*²¹⁶.

²⁰⁸ Vedi ROMUSSI G. D., *Tractatus de datione in solutum*, in *Raccolta di trattati*, Firenze, 1836-37, II, p. 538.

²⁰⁹ Cfr. AMBROSETTI T., *Op. cit.*, p. 123. Vedi anche POLACCO V., *Op. cit.*, p. 10 nota 1. Secondo questo Autore il Romussi sembra considerare nella definizione soltanto l'ipotesi della *datio* di *species pro pecunia*: *“altrimenti non avrebbe detto che è una remissio quae de re propria fit creditori [...]”,* ma avrebbe accentuato che questa *res* deve essere diversa da quella dovuta”.

²¹⁰ Così DE FRANCISCI P., *L'evizione*, p. 7.

²¹¹ Vedi CUIACIO J., *Observationes*, XIX, 38 (in *Opera*, Prato, 1839). Cfr. DE FRANCISCI P., *L'evizione*, p. 7.

²¹² Cfr. DE FRANCISCI P., *L'evizione*, pp. 7-8; RICCA BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 21 ss.; MONIER R., *Op. cit.*, p. 115; ZACCARIA A., *Op. cit.*, pp. 17-18 nota 14; STEINER H., *Op. cit.*, p. 50 ss.; KRETSCHMAR P., *Op. cit.*, p. 57; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 160 ss.; ALLARA M., *La prestazione*, p. 34 nota 2.

²¹³ Così MELILLO G., *Op. cit.*, p. 92 nota 2. Vedi CUIACIO J., *Ad Africanum tractatus*, 1.1496, in *Opera*, Napoli, 1722. Cfr. GIORGI G., *Op. cit.*, p. 390; ALLARA M., *La prestazione*, p. 252 nota 1.

²¹⁴ Cfr. per i passi qui citati DONELLUS HUGUS, *Commentarii de Jure Civili*, Norimberga, 1822-1834, vol. X, §§ 14 e 15, pp. 244-245.

²¹⁵ Così DONELLUS HUGUS, *Op. cit.*, § 14, p. 244.

Dunque cosa poteva fare il creditore se il fondo da lui ricevuto in pagamento fosse poi risultato “alienus” e gli venisse evitto dal vero proprietario?

“Ergo fundo pro pecunia soluto, si fundus alienus est et ignoranti solutus, duplex erit in hac specie creditori actio eo nomine. Vetus de pecunia debita, et ea statim; item nova ex emto, sed de fundo soluto, eoque non nisi tunc, cum fundus evictus est, ut accidit in omnibus rebus venditis, de quibus ideo agitur, quia non sunt facta accipientis [...]”²¹⁷.

Il creditore, per il Donello, aveva la scelta tra i due rimedi: poteva esercitare la “vetus actio de pecunia debita” per ottenere dal suo debitore il pagamento del dovuto, e ciò fin dall’inizio (“statim”), e in più, solo dopo aver subito l’evizione del bene, poteva far valere anche l’actio utilis ex empto.

“Contra re evicta, etsi utraque actio competere incipit, tamen hoc plus est in actione ex emto, quam in vetere, quod vetere actione tantum agi potest de pecunia credita. Actione autem ex emto in id quod creditoris interest fundum evictum non esse, quod interdum pretium, id est, pecuniam debitam egreditur, si pluris res valeat; veluti si centum debebantur, et pro ea summa fundus in solutum datus sit, qui, quo tempore evictus est, valebat centum quinquaginta”²¹⁸.

E’ interessante notare col Donello che “plus est in actione ex emto, quam in vetere”, dal momento che, mentre con l’azione a difesa dell’obligatio originaria il creditore evitto può richiedere soltanto il denaro che gli era dovuto (“vetere actione tantum agi potest de pecunia credita”), con l’actio empti utilis invece può conseguire un risarcimento per la maggiore perdita subita, cioè essere soddisfatto “in quantum eius intersit”²¹⁹.

Dunque appare chiaro che, accogliendo questa tesi, si offre al creditore la possibilità di un risarcimento più “sostanzioso” rispetto a quello che si otterrebbe con la pristina actio: in pratica l’azione a difesa dell’obbligazione originaria viene integrata dall’actio empti utilis, esperibile a discrezione del creditore che, subita l’evizione della res ricevuta pro pecunia debita, avesse interesse ad ottenere un indennizzo superiore all’ammontare del credito originario.

Per esemplificare una simile eventualità il Donello espone un caso concreto in cui “centum debebantur, et pro ea summa fundus in solutum datus sit”, fondo che però al momento dell’evizione “valebat centum quinquaginta”²²⁰.

In questo modo la tutela per il caso di evizione della res in solutum data appariva finalmente completa.

1.3. DATIO E BENEFICIUM DATIONIS NEGLI STATUTI COMUNALI E NEL DIRITTO MERCANTILE

Nella giurisprudenza delle rote mercantili era controverso se fosse ammissibile la rescissione del contratto per lesione *ultra dimidium* nel caso vi fosse stata *datio in solutum* volontaria. Inoltre nei tribunali si poneva frequentemente il problema della applicabilità alla dazione in pagamento delle norme statutarie relative al negozio di compravendita²²¹.

Il Sabelli lo ammetteva, in virtù della somiglianza fra i due negozi, entrambi onerosi, tuttavia specificava che: “*datio in solutum non est vere ac proprie emptio et venditio, sed similis illi, et ex iuris interpretatione includit in se tacitum contractum emptionis et venditionis*”²²².

Alcuni Statuti comunali ammettevano l’istituto della *datio in solutum* volontaria, altri non lo prevedevano, altri ancora lo escludevano per i debiti mercantili²²³. In ogni caso “finchè il *Corpus Iuris* conservò valore di

²¹⁶ Vista la diversa causa dei due negozi, nel caso di evizione della *res in solutum data* non si poteva certo parlare di *actio empti* vera e propria, ma di un’azione che “*quoniam non potest esse directa, relinquitur, ut sit utilis*”. Così DONELLUS HUGUS, *Op. cit.*, § 14 in fine, p. 244.

²¹⁷ Così DONELLUS HUGUS, *Op. cit.*, § 15, p. 244.

²¹⁸ Vedi DONELLUS HUGUS, *Op. cit.*, § 15 in fine, p. 245.

²¹⁹ Infatti le parole del Donello “*in id quod creditoris interest*” ricordano fortemente il passo già visto D. 13, 7, 24 pr. (Ulpianus l. XXX *ad edictum*) “[...] immo utilis ex empto accomodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit [...]”. Cfr. DONELLUS HUGUS, *Op. cit.*, § 15, p. 245.

²²⁰ Cfr. lo scritto del Donello in DONELLUS HUGUS, *Op. cit.*, § 15 in fine, p. 245. Vedi MELILLO G., *Op. cit.*, p. 94 nota 6.

²²¹ Cfr. ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento (storia)*, p. 732.

²²² Cfr. SABELLI M. A., *Summa diversorum tractatum*, Venezia, 1697, II.

²²³ Cfr. NANI C., *Op. cit.*, pp. 442 e 443, secondo il quale la *datio* “fu [...] regolata così dalla pratica del foro come dalle nuove leggi” ma, aggiunge l’Autore, “esclusa era la *datio in solutum* nei debiti mercantili”. Vedi anche ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento*

legge, anche quando la *datio in solutum* non era contemplata dagli Statuti, essa poté sembrare imposta dallo *ius commune*²²⁴.

Soprattutto il *beneficium dationis in solutum*, come forma di soddisfazione imposta al creditore *iussu iudicis* (*datio in solutum in via iudiciali*), fu oggetto di numerose e differenti disposizioni contenute negli Statuti delle città italiane.

Le norme in questione, che integravano il diritto comune, miravano a favorire i debitori evitando che questi fossero puniti come insolventi e che i loro beni venissero venduti a prezzo vile nell'esecuzione forzata²²⁵. Per far questo costringevano il creditore a ricevere dal suo debitore beni mobili o, di solito in mancanza dei primi, immobili in sostituzione del denaro dovuto.

La dottrina ricorda una serie di Statuti comunali in cui era disciplinata la cosiddetta *datio in solutum necessaria* e pone in evidenza le limitazioni previste da ciascuno di essi²²⁶.

Nello Statuto di Verona del 1450²²⁷ il *beneficium* si concedeva a condizione che l'importo del debito superasse le cinquanta lire:

“De debitis non usurariis et dotibus ac donationibus fiat ratio in hunc modum, videlicet: quod si debitum fuerit quinquaginta librarum vel abinde supra, et debitor dare voluerit creditoribus de suis bonis in solutum valentibus quantitatem debiti, secundum aestimationem faciendam per communes amicos, tunc creditor eligit unum et debitor alium ad aestimandum possessiones et bona mobilia debitoris [...], qua examinatione facta creditor teneatur in solutum accipere [...]”.

Di solito, come nel testo qui riportato, non si richiedeva espressamente che il debitore non fosse in grado di pagare il suo debito ma giova ritenere che tutte le norme lo presupponessero²²⁸.

Si esigeva un ammontare minimo anche in altri Statuti, che tuttavia in molti casi si accontentavano di debiti più esigui²²⁹.

In alcuni altri invece si richiedeva per la concessione del beneficio che il creditore avesse perseguitato il debitore²³⁰.

Vi furono infine disposizioni statutarie che escludevano il *beneficium* per i debiti derivanti da prezzo di vendita o da fitti e pigioni²³¹, oppure dalle cause di negoziazione e mercanzia, imponendo così al debitore l'obbligo di *solvere* il *debitum* soltanto *in pecunia numerata*²³².

La *datio in solutum* necessaria sarebbe poi stata accolta nelle Regie Costituzioni per gli Stati Sabaudi del 1723 (III, 34, 50) e del 1770 (III, 34, 42), ancora una volta ad esclusione dei debiti fra commercianti e con la possibilità per il debitore di riscattare le cose date in pagamento entro un anno²³³.

Entrambe, conformemente a quanto stabilivano alcuni precedenti Statuti, prevedevano che il valore dei beni, mobili o immobili, si calcolasse in una parte del loro valore effettivo²³⁴.

(*storia*), p. 732; BESTA E., *Op. cit.*, pp. 174 e 175.

²²⁴ Così BESTA E., *Op. cit.*, pp. 174 e 175.

²²⁵ Cfr. ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento* (*storia*), p. 732. Vedi anche SCHUPFER F., *Op. cit.*, p. 241, secondo il quale l'intento era “venire in aiuto ai debitori e non farli parere insolventi, evitando ad un tempo che gli immobili potessero, in via esecutiva, venir venduti a vil prezzo”.

²²⁶ Vedi per una diffusa trattazione dell'argomento POLACCO V., *Op. cit.*, p. 72 ss. e SCHUPFER F., *Op. cit.*, p. 241 ss.

²²⁷ Cfr. Statuto di Verona, libro II, cap. 50. Vedi POLACCO V., *Op. cit.*, pp. 72 e 73 e SCHUPFER F., *Op. cit.*, p. 242.

²²⁸ Cfr. SCHUPFER F., *Op. cit.*, p. 243, in cui l'Autore rileva che nello Statuto di Bagnacavallo (libro II, cap. 22) è previsto che il debitore non abbia denaro per pagare.

²²⁹ “Tre lire a Peglio e Bagnacavallo, cento soldi ad Argenta [...], persino dodici denari a Gradara”: così SCHUPFER F., *Op. cit.*, p. 243. Vedi anche ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento* (*storia*), p. 733.

²³⁰ Si tratta degli Statuti di Crema (libro II, *de solut. seu dat. in solutum*), di Valtellina del 1548 (cap. 229) e di Camerino (libro II, cap. 109), richiamati anch'essi da SCHUPFER F., *Op. cit.*, p. 243. Cfr. anche POLACCO V., *Op. cit.*, p. 74.

²³¹ Rispettivamente lo Statuto di Mondovì (capp. 20, 34) e lo Statuto di Milano del 1598 (cap. 413), che così recita: “*debitor ex causa ficti temporalis vel libellarii aut pensionis [...] non possit offerre de bonis suis in solutum creditori suo ex praedictis causis, nec aliqua earum*”.

²³² Cfr. ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento* (*storia*), p. 733; POLACCO V., *Op. cit.*, p. 76; SCHUPFER F., *Op. cit.*, p. 243.

²³³ Cfr. LEICHT P. S., *Op. cit.*, p. 115 (secondo il quale sarebbero state recepite sia la *datio* coattiva che la *datio* volontaria); ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento* (*storia*), p. 733; vedi anche SCHUPFER F., *Op. cit.*, p. 241.

²³⁴ Cfr. POLACCO V., *Op. cit.*, p. 77 e nota 1: RR. CC. 1723, III, 34, 50: “se si tratterà di stabili, si dedurrà a favor del creditore la sola quarta parte del prezzo che saranno stimati, se di vettovaglie, si deterrà la sola vigesima”; RR. CC. 1770, III, 34, 42: “se di mobili o semoventi l'ottava, e se di vittuaglie, censi o altri annui redditi, si deterrà la vigesima”.

Il *beneficium dationis in solutum* non fu viceversa accolto dal codice civile albertino, che anzi all'art. 1333 stabilì il principio che il creditore non poteva essere in alcun modo costretto a ricevere in pagamento una cosa diversa da quella dovuta "quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale ed anche maggiore"²³⁵.

²³⁵ Cfr. ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento (storia)*, p. 733. La disposizione corrisponde all'art. 1243 del Code civil del 1804, che così recita: "Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande".

PARTE TERZA:
LA *DATIO IN SOLUTUM* NELL'EUROPA DELLE CODIFICAZIONI

1. FRANCIA

1.1. LA “*DATION EN PAIEMENT*” SECONDO DOMAT E POTHIER

In Francia, nel periodo a cavallo fra il XVII e il XVIII secolo, i due grandi giuristi Domat e Pothier operarono allo scopo di ricondurre il diritto, privato e pubblico, entro l'ordine della ragione (cd. razionalismo giuridico)²³⁶.

Nella sua celebre Opera “*Les lois civiles dans leur ordre naturel*” Jean Domat così scriveva della *datio in solutum*²³⁷:

“I pagamenti debbono consistere in quella cosa precisa che deve pagarsi, né può il debitore, senza il consenso del creditore, pagargli tutt'altro di quel che deve, quantunque il valore di ciò che volesse dare fosse maggiore. Perciò colui che deve denaro, non può dare in pagamento fondi o crediti, qualora il suo creditore non vi acconsenta”²³⁸.

Come si vede la chiarezza e l'ordine erano i due criteri che ispiravano l'esposizione dell'Autore francese: in primo luogo, egli descriveva il modo normale in cui si estingue l'obbligazione, cioè il pagamento del dovuto, in secondo luogo, ricordando il principio romano “*aliud pro alio invito creditorum solvi non potest*”, che prudentemente riportava in nota²³⁹, ammetteva la possibilità per il debitore di *dare aliud* soltanto qualora il creditore acconsentisse a riceverlo in pagamento²⁴⁰.

Particolare importanza viene data all'elemento essenziale del consenso del creditore che, come si vede, è richiamato due volte.

Vi è poi un altro aspetto che denota l'adesione del Domat al modello romano: l'ipotesi descritta dall'Autore è quella, che già nelle fonti romane appariva come la più frequente e quindi tipica, della *datio* di una *res pro pecunia*.

Il problema, già avvertito dagli interpreti italiani, del rimedio esperibile nel caso di evizione della *res in solutum accepta* ed il tema dell'analogia della “*dation en paiement*” con la vendita *compensato pretio* occuparono anche i razionalisti francesi Domat e Pothier.

Ecco cosa scriveva in proposito Robert Joseph Pothier nel suo Trattato “*De la vente*”:

“La dazione in pagamento è un atto, col quale il debitore dà una cosa al suo creditore, che l'accetta in vece ed in pagamento di una somma di denaro o di un'altra cosa che gli è dovuta. Questo atto è molto somigliante al contratto di vendita. La cosa che viene data in pagamento fa le veci della cosa venduta; e la somma, in pagamento della quale viene data la cosa, tiene luogo del prezzo [...]”²⁴¹.

Tuttavia, secondo quanto precisa l'Autore nello stesso paragrafo, la *datio in solutum* non è affatto un contratto di vendita e, più precisamente, è un istituto ben diverso da una compravendita con compensazione del prezzo²⁴².

²³⁶ Come sottolinea il Dezza gli esiti di questa “attività uniformatrice e di [...] riordinamento logico sistematico” compiuta da Domat e Pothier “sono sovente rintracciabili nel Codice Napoleone”. Cfr. DEZZA E., *Lezioni di storia della codificazione civile, Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, 1998, p. 6.

²³⁷ Vedi DOMAT J., *Le leggi civili disposte nel loro ordine naturale*, tr. it., Firenze, 1834, tomo III, libro IV, tit. I, sez. II, nn. 9 e 12, p. 251 ss.

²³⁸ Cfr. DOMAT J., *Op. cit.*, n. 9, p. 251. Si noti come ricorra sempre lo schema utilizzato dai romani: il pagamento avviene tramite la regolare *solutio* – il debitore non può dare *aliud pro alio* senza il consenso del creditore. Il Domat precisa inoltre che il creditore non può essere costretto a ricevere il bene offerto in sostituzione nemmeno se questo ha valore maggiore rispetto al debito originario. La stessa formula verrà poi usata nell'art. 1243 del Code civil.

²³⁹ Cfr. DOMAT J., *Op. cit.*, p. 252 in nota 3.

²⁴⁰ Lo schema usato dal Domat nella trattazione dell'argomento (regolare *solutio* – *datio* di *aliud consentiente creditore*) è proprio quello che si incontrava nella definizione delle Istituzioni giustinianee. Si veda in proposito il già richiamato frammento I. 3, 29 pr.: “*Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit [...]*”.

²⁴¹ Cfr. POTHIER R. J., *Trattato del contratto di vendita*, tr. it., Venezia, 1834, § 600, p. 255 ss. Fin qui il passo sembrerebbe quasi confondere i due negozi, ma si vedrà come il Pothier nella sua Opera evidenzi con acume le differenze per poi notare le analogie, e ciò al preciso scopo di giustificare l'estensione dell'azione di garanzia al creditore evitto.

²⁴² La relazione che intercorre tra i due negozi sembrerebbe invece più vicina ad un'uguaglianza piuttosto che ad una semplice “somiglianza” nell'analogo passo del Domat: “Se chi avanza denaro si contenta di ricevere in pagamento un fondo o altra cosa, ciò

In ogni caso, nonostante le innegabili differenze tra i due negozi, “bisogna convenire”, prosegue il Pothier, “che la dazione in pagamento rassomiglia moltissimo al contratto di vendita” ed è per questo che il creditore, quando viene evitto della cosa che gli è stata data in pagamento, ha contro il suo debitore un’azione simile a quella che ha il compratore contro colui che gli ha venduto la cosa, cioè l’*actio utilis ex empto*²⁴³.

Dunque in caso di evizione, il creditore può chiedere che il suo debitore “sia tenuto a pagargli la somma in pagamento della quale [...] la cosa [...] gli era stata data”, ed in più che “sia condannato al risarcimento di danni ed interessi, *si quid supra hanc summam eius intersit rem habere licere*”²⁴⁴.

Il Pothier così conclude la sua riflessione sulle due azioni, ponendo particolare attenzione alla loro pratica utilità: oltre all’azione utile *ex empto*, “il creditore [...] ha pure l’azione che nasce dal suo credito [...]. Ma l’azione utile *ex empto* gli è sovente più vantaggiosa, perché essa abbraccia i danni e gli interessi, *si quid supra interest*”²⁴⁵.

Passando ad un’altra Opera del Pothier, il suo Trattato sulle obbligazioni, si nota che egli nega espressamente l’esistenza nel diritto francese della cosiddetta *datio in solutum* necessaria o coattiva. Questo è ciò che scriveva in proposito²⁴⁶:

“Di regola la cosa dovuta è quella che dev’essere pagata; e un debitore non può costringere il suo creditore a ricevere in pagamento altra cosa che quella da lui dovuta”²⁴⁷.

Il giurista francese testimonia nel suo scritto che ormai “non si ha più alcun riguardo” alla Novella di Giustiniano che prevedeva il *beneficium dationis in solutum*: non si permette cioè al debitore di una somma di denaro di obbligare il creditore a ricevere in pagamento altri beni, anche se precedentemente stimati²⁴⁸.

E’ ammessa soltanto la *datio in solutum* intesa come atto negoziale il cui elemento imprescindibile è naturalmente, anche per il Pothier, il consenso del creditore a ricevere l’*aliud* sostitutivo:

“Se al creditore piacque di ricevere un’altra cosa in pagamento di quanto gli era dovuto, è fuori di dubbio che il pagamento è valido”²⁴⁹.

La *satisfactio* del creditore consenziente viene in tal modo raggiunta, con la *datio* di un bene a lui ugualmente gradito.

E’ interessante a questo proposito notare l’attenzione dedicata dal Pothier proprio al momento del trasferimento della cosa data in pagamento o *traditio*.

Nel suo Trattato sulla vendita infatti, nell’elencare le differenze tra compravendita e *datio in solutum*, sembrava contrapporre i due negozi proprio in relazione al momento della loro conclusione: consensuale sarebbe il primo, perché esso si perfeziona con il solo accordo delle parti” e prima che avvenga la *traditio* del bene²⁵⁰, “reale” il secondo, perchè:

sarà una vendita, il di cui prezzo consisterà nella somma dovuta. In conseguenza il debitore dovrà rendersi garante di qualunque evizione [...]”. Cfr. DOMAT J., *Op. cit.*, n. 12, p. 253.

²⁴³ Come rileva anche ZACCARIA A., in *Op. cit.*, p. 5 nota 3, il Pothier ravvisava “notevoli somiglianze” tra i due istituti, e proprio “da questa constatazione veniva tratta la conseguenza dell’applicabilità, alla dazione in pagamento, dei principi sull’evizione, sulla presenza dei vizi e la mancanza di qualità”. Come osserva lo Zaccaria, della stessa spiegazione si è servita da sempre la dottrina francese, che “su questo punto, è ancora oggi attestata su posizioni simili a quelle che furono [...] di Pothier”.

²⁴⁴ Cfr. POTHIER R. J., *Trattato del contratto di vendita*, § 604, p. 258. Nel paragrafo successivo l’Autore precisa che: “non solamente nel caso di evizione quegli che dà una cosa in pagamento al suo creditore contrae la medesima obbligazione di garanzia che contrae un venditore; ma è lo stesso negli altri casi di garanzia”; egli infatti dovrà rispondere nei confronti dell’accipiente “dei carichi reali che non gli fossero stati dichiarati e dei vizii redibitori di cui la cosa si trovasse affetta, nella stessa maniera in cui è tenuto un venditore”, § 605, p. 259.

²⁴⁵ Così POTHIER R. J., *Trattato del contratto di vendita*, § 604 in fine, p. 259. L’osservazione è quasi identica a quella sopra riportata del Donello, che così scriveva: “*plus est in actione ex emto, quam in vetere*” (cfr. DONELLUS HUGUS, *Op. cit.*, § 15, p. 245).

²⁴⁶ Vedi POTHIER R. J., *Trattato delle obbligazioni*, tr. it., Venezia, 1834, tomo III, parte III, capo I, articolo III, § 1 (“Se si possa pagare una cosa per un’altra”), nn. 494 e 495, p. 35 ss.

²⁴⁷ Così POTHIER R. J., *Trattato delle obbligazioni*, n. 494, p. 35. Cfr. l’art. 1243 del Code Napoleon, dal quale traspare lo stesso spirito: “Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande”.

²⁴⁸ La costituzione, qui richiamata dal Pothier, con la quale l’imperatore Giustiniano aveva concesso tale beneficio è la Nov. 4, 3 pr. Cfr. POTHIER R. J., *Trattato delle obbligazioni*, n. 494, p. 35: “Noi non abbiamo alcun riguardo alla Nov. 4, cap. 3 [...]”. Nello stesso senso anche DOMAT J., *Op. cit.*, p. 252 nota 3, che riferendosi alla Novella di Giustiniano scrive: “le difficoltà e gli inconvenienti dell’esecuzione di questa legge ne hanno impedito l’uso”, ed aggiunge con rammarico: “sarebbe desiderabile che su ciò si prendesse qualche provvedimento”. Cfr. POLACCO V., *Op. cit.*, p. 71.

²⁴⁹ Cfr. POTHIER R. J., *Trattato delle obbligazioni*, n. 495, p. 36.

²⁵⁰ Cfr. POTHIER R. J., *Trattato del contratto di vendita*, § 601, p. 255: “il contratto di vendita è un contratto consensuale che si perfeziona col solo consenso delle parti, prima che avvenga veruna tradizione”.

“[...] la dazione in pagamento non si fa se non mediante la tradizione, ed anzi mediante la traslazione della proprietà della cosa data in pagamento”²⁵¹.

Secondo l’Autore francese dunque solo con la *traditio*, intesa come trasferimento della proprietà sulla diversa *res*, accettata dal creditore in pagamento, si realizzava la *datio in solutum*, in tal modo estinguendo l’*obligatio* originaria.

Proprio la frase del Pothier appena riportata sarebbe stata all’origine della teoria, molto diffusa nella dottrina moderna, che vede nella *datio in solutum* un contratto “reale”, cioè un negozio che non si perfeziona nel momento dell’accordo, cioè quando le due concordi manifestazioni di volontà delle parti si incontrano, bensì soltanto in un momento successivo: quando avviene la *traditio* della cosa²⁵².

1.2. IL “CODE CIVIL DES FRANÇAIS”

Nel 1804 fu promulgato il “Code civil des Français” che, insieme al Codice civile austriaco, si può definire come “un vero e proprio monumento della storia giuridica europea”²⁵³.

Largamente ispirato ai principi del diritto romano e all’opera del Pothier²⁵⁴, nel terzo libro “Des différentes manières dont on acquiert la propriété” contiene un articolo che disciplina l’istituto della *datio in solutum* (“dation en paiement”):

Art. 1243. “Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande”²⁵⁵.

L’articolo si esprime con formula negativa: il creditore non può essere obbligato a ricevere *aliud pro alio*, neanche se la cosa offerta in sostituzione ha lo stesso valore di quella dovuta, e nemmeno se vale di più²⁵⁶.

Gli “Orateurs du Tribunal”, discutendo sull’articolo in esame, portavano proprio un esempio in cui il bene sostitutivo aveva un valore maggiore rispetto al debito originario²⁵⁷:

“Paul qui doit à Pierre 1000 francs, ne peut le forcer à recevoir cent mesures de blé, quoique ce blé vaille notoirement plus de 1000 francs. Paul ne peut dire à Pierre: Je n’ai argent, ni objets mobiliers pour m’en procurer sur-le-champ, je n’ai qu’un héritage, une maison, une pièce de terre; prenez sur le pied de l’estimation la maison, la pièce de terre, ou trouvez-moi un acquéreur”.

Si fa chiaramente riferimento alla Novella di Giustiniano, già richiamata da Domat e Pothier²⁵⁸. Essa, si dice, “avait accordé cette faculté aux débiteurs” tuttavia, come già avevano in precedenza affermato i due giuristi, “ce point de législation n’a jamais été reçu en France” e ciò perchè l’istituto del *beneficium dationis* appariva, oltre che troppo favorevole al debitore, del tutto estraneo al principio della libertà negoziale²⁵⁹.

Che il creditore potesse essere costretto contro la sua volontà a ricevere una cosa diversa da quella dedotta in obbligazione appariva inconcepibile ai compilatori; alla domanda “Comment le paiement doit-il se faire?”

²⁵¹ Cfr. POTHIER R. J., *Trattato del contratto di vendita*, § 601 in fine, p. 256. Così nel passo originale: “[...] la dation en paiement ne se fait que par la tradition, et même par la translation de la propriété de la chose donnée en paiement”.

²⁵² Cfr. ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 61 ss. Tale costruzione, secondo lo Zaccaria, deriverebbe addirittura da un “frintendimento” della posizione del Pothier, cioè di una “prospettiva [...] ancora largamente influenzata dai principi del diritto romano”, e non sarebbe sostenibile in un ordinamento in cui vige il principio consensualistico. D’altro canto sembra difficile negare il carattere “reale” della *datio* senza “snaturarla” fino ad avvicinarla, come fanno alcuni Autori, più ad un negozio novativo che a un contratto solutorio.

²⁵³ “Ormai prossimi a tagliare il traguardo dei due secoli di vita [...], sono veri e propri monumenti della storia giuridica europea e nello stesso tempo vivi protagonisti dell’attualità. Rinnovati in parte [...], i due codici conservano intatta la limpida e duttile struttura formale elaborata dai legislatori del primo Ottocento”. Così scrive DEZZA E., *Op. cit.*, nella “Nota preliminare” alla sua Opera.

²⁵⁴ L’opera legislativa della commissione si è fondata infatti sul recupero del diritto romano e “sullo sfruttamento delle grandi risistemazioni razionaliste, in primo luogo sull’opera di Domat e Pothier”; quest’ultimo non a torto è oggi definito “il padre del Codice civile”. Cfr. DEZZA E., *Op. cit.*, p. 38.

²⁵⁵ Art. 1243 del *Code Civil des Français*, Paris, 1804, tomo I, p. 230.

²⁵⁶ Il testo della norma ricorda fortemente le definizioni che dell’istituto avevano dato Domat e Pothier. Si confrontino in particolare DOMAT J., *Op. cit.*, n. 9, p. 251; POTHIER R. J., *Trattato delle obbligazioni*, n. 494, p. 35.

²⁵⁷ Cfr. il discorso: “De ce qui doit être payé au créancier” degli Oratori del Tribunale (nel caso Favard e Jaubert) in *Code Civil des Français*, Paris, 1804, tomo V, pp. 137-138.

²⁵⁸ Si tratta della più volte citata Nov. 4, 3 pr. Vedi POTHIER R. J., *Trattato delle obbligazioni*, n. 494, p. 35 e DOMAT J., *Op. cit.*, p. 252. Cfr. POLACCO V., *Op. cit.*, p. 71, che attesta la mancata recezione del *beneficium dationis* da parte del Codice civile francese, e ciò “contrariamente all’opinione del Domat”, per cui cfr. DOMAT J., *Op. cit.*, p. 252 nota 3.

²⁵⁹ Così si legge infatti nel discorso sopra citato di Favard e Jaubert in *Code Civil des Français*, Paris, 1804, tomo V, p. 138: “il nous a toujours paru contraire à la nature des contrats, qui sont la loi des parties. On ne peut accorder au débiteur un adoucissement qui souvent nuirait au créancier, et qui toujours le livrerait à des embarras et à des difficultés”.

rispondeva brevemente Morricault: “Par la prestation de la chose même qui est due. Le créancier ne peut être tenu d’en accepter aucune autre, valût elle mieux”²⁶⁰.

Certo la formulazione negativa della norma non impedisce di affermare che, se pure il creditore “ne peut être contraint de recevoir une autre chose”, “il ne lui est pas interdit de le faire”²⁶¹.

Perciò è vero che i compilatori del codice si sono soltanto limitati a fare allusione all’esistenza dell’istituto della *datio in solutum*²⁶², dettando un’unica disposizione, ma, a ben vedere, l’art. 1243 è comunque una norma dal forte sapore liberale: quel che ordina è che il creditore sia libero di accettare o meno un surrogato dell’adempimento. Quindi è possibile che la dazione di *aliud pro alio* liberi il debitore, ma ciò può avvenire soltanto in virtù di un sottostante accordo fra le due parti²⁶³.

Per quanto riguarda il dibattuto argomento dei rimedi per l’evizione della “chose donnée en paiement”, va rilevato che “il problema non ha ricevuto una soluzione legislativa: il Code civil, infatti, tace sul punto”²⁶⁴.

In dottrina taluni riconoscono, come facevano Domat e Pothier, la possibilità di esercitare entrambi i rimedi²⁶⁵, altri sembrano ritenere esperibile la sola azione di garanzia²⁶⁶, altri ancora la sola azione a tutela del credito²⁶⁷.

Secondo quanto scrivono i Mazeaud infatti, sebbene nel diritto positivo francese (in particolare nell’art. 1243 del Code civil) la *datio in solutum* appaia essenzialmente come una particolare forma di pagamento²⁶⁸, questa ha in realtà caratteristiche del tutto peculiari: ad essa si applicano anche “certaines règles de la vente ou de l’échange”, perché, oltre ad essere un pagamento, come ricordano gli stessi Autori, “elle est une *datio*”²⁶⁹.

Dunque nella dottrina francese si ravvisa ancora oggi la tendenza a porre in luce, come già aveva fatto il Pothier, le somiglianze tra la *datio* e la vendita “e questo sempre al fine di giustificare, similmente a quanto accadeva in diritto romano, l’invocabilità da parte del creditore dei rimedi per l’evizione e per i vizi, data la mancanza, nel Code civil, di una espressa previsione in tal senso”²⁷⁰.

2. AUSTRIA

²⁶⁰ Cfr. il discorso di Morricault, “Orateur du Tribunal”, in *Code Civil des Français*, Paris, 1804, tomo V, p. 230.

²⁶¹ Così MAZEAUD H., L. ET J., *Leçons de droit civil*, Paris, 1991, tome II, vol. I, *Obligations, Théorie générale*, p. 1001.

²⁶² Cfr. MAZEAUD H., L. ET J., *Op. cit.*, p. 1001: in pratica i compilatori del Code civil non avrebbero fatto altro che attenersi alle regole tracciate da Domat e Pothier sulla *datio in solutum*: “se sont contentés d’y faire allusion; il est vraisemblable qu’ils ont entendu se référer aux règles en vigueur à leur époque, qui ont été tracées par Domat et Pothier”.

²⁶³ Nello stesso senso ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 32 nota 1: “sia pure tramite una formulazione di carattere negativo [...], questa norma rende palese che la dazione in pagamento può dirsi conclusa solo quando l’offerta del debitore si combini con una conforme accettazione del creditore, e cioè si realizzi [...] un accordo”. Cfr. anche CARBONNIER J., *Droit civil*, Paris, 1972, IV, *Les obligations*, p. 477, secondo il quale “la dation en paiement [...] n’est possible que par la volonté du débiteur [...]. Mais il y faut aussi le consentement (au moins implicite) du créancier, qui peut n’avoir que faire du bien qu’on lui offre”.

²⁶⁴ Così ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 19 in nota. Si faceva spesso riferimento in dottrina all’art. 2038 del Code civil, in forza del quale la fideiussione non rinasce qualora il creditore abbia accettato un immobile in pagamento e venga evitto. La norma veniva interpretata come se la *datio in solutum*, attraverso il mutamento dell’oggetto dell’*obligatio* provocasse una vera e propria novazione e quindi l’azione a difesa del credito originario non fosse più esperibile. In seguito il De Page obiettò che non si trattava di una novazione: l’art. 2038 è semplicemente una norma in favore del fideiussore. Cfr. DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, 1967, III, *Les obligations*, nn. 510 e 511. Come si vedrà, una situazione del tutto analoga si ebbe in Italia nel periodo di vigenza del codice del 1865: anche qui infatti la carenza di una norma espressa riguardo le conseguenze dell’evizione della *res in solutum accepta* diede origine a vivaci discussioni.

²⁶⁵ Cfr. PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1912, II, n. 526, p. 173, secondo il quale il creditore evitto potrebbe scegliere fra l’azione a difesa del credito originario e l’*actio empti utilis*.

²⁶⁶ Cfr. MAZEAUD H., L. ET J., *Op. cit.*, p. 1005: “si, analysant la dation en paiement comme un simple paiement, on refuse de recourir aux règles de la vente, l’acceptions évincé sera dans la situation d’un créancier qui a reçu un paiement nul: il ne pourra rien obtenir d’autre que l’exécution de sa créance. Il semble qu’on doive se prononcer en faveur de l’action en garantie”.

²⁶⁷ Cfr. TERRÉ F. – WEIL A., *Droit civil*, Paris, 1986, *Les obligations*, § 995, pp. 968-969: “il est [...] douteux que le créancier puisse prétendre à la garantie d’éviction [...]. Si le créancier est évincé il recouvre simplement son action primitive, qui lui donne le droit d’exiger le montant de ce qui lui est dû”.

²⁶⁸ Cfr. MAZEAUD H., L. ET J., *Op. cit.*, p. 1004, secondo questi Autori “conformément à la tradition [...], les rédacteurs du Code civil présentent la dation en paiement comme un paiement exceptionnel”.

²⁶⁹ Così MAZEAUD H., L. ET J., *Op. cit.*, p. 1004. Nello stesso senso anche TERRÉ F. – WEIL A., *Op. cit.*, pp. 968-969, che della *datio in solutum* scrivono: “cette opération exige la même capacité que le paiement et en produit les effets”, ma poi ammettono che, effettivamente, “certaines règles tiennent à la ressemblance de la dation et de la vente”.

²⁷⁰ Così scrive ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 74. L’Autore inoltre ricorda in nota che “la prospettiva descritta [...] fu accolta già da Pothier”.

Il codice di diritto privato austriaco, l'“Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die Deutschen Erbländer” (ABGB), fu promulgato nel giugno del 1811, con efficacia dal 1° gennaio del 1812 in tutte le province asburgiche dell'Impero, tra le quali a partire dal 1815 vi era anche il Regno Lombardo-Veneto²⁷¹.

Il codice era diviso in tre parti: il diritto delle persone, il diritto delle cose (che riuniva in sé la disciplina di diritti reali, successioni, obbligazioni e risarcimento del danno), ed infine le cosiddette “disposizioni comuni”, un insieme di principi a carattere generale riguardanti la costituzione, la modificazione e l'estinzione dei rapporti giuridici.

Proprio nel capitolo terzo (“Drittes Hauptstück”) di questa terza parte, che è intitolato “Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten”, e cioè “Dell'estinzione dei diritti e degli obblighi”, si parla della *datio in solutum*²⁷².

Il codice indica in primo luogo qual è il modo con il quale normalmente si scioglie un vincolo obbligatorio: § 1412. “Die Verbindlichkeit wird vorzüglich durch die Zahlung, das ist, durch die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist, aufgelöset”²⁷³.

Attraverso la prestazione esatta di ciò che è dovuto, cioè per mezzo del regolare pagamento (“durch die Zahlung”), si estingue l'obbligazione. Questo è ciò che avviene normalmente, anzi “preferibilmente”.

Inoltre, conformemente a quanto stabiliva il principio romano “*aliud pro alio invito creditore solvi non potest*”, nell'articolo successivo si precisa che:

§ 1413. “Gegen seinen Willen kann weder der Gläubiger gezwungen werden, etwas anderes anzunehmen, als er zu fordern hat, noch der Schuldner, etwas anderes zu leisten verbunden ist [...]”²⁷⁴.

Contro la sua volontà, dunque, il creditore non può assolutamente essere obbligato a ricevere *aliud pro alio* né, viceversa, sottolinea la norma, il debitore può essere costretto a prestare un bene diverso da quello che è dedotto in obbligazione²⁷⁵.

Come si vede, il § 1413 esclude così, similmente a quanto faceva l'art. 1243 del precedente Code civil, la vigenza della cosiddetta *datio in solutum* necessaria.

Il paragrafo successivo dell'ABGB tuttavia, diversamente dalla norma del codice francese, che si limitava a fare allusione all'istituto “in negativo”, ammette espressamente la possibilità di *dare aliud* in pagamento, ma solo ove sia intercorso un accordo fra le parti (*datio in solutum* volontaria):

§ 1414. “Wird, weil der Gläubiger und der Schuldner einverstanden sind [...], etwas Anderes an Zahlungstatt gegeben; so ist die Handlung als ein entgeltliches Geschäft zu betrachten”²⁷⁶.

Nel § 1414 si afferma chiaramente che qualora venga dato qualcos'altro in luogo del dovuto essendovi stato accordo tra il creditore e il debitore, la *datio solvendi causa*, cioè l'atto in questione (“die Handlung”), deve essere senz'altro considerata un negozio a carattere oneroso²⁷⁷.

²⁷¹ Nel promulgarlo l'imperatore Francesco I dichiarava “aboliti il diritto comune [...], il codice civile promulgato per la Galizia ed ogni altra legge e consuetudine” allora vigente negli Stati ereditari e relativa agli oggetti trattati nel codice. *Patente di promulgazione del Codice civile generale austriaco (1° giugno 1811)*.

²⁷² Si veda: *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer*, Wien, 1811, III Teil, III Hauptstück, §§ 1412-1413-1414, pp. 25-26.

²⁷³ Traduzione: § 1412. “L'obbligo si estingue principalmente col pagamento, col prestare cioè quanto è dovuto”. Da *Codice civile generale austriaco*, Milano, 1815 (seconda edizione), parte terza, capo III, § 1412, p. 342.

²⁷⁴ Traduzione: § 1413. “Il creditore non può essere costretto suo malgrado ad accettare una cosa diversa da quella che gli è dovuta, né il debitore a prestare una cosa diversa da quella che è tenuto di prestare [...]” (da *Codice civile generale austriaco*, § 1413, p. 342). La norma ricorda l'art. 1243 del Code civil des Français (“Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due [...]”), anche se qui la negazione appare rafforzata dalla formula “gegen seinen Willen”, che significa “contro la sua volontà” ed è la versione tedesca dell’“*invito creditore*” latino.

²⁷⁵ La disposizione in esame è senz'altro “più completa” della francese perché in essa si considera anche il caso in cui sia il debitore a non voler effettuare una prestazione diversa da quella convenuta. Questa ipotesi, in cui è il creditore che può avere interesse a “costringere” il debitore a *dare aliud* è spesso trascurata sia dalla legislazione che dalla dottrina. Cfr. in proposito ALLARA M., *La prestazione*, p. 33 nota 2; GIORGI G., *Op. cit.*, p. 383 nota 3.

²⁷⁶ Traduzione: § 1414. “Se si dà in pagamento qualche altra cosa per consenso del debitore e del creditore [...], quest'atto deve considerarsi come oneroso” (da *Codice civile generale austriaco*, § 1414, p. 343). L'altra ipotesi di dazione di *aliud* in luogo del dovuto considerata dall'articolo in esame si verifica qualora il pagamento sia divenuto impossibile: “weil die Zahlung selbst unmöglich ist”.

²⁷⁷ Cfr. ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 4, che in nota 3 cita il § 1414 del codice civile austriaco in quanto esso è l'unico che si riferisce espressamente all'onerosità del negozio della dazione in pagamento, riconosciuta ormai quasi universalmente dalla dottrina. Cfr. anche RICCA-BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 16 nota 1. Va ricordato che la disposizione in esame, proprio perché definiva la *datio* un contratto oneroso, fu in seguito considerata dalla dottrina tedesca addirittura come un errore di politica giuridica: “ein

Quanto al rimedio per l'evizione della *res*, il Ricca-Barberis considera la "migliore delle norme" quella che "dichiari tenuto alla garanzia il debitore che dà una cosa in pagamento così come [avviene] nei contratti di alienazione a titolo oneroso". A questo proposito l'Autore richiama appunto il § 1414 del codice austriaco che, in maniera ancora più semplice, "fa della *datio* un contratto a titolo oneroso" e sancisce così senza ombra di dubbio l'applicabilità all'istituto delle norme (in particolare di quelle concernenti le garanzie) relative a quel tipo di contratti²⁷⁸.

Va sottolineato che la perfetta corrispondenza dell'espressione usata "Gebung an Zahlungsstatt" alla latina "*datio in solutum*" è un chiarissimo segnale del forte attaccamento dei compilatori dell'ABGB alla tradizione romanistica²⁷⁹.

Il codice austriaco del 1811, il cui pregio è universalmente riconosciuto dalla dottrina, pur avendo subito negli anni diverse modifiche, è tuttora vigente in Austria, in Slovenia e in Croazia²⁸⁰.

In particolare la disciplina contenuta nei paragrafi qui riportati, dai quali, come si è visto, promanano i principi del diritto romano sulla possibilità per il debitore di liberarsi prestando *aliud pro aliud* con il consenso del creditore, è giunta fino ad oggi completamente immutata.

3. PRUSSIA

L'"Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preußischen Staaten" (detto ALR), codice contenente sia la disciplina dei rapporti civili che quella penale per i regi Stati prussiani, entrò in vigore nel giugno del 1794²⁸¹.

Come evidenziava il Polacco, il codice prussiano "merita lode, per aver trattato con ampiezza della dazione in pagamento, in una Sezione apposita del Titolo relativo ai modi di cessazione dei diritti e delle obbligazioni"²⁸².

Dai §§ 235-250 dell'ALR è regolato l'istituto della *datio in solutum*, che è denominata qui "Angabe an Zahlungsstatt"²⁸³.

§ 235. "Die Uebergabe einer Sache an Zahlungsstatt befreyet den Schuldner nur so weit, als dieselbe von dem Gläubiger ausdrücklich als Zahlung angenommen worden"²⁸⁴.

La consegna ("Übergabe") di una cosa in luogo del pagamento ("an Zahlungsstatt") libera il debitore solo quando la stessa è stata espressamente accettata dal creditore come pagamento ("als Zahlung"). Come emerge chiaramente dal testo normativo, lo schema classico della *datio in solutum* è rispettato perfettamente: in luogo del pagamento del denaro dovuto (così va inteso il termine "Zahlung"), il debitore con il consenso del creditore può estinguere l'obbligazione mediante la *traditio* di una *res*²⁸⁵.

rechtspolitischer Fehler". La concezione cui si è fatto cenno è criticata da ALLARA M., *La prestazione*, p. 84 e, più brevemente, da RICCA-BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 50.

²⁷⁸ Cfr. RICCA-BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 50: "il legislatore [...] assoggetta così chi dà in pagamento all'obbligo di rispondere dell'evizione, appunto perché quest'obbligo è caratteristico dei contratti a titolo oneroso".

²⁷⁹ La denominazione "Gebung an Zahlungsstatt" è l'unica, confrontata con le locuzioni utilizzate negli altri codici di lingua tedesca, ad avvicinarsi tanto alla formula latina. Nell'ALR prussiano del 1794, §§ 235-250, si parla, con termine molto simile, di "Angabe an Zahlungsstatt", mentre nel BGB, al § 364, di "Annahme an Erfüllungs Statt" e di "Leistung an Erfüllungs Statt" (di cui è traduzione letterale l'espressione italiana "prestazione in luogo di adempimento"). Cfr. CANDIAN A. D., voce *Prestazione in luogo di adempimento*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile*, Torino, 1996 (quarta edizione), vol. XIV, p. 261.

²⁸⁰ "Ad un indiscutibile rigore concettuale e sistematico unisce una elasticità e una raffinatezza nella tecnica giuridica [...] non lontane da quelle offerte dal Code del 1804". Così DEZZA E., *Op. cit.*, p. 120.

²⁸¹ Va ricordato che il prussiano, a differenza degli altri codici che sono stati scelti come oggetto di questa analisi per l'importanza che ebbero come modelli delle successive codificazioni, non essendo più vigente, desta ormai un interesse puramente storico.

²⁸² Così POLACCO V., *Op. cit.*, p. 8. Proprio per la peculiare ed ampia disciplina dedicata alla figura (articolata addirittura in quindici paragrafi) l'ALR prussiano viene qui preso in considerazione accanto agli altri codici.

²⁸³ Il significato del termine "Angabe" corrisponde a quello dell'italiano "indicazione"; con questa parola ci si riferiva alla determinazione del bene sostitutivo.

²⁸⁴ Edizione consultata: *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, a cura di Hattenhauer H. e Bernert G., Luchterhand, 1996, I (Erster Teil), 16 (Sechszehnter Titel), 4 (Vierter Abschnitt), §§ 235-250, p. 238.

²⁸⁵ La disposizione dell'ALR qui riportata differisce moltissimo dal § 364 del BGB. Quest'ultimo, posteriore di circa un secolo e frutto delle elaborazioni della Pandettistica, presenta un istituto dai contorni più ampi di cui la *datio in solutum* sembra essere soltanto una delle possibili manifestazioni. Se infatti nel codice austriaco così come nel prussiano si parla ancora di "Gebung" o di "Angabe an Zahlungsstatt", nel codice civile tedesco ci si trova di fronte ad un innegabile allargamento della visuale: la prestazione sostitutiva detta "Leistung" non è più soltanto la *datio* di una diversa *res*, ed inoltre la stessa prestazione dovuta (quella "sostituita") potrà essere una prestazione qualsiasi ("Erfüllung"), e non necessariamente il pagamento di una somma di denaro (concetto

I paragrafi successivi al 235, che ne contiene la definizione, disciplinano tutti gli aspetti dell'istituto della *datio in solutum*, evidenziando il fatto che l'indicazione della cosa sostitutiva, l'accordo sul valore da attribuirle e la *traditio* della stessa possono avvenire in momenti diversi.

Come si vedrà, questa dettagliatissima regolamentazione, nell'ambito della quale probabilmente si volevano far rientrare i molteplici fenomeni che si verificavano nella prassi, conferisce in realtà alla *datio* del bene "an Zahlungsstatt" aspetti molto simili a quelli di una garanzia reale. Diverse norme infatti contemplano la restituzione della *res* al debitore nel momento in cui egli adempie pagando il suo debito in denaro.

In particolare si prevede che la cosa "indicata" possa essere consegnata al creditore prima ancora che le parti abbiano convenuto il valore esatto della stessa. In tal caso, finché non è intervenuto questo accordo col debitore, il creditore può ancora pretendere che il pagamento del debito sia fatto in denaro, chiaramente contro la riconsegna della cosa al debitore adempiente²⁸⁶. Il debitore conserverà la proprietà della cosa fino al momento dell'accordo sul valore della stessa e, come stabilisce il § 238, il creditore, finché la avrà in custodia, risponderà soltanto per colpa grave²⁸⁷.

Per quanto concerne gli effetti giuridici dell'avvenuta *datio*, il paragrafo 242 contiene una norma generale che estende al debitore e al creditore gli obblighi e i diritti che deriverebbero da un contratto di compravendita:

§ 242. "Hat der Gläubiger die Sache für einen bestimmten Preis einmal angenommen: so ist in so weit die Schuld getilgt; und es treten übrigens zwischen Käufern und Verkäufern obwalten".

Quando il creditore ha accettato la cosa per il valore che è stato fissato l'obbligazione è estinta e fra le parti sorgono i diritti e gli obblighi che valgono tra un compratore e un venditore. Se però entro un anno da quando è stata data in pagamento la cosa viene interamente o in parte rivendicata da un terzo, il creditore può pretendere dal debitore il pagamento del debito in denaro, ovviamente contro la riconsegna della cosa²⁸⁸.

Qualora invece la pretesa del terzo sia fatta valere soltanto dopo un anno il creditore non potrà più far valere l'obbligazione originaria e avrà contro il debitore soltanto l'azione di garanzia: la stessa che potrebbe esercitare il compratore nei confronti di colui che gli ha venduto la cosa²⁸⁹.

Dunque la regola vuole che con l'"Angabe an Zahlungsstatt" l'*obligatio* si sia estinta e che i rapporti tra le parti siano da quel momento regolati tramite un generale rinvio alle norme sulla vendita. Tuttavia la disciplina dei rimedi per l'evizione della *res in solutum accepta* è diversificata per l'ipotesi in cui il terzo faccia valere il suo diritto entro un anno da quando è avvenuta la *datio*: solo in tal caso il creditore può pretendere "die Zahlung" e restituire la cosa al debitore²⁹⁰.

La "Angabe" è così revocata ed il creditore, "auch wenn der Dritte seinen Anspruch an die Sache nicht erstreitet", non potrebbe affatto tornare a pretendere la dazione della cosa "an Zahlungsstatt"²⁹¹.

4. GERMANIA

4.1. LA DOTTRINA PANDETTISTICA

corrispondente al termine "Zahlung").

²⁸⁶ Così si legge nel § 237: "Vielmehr kann der Gläubiger, so lange er sich über den Werth der angegebenen Sache mit dem Schuldner noch nicht ausdrücklich vereinigt hat, gegen Rückgabe derselben noch allemal baare Zahlung fordern".

²⁸⁷ Si veda il § 238. Il § 241 sancisce invece la responsabilità del creditore anche per colpa semplice per il caso in cui egli, avendo già ricevuto la cosa, abbia fatto trascorrere inutilmente il termine entro il quale doveva dichiarare al debitore se accettava la cosa in pagamento e non la abbia restituita.

²⁸⁸ Se il creditore richiede al debitore il pagamento di quanto originariamente gli era dovuto l'accettazione dell'*aliud* risulta in un certo senso revocata. Così conclude il § 243: "[...] so steht dem Gläubiger frey, gegen Rückgabe der Sache sofort baare Zahlung zu fordern, und die Ausführung des Prozesses gegen den Dritten dem Schuldner zu überlassen". Dunque lo svolgimento del processo con il terzo è lasciato al debitore. Nel frattempo, precisa il § 244, il creditore viene considerato possessore di buona fede.

²⁸⁹ In questo caso il creditore ha soltanto i diritti che spettano al compratore. Vedi il § 245: "hat der Gläubiger gegen den gewesenen Schuldner [...] nur eben die Rechte, wie ein Käufer gegen seinen Verkäufer".

²⁹⁰ Cfr. RICCA BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 35.

²⁹¹ Perciò il creditore, anche se il terzo non dovesse veder accolta la sua domanda dal giudice, "auf die von ihm selbst aufgerufene Annahme an Zahlungsstatt nicht mehr zurückgehen". Cfr. § 246. Tuttavia, in base al paragrafo successivo, egli poteva ritenere la cosa come pegno finché il debitore non avesse pagato il debito originario oppure finché l'esistenza del diritto del terzo non fosse stata accertata con efficacia di giudicato.

Nel 1800 in Germania la realizzazione di un codice unitario è ancora lontana: ostacolata sia da una dottrina assolutamente contraria ad una codificazione, sia da un forte e radicato particolarismo territoriale²⁹².

Tuttavia le Opere di riordinamento sistematico del diritto romano dei due grandi professori Bernhard Windscheid ed Heinrich Dernburg, rispettivamente “Lehrbuch des Pandektenrechts” e “Pandekten”, avrebbero esercitato una notevole influenza su quella che poi sarebbe stata l’impostazione del BGB²⁹³.

Windscheid nelle sue “Pandette” presentava un completo ed ordinato “sistema” dei concetti fondamentali del diritto romano, reso contemporaneo attraverso un’opera di ricostruzione logico-deduttiva²⁹⁴. Ecco ciò che scriveva sulla *datio in solutum*:

“[...] in una prestazione, che non ha il contenuto richiesto dal diritto di credito, vi è adempimento solo quando il creditore scientemente l’ha accettata come adempimento”²⁹⁵.

Ciò che si nota è innanzitutto l’uso di una terminologia di tipo “generalizzante” completamente nuova: non si parla più di una “*datio*” ma, in senso più ampio, di una “*Leistung*”, cioè di una prestazione qualsiasi che abbia però un contenuto diverso da quello richiesto dalla pretesa creditoria. Quando questa diversa prestazione viene consapevolmente accolta dal creditore, essa proprio in virtù dell’accettazione assume valore di adempimento (“*Erfüllung*”) e viene appunto chiamata “*Annahme an Erfüllungs Statt*” cioè “accettazione in luogo di adempimento” oppure “*Leistung an Erfüllungs Statt*”, ossia “prestazione in luogo di adempimento”²⁹⁶. L’Autore precisa che, perché tale prestazione abbia valore di adempimento, il creditore deve acconsentire a riceverla “*wissentlich*”, cioè sapendo che essa non è quella che forma l’oggetto del suo credito²⁹⁷. L’accettazione di *aliud pro alio*, cioè di una prestazione in vece di un’altra, può dipendere soltanto dalla “*frei Will des Gläubigers*”²⁹⁸.

Proprio a causa della libera e consapevole accettazione della diversa “*Leistung*” e quindi, con le parole dell’insigne professore, “in forza dell’efficacia conferita dal creditore ad una prestazione che in sé e per sé non è adempimento”, “*la in solutum datio* è adempimento”²⁹⁹.

Per il caso in cui sia stato dato un bene in pagamento e poi venga evitto, il Windscheid ammette la concorrenza alternativa delle due azioni: quella a tutela dell’obbligazione originaria e l’azione di garanzia. In maniera estremamente chiara scrive:

“Se al creditore non è stata procacciata la proprietà [...] su ciò che s’è dato in pagamento, egli ha la scelta di ritornare al suo credito, o di esigere dal debitore il suo interesse”³⁰⁰.

Qualora la *res in solutum data* sia oggetto di evizione il creditore insoddisfatto ha dunque il primo diritto “perché egli ha attribuito forza di adempimento non alla tradizione come tale, ma alla tradizione come effetto

²⁹² Cfr. IMPALLOMENI G. B., *La validità di un metodo storico-comparativo nell’interpretazione del diritto codificato*, in Rivista di diritto civile, Padova, 1971, 17, I, pp. 371 e 372. L’Autore ricorda che la Scuola Storica tedesca aveva un atteggiamento essenzialmente negativo e di reazione rispetto alle codificazioni: esse in realtà “altro non facevano se non riprodurre, sia pure in una possibile nuova sistemica, le regole del *Corpus Iuris*, in altri termini lo stesso diritto comune”.

²⁹³ Lo stesso Windscheid alla fine dell’Ottocento fece parte, insieme ad altri due professori ed otto giuristi pratici, della “*Erste Kommission*” per la redazione del codice civile tedesco. Il progetto di codice elaborato dalla commissione (“*Erster Entwurf*”), chiaramente strutturato secondo i metodi della Pandettistica e pubblicato nel 1887, fu però criticato per la sua eccessiva astrattezza.

²⁹⁴ Con le parole dell’Impallomeni: “il sistema costruito *a priori* finiva in pratica con l’enunciare regole di diritto romano”. In sostanza ciò che ha realizzato la Pandettistica è stato un “approfondimento del diritto romano inteso come diritto sostanziale, astraendo dalle singole legislazioni e dal loro contenuto”. Vedi IMPALLOMENI G. B., *Op. cit.*, pp. 372 e 378.

²⁹⁵ Cfr. WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, p. 315. Così l’ultimo tratto nel testo originale: “[...] Erfüllung nur dann, wenn der Gläubiger sie als Erfüllung wissentlich angenommen hat”. Vedi WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart, 1879, vol. II, § 342, p. 293.

²⁹⁶ Cfr. tuttavia DERNBURG H., *Pandekten*, Berlin, 1886, vol. II, § 58, p. 156 che, mantenendosi più fedele al modello romano, parla ancora di dazione di altri “valori” in luogo del pagamento e usa l’espressione “*Leistung an Zahlungsstatt*”. Cfr. CANDIAN A. D., *Op. cit.*, p. 265.

²⁹⁷ Cfr. WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 293: l’Autore così spiega (in nota 9) il significato di “*wissentlich*”: “*wissend, daß sein Forderungsrecht auf eine Leistung dieses Inhalts nicht gehe*”.

²⁹⁸ Vedi WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 294, che in nota 11 riporta il principio romano “*aliud pro alio invito creditore solvi non potest*”.

²⁹⁹ Così scrive WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, p. 316 nota 10. Analogamente DERNBURG H., *Pandette*, tr. it., Torino, 1903, vol. II, § 58, p. 238 ss., secondo il quale la *datio in solutum* “estingue l’obbligazione *ipso iure* come il pagamento”. Infatti, spiega l’Autore, “il creditore è soddisfatto, e con ciò lo scopo dell’obbligazione è raggiunto”. Secondo l’Astuti vi è differenza fra le due posizioni: per il Windscheid la *datio consentiente creditore* sarebbe vero e proprio adempimento, per il Dernburg invece un “surrogato dell’adempimento”. Cfr. ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 732.

³⁰⁰ Così WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, p. 317.

traslativo di proprietà”; il secondo diritto lo ha perché sulla base dell’accordo intercorso col debitore egli lo può tenere vincolato alla dichiarazione da lui emessa, di trasferirgli la proprietà della cosa³⁰¹.

Diversamente dal Windscheid, e contro l’opinione che a quel tempo era la più diffusa in dottrina, i Pandettisti Witte e Dernburg ritenevano invece che non fosse possibile conciliare l’antinomia tra i passi del *Corpus Iuris* concedendo al creditore evitto la scelta tra i due rimedi³⁰².

Secondo quanto scrive Heinrich Dernburg, bisogna infatti sostenere o l’una o l’altra soluzione perché esse sono “grundsätzlich unvereinbar”, cioè del tutto inconciliabili secondo i principi: una delle due presuppone che il credito resti in vita se il trasferimento della cosa non è andato a buon fine, l’altra invece al contrario parte dal punto di vista che l’obbligazione si è incondizionatamente estinta e concede al creditore di ottenere l’*id quod interest* a causa dell’evizione³⁰³.

L’Autore si schiera a favore dell’azione di garanzia, cioè diciamo dell’*actio empti utilis*:

“L’esatta teoria sta nel concedere all’originario creditore solo una pretesa per evizione. Invero, contro la prestazione fatta in luogo del pagamento, egli definitivamente e non condizionatamente si è spogliato del suo credito”³⁰⁴.

Va rilevato infine che il Windscheid e il Dernburg nelle loro Opere fanno cenno anche a quel *beneficium dationis in solutum* che era stato concesso da Giustiniano con la Novella 4, 3³⁰⁵.

Il Windscheid ricorda che un tale beneficio era stato disposto a favore dei debitori caduti in rovina per la guerra dei Trent’anni³⁰⁶.

Nel *Recessum imperii* del 1654 infatti, come nota anche il Polacco, vi era stato un provvedimento di carattere transitorio che prevedeva l’applicazione della *datio in solutum* coattiva, ma solamente per quei “geldklemmen Zeiten”³⁰⁷. Il *beneficium* giustiniano era stato in quell’occasione modificato: esso si estendeva anche ai beni mobili³⁰⁸.

4.2. IL “BÜRGERLICHES GESETZBUCH”

Il codice civile tedesco è entrato in vigore, insieme al codice del commercio, il 1° gennaio del 1900. Scritto con il metodo sistematico tipico della Pandettistica, il “Bürgerliches Gesetzbuch” (BGB) è caratterizzato da una impostazione strutturale innovativa rispetto agli altri codici; abbandonata la classica tripartizione romana esso si suddivide infatti in cinque parti: parte generale, obbligazioni, diritti reali, diritto di famiglia e successioni.

La disciplina delle obbligazioni, “die Schuldverhältnisse”, è contenuta nel libro secondo (“Zweites Buch”). Nel Titolo dedicato alla “Erfüllung” si trova una norma specifica sulla dazione in pagamento, o meglio su quella più ampia figura, delineata dai Pandettisti, della “prestazione in luogo di adempimento”³⁰⁹:

§ 364. Annahme an Erfüllungs Statt.

“Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungs Statt annimmt.

³⁰¹ Cfr. WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, p. 317 e nota 14. Secondo quanto scrive Windscheid un ragionamento simile doveva essere quello che facevano anche i Romani: essi “sfruttavano l’analogia del contratto di compravendita e davano al creditore un *utilis ex empto actio*”.

³⁰² Cfr. DERNBURG H., *Pandette*, p. 240, per il quale la posizione dominante, che ammette la concorrenza alternativa delle due azioni, “si riduce ad una conciliazione esteriore poco soddisfacente”.

³⁰³ Cfr. DERNBURG H., *Pandette*, p. 240.

³⁰⁴ Nel testo originale: “das richtige ist, dem früheren Gläubiger nur einen Anspruch wegen Eviktion zu verstaten [...]” (in DERNBURG H., *Pandekten*, p. 157 nota 6). Per la traduzione italiana vedi DERNBURG H., *Pandette*, p. 240 nota 7, che a proposito dell’estinzione del credito così conclude: “il ripristinamento dei rapporti obbligatori, che le parti hanno rimosso senza riserva, non può fondarsi sulla loro volontà, né è opportuno”.

³⁰⁵ Cfr. WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, p. 316 nota 12; DERNBURG H., *Pandette*, p. 240 nota 10.

³⁰⁶ Cfr. WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, p. 316 nota 12 in fine.

³⁰⁷ Cfr. POLACCO V., *Op. cit.*, pp. 68 e 69.

³⁰⁸ Lo rilevano Windscheid e Polacco. Cfr. WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, p. 316 nota 12 in fine (“sono espressamente menzionate anche le cose mobili”); cfr. per il testo del *Recessum imperii* del 1654, § 172, POLACCO V., *Op. cit.*, p. 69 nota 1.

³⁰⁹ Il paragrafo 364 qui riportato contiene la definizione della “Annahme an Erfüllungs Statt”, letteralmente “accettazione in luogo di adempimento”. Le altre norme del BGB che riguardano l’istituto sono il § 365, immediatamente successivo, che disciplina la garanzia che deve prestare il debitore nel caso particolare (e più comune) di “Hingabe an Erfüllungs Statt” ed, incidentalmente, il § 422 che equipara gli effetti della prestazione in luogo di adempimento a quelli dell’adempimento vero e proprio. Edizione consultata: *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1987.

Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeiten, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungs Statt übernimmt³¹⁰.

La dottrina tedesca distingue nell'ambito del § 364 due figure: "die Leistung an Erfüllungs Statt" cioè la prestazione in luogo dell'adempimento la cui definizione è contenuta nell'Absatz 1, e "die Leistung erfüllungshalber", in italiano la cd. "assunzione di debito *pro solvendo*", che è descritta nell'Absatz 2³¹¹.

Secondo quanto enunciato nel primo Absatz del § 364 l'obbligazione si estingue quando il creditore accetta in luogo dell'adempimento una prestazione diversa da quella dovuta³¹².

Il Dernburg in una sua Opera posteriore al codice nota la nuova terminologia usata dai redattori del BGB: nel diritto comune si usava parlare ancora di *datio in solutum*, nell'ALR prussiano similmente di una "Angabe an Zahlungsstatt" però, sottolinea Heinrich Dernburg, "Leistung an Erfüllungs Statt ist genauer"³¹³. L'espressione usata dai compilatori appare migliore al Dernburg proprio perché "allarga" i confini dell'istituto in modo da ricomprendervi non soltanto la dazione di una cosa, ma una qualsiasi prestazione eseguita in sostituzione di quella originariamente dedotta in obbligazione³¹⁴.

L'elemento dell'accordo tra le parti, "die Vereinbarung", resta sempre fondamentale; su questo punto la dottrina è concorde³¹⁵.

Passiamo ora all'esame della cd. "Leistung erfüllungshalber", un'ipotesi specifica di "prestazione in luogo di adempimento" che si verifica nel caso in cui è creata dalle parti una nuova pretesa a favore del creditore³¹⁶.

L'Absatz 2 del § 364 prevede che se il debitore, allo scopo di soddisfare il suo creditore, assume nei confronti di quest'ultimo un'altra obbligazione in caso di dubbio non si può presumere che egli assuma tale debito in luogo di adempimento. Il nuovo "Verbindlichkeit" viene in sostanza affiancato a quello già esistente con l'intesa che l'adempimento del nuovo obbligo da parte del debitore determini anche l'estinzione di quello originariamente assunto. In questo modo non si sostituisce l'*obligatio* originaria ma, in sostanza, semplicemente si dà al debitore una possibilità in più di soddisfare il creditore³¹⁷.

La giustificazione della previsione di questa ipotesi risiede nel fatto che, diversamente da quanto accade nel nostro ordinamento giuridico, la nuova obbligazione nel diritto tedesco può essere assunta tramite un negozio astratto in modo che il debitore non possa opporre al creditore le eccezioni inerenti alla pretesa originaria³¹⁸.

Per quanto concerne la questione della natura giuridica della prestazione in luogo di adempimento molto dibattuta anche dalla dottrina tedesca, va evidenziato che, diversamente dal nostro codice, il BGB contiene una norma che prevede espressamente il contratto modificativo del contenuto di un rapporto obbligatorio (un

³¹⁰ Cfr. *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1987, § 364.

³¹¹ Cfr. OLZEN D., *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1995, *Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse*, § 364, p. 73 ss.

³¹² Cfr. OLZEN D., *Kommentar*, p. 76. Il § 364 va letto in parallelo con le norme generali in materia di inadempimento: la prestazione diversa dalla dovuta infatti non può di regola estinguere l'obbligazione. "Eine derartige Leistung bringt das Schuldverhältnis zum Erlöschen" unicamente "wenn die Voraussetzungen des § 364 Abs. 1 gegeben sind". Inoltre può essere utile ricordare che il paragrafo precedente, il 363, stabilisce che se il creditore ha ricevuto la prestazione che gli è stata offerta spetterà a lui l'onere di provare che non vuole far valere come adempimento questa prestazione perché essa è diversa da quella dovuta o ne è solo una parte.

³¹³ Cfr. DERNBURG H., *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, Halle, 1905, vol. I, 1 (*Erste Abteilung*), *Die Schuldverhältnisse*, § 118, p. 300.

³¹⁴ Cfr. DERNBURG H., *Das bürgerliche Recht*, p. 300. Il termine più generico viene dal Dernburg definito "genauer" perché l'estinzione del debito non si verifica soltanto attraverso la *datio* di una cosa in vece di un'altra: "diese Schuldtilgung kann sich nicht bloß durch Hingabe von Sachen vollziehen, sondern durch Werte jeder Art, namentlich durch Abtretung von Rechten, zum Beispiel eines Forderungsrechtes, eines Patentrechtes [...]".

³¹⁵ Cfr. OLZEN D., *Kommentar*, p. 77. Questo accordo viene spesso identificato con un "Realvertrag" perché normalmente (nel caso tipico) la manifestazione del consenso avviene contemporaneamente all'esecuzione della prestazione. Nei casi in cui invece l'accordo si realizza in un momento anteriore la fattispecie viene inquadrata dalla dottrina o nella figura dell'obbligazione con facoltà alternativa oppure in quella del contratto modificativo.

³¹⁶ Cfr. OLZEN D., *Kommentar*, p. 76: "§ 364 Abs. 2 enthält eine bei der Anwendung des § 364 Abs. 1 zu berücksichtigende Zweifelsregelung für einen speziellen Fall einer anderen als der geschuldeten Leistung". Cfr. anche DERNBURG H., *Das bürgerliche Recht*, p. 300: "Auch die Begründung einer neuen Schuld [...], kann Leistung an Erfüllungs Statt bilden".

³¹⁷ Cfr. OLZEN D., *Kommentar*, p. 81: "bei der Leistung erfüllungshalber soll die bewirkte Leistung die geschuldete nicht ersetzen, sondern der Gläubiger eine zusätzliche Befriedigungsmöglichkeit verschaffen".

³¹⁸ Cfr. ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 15; l'Autore precisa appunto che questo particolare fenomeno non può assolutamente verificarsi nell'ordinamento italiano, perché per il nostro diritto l'assunzione del debito deve sempre avere un preciso fondamento causale e non può avvenire per mezzo di un "abstraktes Schuldversprechen".

contratto che modifica il rapporto ma non comporta la novazione dell'obbligazione originaria)³¹⁹. Si tratta del § 305, nell'ambito del quale per la maggior parte degli Autori tedeschi si può far rientrare anche la "Annahme an Erfüllungs Statt"³²⁰. L'esistenza nel BGB di una simile disposizione spiega perché, a differenza di quanto è avvenuto in Francia e in Italia, la dottrina tedesca non abbia mai avvicinato la dazione in pagamento ad un negozio novativo³²¹. L'accordo con il quale le parti stabiliscono di effettuare e ricevere "eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungs Statt" sarebbe semplicemente, ai sensi del § 305, un negozio modificativo, per mezzo del quale viene mutato dalle parti l'oggetto dell'obbligazione.

Accogliendo questa teoria è lecito concludere quindi che "l'estinzione dell'obbligazione si verificherebbe a seguito dell'(esatto) adempimento dell'obbligo" così come modificato dall'accordo³²².

Il § 365 contiene la disciplina espressa della garanzia per i vizi, di diritto o materiali, della cosa *data in solutum*:

§ 365. Gewährleistung bei Hingabe an Erfüllungs Statt.

"Wird eine Sache, eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungs Statt gegeben, so hat der Schuldner wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten".

Se una cosa, un credito verso un terzo o un altro diritto è dato in luogo dell'adempimento, il debitore deve prestare garanzia per i difetti di diritto, "wegen eines Mangels im Rechte", o per i vizi materiali della cosa, "wegen eines Mangels der Sache", come un venditore. La norma prevede espressamente ed in maniera molto chiara che il debitore che dà in pagamento una cosa o un altro diritto al suo creditore garantisce nello stesso modo di un venditore per il caso che il bene da lui dato *in solutum* sia oggetto di diritti altrui oppure sia viziato³²³.

La disposizione in esame sembra escludere così un ritorno al credito originario, che si considera pertanto definitivamente estinto, e lasciare al creditore solo i diritti di garanzia che sarebbero nati da un contratto di compravendita³²⁴.

Parte della dottrina tedesca osserva infine che il § 365 dovrebbe essere applicato anche alla donazione e che in tal caso non sembrerebbe giusto che il donante, data la *res* o ceduto il diritto, debba garantire come farebbe un venditore; auspica quindi una modifica della norma che introduca una limitazione della responsabilità del donante³²⁵.

5. ITALIA

5.1. IL CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

³¹⁹ Cfr. BIANCA C. M., *Diritto civile*, Milano, 1993 (ristampa), vol. IV, *L'obbligazione*, p. 436 e nota 21; ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 7 in nota.

³²⁰ Cfr. per tutti LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, München und Leipzig, 1929, p. 595 e LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, 1987, I, *Allgemeiner Teil*, § 18, p. 248. *Contra*: soltanto HARDER M., *Die Leistung an Erfüllungs Statt*, Berlin, 1976, che ritiene la *datio* un semplice contratto solutorio che estinguerebbe l'obbligazione in virtù della avvenuta *satisfactio* del creditore acquiescente.

³²¹ Cfr. ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 8 in nota: secondo l'Autore, dal momento che il BGB "ignora la novazione [...] la dottrina tedesca", di fronte all'accordo fra debitore e creditore di *praestare* e di ricevere *aliud pro alio* "non ha particolari difficoltà ad affermare – e, anzi, istintivamente è indotta a riconoscere – che ciò che si è verificato è una semplice modificazione, ex § 305 BGB, e non una novazione".

³²² Così ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 7 in nota.

³²³ Cfr. ALLARA M., *La prestazione*, p. 260. Cfr. anche ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 19 in nota. L'Autore rileva che in tal modo "il BGB si è discostato dall'orientamento proprio del diritto comune tedesco del XIX secolo, [...] negando che il creditore, il quale abbia ricevuto a titolo di *datio in solutum* una prestazione in senso lato viziata, possa nuovamente pretendere l'adempimento dell'obbligazione originaria". Cfr. anche il Dernburg che già anteriormente alla codificazione aveva difeso la stessa posizione: si veda DERNBURG H., *Pandette*, p. 240. Contro la prevalente dottrina, sostiene ancora la possibilità di scelta tra l'azione di garanzia e quella derivante dal credito originario soltanto il Larenz; cfr. LARENZ K., *Op. cit.*, p. 247 ss.

³²⁴ Cfr. ALLARA M., *La prestazione*, p. 260. Secondo l'Autore "l'errore del codice tedesco consiste nell'aver considerato [...] estinto il rapporto obbligatorio, quantunque non si sia verificata quella prestazione alla quale fu dalle parti attribuito valore di equivalente di adempimento". Cfr. anche OLZEN D., *Kommentar*, p. 84, in cui si precisa che in teoria l'estinzione dell'obbligazione presuppone ovviamente che la prestazione non sia viziata, ma col paragrafo 365 si voleva disciplinare la maggior parte dei casi; allora se è data una cosa, se è ceduto un credito oppure un altro diritto *in solutum*, l'obbligazione originaria si estingue e rimangono al creditore soltanto i diritti di garanzia che avrebbe un compratore.

³²⁵ Cfr. LARENZ K., *Op. cit.*, p. 249.

Dopo la caduta dell'Impero napoleonico il codice civile francese fu preso a modello per la redazione del primo codice unitario del Regno d'Italia, promulgato nel 1865³²⁶.

Dell'istituto della *datio in solutum* il codice del 1865 non si occupava e peraltro la *datio* di *aliud pro alio* al creditore consenziente non veniva nemmeno contemplata dall'articolo 1236 nell'elenco dei vari modi di estinzione delle obbligazioni³²⁷.

Nel medesimo capo, all'art. 1245, si stabiliva soltanto che il creditore non potesse essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella a lui dovuta "quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale od anche maggiore"³²⁸. La disposizione, com'è evidente, era l'esatta traduzione dell'art. 1243 del Code civil francese e, riprendendola, il legislatore non faceva altro che negare l'esistenza nell'ordinamento italiano della cosiddetta *datio in solutum* necessaria³²⁹. Nulla si diceva però della dazione in pagamento volontaria, intesa cioè come negozio solutorio.

Nonostante la sua mancata previsione, la *datio* di *aliud pro alio consentiente creditore* non era certo stata abbandonata dalla pratica né tantomeno trascurata dalla dottrina italiana che, anzi, sin dai primi del Novecento cominciò a dibattere sulla natura giuridica dell'istituto. La *datio in solutum* per certi aspetti poteva sembrare agli interpreti simile ad un pagamento o anche ad una obbligazione con "facoltà alternativa in sede di esecuzione". Per altri suoi aspetti (come l'accordo preventivo e il mutamento dello stesso oggetto dell'*obligatio*) poteva invece apparire un negozio "modificativo" del rapporto obbligatorio o essere addirittura confusa, come già era accaduto in Francia, con la novazione oggettiva³³⁰; per altri caratteri infine (in particolare per l'azione di garanzia concessa al creditore per il caso di evizione) sembrava ad alcuni autori rassomigliante ad un negozio oneroso tipo la permuta o la vendita *compensato pretio*³³¹.

Peraltro, proprio nello stesso codice del Regno, non mancavano disposizioni che si riferivano all'istituto della dazione in pagamento e, così facendo, ne presupponevano chiaramente l'esistenza all'interno dell'ordinamento giuridico³³².

In dottrina ci si riferiva molto spesso all'art. 1929 che sanciva in maniera espressa la definitiva liberazione del fideiussore "quando il creditore accetta[va] volontariamente un immobile o qualunque altra cosa in pagamento del debito principale" e ciò "ancorché il creditore ne soffr[isse] in seguito l'evizione"³³³.

³²⁶ Cfr. IMPALLOMENI G. B., *Op. cit.*, p. 373: "il codice unitario del 1865 [può] dirsi in massima parte derivazione del codice Napoleone, ma nel contempo non [mancano] in esso tracce di un'influenza del codice austriaco".

³²⁷ Lamentano, durante il periodo di vigenza del codice, la mancanza di una disciplina espressa della *datio in solutum*: POLACCO V., *Op. cit.*, p. 8 (parla di "una grave lacuna" perché la *datio* è "una causa di estinzione possibile in tutte le obbligazioni"); ALLARA M., *La prestazione*, p. 29 ("trascurata dal legislatore nostro"); GIORGI G., *Op. cit.*, p. 377 ("le è mancato perfino un nome proprio nel vocabolario del giorno"). La rilevano *a posteriori*: LEICHT P. S., *Op. cit.*, p. 113 ("completamente dimenticata"); D'AVANZO W., *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile a cura di D'Amelio M. e Finzi E.*, Firenze, 1948, *Libro delle obbligazioni*, vol. I, pag. 51; ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 733; GRASSETTI C., voce *Datio in solutum (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1957, vol. V, p. 174; RODOTÀ S., *Op. cit.*, p. 737; MARCHIO A. M., voce *Dazione in pagamento*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988, vol. X, p. 1; BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 434.

³²⁸ Vedi *Codice civile del Regno d'Italia*, Milano, 1865, art. 1245.

³²⁹ Cfr. D'AVANZO W., *Op. cit.*, p. 51, che pone in evidenza la formulazione negativa della norma e richiama l'antico principio "*aliud pro alio invito creditore solvi non potest*". Cfr. però anche ALLARA M., *La prestazione*, p. 53, che giustamente così scrive: "dalla formulazione dell'art. 1245 può bene argomentarsi la possibilità che il debito sia soddisfatto con prestazione diversa dalla dovuta, purché si abbia una volontaria accettazione da parte del creditore". Si veda in proposito quanto si è già detto riguardo al corrispondente art. 1243 del codice francese.

³³⁰ Cfr. per questa teoria: AMBROSETTI T., *Op. cit.*, p. 126. Secondo l'Autore la sostituzione di una cosa ad un'altra implicherebbe necessariamente un'obbligazione nuova perché l'oggetto ne è elemento essenziale e perché "la consegna effettiva di un oggetto diverso suppone un accordo sopravvenuto delle parti, una convenzione del tutto nuova, nella quale consiste[rebbe] appunto la novazione".

³³¹ Così scrive Anna Maria Marchio: "la figura [...] non aveva mai mancato di possedere una sua propria vitalità; non solo risultava presente nella pratica degli affari, ma forniva copiosa materia di riflessione alla dottrina in ragione delle rilevanti questioni che attorno ad essa tradizionalmente confluivano e che ne rendevano difficile la sistemazione". Così MARCHIO A. M., *Op. cit.*, p. 1. Va ricordato in proposito che le problematiche inerenti all'istituto che furono affrontate dai giuristi italiani erano molto simili a quelle che già aveva incontrato la dottrina francese dopo l'emanazione del Code civil. Del resto entrambi i codici, dal momento che non contenevano una disciplina espressa del fenomeno, lasciavano così ampio spazio agli interpreti per la discussione sull'argomento.

³³² Cfr. MARCHIO A. M., *Op. cit.*, p. 1; RODOTÀ S., *Op. cit.*, p. 734: "la figura doveva essere stata ben presente all'estensore di molte norme"; GIORGI G., *Op. cit.*, p. 377; BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 434 nota 11. Cfr. anche ALLARA M., *La prestazione*, p. 29 nota 1, che richiama a proposito diversi articoli del codice civile (artt. 1403 capoverso, 1458, 1548 n. 2, 1884 1° comma e 1929) ed alcune disposizioni del codice di commercio.

³³³ L'art. 1929 del codice del 1865 (traduzione del 2038 del Code civil) è richiamato da AMBROSETTI T., *Op. cit.*, p. 137; GIORGI G., *Op. cit.*, p. 377; SOLAZZI S., *Op. cit.*, p. 179; DE FRANCISCI P., *L'evizione*, pp. 19 e 20; NICOLÒ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*,

La disposizione, contenuta nel capo relativo all'estinzione della fideiussione, è perfettamente corrispondente al già citato art. 2038 del codice francese, norma che, come si è già detto, inizialmente venne interpretata come se la *datio in solutum*, attraverso il mutamento dell'oggetto dell'*obligatio*, provocasse in ogni caso il venir meno del debito principale³³⁴. Ma in realtà la ragione dell'estinguersi della fideiussione non sarebbe stata affatto l'estinzione incondizionata dell'obbligazione originaria: e ciò perché il fatto che il fideiussore venisse "irrevocabilmente liberato", anche nel caso in cui la *res data in solutum* fosse successivamente evitta al creditore, era dovuto semplicemente ad "una considerazione benevola verso il fideiussore" che, per ragioni equitative, in caso di evizione non doveva essere esposto ad un regresso tardivo dal quale non avrebbe potuto difendersi³³⁵.

Dunque in sostanza nel caso di evizione della *res*, la *datio in solutum*, mancando l'effettiva attribuzione della cosa al creditore, risultava in un certo senso inefficace ed "il rapporto obbligatorio che si voleva estinguere continua[va] a sussistere, salva l'estinzione delle garanzie personali"³³⁶.

Inoltre va rilevato che, anche in mancanza di una espressa disposizione legislativa in tal senso, la prevalente dottrina italiana riteneva che il debitore, dando in pagamento l'*aliud*, fosse senz'altro obbligato a garantirne il passaggio di proprietà all'*accipiens*: la garanzia per evizione appariva agli interpreti "una conseguenza naturale della tradizione per causa onerosa"³³⁷. La soluzione generalmente data dalla scienza giuridica al problema del rimedio per l'evizione era pertanto quella di concedere al creditore la scelta fra il ricorso alla *pristina actio* e l'esperimento dell'azione di garanzia³³⁸.

5.2. LA DATIO IN SOLUTUM NEL CODICE DEL 1942: TERMINOLOGIA, DISCIPLINA E NATURA GIURIDICA

Il codice civile del 1942, attualmente vigente in Italia, a differenza del precedente contiene una disposizione in cui espressamente si prevede la possibilità per il debitore di *aliud pro alio solvere*: si tratta dell'art. 1197, nel quale l'istituto romano della *datio in solutum* è stato disciplinato sotto il nuovo nome di "prestazione in luogo dell'adempimento"³³⁹.

Milano, 1936, p. 250; ASTUTI G., *Op. cit.*, p. 733; RICCA BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 55; BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 434; D'AVANZO W., *Op. cit.*, p. 51; RODOTÀ S., *Op. cit.*, p. 734; MARCHIO A. M., *Op. cit.*, p. 1.

³³⁴ Da una simile interpretazione ha avuto origine la teoria, seguita in Francia ma anche in Italia (per tutti si veda AMBROSETTI T., *Op. cit.*, p. 126) che faceva della *datio in solutum* un vero e proprio caso di novazione: l'estinzione del primitivo vincolo sarebbe stata del tutto indipendente dall'effettiva realizzazione del trasferimento della *res*. Questa tesi, come si è detto, fu poi confutata dal De Page (cfr. DE PAGE H., *Op. cit.*, nn. 510 e 511). Cfr. anche a proposito dei rapporti fra dazione in pagamento e novazione: ALLARA M., *La prestazione*, p. 43.

³³⁵ Cfr. GIORGI G., *Op. cit.*, p. 393. Analogamente ALLARA M., *La prestazione*, p. 45 che, richiamando la dottrina francese contraria alla teoria della novazione, scriveva: "il disposto dell'art. 1929 (art. 2038 Code Napoleon) si giustifica con motivi di equità: si tratterebbe di una speciale misura di favore per il fideiussore, il quale, ove non fosse liberato, verrebbe [...] a ricevere un ingiusto danno dall'accordo intervenuto tra creditore e debitore principale".

³³⁶ Così NICOLÒ R., *Op. cit.*, pp. 250-251, che sottintende in tal modo l'esperibilità da parte del creditore evitto dell'azione a tutela dell'originario credito, ancora esistente a causa dell'avvenuta *datio* di una cosa altrui.

³³⁷ Così GIORGI G., *Op. cit.*, p. 396. L'Autore osservava che "la garanzia per [...] evizione non nasce soltanto dal contratto di vendita, ma per i principi generali del diritto ha luogo in tutti gli atti giuridici nei quali una parte trasmette all'altra una cosa o un diritto a titolo oneroso".

³³⁸ Cfr. RICCA-BARBERIS M., *Op. cit.*, p. 30 ss. che analizza il problema in maniera approfondita. Anche NICOLÒ R., *Op. cit.*, p. 251 ammette la scelta: il dante causa è chiaramente tenuto alla garanzia per evizione, anche se è certo che il creditore evitto "può sempre far valere il suo diritto di credito nei confronti del debitore [...], la cui liberazione [...] deve considerarsi come mai avvenuta".

³³⁹ Cfr. CANDIAN A. D., *Op. cit.*, p. 261, che tuttavia nota la presenza del nome latino "*datio in solutum*" nella Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile (cfr. n. 565).

Un simile distacco dalla denominazione tradizionale della *datio* pone il dubbio se a questa innovazione lessicale, che ha incontrato l'approvazione di alcuni interpreti ma che ha anche sollevato le critiche di numerosi ed autorevoli giuristi³⁴⁰, corrisponda in realtà un cambiamento sostanziale dell'istituto³⁴¹.

Secondo una parte della dottrina italiana il codice sostituendo l'espressione "prestazione in luogo di adempimento" a quella latina precedentemente usata ("*datio in solutum*") avrebbe reso possibile "una dilatazione di questo istituto", estendendo in tal modo l'applicazione della norma anche a quelle ipotesi in cui "manca la dazione di qualche cosa, perché la prestazione ad esempio è di fare"³⁴².

Sembra piuttosto corretta la diversa interpretazione data altra parte della dottrina, che pone in evidenza come in realtà tale "ampliamento" della fattispecie non risalga affatto al codice del '42 dal momento che, ancor prima della sua promulgazione, per la dottrina era già indubbiamente ammissibile che il debitore potesse liberarsi dall'*obligatio* con il compimento di un *facere* in luogo della prestazione dovuta³⁴³.

L'uso della nuova espressione da parte dei compilatori del nostro codice fu probabilmente ispirato dall'esigenza di ricorrere ad un lessico giuridico che rispondesse ad "elevati criteri di precisione e rigorosità concettuale"³⁴⁴. E fu per questo che, cercando di accogliere nella norma un concetto più ampio di quello individuato dall'espressione "*datio in solutum*" (e del resto già dalla dottrina riconosciuto esistente nella prassi), il legislatore, rendendo così omaggio alla nuova terminologia "generalizzante" creata dalla Pandettistica, utilizzò nella rubrica dell'articolo il termine moderno "prestazione in luogo dell'adempimento", cioè la traduzione letterale del tedesco "*Leistung an Erfüllungs Statt*"³⁴⁵.

Oggi si può comunque affermare che la dizione "prestazione in luogo di adempimento" include in sé certamente la tradizionale *datio in solutum*, intesa principalmente come consegna con la quale si trasferisce al creditore la proprietà o un diverso diritto reale su una cosa diversa dalla dovuta³⁴⁶.

La disciplina della prestazione in luogo di adempimento è contenuta negli artt. 1197 e 1198 del codice civile ed in essa si riscontra la presenza di regole proprie della disciplina del contratto e di norme che invece tipicamente concernono il pagamento³⁴⁷.

L'art. 1197 del Codice civile è una norma caratterizzata allo stesso tempo da "precisione e semplicità"³⁴⁸: al primo comma esso, conformandosi al principio romano, dispone innanzitutto che "il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta". *Aliud pro alio solvi non potest* e ciò vale,

³⁴⁰ Cfr. CANNATA C. A., *L'adempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. di diritto privato a cura di Rescigno P.*, Torino, 1991 (ristampa), IX, *Obbligazioni e contratti*, tomo I, p. 72, che definisce la nuova dizione "più adatta, sebbene imprecisa", perché "l'adempimento si esegue comunque con una prestazione, per cui prestazione in luogo di adempimento non significa nulla". Diversa la critica del D'AVANZO: "dicendosi [...] prestazione in luogo dell'adempimento, si potrebbe dubitare che l'adempimento resti inattuato e che sia sostituito dalla prestazione; ciò che non è in quanto la stessa prestazione di cosa diversa da quella dedotta nel rapporto obbligatorio, estinguendo l'obbligo, ne segna l'adempimento"; secondo l'Autore dunque si sarebbe dovuto dire "prestazione di cosa diversa da quella convenuta". Cfr. D'AVANZO W., *Op. cit.*, p. 52.

³⁴¹ Interpretano la nuova dizione come un'estensione della fattispecie: CANNATA C. A., *Op. cit.*, p. 72; BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, vol. III, *L'attuazione*, p. 146. Il nuovo concetto di prestazione in luogo di adempimento "include in sé anche la *datio in solutum*" per MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, III, *Diritto delle obbligazioni*, p. 271 e TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, p. 649 nota 1. Secondo il RODOTÀ S., *Op. cit.*, p. 734-735 sono "espressioni analoghe". Cfr. nello stesso senso anche MARCHIO A. M., *Op. cit.*, p. 1. Secondo l'opinione di CANDIAN A. D., *Op. cit.*, p. 261, i confini dell'istituto dovevano essersi ampliati in precedenza, perché già la dottrina anteriore al nuovo codice ammetteva in maniera unanime che si potesse effettuare una prestazione di *facere* in luogo della diversa prestazione dovuta.

³⁴² Cfr. BARASSI L., *Op. cit.*, p. 146 e CANNATA C. A., *Op. cit.*, p. 72, secondo il quale il nuovo termine è stato scelto proprio "a sottolineare che la fattispecie delineata dalla norma non pone limiti al carattere della prestazione solutoria".

³⁴³ Cfr. CANDIAN A. D., *Op. cit.*, p. 261. Vedi anche ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 60 e nota 79. Si vedano inoltre, per il periodo di vigenza del vecchio codice: ALLARA M., *La prestazione*, p. 77 e nota 2; GIORGI G., *Op. cit.*, p. 357; NICOLÒ R., *Op. cit.*, p. 249.

³⁴⁴ Così CANDIAN A. D., *Op. cit.*, p. 261.

³⁴⁵ Va ricordato che il codice italiano del 1942, pur conservando come modello principale il codice civile francese, risentì fortemente dell'influenza delle sistemazioni della Pandettistica e della dottrina tedesca del Novecento e ciò, come si è detto, a vantaggio di una maggiore precisione terminologica e di un elevato rigore concettuale. Cfr. CANDIAN A. D., *Op. cit.*, pp. 261 e 262.

³⁴⁶ Cfr. MESSINEO F., *Op. cit.*, p. 271 e TRABUCCHI A., *Op. cit.*, p. 649 nota 1: l'accezione è più ampia perché "la prestazione sostitutiva può consistere, anziché in una dazione, in una attività, in un fare o non fare; secondo alcuni dottori", ricorda il Trabucchi, "può comprendere anche il fenomeno dell'obbligazione facoltativa". Cfr. similmente BARASSI L., *Op. cit.*, p. 147. Anche secondo questo Autore "il trasferimento della proprietà o di altro diritto" è solamente "uno dei possibili oggetti della prestazione in luogo dell'adempimento".

³⁴⁷ Le due disposizioni sono contenute nel titolo I del libro quarto, relativo alle obbligazioni in generale, e precisamente nella prima sezione del capo II, intitolata "Dell'adempimento in generale". Cfr. per i due aspetti (contratto e pagamento) che connotano la disciplina della *datio*: BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 439.

³⁴⁸ Cfr. CANNATA C. A., *Op. cit.*, p. 72.

come già stabiliva il codice francese, anche nel caso in cui la cosa offerta in sostituzione abbia valore uguale o maggiore, sempre “salvo che il creditore vi consenta”³⁴⁹. “In questo caso” precisa poi la norma, cioè qualora sia intercorso un accordo fra le parti, “l’obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita”³⁵⁰.

Come è evidente, in questo primo comma sono chiaramente determinate tutte le condizioni necessarie perché l’*aliud pro alio* provochi l’estinzione dell’obbligazione: la volontà del debitore di *praestare aliud*, il consenso del creditore e l’effettiva esecuzione della prestazione sostitutiva³⁵¹.

Anche il problema del rimedio per l’evizione trova finalmente nel codice italiano, a differenza di quello francese, una chiara soluzione normativa³⁵². Infatti nel secondo comma dell’art. 1197 si stabilisce espressamente che “se la prestazione consiste nel trasferimento della proprietà o di un altro diritto, il debitore è tenuto alla garanzia per l’evizione e per i vizi della cosa secondo le norme della vendita, salvo che il creditore preferisca esigere la prestazione originaria e il risarcimento del danno”³⁵³. In ogni caso, aggiunge l’ultimo comma, non rivivono le garanzie prestate dai terzi, che si considerano estinte a seguito della dazione in pagamento.

L’art. 1198 regola invece un caso particolare di prestazione in luogo dell’adempimento: la cessione di crediti *in solutum*³⁵⁴. Questa di norma si intende fatta *pro solvendo*, e l’obbligazione originaria si estingue soltanto nel momento della riscossione del credito ceduto, sempreché naturalmente le parti non manifestino una diversa volontà³⁵⁵.

Per quanto concerne la natura giuridica della figura, è ormai generalmente riconosciuta la sua autonomia strutturale³⁵⁶: la *datio in solutum* è vista come un contratto solutorio (estintivo o liberatorio) che ha per scopo il *solvere*, cioè l’estinguere una precedente *obligatio*³⁵⁷.

E’ chiaro inoltre che essa “si riferisce alla fase dell’esecuzione dell’obbligazione originaria”³⁵⁸.

³⁴⁹ Cfr. BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 434, che chiarisce: “la sostituzione della prestazione dovuta con altra prestazione implica la volontà negoziale sia del creditore che del debitore, cioè l’accordo contrattuale dei due soggetti”.

³⁵⁰ In considerazione di questo suo aspetto, del tutto indipendente dal fatto che l’accordo fra le parti sia contestuale oppure anteriore all’esecuzione della diversa prestazione, la *datio in solutum* viene considerata un contratto reale. Cfr. GRASSETTI C., *Op. cit.*, p. 174.

³⁵¹ Esecuzione che di regola sarà contestuale all’incontro delle due conformi manifestazioni di volontà. Cfr. RODOTÀ S., *Op. cit.*, p. 735.

³⁵² Come si è detto, a causa della mancanza di una norma esplicita a riguardo, la questione relativa alla garanzia per i vizi e per l’evizione della *res* era dibattuta dalla dottrina sotto l’impero del codice civile italiano del 1865, così come ancora lo è oggi nell’ordinamento francese.

³⁵³ Come rileva giustamente il Bianca la soluzione del nostro codice non trova riscontro nemmeno nel codice tedesco, il quale, come si è detto, si limita a sancire che il debitore è tenuto alla garanzia come un venditore. Secondo l’Autore nell’ordinamento italiano invece è in sostanza attribuita al creditore la facoltà di “scelta tra avvalersi della tutela dell’inadempimento della prestazione sostitutiva oppure della tutela per l’inadempimento della prestazione originaria”. Cfr. BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 442 nota 43 e p. 443.

³⁵⁴ Cfr. GRASSETTI C., *Op. cit.*, p. 174.

³⁵⁵ Cfr. D’AVANZO W., *Op. cit.*, p. 55: la *datio in solutum* del credito “salva diversa volontà delle parti si presume fatta *pro solvendo* [...]”; è cioè liberatoria per il debitore solo se il creditore riscuote il credito cedutogli, a meno che”, in virtù del richiamo all’art. 1267, 2° comma, “la mancata realizzazione di questo dipenda da negligenza dell’*accipiens*”. Cfr. anche MESSINEO F., *Op. cit.*, pp. 272 e 273; RODOTÀ S., *Op. cit.*, p. 739; GRASSETTI C., *Op. cit.*, p. 174.

³⁵⁶ L’importanza di riconoscere l’autonomia della figura della *datio in solutum* è sottolineata da RODOTÀ S., *Op. cit.*, p. 734; MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1982, *Artt. 1173-1320*, p. 157; MARCHIO A. M., *Op. cit.*, p. 4; ALLARA M., *Le fattispecie estintive*, p. 137 (“la prestazione in luogo di adempimento ha una sua autonomia rispetto alle altre fattispecie estintive ed in particolare rispetto al contratto novativo ed alla situazione di compensazione legale”).

³⁵⁷ Cfr. GRASSETTI C., *Op. cit.*, p. 174, che definisce la *datio in solutum* come un contratto “liberatorio”. E’ contratto “estintivo” per BARASSI L., *Op. cit.*, p. 146 e RODOTÀ S., *Op. cit.*, p. 737; “solutorio” per MESSINEO F., *Op. cit.*, p. 273; MICCIO R., *Op. cit.*, p. 157; BARBERO R., *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962 (sesta edizione), vol. II, *Obbligazioni e contratti*, § 622, p. 34 (secondo il quale soltanto “normalmente” è un negozio solutorio); BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 432. Cfr. sulla funzione dei contratti estintivi onerosi BUCCISANO O., *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, p. 92 ss. La natura contrattuale della *datio* è oggi universalmente riconosciuta. *Contra* soltanto CANNATA C. A., *Op. cit.*, pp. 72-73 all’impostazione del quale si obietta giustamente che risulta difficile negare la necessità, oltre che del consenso del creditore, anche dell’accettazione del debitore, che non può essere certo costretto a *praestare aliud* contro la sua volontà. Cfr. BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 431 nota 3.

³⁵⁸ Così PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna, 1975, vol. IV, *Obbligazioni*, p. 90. Cfr. anche BUCCISANO O., *Op. cit.*, p. 79: “l’attribuzione dell’*aliud* al creditore e l’estinzione dell’obbligazione preesistente si pongono sul piano dell’esecuzione”.

Tale contratto solutorio, “proprio in quanto è diretto ad estinguere un’obbligazione”³⁵⁹, è senza dubbio un negozio a carattere oneroso (come è specificato nel § 1414 dell’ABGB) e, nell’ipotesi tipica traslativo della proprietà, oppure comunque attributivo di una diversa situazione soggettiva patrimoniale³⁶⁰.

Tuttavia la *datio in solutum*, pur essendo un contratto oneroso, va distinta dalla vendita e dalla permuta perché essa non si conclude *contrahendi* ma piuttosto *distrahendi causa*³⁶¹.

Si discute ancora in dottrina sulla natura reale o consensuale dell’istituto della prestazione in luogo di adempimento; e si potrebbe per alcuni interpreti affermare che, volendo sostenere la “realità” del contratto, questa vada intesa in riferimento “non alla consegna [...] ma all’esecuzione della prestazione quale requisito legale dell’effetto solutorio del contratto”³⁶², poiché solo nel momento in cui si verifica l’effettiva prestazione dell’*aliud* (si tratti o meno della *traditio* di una *res*), il soggetto attivo del rapporto può dirsi soddisfatto, e solo allora si estingue il vincolo obbligatorio³⁶³.

E’ superfluo ricordare che la *datio in solutum* non va confusa con quel diverso fenomeno estintivo dell’obbligazione che è la novazione oggettiva: quest’ultima si ha quando le parti d’accordo creano una nuova obbligazione che si sostituisce alla precedente, mentre la *datio* non comporta affatto il sorgere di un nuovo vincolo, ma semplicemente la liberazione del debitore per il tramite di un’attribuzione patrimoniale soddisfacente per il creditore³⁶⁴.

Alcuni autori hanno individuato piuttosto nella prestazione in luogo di adempimento un “contratto modificativo del contenuto del rapporto obbligatorio”³⁶⁵. Questa tesi che, come si è visto in precedenza, è accolta dalla prevalente dottrina germanica è confortata nell’ambito del diritto positivo tedesco dal § 305 del BGB che espressamente prevede la *fattispecie*³⁶⁶. Si è anche osservato tuttavia da altro lato che un simile *pactum* in pratica convertirebbe l’*obligatio* originaria in un rapporto obbligatorio facoltativo e che, di conseguenza, l’esecuzione della diversa prestazione non sarebbe altro che adempimento vero e proprio dell’obbligo così come modificato³⁶⁷. Dunque, seguendo la concezione in esame, si giungerebbe, secondo alcuni, a “snaturare” l’istituto della *datio in solutum* che in tal modo diverrebbe regolare *solutio* di un’obbligazione modificata³⁶⁸.

³⁵⁹ Così GRASSETTI C., *Op. cit.*, p. 174.

³⁶⁰ Si tratta di un contratto oneroso per: GRASSETTI C., *Op. cit.*, p. 174; BARASSI L., *Op. cit.*, p. 146 (“nel senso che contiene una subordinazione reciproca di opposti interessi”); NICOLÒ R., *Op. cit.*, p. 243 ss.; MESSINEO F., *Op. cit.*, p. 273; TRABUCCHI A., *Op. cit.*, p. 649.

³⁶¹ Cfr. POLACCO V., *Op. cit.*, pp. 16 e 17, che distingue le dazioni in *solvendis* e *contrahendi causa*. Cfr. inoltre D’AVANZO W., *Op. cit.*, p. 52 e GRASSETTI C., *Op. cit.*, p. 174. Cfr. anche ALLARA M., *Le fattispecie estintive*, p. 133, in cui l’Autore ricorda a tale proposito che “la costruzione della prestazione in luogo dell’adempimento come vendita seguita da compensazione può dirsi ormai superata e indubbiamente inaccettabile”.

³⁶² Così BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 433.

³⁶³ Favorevoli alla natura reale della *datio*: RODOTÀ S., *Op. cit.*, p. 737; GRASSETTI C., *Op. cit.*, p. 174; MICCIO R., *Op. cit.*, p. 157. Per la natura consensuale invece: BUCCISANO O., *Op. cit.*, p. 166 e AMBROSETTI T., *Op. cit.*, p. 134. La critica che si muove alla “realità” della *datio in solutum* è dovuta principalmente al fatto che con la consegna della *res* (con la *datio*) sorge l’obbligo di garanzia per il *tradens*, mentre si osserva che normalmente in questo tipo di contratti l’obbligo che sorge è a carico dell’*accipiens*, che di regola deve restituire la cosa. Cfr. la critica alla tesi della natura reale di BISCONTINI G., *Adempimento parziale e datio in solutum*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, p. 626: “i contratti reali sono unilaterali e danno origine alla obbligazione di una sola parte (obbligazione di custodia, di restituzione od altro)”. A favore della “realità” Anna Maria Marchio rileva che “una costruzione dell’istituto in termini strettamente consensualistici comport[erebbe] la perdita delle caratteristiche distintive e la sua riconduzione in una collocazione ambigua dove i confini con altri schemi negoziali (quali la novazione e la vendita) appaiono del tutto incerti”. Cfr. MARCHIO A. M., *Op. cit.*, p. 4.

³⁶⁴ Cfr. BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 436; BUCCISANO O., *Op. cit.*, p. 37 ss.; BARASSI L., *Op. cit.*, p. 146.

³⁶⁵ Cfr. PERLINGIERI P., *Op. cit.*, p. 90, secondo il quale il contratto incide sul regolamento degli interessi delle parti, trasformando l’obbligazione originaria in una *obligatio* con facoltà alternativa. Analogamente BISCONTINI G., *Adempimento parziale*, p. 629 ss., che descrive la *datio* come un “negozio regolamentare” che ha funzione essenzialmente modificativa della disciplina del precedente rapporto. Cfr. anche, sempre dello stesso BISCONTINI G., *Vicenda modificativa, “prestazione in luogo dell’adempimento” e novazione del rapporto obbligatorio*, in *Rassegna di diritto civile*, 1989, p. 264.

³⁶⁶ Cfr. per tutti LEONHARD, *Op. cit.*, p. 595. La teoria ha avuto un certo seguito anche in Italia sebbene nel nostro codice non esista una disposizione simile al § 305 BGB. Tuttavia, mentre nel pensiero dei giuristi tedeschi la *datio* viene logicamente ed istintivamente individuata come un contratto che modifica il contenuto dell’obbligazione senza per questo provocare una novazione, nella mentalità dell’interprete italiano i due fenomeni (*datio* e novazione) vengono in tal modo facilmente a confondersi.

³⁶⁷ Cfr. ZACCARIA A., *Op. cit.*, p. 7.

³⁶⁸ Ricomprendono nella “prestazione in luogo di adempimento” anche la costituzione di un’obbligazione facoltativa: ZACCARIA A., *Op. cit.*, pp. 107 e 249; BISCONTINI G., *Vicenda modificativa*, p. 264; PERLINGIERI P., *Op. cit.*, p. 29 ss.; BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 439. *Contra* efficacemente: RODOTÀ S., *Op. cit.*, p. 737, secondo il quale questa concezione è soltanto il frutto di una “malintesa

Alla luce delle considerazioni e delle precisazioni fin qui svolte si può concludere che la *datio in solutum* è un contratto solutorio oneroso che si pone nella fase dell'attuazione, cioè dell'esecuzione del rapporto obbligatorio intercorrente fra le parti: essa non comporta una modificazione di tale rapporto perché “non è diretta a mutare il contenuto del dare e dell'avere”, ma piuttosto “ad estinguere satisfattivamente il credito”³⁶⁹.

E' proprio in virtù di questa “*satisfactio*” del creditore acquiescente che il debitore si può liberare prestando *aliud pro alio* e che il rapporto obbligatorio si estingue quando la diversa prestazione è eseguita. Ed in effetti “poiché l'utilità risponde ad una valutazione soggettiva [...], è possibile che il creditore consideri ugualmente utile, cioè conveniente, anche il conseguimento di un bene differente da quello dovuto”³⁷⁰. Dunque si può affermare che il fenomeno estintivo della *datio in solutum* ha carattere contrattuale in relazione all'accordo sottostante ed al contempo funzione satisfattoria proprio in relazione alla riconosciuta “utilità” economica della prestazione sostitutiva. In presenza di questi presupposti l'estinzione dell'*obligatio* si verifica, anche nel nostro ordinamento giuridico, non per la corretta attuazione del rapporto tramite regolare *solutio*, bensì semplicemente in virtù della concorde volontà delle parti e dell'effettiva prestazione dell'*aliud*³⁷¹.

considerazione funzionale” dell'istituto e non tiene conto del fatto che la *datio in solutum*, diversamente dall'obbligazione facoltativa, si riferisce esclusivamente alla fase esecutiva (o fase dell'attuazione) della *obligatio*.

³⁶⁹ Cfr. BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 438. E' valida in linea di massima anche l'impostazione proposta dall'Allara e ripresa dal Buccisano, secondo i quali con la *datio in solutum* “le parti non intendono mutare l'oggetto del rapporto obbligatorio”, ma si limiterebbero semplicemente, con il loro accordo, “ad attribuire ad una prestazione diversa da quella dovuta il valore di equivalente dell'adempimento”. Così BUCCISANO O., *Op. cit.*, p. 73; cfr. anche ALLARA M., *Op. cit.*, pp. 51 ss. e 68 ss.

³⁷⁰ Così BISCONTINI G., *Adempimento parziale*, p. 620. L'Autore evidenzia nel suo scritto la stretta vicinanza dei due fenomeni dell'adempimento parziale e della *datio in solutum*.

³⁷¹ Cfr. BISCONTINI G., *Adempimento parziale*, p. 619 ss.

CONCLUSIONI

In questa indagine sulla continuità nella storia dell'istituto romano della "*datio in solutum*" ci si è avvalsi di un metodo storico-comparatistico, certamente il più valido per una piena comprensione del diritto positivo, che va interpretato alla luce dei principi del diritto romano "substrato comune ed imprescindibile di tutte le moderne legislazioni"³⁷².

In virtù di tale prospettiva appare chiaro il significato degli artt. 1197 e 1198 del nostro codice civile: il consenso del creditore a ricevere la prestazione sostitutiva e la sua *satisfactio* legittimano l'estinguersi dell'obbligazione sia pure in presenza di una prestazione di *aliud* in luogo della "*solutio eius quod debetur*". Come si vede, l'articolo 1197 ha recepito il principio romano, ispirato da ragioni equitative, in base al quale si riconobbe al debitore in difficoltà la possibilità di liberarsi dal vincolo obbligatorio tramite una diversa attribuzione che appagasse comunque il creditore, cioè, secondo la terminologia delle fonti, di "*solvere*" nel senso più ampio del termine.

Agli effetti dell'estinzione dell'*obligatio* i due fenomeni, regolare adempimento (cioè *solutio* in senso stretto) e *aliud pro alio consentiente creditore*, sono nell'ordinamento giuridico italiano equiparati, così come già lo erano nel pensiero dei giuristi romani dell'età classica.

La disposizione del nostro codice ha inoltre accolto la regola generale dell'art. 1243 del Code civil des Français, ispirata dal grande valore della libertà negoziale, secondo la quale il creditore non può essere costretto a ricevere *aliud* nemmeno se il diverso bene ha valore uguale o maggiore rispetto al dovuto. La stessa norma francese, la cui impostazione, come detto, si è fondata sull'opera di Domat e Pothier, rievoca in tal modo l'importanza del consenso del creditore che già nelle fonti romane era elemento essenziale della *datio in solutum*.

E' pur vero che la fattispecie considerata dall'articolo 1197 del Codice civile ha confini più ampi rispetto a quelli della *datio* così come è descritta nelle *Institutiones* di Gaio e nel *Corpus Iuris Civilis*: le fonti infatti non recano testimonianza riguardo alle prestazioni di *facere*, oggi indiscutibilmente ricomprese nel concetto di "prestazione in luogo di adempimento".

La nuova espressione "generalizzante" usata dal legislatore italiano è traduzione letterale di quella creata dalla Pandettistica e, a sua volta, l'estensione terminologica operata dalla scienza giuridica tedesca dell'Ottocento è stata dettata da criteri di elevata rigosità concettuale in risposta all'esigenza di ricomprendere nella figura della "Leistung an Erfüllungs Statt" non solo la *datio in solutum* ma, in ragione di un superiore principio di equità e di "*eadem ratio*", ogni tipo di prestazione, colmando così una "lacuna" dei testi latini.

Il nostro codice ha inoltre dato una espressa soluzione all'annoso dibattito sui rimedi spettanti al creditore nel caso di evizione della *res in solutum accepta*: entrambe le azioni prospettate dai passi del *Corpus Iuris* sono state accolte dall'art. 1197 in concorrenza alternativa. Dunque, come probabilmente doveva avvenire anche nell'età giustiniana, il creditore evitto può azionare la *pristina obligatio* esigendo così dal debitore l'esecuzione della prestazione originaria (chiedendo comunque il risarcimento del danno), ovvero esercitare l'azione di garanzia.

Il carattere oneroso della prestazione in luogo di adempimento, che giustifica l'estensione al debitore degli obblighi di garanzia che deriverebbero da un contratto di vendita (poiché "*vicem venditionis obtinet*"), non è sancito espressamente dalla disposizione italiana come avviene invece nel § 1414 del codice austriaco, ma vi è pacificamente sotteso: esso infatti è universalmente riconosciuto dalla nostra dottrina.

Alcune osservazioni infine s'impongono riguardo la disciplina positiva e le soluzioni elaborate dalla dottrina negli altri Stati europei considerati in questa analisi.

In primo luogo va rilevato che le codificazioni risalenti alla fine del XVIII secolo e agli inizi del XIX sono quelle che si sono mantenute maggiormente fedeli allo schema romano della *datio in solutum*, anzi, spesso sembravano far riferimento solo al "tipo" che più frequentemente si incontrava nelle fonti e che fu il "punto di partenza" della storia dell'istituto, e cioè alla *datio* di *res pro pecunia*. Ne è prova la terminologia usata dai compilatori dei codici di Prussia, Francia e Austria.

³⁷² Così IMPALLOMENI G. B., *Op. cit.*, p. 370.

In Germania vi fu in un certo senso un superamento del modello tradizionale della *datio in solutum* che portò non soltanto, come si è già detto, ad una “estensione” della disciplina (in ragione della stessa *ratio*) ai tipi di prestazione diversi dalla *traditio* della *res*, ma anche alla configurazione, nell’Absatz 2 del § 364 BGB, della particolare figura denominata “Leistung erfüllungshalber”, mediante la quale si dà al debitore una possibilità in più per liberarsi dal proprio vincolo obbligatorio.

Una disciplina assai peculiare dell’istituto, che per alcuni aspetti sembra avvicinare la *datio* della *res in solutum* ad una garanzia reale, è quella contenuta nell’ALR prussiano. Di essa si vuole ricordare in particolare l’originale soluzione che è stata data al problema del rimedio per l’*evictio*, tramite la fissazione di limiti temporali per l’esercizio dell’una o dell’altra azione.

Con riguardo alla Francia infine, va rilevata la mancanza nel Code civil di una norma che regoli compiutamente il negozio della dazione in pagamento (si noti infatti che il testo dell’art. 1243 si esprime con formula “negativa”) ed i suoi effetti giuridici, primo fra tutti quello inerente al caso di evizione. In assenza di una disciplina positiva la scienza giuridica francese, al fine di giustificare l’applicazione alla *datio* di “certaines règles de la vente” ed in particolare per concedere al creditore i rimedi che spettano al compratore nel caso di evizione o vizi della cosa, ha pertanto conservato la forte tendenza a porre in luce le somiglianze tra la *datio in solutum* ed il contratto di vendita, analogamente a quanto avevano già fatto in epoca classica i grandi giuristi romani.

Valentina Zafarana

NOTE BIBLIOGRAFICHE

- ACCURSIO F., *Glossa in Digestum novum* e *Glossa in Codicem*, edizione a cura dell’Università di Torino, Torino, 1968-1969
- ALLARA M., *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Annali del Seminario giuridico della Regia Università di Palermo*, Palermo, 1927, vol. XIII, p. 29 ss.
- ALLARA M., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, pp. 130-139.
- AMBROSETTI T., voce *Datio in solutum*, in *Digesto Italiano*, Torino, 1887-1898, vol. IX, p. 122 ss.
- ASTUTI G., voce *Brachilogo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1958, vol. II, p. 563 ss.
- ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. XI, p. 727 ss.
- BALDO DEGLI UBALDI, *Commentaria*, Venezia, 1577-1580, *In VII, VIII Codicis libros*.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, vol. III, *L’attuazione*, p. 145 ss.
- BARBERO R., *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962 (sesta edizione), vol. II, *Obbligazioni e contratti*, § 622, p. 33 ss.
- BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Opera Omnia*, Lungduna (Lione), 1581, *In primam Digesti novi partem*, vol. IV, *ad l. XLVI Dig.*, p. 85.
- BESTA E., *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937, p. 173 ss.
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, Milano, 1993 (ristampa), vol. IV, *L’obbligazione*, pp. 431-443.
- BISCONTINI G., *Adempimento parziale e datio in solutum*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, p. 613 ss.
- BISCONTINI G., *Vicenda modificativa, “prestazione in luogo dell’adempimento” e novazione del rapporto obbligatorio*, in *Rassegna di diritto civile*, 1989, p. 263 ss.
- BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1946 (ristampa della decima edizione), pp. 422-423.
- BUCCISANO O., *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, p. 73 ss. e p. 148 ss.
- BURDESE A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, p. 126 ss.
- BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993 (quarta edizione), p. 575 ss.
- BUSSI E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, 1937, Padova, vol. I, *Diritti reali e di obbligazione*, p. 329 ss.
- CANDIAN A. D., voce *Prestazione in luogo di adempimento*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile*, Torino, 1996 (quarta edizione), vol. XIV, p. 260 ss.
- CANNATA C. A., *L’adempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. di diritto privato a cura di Rescigno P.*, Torino, 1991 (ristampa), IX, *Obbligazioni e contratti*, tomo I, p. 72 ss.
- CARBONNIER J., *Droit civil*, Paris, 1972, IV, *Les obligations*, p. 477.
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1982, *Le fonti e il pensiero giuridico*, I, p. 105 ss.
- Code Civil des Français*, Paris, 1804, tomo V, p. 137 ss. (Discorsi degli “Orateurs du Tribunal” Favard e Jaubert), p. 230 (Moricault).
- COSTA E., *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustiniane*, Torino, 1911, p. 424 ss.
- CRUZ S., *Da ‘solutio’*, Coimbra, 1962, I.

- CUIACIO J., *Ad Africanum Tractatus*, in *Opera*, Napoli, 1722.
- CUIACIO J., *Observationes*, XIX, 38, in *Opera*, Prato, 1839.
- D'AVANZO W., *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile a cura di D'Amelio M. e Finzi E.*, Firenze, 1948, *Libro delle obbligazioni*, vol. I, pag. 50 ss.
- DE FRANCISCI P., *L'evizione della "res data in solutum" e i suoi effetti*, Pavia, 1915.
- DE FRANCISCI P., *Suum cuique tribuere*, in *BIDR*, 1915, XXVII, pp. 311-312.
- DE FRANCISCI P., *La dottrina bizantina della datio in solutum di fronte al materiale papirologico*, in *Aegyptus*, 1920, I, p. 302 ss.
- DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, 1967, III, *Les obligations*, nn. 510 e 511.
- DERNBURG H., *Pandekten*, Berlin, 1886, vol. II, § 58, pp. 156 e 157
- DERNBURG H., *Pandette*, tr. it., Torino, 1903, vol. II, § 58, p. 238 ss.
- DERNBURG H., *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, Halle, 1905, vol. I, 1 Abt. (*Erste Abteilung*), *Die Schuldverhältnisse*, § 118, p. 300 ss.
- DEZZA E., *Lezioni di storia della codificazione civile, Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, 1998.
- DOMAT J., *Le leggi civili disposte nel loro ordine naturale*, tr. it., Firenze, 1834, tomo III, libro IV, tit. I, sez. II, nn. 9 e 12, p. 251 ss.
- DONELLO H., *Commentarii de Jure Civili*, Norimberga, 1822-1834, vol. X, §§ 14 e 15, pp. 244-245.
- FERRINI C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1953, p. 487 ss.
- GIARDINA F., *Datio in solutum e novazione oggettiva*, in *Diritto e Giurisprudenza*, Napoli, 1958, vol. XIV, p. 745.
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Torino, 1903-1906, vol. VII, p. 375 ss.
- GLUSIANO J. C., *Tractatus de bonis in solutum dandis*, Milano, 1620.
- GRASSETTI C., voce *Datio in solutum (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1957, vol. V, p. 174 ss.
- GROSSO G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, Torino, 1947, pp. 3-162.
- HARDER M., *Die Leistung an Erfüllungs Statt*, Berlin, 1976.
- IMPALLOMENI G. B., *La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato*, in *Rivista di diritto civile*, Padova, 1971, XVII, I, p. 369 ss.
- KASER M., *Das römische Privatrecht*, München, 1955, § 274, p. 318 ss.
- KOSCHAKER P., *Recensione a Steiner*, in *ZSS Römianistische Abteilung*, 1916, XXXVII, p. 348 ss.
- KOSCHAKER P., *Recensione ad Astuti*, in *ZSS Römianistische Abteilung*, 1943, LXIII, p. 469 ss.
- KRETSCHMAR P., *Die Erfüllung*, Leipzig, 1906, I, *Historische und dogmatische Grundlagen*.
- LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, 1987, I, *Allgemeiner Teil*, § 18, p. 247 ss.
- LEICHT P. S., *Storia del diritto italiano, Il diritto privato*, Roma, 1944, vol. III, *Le obbligazioni*, p. 113 ss.
- LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, München und Leipzig, 1929, § 307, p. 595 ss.
- LONGO G. E., voce *Datio in solutum (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, vol. V, p. 173 ss.
- MARCHIO A. M., voce *Dazione in pagamento*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988, vol. X.
- MAYR R. (VON), *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1912, II, 1, p. 95.
- MAZEAUD H., L. ET J., *Leçons de droit civil*, Paris, 1991, tome II, vol. I, *Obligations, Théorie générale*, p. 1001 ss.
- MELILLO G., *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli, Napoli, 1970.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, III, *Diritto delle obbligazioni*, p. 270 ss.
- MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1982, Artt. 1173-1320, p. 156 ss.
- MONIER R., *Quelques remarques à propos de la dation en payement en droit roman*, in *Festschrift für Hans Lewald*, Basel, 1953, p. 115 ss.
- MUSUMECI F., *Marciano e gli effetti della datio in solutum (Osservazioni su D. 46, 3, 46)*, in *IVRA*, Napoli, 1969, XX, I, pp. 524-538.
- NANI C., *Storia del diritto privato*, Torino, 1902, p. 441 ss.
- NARDI E., *Radiografia dell'aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, in *BIDR*, Milano, 1970, LXXIII, p. 74 ss.
- NICOLÒ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 249 ss.
- OLZEN D., *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1995, *Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 364 e 365, p. 73 ss.
- PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna, 1975, vol. IV, *Obbligazioni*, p. 90 ss.
- PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, vol. II, pp. 406-416.
- PIETSCH H. CHR., *Satisfaction nach der Litis Contestatio*, in *ZSS Römianistische Abteilung*, 1952, LXIX, p. 427 ss.
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1912, II, n. 526, p. 173.
- POLACCO V., *Della dazione in pagamento*, Padova-Verona, 1888, vol. I.
- POTHIER R. J., *Trattato delle obbligazioni*, tr. it., Venezia, 1834, tomo III, parte III, capo I, articolo III, § 1, nn. 494 e 495, p. 35 ss.

POTHIER R. J., *Trattato del contratto di vendita*, tr. it., Venezia, 1834, §§ 600-606, p. 255 ss.
 RABEL E., *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in ZSS Römianistische Abteilung, 1907, XXVIII, p. 311 ss.
 RICCA-BARBERIS M., *L'evizione nella datio in solutum*, in RISG, 1931, VI, p. 3 ss.
 RODOTÀ S., voce *Dazione in pagamento (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. XI, p. 734 ss.
 RÖMER R., *Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht*, Tübingen, 1866.
 ROMUSSI G. D., *Tractatus de datione in solutum*, in *Raccolta di trattati*, Firenze, 1836-1837, II, p. 538 ss.
 SABELLI M. A., *Summa diversorum tractatum*, Venezia, 1697, II.
 SCHUPFER F., *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, Torino, 1921, I, p. 240 ss.
 SIBER H., *Römische Privatrecht*, Köln und Berlin, 1922, p. 272 ss.
 SOLAZZI S., Note minime sulla datio in solutum, in Rend. Ist. Lomb., 1928, LXI, p. 341 ss.
 SOLAZZI S., *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Napoli, 1931, p. 148 ss.
 STEINER H., *Datio in solutum*, München, 1914.
 TERRÉ F. – WEIL A., *Droit civil*, Paris, 1986, *Les obligations*, § 995, pp. 968-969.
 TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, pp. 649.
 VANGEROW K. A. (VON), *Lehrbuch der Pandekten*, Marburg und Leipzig, 1869, vol. III, § 583, p. 168 ss.
 WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, tr. it., Torino, 1925, vol. II, § 342, p. 313 ss.
 WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart, 1879, vol. II, § 342, p. 291 ss.
 ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento. Fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987.

FONTI

Gai Institutiones: Gai Inst. 3, 91; Gai Inst. 3, 168.

Corpus Iuris Civilis:

Institutiones: I. 3, 13 pr.; I. 3, 29 pr.

Digestum: D. 2, 15, 8, 24; D. 12, 1, 2, 1; D. 12, 6, 19, 3; D. 12, 6, 26, 4; D. 12, 6, 26, 5; D. 12, 6, 26, 6; D. 13, 7, 24 pr.; D. 15, 3, 7, 4; D. 18, 1, 81 pr.; D. 20, 1, 16, 9; D. 20, 4, 4; D. 20, 6, 6, 1; D. 23, 3, 25; D. 40, 12, 19; D. 42, 1, 4, 7; D. 42, 1, 15; D. 42, 4, 15; D. 44, 4, 4, 31; D. 46, 3, 44; D. 46, 3, 46 pr., 1 e 2; D. 46, 3, 52; D. 46, 3, 54; D. 46, 3, 60; D. 46, 3, 98 pr. e 6; D. 46, 3, 99; D. 50, 16, 176.

Codex: C. 4, 4, 49, 2; C. 4, 10, 6; C. 4, 15, 5; C. 4, 35, 14; C. 4, 44, 9; C. 4, 51, 4; C. 5, 74, 1; C. 5, 71, 15; C. 6, 30, 22, 6; C. 7, 45, 8 pr. e 1; C. 7, 71, 4, 1; C. 8, 13 (14), 13; C. 8, 19 (20), 1, 1; C. 8, 30 (31), 3; C. 8, 42 (43), 10; C. 8, 42 (43), 16; C. 8, 42 (43), 17; C. 8, 42 (43), 24; C. 8, 44 (45), 4.

Novellae constitutiones: Nov. 4, 3 pr.; Nov. 120, 6, 2.

Lex Romana Wisigothorum: Gai Inst. Epit. 2, 10 (18).

Edictus Langobardorum, *Liutprandi leges*: cap. 43 *De donatione*, edizione a cura di Bluhme F., Hannover, 1869, p. 103.

Summa Perusina: IV, 10, 6; IV, 15, 5; IV, 44, 9; IV, 51, 4; VII, 45, 8; VIII, 19, 1; VIII, 30, 3; VIII, 42, 10; VIII, 42, 16; VIII, 44, 4.

Brachylogus iuris civilis (Corpus legum sive): III, 18, 1, edizione a cura di Böcking E., Berlin, 1829.

Statuta: Statuto di Verona del 1450, libro II, cap. 50; Statuto di Bagnacavallo, libro II, cap. 22; Statuto di Crema, libro II; Statuto di Valtellina del 1548, cap. 229; Statuto di Camerino, libro II, cap. 109; Statuto di Mondovì, capp. 20 e 34; Statuto di Milano del 1598, cap. 413.

Regie Costituzioni per gli Stati Sabaudi: RR. CC. del 1723, libro III, 34, 50; RR. CC. del 1770, libro III, 34, 42.

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 (ALR), edizione a cura di Hattenhauer H. e Bernert G., Luchterhand, 1996, I (Erster Teil), 16 (Sechszehnter Titel), 4 (Vierter Abschnitt), §§ 235-250, p. 238.

Code Civil des Français, Paris, 1804, tomo I, art. 1243 e art. 2038, p. 230.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer (ABGB), Wien, 1811, III Teil, III Hauptstück, §§ 1412, 1413, 1414, pp. 25-26.

Codice civile generale austriaco (ABGB), Milano, 1815 (seconda edizione), parte terza, capo III, §§ 1412, 1413, 1414, pp. 342-343.

Codice civile del Regno d'Italia, Milano, 1865, artt. 1243, 1245, 1929, p. 295 ss.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), München, 1987, §§ 364 e 365.

Codice civile e leggi collegate, edizione a cura di De Nova G., Firenze-Bologna, artt. 1197 e 1198.