

STORIA E DOGMATICA DEL CONTRATTO

2023-24, prof. Garofalo

Fonti romane con traduzione

CONTRATTO

1) D. 46.3.80 (Pomponius 4 ad Quintum Mucium): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

(Digesto libro 46, titolo 3, frammento 80, tratto dal libro 4 del commento ai libri di diritto civile di Quinto Mucio di Pomponio): Come qualunque cosa è stata contratta, così deve anche essere sciolta: così, quando abbiamo contratto un vincolo mediante la cosa, mediante la cosa esse deve essere sciolto: come quando abbiamo dato a mutuo, la stessa quantità di denaro deve essere restituita. E quando abbiamo contratto un qualche vincolo per mezzo delle parole, l'obbligazione deve essere sciolta o per mezzo della cosa e per mezzo delle parole: con le parole come quando si fa *acceptilatio* al promittente; con la cosa, come quando viene dato quello che è stato promesso. Il medesimo regime si applica quando è stata contratta una compera o una vendita o una locazione, dal momento che esse possono essere contratte col solo consenso, possono essere sciolte col semplice dissenso).

2) D. 1.2.2.47 (Pomponius liber singularis enchiridii): *Post hunc maximae auctoritatis fuerunt ATEIUS CAPITO, qui Ofilium secutus est, et ANTISTIUS LABEO, qui omnes hos audivit, institutus est autem a Trebatio. ex his Ateius consul fuit: Labeo noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, honorem suscipere, sed plurimum studiis operam dedit: et totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret. itaque reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt: nam Ateius Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat, Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit.*

(Digesto libro 1, titolo 2, frammento 2, paragrafo 47, tratto dal manuale in un unico libro redatto da Pomponio): Dopo costui, furono di massima autorità ATEIO CAPITONE, che seguì Ofilio, e ANTISTIO LABEONE, che fu allievo di tutti questi ma venne introdotto agli studi da Trebazio. Tra costoro Ateio fu console; Labeone, pur essendogli stato offerto da Augusto il consolato affinché fosse eletto come supplente, non volle accettare la carica, ma si dedicò moltissimo agli studi. Aveva diviso l'intero l'anno in modo da stare a Roma sei mesi con gli studiosi, e da ritirarsi sei mesi dedicandosi a scrivere libri. Cosicché lasciò quattrocento volumi, moltissimi dei quali vengono ancora arrotolati e srotolati tra le mani <dei lettori>. Questi due giuristi per la prima volta diedero vita a una sorta di circoli differenti <di seguaci>: infatti, Ateio Capitone perseverava in ciò che gli era stato tramandato, <mentre> Labeone, per la qualità dell'ingegno e per la fiducia <che riponeva> nella <propria> dottrina, essendosi dedicato anche ad altri campi del sapere, cominciò a innovare in moltissime cose).

3) D. 50.16.19 (Ulpianus 11 ad edictum): *Labeo libro primo praetoris urbani definiit, quod quaedam “agantur”, quaedam “gerantur”, quaedam “contrahantur”: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultrocitroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

(Digesto libro 50, titolo 16, frammento 19, tratto dal libro 11 dei commentari all'editto di Ulpiano): Labeone,

nel primo libro dedicato all'editto del pretore urbano, chiarisce che a volte "si agisce", a volte "si gerisce", a volte "si contrae": e atto è segno di carattere generale, sia che si attui qualche cosa mediante parole sia che lo si faccia mediante cosa, come nel caso della stipulazione o nel pagamento di una somma di denaro; "contratto", invece, è costituire obbligazioni reciproche, quello che i Greci chiamano "sinallagma", come la compravendita, la locazione-conduzione, la società; "gerito" significa aver fatto una cosa senza la pronuncia di parole).

4) D. 2.14.1.3 (Ulpianus 4 ad edictum): *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis locis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est.* (Digesto libro 2, titolo 14, frammento 1, paragrafo 3, tratto dal libro 4 dei commentari all'editto di Ulpiano: 'Convenzione' è parola generale che si riferisce a ogni cosa, intorno alla quale si trovano d'accordo persone che acconsentono fra loro per contrarre o transigere un affare. Come si usa la parola "convenire" parlando di quelle persone che da luoghi differenti si radunano in un unico luogo, così la stessa parola "convenire" si usa parlando di quelle persone che, spinte da differenti motivi personali, acconsentono alla medesima cosa, cioè le parti si trovano d'accordo. Il nome poi di convenzione è così generale che, come dice Pedio, non esiste contratto nè obbligazione che non abbia in sè l'elemento dell'accordo, sia che si contragga mediante cosa, sia mediante parole solenni, in quanto anche la stipulazione, che è contratto verbale, se non ha il consenso risulta nulla).

5) D. 19.4.1 pr-4 (Paulus 32 ad edictum): *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. Sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptio. 1 Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur. 2 Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato. 3 Ideoque pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. 4 Igitur ex altera parte traditione facta si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur, sed in id quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est quasi re non secuta.*

(Digesto libro 19, titolo 4, frammento 1, principio e paragrafi 1-4, dal libro 32 del commento all'editto di Paolo: Come una cosa è vendere e un'altra comprare, uno è venditore e un altro compratore, così una cosa è il prezzo e un'altra la merce. Per contro, nella permuta non è possibile discernere quale <dei due contraenti> sia il compratore e quale il venditore e le prestazioni sono molto diverse <rispetto a quelle della compravendita>. Il compratore, infatti, se non avrà reso proprietario del denaro colui che lo riceve, è tenuto con l'azione da vendita, mentre al venditore basta obbligarsi per l'evizione, consegnare il possesso ed essere esente da dolo; cosicché, se la cosa non sia stata evitta, non deve nulla; viceversa, nella permuta, se l'una e l'altra cosa sono prezzo, occorre che se ne faccia acquistare la proprietà ad entrambe le parti, se invece sono merce, a nessuna delle due. Ma poiché <nella compravendita> devono esserci sia la cosa sia il prezzo, la permuta non può essere una compravendita, in quanto non si può individuare quale sia la merce e quale il prezzo, né consente la ragione che una stessa cosa sia nel contempo venduta e costituisca il prezzo della compera. 1: Deriva da ciò

che, se la cosa, che io abbia ricevuto o dato, successivamente venga evitta, si dà un responso secondo cui si deve accordare un'azione modellata sul fatto. 2: Ancora la compera e vendita si contrae con la nuda volontà dei consenzienti, ma la permuta dà inizio all'obbligazione dalla consegna della cosa: altrimenti se la cosa non sia stata ancora consegnata, diremmo che l'obbligazione si costituisce col nudo consenso, il che si ammette soltanto in quegli affari che hanno un proprio nome, come nella compravendita, conduzione, mandato. 3: Perciò Pedio afferma che non si contrae una permuta quando uno dei due consegna una cosa aliena. 4: Pertanto, se, dopo che una delle parti ha eseguito la consegna <con effetti traslativi>, l'altra non voglia effettuarla, non agiremo affinché la cosa consegnata ci sia restituita, ma chiederemo una somma pari alla stima del nostro interesse ad aver ricevuto la cosa convenuta; viceversa, per avere la restituzione della cosa consegnata, si applica l'azione <di ripetizione> per intimazione, non essendovi avuta la controprestazione.). Il titolo 19.4 è rubricato *de pactis*.

6) D. 2.14.7 pr.-4 (Ulpianus 4 ad edictum): *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1 Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. 2 Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc sunellagma esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis, sufficere: esse enim contractum, quod Aristo sunellagma dicit, unde haec nascitur actio. 3 Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionem. 4 Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.* (Digesto libro 2, titolo 14 frammento 7, principio e paragrafi 1-4, dal libro 4 dei commentari all'editto di Ulpiano: **pr.** Nel diritto delle genti per la tutela di talune convenzioni sorgono azioni, per altre eccezioni. **1** Quelle che producono azioni non conservano il nome generale (di convenzioni), ma acquistano il nome specifico di un contratto, come compravendita, locazione-conduzione, società, comodato, e deposito e tutti gli altri simili contratti. **2** Ma anche se la convenzione non assume il nome specifico di un contratto e tuttavia vi è una causa, giustamente Aristone, in risposta a Celso, afferma l'esistenza di un'obbligazione. Come se io ti ho dato una cosa affinché tu me ne dessi un'altra, o ti diedi qualcosa affinché tu ne facessi un'altra: qui si tratta di sinallagma e da qui sorge un'obbligazione civile. E pertanto penso che giustamente Mauriciano abbia dissentito da Giuliano in questo caso: io ti ho dato lo schiavo Stico perché tu manometta lo schiavo Panfilo, e tu l'hai manomesso, mentre Stico viene evitto. Giuliano scrive che il pretore deve concedere in tuo favore un'azione *in factum*, Mauriciano invece ritiene sufficiente l'azione civile *incerti*, cioè l'azione *praescriptis verbis*; infatti ciò che Aristone definisce sinallagma è un contratto, da cui nasce tale azione. **3** Se si è promesso di non commettere un delitto, da questa convenzione non sorge alcuna obbligazione. **4** Ma quando non sussiste alcuna causa, dalla convenzione in questo caso non può costituirsi una obbligazione: pertanto il nudo patto non produce obbligazione, ma produce eccezione).

FONTI DELLE OBBLIGAZIONI

7) Gai 3.88-92.128.135-137.155: 88 *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. 89 Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu. 90 Re contrahitur obligatio velut mutui datione. Mutui autem datio proprie in his rebus contingit quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem natura reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit. 91 Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur;*

nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere. 92 Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, uelut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIVBES?

FIDEIVBEO, FACIES? FACIAM. 128 Litteris obligatio fit ueluti in nominibus transscripticiis. ... 135 Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. 136. Ideo autem <i>stis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per nuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit. 137. Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in uerborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur. ... 155 Mandatum consistit, siue nostra gratia mandemus siue aliena; itaque siue ut mea negotia geras siue ut alterius, mandauerim, contrahitur mandati obligatio, et inuicem alter alteri tenebimur in id, quod uel me tibi uel te mihi bona fide praestare oportet.

(Istituzioni di Gaio, libro 3, paragrafi 88-92.128.135-137: 88 Passiamo adesso alle obbligazioni. La cui partizione maggiore le divide in due specie: ogni obbligazione, infatti, nasce da contratto o da delitto. **89** Vediamo innanzitutto quelle che nascono da contratto. Ma di queste vi sono quattro generi; infatti, l'obbligazione si contrae o mediante cosa o mediante parole o mediante scritture o mediante consenso. **90** L'obbligazione si contrae mediante cosa come nel caso del mutuo. La dazione a mutuo concerne propriamente quelle cose che valgono per peso, numero o misura, quali il denaro contante, il vino, l'olio, il frumento, il rame, l'argento e l'oro. Diamo queste cose, a numero, peso o misura, affinché diventino di chi le riceve, e ci vengano successivamente restituite, non le stesse, ma altre della stessa natura. Per questo è chiamato mutuo, perché quel che ti è dato in questo modo da me, diventa da mio tuo. **91** Anche chi riceve il pagamento di qualcosa che non gli è dovuto, da parte di chi ha pagato per errore, si obbliga mediante la cosa; infatti, può chiedere la restituzione con la formula SE PARE CHE EGLI DEBBA DARE come se avesse ricevuto a mutuo. Dal che alcuni ritengono che il pupillo o la donna che abbiano ricevuto un indebito senza la garanzia del tutore non siano tenuti con la *condictio*, così come non sono tenuti nel caso in cui abbiano ricevuto a mutuo senza la garanzia del tutore. Ma questa specie di obbligazione non pare sorgere da contratto, perché colui che da qualcosa con l'intenzione di pagare, vuole far venire meno un affare piuttosto che contrarlo. **92** L'obbligazione contratta mediante le parole si compie tramite domanda e risposta come PROMETTI DI DARE? PROMETTO; DARAI? DARO'; PROMETTI? PROMETTO; PROMETTI SUL TUO ONORE? PROMETTO SUL MIO ONORE; TI FAI GARANTE? MI FACCIO GARANTE; FARAI? FARO'. **128** L'obbligazione contratta mediante scritture si compie come nel caso dei crediti trascritti. **135** Le obbligazioni si contraggono mediante consenso nelle compravendite, locazioni, società, mandato. Diciamo che in questi casi le obbligazioni si contraggono mediante consenso perché non c'è bisogno di alcuna particolare caratteristica di parole o scritture, ma basta che quelli che gestiscono l'affare siano d'accordo. **136** Perciò tali affari si contraggono anche tra assenti, come per lettera o per mezzo di un messaggero, mentre l'obbligazione verbale tra assenti non può concludersi. **137** Ancora, in questi contratti ci si obbliga l'un l'altro riguardo a ciò che l'un l'altro deve prestare reciprocamente in base al buono e all'equo, mentre nelle obbligazioni verbali uno stipula e l'altro promette e nei crediti trascritti uno trascrivendo il credito obbliga, l'altro è obbligato. **155** Ci si obbliga in base al mandato sia che l'incarico venga dato nel nostro interesse sia che venga dato nell'interesse altrui; perciò, sia che io abbia dato incarico di gestire degli affari miei ovvero altrui, sorge l'obbligazione di mandato e saremo tenuti l'un l'altro in ciò che deve essere prestato secondo buona fede da me a te o da te a me).

8) Gai 3.182: *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, ueluti si quis*

furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.

(Istituzioni di Gaio, libro 3, paragrafo 182: Ora passiamo alle obbligazioni che nascono da delitto, come se si attua un furto, si compie una rapina, si cagiona un danno, si commette 'iniuria'. In tutti questi casi l'obbligazione è di un tipo solo, mentre le obbligazioni da contratto si declinano in quattro generi, così come abbiamo esposto sopra).

9) D. 44.7.1 pr. (Gaius 2 Res cottidianae): *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. ...*

(Digesto libro 44, titolo 7, frammento 1 principio, dal libro 2 delle 'cose quotidiane' di Gaio: Le obbligazioni nascono, o da contratto, o da delitto, o, secondo specifiche norme, da cause di diversa struttura).

10) Inst. 3.13 pr. e 2: pr. *Nunc transeamus ad obligationes. obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura. 2 Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.*

(Istituzioni di Giustiniano libro 3, titolo 13, principio e paragrafo 2: Ora passiamo alle obbligazioni. L'obbligazione è un vincolo giuridico in forza del quale siamo costretti a pagare qualche cosa secondo le norme del nostro stato. 2 La partizione successiva le divide in quattro specie: ci sono invero obbligazioni da contratto, da quasi contratto, da delitto, da quasi delitto).

COMODATO

11) D. 13.6.1 pr.-1 (Ulpianus 28 ad edictum). *Ait praetor: "Quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo". 1 Huius edicti interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem. inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait.*

(Digesto libro 13, titolo 6, frammento 1, principio e paragrafo 1, dal libro 28 del commento all'editto di Ulpiano: Il pretore afferma: "DAL MOMENTO CHE SARÀ DETTO CHE UNO HA DATO IN COMODATO, SU CIÒ DARÒ AZIONE". L'interpretazione di questo editto non è difficile. Una cosa sola è da notare: che colui che formulò l'editto fece menzione di 'comodato' mentre Paconio fece menzione di 'usare'. In verità, Labeone afferma che tra aver comodato e aver dato in uso corre la stessa differenza che c'è tra il genere e la specie: infatti, si dà in comodato una cosa mobile e non un immobile, mentre si dà in uso anche un immobile. Ma, a quel che risulta, propriamente si dice comodato anche un immobile, e ciò lo ritiene pure Cassio. Viviano ulteriormente afferma che si può dare in comodato anche l'abitazione).

12) D. 13.6.5.10 (Ulpianus 28 ad edictum): *Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit.*

(Digesto libro 13, titolo 6, frammento 5, paragrafo 10, dal libro 28 del commento all'editto di Ulpiano: Certo risponde solo di dolo il comodatario, se l'accordo era di questo tipo: se abbia dato in comodato soltanto per il proprio interesse, ad esempio se il comodante avesse dato a prestito qualcosa al padre della propria sposa, per rendere e far apparire più elevata la condizione di questa, pensando alla *deductio in domum* e al proprio interesse a che essa si svolgesse nel modo più solenne; oppure se il pretore avesse prestato a degli attori i propri mobili per rendere più decorosa la scena e più apprezzabile la rappresentazione). Il titolo 13.6 è rubricato *commodati vel contra*.

13) D. 13.6.13 pr. (Pomponius 11 ad Sabinum): *Is qui commodatum accepit si non*

apparentis rei nomine commodati condemnetur, cavendum ei est, ut repertam dominus ei praestet.

(Digesto libro 13, titolo 6, frammento 13, principio, dal libro 11 del commento civilistico secondo lo schema sabiniano di Ulpiano: Il comodatario se sarà condannato per lo smarrimento della cosa, potrà pretendere che il comodante gli prometta con *stipulatio* la riconsegna della cosa nell'ipotesi in cui dovesse ritrovarla).

14) D. 13.6.17.3 (Paulus 29 ad edictum): *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare.*

(Digesto libro 13, titolo 6, frammento 17, paragrafo 3, dal libro 29 del commento all'editto di Paolo: Dal momento che il dare in comodato è questione di volontà e di *officium* più che di necessità, la misura e la fine del comodato sono stabilite da chi assegna il beneficio. Ma quando lo faccia dopo aver dato in comodato, allora non soltanto l'*officium* ma anche l'obbligazione contratta a seguito della dazione e della ricezione della cosa impediscono di stabilire la fine e chiedere la restituzione e in modo intempestivo togliere l'uso della cosa comodata. Infatti l'affare è gestito in modo reciproco e perciò sono proposte nell'editto azioni dell'uno contro l'altro, in modo che risulti come ciò che in origine dipendeva dal beneficio e dalla nuda volontà, è stato convertito in reciproche prestazioni e azioni civili. Come accade per colui che inizia a gestire gli affari dell'assente: infatti non potrà impunemente lasciarli non conclusi; se non avesse iniziato a gestirli lui, probabilmente lo avrebbe fatto un'altra persona. Infatti, accettare un mandato è questione di volontà, portarlo a termine è invece questione di necessità).

15) D. 13.6.18.3 (Gaius 9 ad edictum provinciale): *Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.*

(Digesto libro 13, titolo 6, frammento 18, paragrafo 3, dal libro 9 del commento all'editto provinciale di Gaio: Chi aveva dato in comodato dei vasi difettosi, essendone a conoscenza, se il vino o l'olio che vi fu versato si rovinò o si perse, il comodante dovrà essere condannato a tale titolo).

16) D. 19.5.17 pr. (Ulpianus 28 ad edictum). *Si gratuitam tibi habitationem dederò, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere.*

(Digesto libro 19, titolo 5, frammento 17, principio, dal libro 28 del commento all'editto di Ulpiano: Se ti avrò dato gratuitamente un'abitazione, forse che posso agire con l'azione di comodato? E Viviano afferma che si può; ma è più sicuro intentare un'azione con previa descrizione del rapporto).

IL TRACTATUS PAOLINO SUI CONTRATTI INNOMINATI

D. 19.5.5 (Paulus libro quinto quaestionum)

pr. Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest. Qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur.

1. Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. Sed si Scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. Explicite est articulus ille do ut des.

2. At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio. Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem.

3. Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.

4. Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere (possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes et non plus impendas in exigendo quam decem): et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est. Sin autem alter fecit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas: neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.

5. Si ergo haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, et in proposita quaestione idem dici potest et necessario sequitur, ut eius fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere quem manumisi. An deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non potest aestimari.

Digesto lib. 19, titolo 5, frammento 5 (tratto da PAOLO, nel libro quinto 'Delle questioni')

PRINCIPIUM. Il mio figlio naturale è tuo servo e il tuo figlio naturale è servo mio; si è convenuto tra noi sia che tu manometta mio figlio sia che io il tuo. Io ho manomesso, tu non l'hai fatto. Si è posto il quesito, con quale azione tu sia tenuto nei miei confronti. In questa questione, può venire in considerazione l'intero trattamento di una dazione per un risultato <in controprestazione>, il quale si articola in queste specie: o, infatti, do a te affinché tu dia, o do affinché tu faccia, o faccio affinché tu dia, o faccio affinché tu faccia. In esse si pone la questione di quale obbligazione nasca.

1. E se, invero, io dia del denaro per ricevere una cosa, si ha una compera e vendita; se, invece, do una cosa per riceverne un'altra, dato che non si ritiene che la permuta di cose sia compera, non è dubbio che nasca un'obbligazione civile, nella cui azione verrà in considerazione non che tu restituisca quello che hai ricevuto, ma che sia condannato in mio favore per quanto interessa a me ricevere ciò che è stato convenuto; oppure, se io voglia riavere il mio, si ripeterà ciò che è stato dato, come per una dazione per un risultato non seguita dalla controprestazione. Ma, se ti ho dato delle coppe affinché tu mi dessi Stico, questi sarà a mio rischio e pericolo e tu risponderai solo per colpa. È esaurito così il discorso <sulla specie> do affinché tu dia.

2. Ma, quando io do affinché tu faccia, se il fatto sia tale che rientra in ciò che suole essere locato, come, ad esempio, affinché tu dipinga un quadro, una volta dato il denaro, si avrà una locazione, come nel caso precedente <vi è stata> una compera; se <invece> do una cosa, non ci sarà locazione, ma nascerà o un'azione civile per quanto corrisponde al mio interesse o, per ripetere, un'azione <di ripetizione> per intimazione. Se, poi, il fatto è tale che non possa essere oggetto di locazione, ad esempio, che tu manometta un servo, sia che sia stato apposto un determinato termine entro cui compiere la manomissione, e, pur rimanendo il servo in vita e potendo essere manomesso, il termine sia trascorso, sia che esso non sia stato fissato, ma sia trascorso un tempo tale per cui avrebbe potuto e dovuto essere manomesso, si può agire <in ripetizione> per intimazione o intentare una azione con la previa descrizione del rapporto. Il che è adeguato a quanto abbiamo detto. Ma se ti ho dato un servo affinché tu manomettessi un tuo servo e tu l'hai manomesso e quello che ti diedi è stato evitto, Giuliano scrive che, se io l'ho dato essendo a conoscenza della situazione, bisogna dare contro di me l'azione di dolo, mentre, se la ignoravo, un'azione civile modellata sul fatto.

3. Se invece io faccio affinché tu dia e, dopo che io ho fatto, tu tralasci di dare, non sorgerà alcuna azione civile e si darà l'azione di dolo

4. Ma, se faccio affinché tu faccia, questa <quarta> specie ammette più trattamenti. Se, infatti, ci siamo accordati che tu riscuota da un mio debitore a Cartagine ed io da uno tuo a Roma, oppure che io costruisca sul tuo suolo e tu sul mio, ed io ho riscosso o edificato, mentre tu hai tralasciato di farlo, quanto alla prima fattispecie si considera intervenuto in certo modo un mandato, senza il quale non può essere riscosso danaro in nome altrui; benché, infatti, intervengano anche delle spese, tuttavia <con queste> ci prestiamo <solo> un vicendevole servizio, e il mandato, in forza di un patto, può anche esorbitare dalla sua natura (posso, infatti, darti mandato che tu mi assicuri anche la custodia e non spenda più di dieci nella riscossione). E se avremo speso la medesima quantità, non vi sono discussioni. Se, poi, uno dei due ha agito in modo che anche in ciò <cioè, per le spese> sembri essere intervenuto un mandato, è come se ci rifondessimo vicendevolmente le spese: non ti do, infatti, mandato per un tuo affare. Ma sarà più sicuro sia nel caso dell'edificazione di casamenti che della riscossione da debitori, concedere un'azione con previa descrizione del rapporto, la quale sarà simile all'azione di mandato, come nei casi precedenti alla azione da locazione e da compera.

5. Se dunque così stanno le cose quando si conviene circa un fare da entrambe le parti, si deve dire lo stesso anche nella questione proposta, e ne consegue necessariamente che la controparte venga condannata nella misura del mio interesse ad avere il servo che ho manomesso. <Si pone, poi, la questione> se si debba fare una deduzione per il fatto che ho <tale servo manomesso> come liberto; ma questo fatto non può essere oggetto di valutazione.