

Si pubblica, col consenso dell'Autore e dell'Editore, la lezione di **LUIGI GAROFALO** (Sulle origini del contratto e sulla sua configurazione nel diritto positivo italiano – pp. 3-42) dal volume **IUS CIVILE EUROPAEUM. Libertà e responsabilità contrattuale**, Pisa, Pacini Editore, 2017. ISBN 978-88-6995-142-8

IUS CIVILE EUROPAEUM

Libertà e responsabilità contrattuale

Winter School dell'Università di Padova
22-26 febbraio 2016

Lezioni e Ricerche

a cura di
Giuseppe Amadio e Luigi Garofalo

Opera stampata con il contributo dell'International Summer & Winter School per il 2015 dell'Università di Padova e del Dipartimento di diritto privato e critica del diritto.

© Copyright 2017 by Pacini Editore Srl

ISBN 978-88-6995-142-8

Realizzazione editoriale



Via A. Gherardesca
56121 Pisa

Finito di stampare
presso le Industrie Grafiche della Pacini Editore Srl
Via A. Gherardesca • 56121 • Pisa
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacinieditore.it

Responsabile di redazione

Gloria Giacomelli

Fotolito e Stampa

IGP Industrie Grafiche Pacini

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108, Milano 20122, e-mail segreteria@aidro.org e sito web www.aidro.org.

INDICE SOMMARIO

I. Lezioni

Luigi Garofalo <i>Sulle origini del contratto e sulla sua conformazione nel diritto positivo italiano</i>	pag.	3
Letizia Vacca <i>Responsabilità contrattuale nel diritto europeo. Radici storiche e problematiche attuali.</i>	»	43
Wojciech Dajczak <i>The Nature of the Contract Clause: Some Remarks to the Interpretation of Contracts in the Civilian Law Tradition</i>	»	71
J. Michael Rainer <i>Riflessioni introduttive sul diritto europeo dei contratti</i>	»	89
Stefan Grundmann <i>Un diritto economico europeo in mutamento. Dall'unione della concorrenza all'unione finanziaria</i>	»	97
Giuseppe Amadio <i>Autonomia privata e successione familiare. Sulla nuova contrattualità successoria</i>	»	123
Anton Rudokvas <i>I negozi fiduciari nella prospettiva storico-comparatistica, con speciale riguardo alla Russia</i>	»	137
Federico Fernández de Buján <i>Il danno, causa della responsabilità</i>	»	191

II. Ricerche

Andrea Maria Garofalo <i>Dalla 'cause de l'obligation' alla causa del contratto</i>	pag.	237
Roberto Scevola <i>In tema di 'negozio misto a donazione': per l'ineludibilità di un riesame complessivo</i>	»	407



Luigi Garofalo

(Università di Padova - Italia)

SULLE ORIGINI DEL CONTRATTO
E SULLA SUA CONFORMAZIONE
NEL DIRITTO POSITIVO ITALIANO

1. *Premessa.* – Tracerò qui una breve storia delle origini del contratto, una figura, la cui prima elaborazione si deve a Labeone, destinata a un successo duraturo, se ancor oggi la troviamo al centro degli ordinamenti di tradizione romanistica. Aggiungerò poi qualche rapida considerazione critica in ordine alla disciplina legislativa che ne dà il codice civile italiano, poiché essa, ammettendo il contratto atipico senza assoggettarlo a particolari requisiti rilevanti sul piano formale o materiale e mantenendo la struttura reale di qualche contratto nominato, ripropone, *mutatis mutandis*, taluni problemi che l'originaria costruzione della categoria portava con sé, già avvertiti in seno ai *prudentes*, pronti altresì – come appureremo – a correggerla in funzione del loro superamento.

Naturalmente, quella che andrò delineando è solo una storia possibile: le fonti su cui poggia sono infatti suscettibili di molteplici interpretazioni, anche sensibilmente diverse dalla lettura che a me pare preferibile, come mostra l'immensa letteratura fiorita al loro riguardo.

Da subito, peraltro, preciso che non passerò in rassegna le innumerevoli idee che vi si rintracciano. Quelle che a suo tempo ritenevo di maggior pregio, le ho riferite e discusse in tre precedenti scritti, intitolati *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio* (in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 339 ss.); *Gratuità e responsabilità contrattuale* (in *Scambio e gratuità. Confini e conte-*

nuti dell'area contrattuale, a mia cura, Padova, 2011, 1 ss.); *Teoriche sul contratto nella giurisprudenza classica* (che apparirà in *Diritto romano fra tradizione e modernità*, un volume in fase di preparazione che ospita i lavori presentati al Convegno internazionale di Shanghai celebratosi tra il 13 e il 15 novembre 2014). Per le opinioni più recenti in materia, mi limito a rinviare a un libro, *Riflessioni su 'contractus' e 'pacta adiecta'* di C. Pennacchio (Napoli, 2016), in cui esse sono esposte e vagliate dall'autrice.

2. *Atto, contratto e gesto in Labeone*. – Nel testo donde prendere le mosse, in D. 50.16.19, è ricordato il pensiero espresso da Labeone a proposito di atto, contratto e gesto. Proveniente da Ulpiano, esso risulta così formulato: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, 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 ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*.

Più ragioni, sulle quali non indugio, mi spingono a credere che Labeone, in sede di commento alla clausola dell'editto del pretore urbano nota come *edictum de pactis*, là dove veniva esprimendo il suo punto di vista in merito al consenso giuridicamente rilevante, abbia proposto una tripartizione interna al novero dei negozi a effetti obbligatori cui era coesenziale un accordo: il che spiega perché questo non appaia esplicitamente richiamato in connessione con una o più delle tre figure individuate dal giurista. Essendo infatti comune a tutte, sarebbe stato superfluo ribadire che un accordo era riscontrabile in ciascuna di esse, distinta dalle altre sulla base del *quid pluris* che il consenso doveva presentare ai fini del prodursi degli effetti obbligatori divisati dalle parti.

Collegando all'atto il *verbis* e *re agere*, di cui prospettava come esempi rispettivamente la *stipulatio* e la *numeratio* – e cioè il mutuo e forse, ma se così fosse nel modo erroneo che vedremo colto da Gaio, la *solutio indebiti* –, Labeone voleva puntualizzare che nella categoria così designata andava ricondotto ogni rapporto obbligatorio che nasceva da un accordo e aveva

come segno della giuridicità, idoneo dunque a portarlo per l'intero nel mondo del diritto, o la pronuncia dei *verba* o la consegna della *res* o anche l'uso delle *litterae* (a ritenere con buoni argomenti che l'autore accostasse al *verbis* e *re agere* il *litteris agere* e che la sua menzione sia scomparsa a causa di un taglio dovuto ai compilatori del Digesto). Associando al contratto l'*ultra citroque obligatio, quod Graeci synallagma vocant*, ravvisabile nell'*emptio venditio*, nella *locatio conductio* e nella *societas*, egli intendeva invece precisare che il termine contratto si attagliava a un rapporto obbligatorio bilaterale o anche plurilaterale che muoveva da un accordo e aveva quale stigma della giuridicità l'*ultra citroque obligatio*, cioè lo scambio di prestazioni concepito in senso lato (il quale, presente nella *societas*, perché le prestazioni da eseguirsi dalle singole parti in vista del conseguimento del comune intento sociale in via mediata andavano a vantaggio delle altre, mancava nel mandato, come sostiene la dottrina prevalente, per cui del tutto coerentemente non lo si ritrova accanto alle tre fattispecie citate). Infine, vedendo nel gesto la *res sine verbis facta*, il giurista mirava probabilmente a mettere in luce che in questa figura si aveva pur sempre un rapporto obbligatorio di matrice consensuale, il quale assumeva però rilevanza giuridica unicamente in virtù del tipo di attività, materiale o giuridica, dovuta da una delle parti (la *res facta* del frammento), dal momento che l'ordinamento non richiedeva né la consegna di una *res*, del tutto fuori posto in un'ipotesi del genere, tanto da non essere contemplata nemmeno per esclusione nel brano, né la pronuncia dei *verba* o l'uso delle *litterae* (anche in tal caso da presumersi richiamato nell'originale).

Se ne trae, a opinare così, che Labeone qualificava come gesto il mandato, negozio in effetti privo di un indice capace di rivelare nitidamente l'appartenenza al piano del diritto dell'accordo in cui si sostanzitava, risolvendosi appunto esso nell'impegno del mandatario di agire, materialmente o giuridicamente, per conto del mandante. Tanto che si potrebbe perfino supporre che Labeone, ripromessosi di lumeggiare i diversi ambiti dell'*agere*, del *gerere* e del *contrahere*, non abbia poi rispettato tale sequenza, antepoendo alla trattazione del gesto quella del contratto, per la maggior evidenza del momento giuridicizzante pro-

prio della ramificazione che andava programmaticamente considerata per terza e ultima.

Mentre le categorie dell'atto e del gesto avevano un valore meramente descrittivo o classificatorio, quella del contratto era dotata di una grande potenzialità. In quanto edificata astraendo dalle figure tipiche dell'*emptio venditio*, della *locatio conductio* e della *societas* l'elemento minimo presente in tutte (ovviamente in aggiunta a quello convenzionale), ossia l'*ultra citroque obligatio* senza ulteriori specificazioni, vi era inquadrabile qualunque accordo in virtù del quale le parti si assumessero il peso reciproco di una prestazione, integrante o meno una delle richiamate figure. Attratto così nell'orbita del contratto e quindi, per il medio di questo, nel mondo del diritto, un accordo di tal genere, quando non qualificabile come *emptio venditio*, *locatio conductio* o *societas*, reclamava comunque dall'ordinamento, per ragioni di intrinseca coerenza, una protezione sostanzialmente corrispondente a quella assicurata alle tre fattispecie citate: problema alla cui soluzione Labeone si era proficuamente dedicato, se è vero ciò che sembra potersi desumere da altri testi sui quali non possiamo però indugiare, e cioè che egli concedeva – o, meglio, riteneva che dovesse concedersi sulla base del *ius civile* – a ciascuno dei soggetti che quell'accordo avessero stretto di far valere in giudizio l'inadempimento dell'altro mediante la generale *actio praescriptis verbis*, che veniva così ad affiancare gli specifici mezzi processuali d'indole edittale fruibili dalle parti di un'*emptio venditio*, di una *locatio conductio* o di una *societas*, assolvendo la stessa funzione.

Variamente denominata nelle fonti, che talora la etichettano quale *actio in factum civilis* o *actio civilis* o *actio incerti* o *actio civilis incerti*, l'azione in parola, secondo la ricostruzione a mio avviso più attendibile, aveva una *demonstratio* in cui veniva individuata la fattispecie concreta donde derivava il rapporto obbligatorio dedotto in giudizio (di qui il suo appellativo di azione *in factum*), che era *praescripta* a un'*intentio in ius concepta*, coincidente con l'*intentio civilis incerta* delle formule utilizzabili per litigare in tema di compravendita, locazione e società (*quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*).

Può peraltro darsi che Labeone, all'interno della sua opera, scandisse compiutamente i passaggi logici sottesi alla breviloquente definizione di contratto che Ulpiano gli attribuisce in D. 50.16.19. E invero, per potersi dire presente, in una fattispecie atipica, diversa dunque dalle tre menzionate da Labeone, una *ultra citroque obligatio*, bisogna prima qualificare come contratto quella stessa fattispecie: solo da questa operazione discenderà infatti la configurazione in termini di *ultra citroque obligatio* dell'impegno consensualmente assunto da ciascuna parte di tenere un certo comportamento a favore dell'altra. Ma se così è, non è da escludere che Labeone sviluppasse più articolatamente il suo ragionamento: individuato nell'*ultra citroque obligatio* l'elemento che, insieme all'accordo, primariamente connotava l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas*, egli avrà forse affermato che ogni qualvolta le parti si gravavano, e naturalmente in via pattizia, del vincolo reciproco di tenere un certo comportamento, in astratto corrispondente a una *ultra citroque obligatio*, si era al cospetto di un contratto e conseguentemente quel vincolo prendeva in concreto le sembianze di una *ultra citroque obligatio*.

Anche prima di Labeone, giova ora precisare, la prassi registrava la conclusione di convenzioni che comportavano per le parti il reciproco impegno all'esecuzione di una prestazione e non integravano uno degli schemi tipici riconosciuti dall'ordinamento e protetti quindi da apposite azioni contemplate negli editti dei magistrati giurisdicenti: ma la tutela cui potevano ambire i soggetti che le avessero stipulate era limitata. Se entrambi ne avessero onorato il contenuto, ponendo in essere i comportamenti dovuti in base all'accordo, i nuovi assetti patrimoniali sarebbero stati intangibili. Il pretore, memore dell'*edictum de pactis* ('*pacta conventa ... servabo*', egli vi diceva, per quanto si legge in D. 2.14.7.7), non avrebbe infatti permesso all'una e all'altra parte di agire per il recupero del dato o del suo valore oppure per il conseguimento dell'equivalente del fatto: in particolare, a fronte di un trasferimento in proprietà mediante *datio*, avrebbe denegato all'alienante la *condictio* pur da lui astrattamente esperibile in base al *ius civile* (ovvero avrebbe consentito al convenuto di proteggersi tramite eccezione). Se nessuna parte avesse

eseguito quanto promesso, ambedue sarebbe state sfornite di una qualche tutela sul piano processuale. Se una sola parte avesse reso la prestazione convenuta, bisogna distinguere. La parte tenuta a un *dare* che avesse adempiuto avrebbe potuto esperire la *condictio ob rem dati re non secuta* contro quella inadempiente, onde ottenere la restituzione della cosa trasferita in proprietà o il suo valore, calcolato in base al criterio del *quanti ea res est* (la somma di denaro liquidata dal giudice e portata dalla condanna corrispondeva quindi al valore di mercato della cosa al momento della *litis contestatio*, in cui culminava la fase *in iure*, che si consumava davanti al magistrato giudicante, del processo formulare): per cui non veniva considerato l'interesse del *dans* all'adempimento, ovvero quell'interesse positivo che costituiva invece la misura del risarcimento nel caso di vittorioso esercizio dell'*actio praescriptis verbis* (stimato confrontando la situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovato l'attore se il convenuto avesse effettuato la prestazione dovuta e quella in cui si trovava a causa dell'omessa esecuzione della stessa, così da comprendere le perdite sofferte e il mancato guadagno); diversamente, la parte tenuta a un *facere* che avesse adempiuto avrebbe potuto intentare l'*actio de dolo*, arbitraria e comunque volta a un risarcimento, sotto forma di pena pecuniaria, determinato secondo il criterio dell'interesse negativo (pari quindi al pregiudizio subito, valutato confrontando la situazione patrimoniale in cui si trovava l'attore in seguito alla conclusione dell'accordo e quella in cui si sarebbe trovato se non l'avesse concluso, avuto riguardo al tempo della *litis contestatio*), contro quella inadempiente, probabilmente non sempre, ma nelle particolari ipotesi che la giurisprudenza veniva individuando.

3. *La tripartizione di Labeone nell'analisi di Pedio.* – Passiamo a un altro testo, ancora di Ulpiano, collocato in D. 2.14.1.3. Vi si legge, a un certo punto, un'opinione di Pedio, giurista attivo nella seconda metà del I secolo d.C. *Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius*, scrive infatti Ulpiano, *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis* (mancano qui, ma presumibilmente non negli originali, le parole *sive litte-*

ris) fiat; nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

Pedio, così dicendo, non si discostava affatto dalla dottrina di Labeone, ma la chiariva, sottolineando che non vi era alcun contratto, inteso dunque al modo di Labeone, né alcun rapporto obbligatorio sussumibile nell'atto e nel gesto dello stesso Labeone che non fosse connotato da una convenzione, necessariamente esistente anche nelle ipotesi in cui si agiva *re, verbis e litteris*: con la conseguenza, tratta dallo stesso Pedio o forse da Ulpiano, che anche una *stipulatio*, in presenza dei *verba* e in assenza dell'accordo, non poteva dirsi conclusa o comunque era da considerare nulla (la sua inidoneità a generare un'obbligazione sarebbe stata rimarcata pure da Paolo con specifico riguardo al caso di una *sponsio* dai *verba* ineccepibili, ma non radicati su un accordo, in quanto declamati *per iocum* o *demonstrandi intellectus causa*, come attesta D. 44.7.3.3: *verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per iocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero 'spondes'? et tu responderis 'spondeo', nascetur obligatio*).

Si può allora affermare, prescindendo per il momento dalla posizione assunta da Pedio rispetto ai contratti innominati, che la prima giurisprudenza classica già aveva messo a fuoco due caratteri fondamentali della realtà giuridica su cui lavorava: l'origine consensuale di molteplici rapporti obbligatori e l'incapacità di produrli della pura convenzione, dovendo a essa sempre accompagnarsi, pena il suo stazionare nella sfera del pregiudiziale, un segno idoneo a conferirle peso sotto il versante del diritto. Un segno che poteva essere interno e contenutistico, come lo scambio, presente nell'*emptio venditio*, nella *locatio conductio* e nella *societas*, e come l'agire per conto dell'altra parte, peculiare del mandato; oppure esterno e formale, come la pronuncia dei *verba*, ricorrente nella *stipulatio*, e come l'uso delle *litterae*, proprio del *nomen transcripticium*; o, ancora, esterno e materiale, come la consegna della cosa, tipica del mutuo, del deposito, del comodato e del pegno (tralascio la fiducia, in cui la consegna della cosa poteva mancare, ma non la sua alienazione attraverso una *mancipatio* o una *in iure cessio*, per cui nell'uno o nell'altro

negozio non sarebbe comunque errato ravvisare l'elemento esterno e materiale del quale sto discorrendo).

È questo, peraltro, un esito ricostruttivo che gli eredi di Labeone e Pedio avrebbero pienamente accolto o almeno avvertito come immanente all'ordinamento in cui operavano, pur nella varietà delle loro tesi rispetto alla nozione di contratto affacciata dal maestro augusteo e nonostante le esitazioni e perfino le erronee impostazioni che esibisce la riflessione di Gaio, alla quale darò tra poco ampio spazio.

Basti pensare, dico subito a titolo esemplificativo, che Ulpiano, senza soffermarmi ora – come ho fatto con Pedio – sulla sua opinione circa i contratti innominati, si limita ad ampliare l'estensione della categoria del contratto, riconoscendovi ricompresi, per quanto si ricava da D. 2.14.7.1, non solo l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas* (che già comparivano, e proprio in quest'ordine, quali esempi di contratto nella schematizzazione di Labeone conservata in D. 50.16.19), ma anche il *commodatum*, il *depositum* e i *ceteri similes contractus* (specificamente individuati e protetti dall'ordinamento, si può asserire sulla base dell'esordio di D. 2.14.7.1): e cioè non solo gli accordi caratterizzati dallo scambio integranti figure tipiche, ma anche le fattispecie, fondate comunque su accordi ai quali si sommava un indice della giuridicità esterno e formale o materiale oppure interno e contenutistico, integranti le figure tipiche che Labeone riconduceva alla sfera dell'atto e del gesto.

Inserendo queste fattispecie nel novero dei contratti, Ulpiano faceva peraltro propria un'opzione di sistema che già circolava fra i *prudentes*: essa, in particolare, era alla base della meditazione di Gaio in merito al delicato problema delle fonti delle obbligazioni. E poiché tale opzione sembra discendere da un'operazione di sintesi compiuta proprio da questo giurista, con esclusivo riguardo alle figure tipiche, muovendo dalla classificazione di Labeone leggibile in D. 50.16.19 e dal *dictum Pedii* di cui a D. 2.14.1.3, è necessario approfondire l'argomento.

4. *Il contratto nominato e le fonti delle obbligazioni in Gaio.*
– Constatato, grazie appunto al *dictum Pedii*, che tutti i contratti e tutti gli atti a carattere reale, verbale e letterale di cui parlava

Labeone, così come il mandato da lui sussunto nel gesto, avevano in sé un accordo, Gaio, nell'intento di ridurre al massimo le categorie di aggregazione dei dati giuridici e agevolarne così il dominio razionale, aveva maturato la decisione di ricondurli a unità: per il che riteneva sufficiente trasferire nella classe dei contratti l'*agere re, verbis e litteris* e il *gerere*. Questa si sarebbe così incrementata non poco, mentre sarebbero svanite quelle degli atti e del gesto.

Tuttavia, ben sapendo che gli atti, a differenza dei contratti e del gesto (integrati, per Labeone, da una *conventio* contemplante una *ultra citroque obligatio* e rispettivamente l'impegno di agire per conto dell'incaricante), non si esaurivano in un accordo che avesse un certo contenuto (che poteva anche essere minimo, come nel caso della *stipulatio*), esigendo altresì ora la consegna della *res* ora la pronuncia dei *verba* (appunto nel caso della *stipulatio*) ora l'uso delle *litterae*, lo stesso Gaio confidava di poter recuperare e valorizzare questi loro peculiari elementi nell'ambito di un'articolazione interna all'ingrandita famiglia dei contratti: articolazione, giova subito chiarire, che, se congruamente formulata, avrebbe dovuto distinguere i contratti (o, essendo ciò equivalente, i rapporti obbligatori di matrice convenzionale) in cinque sottocategorie, a seconda che l'accordo, indefettibilmente presente in tutti loro, avesse un certo contenuto, dando vita a una *ultra citroque obligatio* o a un vincolo di cooperazione gratuita attraverso un fare materiale o giuridico, ovvero, oltre ad avere un certo contenuto, dovesse essere accompagnato dalla consegna della *res* o dalla pronuncia dei *verba* o dall'uso delle *litterae*.

È alla luce di quanto ho appena detto che si spiega allora perché Gaio, nelle *Institutiones* (e precisamente in 3.88), prospetti una *summa divisio* delle obbligazioni, vedendo in essa non già un'esauritiva distribuzione di queste in due specie, bensì la più elevata e importante ripartizione che, rispetto alle medesime, egli reputava di poter proporre: da un lato le obbligazioni derivanti da contratto, ovvero da tutte le figure (tipiche) capaci di produrle nelle quali fosse riscontrabile un accordo (sussunte da Labeone e Pedio nelle complementari categorie dell'atto, del contratto e del gesto), dall'altro quelle discendenti da delitto.

Omnis enim obligatio, scrive il giurista – dopo aver osservato che *quarum* (ossia delle obbligazioni) *summa divisio in duas species diducitur* –, *vel ex contractu nascitur vel ex delicto*: ovvero ciascuna obbligazione che sta all'interno dell'annunciata ripartizione nasce o da contratto o da delitto.

Del pari, è sulla scorta di ciò che ho dianzi affermato che si intende perché Gaio, sempre nelle *Institutiones*, e proprio nel passo successivo a quello ora considerato, con riferimento alle obbligazioni *quae ex contractu nascuntur* delinei una quadripartizione, sostenendo che *aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*. Sennonché essa, ancora una volta per quanto ho in precedenza rilevato, su un punto si rivela fallace: la coerenza logica imponeva infatti a Gaio di menzionare, accanto alla *res*, ai *verba* e alle *litterae*, non già il mero consenso, elemento che, connotando ogni figura che egli voleva ricompresa nell'area del contratto (da Labeone e Pedio, lo ripeto, qualificata invece ora come atto ora come contratto ora come gesto), risulta anodino e incolore, ma il consenso intorno all'impegno di ciascuna delle due parti che lo aveva prestato di tenere un determinato comportamento, cioè il consenso su una *ultra citroque obligatio*, per restare al linguaggio di Labeone, quale si aveva, guardando alle fattispecie tipiche elencate dallo stesso Labeone, nell'*emptio venditio*, nella *locatio conductio* e nella *societas*, e il consenso in ordine all'impegno del mandatario di compiere un'attività per conto del mandante. E ciò in quanto è il peculiare oggetto su cui cadeva il consenso o, se si preferisce, il particolare contenuto dell'accordo stretto dalle due parti (identificabile appunto nel vincolo bilaterale all'esecuzione di una prestazione e nel vincolo unilaterale al compimento di un incarico) che sta sullo stesso piano della consegna della *res*, della pronuncia dei *verba* e dell'uso delle *litterae*, fungendo, al pari di questi tre elementi, da indicatore della rilevanza giuridica da riconoscersi a certe *conventiones*.

Dimentico dell'angolo prospettico prescelto da Labeone, sensibile, come anche Pedio, alla problematica dei segni ai quali era agganciata la tutela *sub specie iuris* degli accordi che addossassero a una o entrambe le parti l'attuazione di una prestazione, Gaio, con la sua quadripartizione in cui allineava *res*, *verba*, *litte-*

rae e *consensus* allo scopo di chiarire che l'obbligazione da contratto conseguiva o alla consegna della *res* o alla pronuncia dei *verba* o all'uso delle *litterae* o alla formazione del consenso, finiva in realtà per occuparsi di un'altra tematica: quella, per usare le parole di un'autorevole dottrina, attinente al momento determinante per la nascita dell'obbligazione ovvero, pensando alle fattispecie contrattuali donde l'obbligazione poteva sgorgare, al modo in cui esse, necessariamente convenzionali nell'ottica di Gaio, si perfezionavano. Di essa, d'altro canto, i giuristi andavano da tempo trattando, se è vero, come molti credono, che sia nella sostanza ascrivibile a Quinto Mucio quanto Pomponio annotava nel suo libro quarto *ad Quintum Mucium*, conservato in D. 46.3.80, in merito alla tendenziale corrispondenza tra fattispecie costitutive ed estintive dell'obbligazione: *prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum 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. aequè cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest* (nella traduzione di Filippo Gallo, che riprende e migliora quella di Aldo Schiavone, in cui *dissensu* risulta già opportunamente corretto in *consensu*: «come ciascun rapporto è stato contratto, parimenti anche deve essere sciolto. Così quando avremo contratto un rapporto mediante la consegna di una cosa, esso deve essere sciolto attraverso la consegna di una cosa: come quando concederemo un mutuo, di guisa che il rapporto venga sciolto attraverso la restituzione di una eguale quantità di denaro. E quando contraiamo un qualche rapporto mediante una dichiarazione orale, l'obbligazione deve essere sciolta o attraverso la consegna di una cosa o attraverso una dichiarazione orale: attraverso una dichiarazione orale, come quando si compie l'*acceptilatio* nei confronti di colui che si era impegnato; attraverso la consegna di una cosa, come quando si versa ciò che si promise. Egualmente quando è stata contratta una compera o una vendita o una locazione, poiché questi rapporti possono essere contratti con il nudo consenso, anche con un consenso contrario possono essere sciolti»). Pro-

prio enunciazioni del genere hanno probabilmente fuorviato Gaio, inducendolo a quella confusione di livelli di cui è sicuramente responsabile. Egli potrebbe invero non aver colto che il loro riferirsi al momento determinante per la nascita dell'obbligazione e per la sua fine si giustificava in relazione a ciò che esse miravano specificamente a mettere in luce: per esempio, a voler riprendere la chiusa del testo poc'anzi riportato, che la compravendita e la locazione, in quanto si concludevano grazie al mero consenso, potevano essere poste nel nulla tramite il successivo dissenso.

Forse non del tutto ignaro dell'errore commesso in sede di costruzione della sua famosa quadripartizione, per aver omologato alla *res*, ai *verba* e alle *litterae* il puro consenso anziché il consenso originante il vincolo bilaterale all'esecuzione di una prestazione e unilaterale all'espletamento di un incarico, scivolando così nel mezzo della tematica cui ho testé accennato, Gaio tentava comunque di rimediare nelle stesse *Institutiones*, e segnatamente in 3.135-137, là dove ha inizio l'esposizione relativa alle *obligationes consensu contractae*. Qui egli, con inappuntabile coerenza logica rispetto a una scelta a monte viziata invece dalla sua mancanza, dapprima osserva che *consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societibus, mandatis*; e poi aggiunge: *ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit*. Dal versante della problematica attinente al modo in cui si perfezionavano fattispecie contrattuali con effetti obbligatori quali l'*emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas* e il *mandatum*, Gaio può dunque notare che per la loro integrazione era sufficiente il consenso delle parti, non richiedendo l'ordinamento alcuna proprietà di linguaggio o di scrittura: con la conseguenza che negozi di questo tipo potevano essere conclusi anche tra assenti, ad esempio tramite lettera o mediante un messaggero, al contrario di quanto accadeva per quelli incapaci di produrre effetti obbligatori in assenza della pronuncia dei *verba*. Ma subito dopo, restituendo

così al lettore molto di quello che gli aveva tolto col disporre sulla stessa riga la *res*, i *verba*, le *litterae* e il mero consenso, il giurista si sofferma sul peculiare oggetto di questo consenso e dichiara: *item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur*. Nelle fattispecie contrattuali appena menzionate, precisa Gaio, ci si obbliga reciprocamente a ciò che reciprocamente si debba prestare secondo ciò che è buono ed equo – ovvero, nonostante la diversa terminologia adoperata dal giurista, secondo ciò che è conforme alla buona fede, richiamata nell'*intentio* delle azioni che qui vengono in rilievo –, mentre nelle obbligazioni verbali l'uno stipula, ovvero si fa promettere, e l'altro promette e in quelle letterali l'uno obbliga e l'altro si obbliga con l'annotazione della spesa (ho seguito la traduzione di Marco Balzarini).

È però questa un'affermazione pienamente condivisibile ove si abbia riguardo all'*emptio venditio*, alla *locatio conductio* e alla *societas*, figure che sappiamo già ricomprese nella categoria del contratto scolpita da Labeone in D. 50.16.19: non invece se si prenda a riferimento il *mandatum*, posto che dal medesimo, che pur si concludeva per mezzo del puro consenso, non discendeva affatto una *ultra citroque obligatio*, bensì un'*obligatio* in testa al mandatario e soltanto eventualmente e posteriormente una seconda *obligatio* in capo al mandante (ragion per cui Labeone, come sappiamo, non lo aveva richiamato in sede di definizione del contratto). Ma al proposito assistiamo a un vero e proprio capolavoro di Gaio. Costretto a inserire il mandato fra le fattispecie contrattuali che si perfezionavano con il semplice consenso, egli, per così dire, lo rimodella, in modo da accreditare l'idea che dal medesimo nascesse necessariamente e simultaneamente per le parti un vincolo reciproco all'esecuzione di una prestazione. Nel luogo delle *Institutiones* in cui ne offre la nozione, ossia in 3.155, si legge infatti: *mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et in vicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*. Ad avviso di Gaio, dunque, si ha

mandato quando diamo un incarico nel nostro interesse o nell'interesse altrui. Perciò se io ti dò incarico di gestire i miei negozi o quelli di un'altra persona, si contrae l'obbligazione da mandato, e saremo reciprocamente tenuti per tutto ciò che è necessario che ciascuno di noi presti all'altro secondo buona fede (in questo caso ho preso a riferimento la traduzione di Bernardo Santalucia).

A parziale discolpa del giurista, vi è che ai suoi occhi non doveva essere adeguatamente percepibile l'indice in base al quale assumeva rilevanza giuridica l'accordo tra chi conferiva un incarico di fare e chi accettava di eseguirlo gratuitamente. Per meglio dire, egli, di fronte alla debolezza dell'elemento di giuridicizzazione del mandato, ravvisabile invero nell'impegno di cooperazione gratuita, deve aver sviluppato l'idea di rimpiazzarlo con quello proprio di ogni contratto nell'ottica di Labeone: il vincolo di ciascuna parte a compiere una prestazione a favore dell'altra assunto consensualmente. Vincolo attuale sin dalla conclusione dell'accordo, dunque, essendo il mandante da subito obbligato a tenere indenne da spese e danni il mandatario e questi da subito obbligato ad assolvere l'incarico: anche se, verrebbe da aggiungere in critica a Gaio, inevitabilmente asimmetrico, dal momento che il mandatario non necessariamente incorreva in spese o subiva danni.

All'errore commesso nella fase di elaborazione dei *quattuor genera* delle *obligationes ex contractu*, Gaio – cui si può perdonare di aver individuato più generi all'interno di una specie, anziché più specie all'interno di un genere – ne sommava comunque un altro, poiché includeva nelle *obligationes re contractae* la *solutio indebiti*, ovvero il pagamento dell'indebitum, che creava in testa all'accipiente l'obbligo di restituire quanto ricevuto, sanzionato dalla *condictio*. Nelle *Institutiones*, invero, egli, dopo aver trattato del mutuo (in 3.90, dove all'inizio si legge che *re contribitur obligatio veluti mutui datione*), passa alla *solutio indebiti* e osserva (all'esordio di 3.91): *is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condicti potest 'si paret eum dare oportere', ac si mutuum accepisset*. Orientato per un'espansione dell'area del contratto tale da ricomprendervi tutte le fattispecie con effetti obbligatori imper-

niate su un accordo voluto in funzione dell'originarsi di questi effetti che Labeone aveva distribuito nelle categorie dell'atto, del contratto e del gesto, Gaio non doveva certo inserire nei *quattuor genera* le obbligazioni derivanti da fonti prive di un accordo di questo tipo: e dunque non solo le obbligazioni ricollegabili per esempio alla *negotiorum gestio*, alla tutela, ai legati *per damnationem* e *sinendi modo*, che egli correttamente non vi include, ma anche quelle nascenti dai pagamenti dell'indebito, posto che in siffatti pagamenti era sì ravvisabile un accordo, mai però volto al prodursi di effetti obbligatori.

Se una ragione si vuole trovare a questa censurabile assimilazione della dazione a pagamento di un indebitto alla dazione a mutuo, la si può ricercare proprio in D. 50.16.19: quale esempio dell'*agere re*, come si ricorderà, Labeone portava la *numeratio*, verosimilmente intesa quale *traditio nummorum* attraverso cui si realizzava la dazione a mutuo, benché non possa escludersi che già il giurista augusteo vi ravvisasse anche l'identica *traditio* eseguita a pagamento di un indebitto, equivocando sul ruolo che l'accordo giocava in questa figura, essendo esso appunto indirizzato non alla nascita, ma all'estinzione di un'obbligazione. Ben più probabile è però che fosse Gaio a vedervi pure la *traditio nummorum* a scopo solutorio, sviato da una lettura poco accorta del *dictum Pedii*, dal quale, se preso alla lettera e avulso dalla tematica di riferimento, emergeva che una *conventio* era sottesa anche a tutti i rapporti obbligatori discendenti dall'*agere re*: ivi compresi, dunque, quelli originati dai pagamenti dell'indebito, ai quali Pedio presumibilmente non pensava, essendo immaginabile che egli correttamente individuasse nella *numeratio* di Labeone la sola *traditio nummorum* integrante la dazione a mutuo.

Comunque sia, anche nel caso in questione Gaio cercava di porre riparo all'errore commesso, spintovi dall'esigenza di offrire un'adeguata soluzione a un problema pratico. Come si ricava dalle *Institutiones*, e ancora da 3.91, il problema era quello di stabilire se un impubere o una donna, che avessero ricevuto il pagamento di un indebitto *sine tutoris auctoritate*, dovessero o non dovessero restituirlo. L'accostamento di questo pagamento a un mutuo induceva a propendere per la seconda ipotesi, poiché la *tutoris auctoritas* era certamente necessaria a incapaci (come la

donna o l'impubere) che prendessero denaro a mutuo. E infatti, osserva Gaio, *quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione*: ovvero alcuni giuristi reputavano che l'impubere o la donna a cui per errore fosse stato pagato un indebito senza l'*auctoritas* del tutore non potessero essere convenuti in giudizio con la *condictio*, così come non potevano esserlo se avessero ottenuto una somma a mutuo. Non persuaso della bontà di questo indirizzo, Gaio se ne discosta sulla base di un argomento in realtà implicito nella stessa riflessione di Labeone e Pedio: l'obbligazione di restituire derivante dalla *solutio indebiti* non era qualificabile come *obligatio ex contractu*, dal momento che nel pagamento dell'indebito la volontà delle parti non era rivolta all'assunzione del vincolo obbligatorio, bensì alla sua estinzione. È questo, infatti, che si legge in chiusura di 3.91: *sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere* (nella traduzione di Mario Talamanca: questa figura di obbligazione non sembra nascere da contratto, poiché chi trasmette la proprietà di una cosa per adempiere ad un'obbligazione vuol liberarsi da un vincolo più che crearne a proprio favore uno nuovo). E così, com'è evidente, Gaio critica a fondo la sua stessa scelta di inserire il debito da *solutio* dell'indebito nel novero delle obbligazioni discendenti dal contratto per la cui integrazione era necessaria la consegna della *res*, senza però superare l'aporia prodotta dallo svolgersi del proprio pensiero.

Questa, invero, egli riuscirà a cancellarla nelle *Res cottidianae* (o *Aurea*), una rielaborazione delle *Institutiones* dovuta allo stesso Gaio, secondo l'opinione oggi più diffusa. Qui, come risulta da un ampio squarcio dell'opera riportato in D. 44.7.1 e 44.7.5, Gaio propone una tripartizione delle fonti delle obbligazioni, distinguendo a seconda che esse nascano *ex contractu*, *ex maleficio* o *ex variis causarum figuris* (*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*, si legge in D. 44.7.1 pr.), e include nell'ultima sottocategoria, di carattere residuale, tutte quelle che non siano riconducibili alla prima e alla seconda, tra le quali ovvia-

mente anche le obbligazioni derivanti dai pagamenti dell'indebito (lo si trae da D. 44.7.5.3: *is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrabendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur*). Sempre nelle *Res cottidianae*, inoltre, il giurista, rispetto alle obbligazioni *ex contractu*, prospetta ancora la quadripartizione presente nelle *Institutiones*, ridotta peraltro a tripartizione se si ha riferimento a quanto dell'opera è rimasto nei due luoghi del Digesto appena richiamati, essendo da questi assente la sottocategoria delle obbligazioni *litteris contractae*, in conseguenza di una soppressione operata dai compilatori giustinianeî (in D. 44.7.1.1, del resto, è chiaramente detto che *obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*); ma immette nella tipologia delle obbligazioni *re contractae*, depurata – come test  visto – da quelle da *solutiones indebiti*, anche le obbligazioni *re contractae* che si   soliti chiamare del *ius gentium*, mancanti invece nell'originaria quadripartizione, generate dal deposito, dal comodato e dal pegno, figure tutelate ormai da azioni edittali di buona fede, gi  protette da azioni pretorie, pure esse edittali, con *formulae in factum conceptae* (come si desume da D. 44.7.1.2-6). Nelle stesse *Res cottidianae*, infine, Gaio fa menzione non solo delle obbligazioni del *ius civile* (uniche a essere considerate nelle *Institutiones*), ma altres  di talune del *ius honorarium*, esclusivamente ricollegate alle *variae causarum figurae*.

5. *Il contratto in Ulpiano e le convenzioni sinallagmatiche atipiche in Pedio, Aristone e Mauriciano.* –  , dunque, l'impianto costruttivo al quale Gaio si atteneva nelle *Res cottidianae* trattando del tema delle fonti delle obbligazioni quello al quale si rifar  Ulpiano nel calibrare la categoria del contratto. In questa egli riconoscer  infatti ricompresi, come voleva Gaio, gli accordi caratterizzati dallo scambio integranti figure tipiche, come l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas* di cui a D. 2.14.7.1, e le fattispecie, fondate su accordi ai quali si accompagnava un segno della giuridicit  esterno e formale o materiale oppure in-

terno e contenutistico, integranti le figure tipiche che Labeone – seguito in questo da Pedio e inoltre da Aristone e Mauriciano – riconduceva invece alle sfere dell’atto e del gesto, come il *commodatum*, il *depositum* e i *ceteri similes contractus* di cui ancora a D. 2.14.7.1; ma anche gli accordi, che Gaio trascurava del tutto, aventi a oggetto l’impegno reciproco delle parti di compiere una prestazione non integranti figure tipiche ed eseguiti da una delle parti stesse: accordi che a questa duplice condizione, va ora precisato, Pedio e poi Aristone e Mauriciano sussumevano nella famiglia del contratto, correggendo sul punto la nozione che della medesima aveva dato Labeone, di ampiezza tale da abbracciare gli accordi in parola sebbene totalmente inattuati dall’una e dall’altra delle parti che li avevano stretti.

Proprio sul pensiero di Aristone e Mauriciano voglio ora soffermarmi, perché esso svela nel modo più icastico l’importanza del tema del segno della giuridicità in ambito contrattuale e la ragione per cui oggi, almeno nel nostro ordinamento, lo si tratta allorché si approfondisce l’argomento della causa. Come subito vedremo, è infatti nella produzione scientifica del primo che compare il vocabolo *causa* per indicare un qualcosa che i romanisti continuano a discutere se attenesse alla struttura o alla funzione delle convenzioni comunemente dette sinallagmatiche, che è poi quel qualcosa di cui sono ancora alla ricerca i civilisti italiani impegnati nello sforzo di definire i contorni della causa, elemento che il diritto positivo di cui si occupano richiede per la validità del contratto.

Per meglio afferrare la portata delle opinioni dei due giuristi, è bene precisare che esse sono ricordate in D. 2.14.7.2, un denso paragrafo situato all’interno di un lungo frammento di Ulpiano concernente un argomento che abbiamo visto caro alla meditazione scientifica di età classica: quello del peso che gli accordi costitutivi di impegni avevano in ambito giuridico. Già nel *principium* di 2.14.7, invero, Ulpiano si preoccupa di chiarire che fra le *conventiones* del *ius gentium* alcune generano azioni, altre eccezioni (*iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones*); mentre nel primo paragrafo aggiunge che le *conventiones* dalle quali scaturiscono azioni non sono designate con il loro nome generico (di *conventiones*, ap-

punto), assumendo esse il nome specifico di un contratto (*quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*), come *emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*: a dimostrazione che egli – già lo si è detto –, nel solco della teorica sottesa alla sistematica gaiana in materia di fonti delle obbligazioni, dilatava la categoria del contratto di Labeone e anche di Pedio, portandovi dentro le fattispecie, fra le quali il comodato e il deposito e certo pure il mandato (ancorché non puntualmente evocato), che questi due giuristi collocavano invece nel duplice campo dell'atto e del gesto. E poi, nel secondo paragrafo, Ulpiano si pone il solito problema, già affrontato da Labeone e ripreso da Pedio e ulteriormente sviscerato da Aristone e Mauriciano, delle condizioni in presenza delle quali doveva riconoscersi rilevanza giuridica, e dunque congrua protezione processuale, agli accordi contemplanti l'impegno di una o di ciascuna delle parti di compiere una prestazione a vantaggio dell'altra che non integrassero figure tipiche, qualificate cioè dall'ordinamento come idonee a produrre effetti obbligatori e tutelate da questo mediante apposite azioni. Problema che Ulpiano risolve appunto richiamandosi all'elaborazione concettuale sviluppata al riguardo da Aristone e Mauriciano. Stante la sua importanza, ancor prima di passare ad analizzarlo, riporto D. 2.14.7.2: *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 synallagma 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 synallagma dicit, unde haec nascitur actio.*

Per Aristone, che così rispondeva a Celso – fautore della diversa tesi alla quale accenneremo oltre –, rilevanza giuridica era da attribuirsi agli accordi di cui andiamo parlando quando essi esibissero due elementi: gravassero le parti dello scambio di due prestazioni e risultassero parzialmente attuati, avendo una di loro tenuto il comportamento promesso. Concorrendo entrambi,

come nelle ipotesi in cui *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*, sussisteva invero la *causa*, vale a dire la ragione che giustificava il passaggio degli accordi alla base di operazioni in linea con quelle prospettate – *do ut des, do ut facias* e verosimilmente anche *facio ut des* e *facio ut facias* – nel mondo del diritto, mediato ovviamente dalla loro sussunzione nella categoria del contratto: ovvero, in ultima analisi, la ragione che giustificava la qualificazione del vincolo alla prestazione ancora ineseguita in termini di *obligatio* (... *subsistit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*). Quella ragione senza la quale, come ribadisce Ulpiano in un diverso paragrafo dello stesso frammento, era preclusa la conversione in *obligatio* dell'impegno, consensualmente assunto da una o da ognuna delle parti, di eseguire una prestazione: *sed cum nulla subest causa* – si legge infatti in D. 2.14.7.4 –, *propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*. Se priva della causa intesa nel modo indicato, dunque, una convenzione, appunto perché non sinallagmatica oppure perché sinallagmatica e tuttavia non attuata da entrambe le parti, non riusciva a dar vita ad alcuna obbligazione ovvero – il che è equivalente – ad alcuna azione. Il suo contenuto, integrando essa un nudo patto, poteva allora essere fatto valere solo in via di eccezione: quindi esclusivamente dal convenuto, che allo scopo avrebbe dovuto chiedere al magistrato, nella fase *in iure*, l'inserzione nella formula dell'*exceptio pacti*, salvo poter valorizzare il patto direttamente nella fase *apud iudicem* nei processi di buona fede; in questi, d'altro canto, l'attore poteva far valere in via di azione il patto aggiunto al contratto *in continentibus*, cioè concluso contestualmente al contratto, che avesse inoltre riguardo all'affare in cui si sostanzava il contratto stesso e non fosse pertanto estraneo alla natura di questo (tutto ciò si desume dall'esposizione di Ulpiano in D. 2.14.7.5: *quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continentibus pacta subsequuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. ... ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contrac-*

*tus facta sunt. idem responsum scio a Papiniano, et si post emptio-
nem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob
hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne
ex pacto actio nascatur. quod et in omnibus bonae fidei iudiciis
erit dicendum. sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent
et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones).*

Sullo scambio delle prestazioni concordato dalle parti, neces-
sario ancorché non sufficiente per ravvisare nella loro conven-
zione atipica la presenza della causa – e quindi di un contratto
innominato – secondo Aristone, questi aveva peraltro assunto
una posizione rigorosa: tale da impedire che si scorgesse in ope-
razioni, pur rette da un accordo, in cui la reciproca onerosità
mancava o non era piena, come si desume da un testo di Pom-
ponio e da un brano di Ulpiano. Nell'uno, in D. 19.5.16.1, è
presa in esame questa fattispecie: «mi hai permesso di seminare
sul tuo fondo e di prendere i frutti conseguenti; io ho seminato
e tu non mi permetti di prendere i frutti». Per Aristone, prose-
gue Pomponio, non avrei goduto di alcuna azione civile, quindi
nemmeno dell'*actio praescriptis verbis*, che certo egli concedeva
alla parte adempiente di una convenzione sinallagmatica atipica,
vedendola munita di causa (o, il che è lo stesso, alla parte, ne-
cessariamente adempiente, di un contratto innominato). Per lo
stesso Pomponio e probabilmente anche per Aristone, avrei po-
tuto giovarmi, più che di una discutibile azione *in factum* pre-
toria e decretale, dell'azione di dolo (questa, non solo pretoria ed
edittale, ma anche sussidiaria – per cui non era ammissibile
quando un'altra azione fosse stata disponibile, anzi indubitabil-
mente disponibile, secondo il pensiero di Labeone ricordato in
D. 4.3.7.3 –, era la sola azione data da Ulpiano in un'ipotesi
analoga, descritta in D. 4.3.34). Nell'altro passo, in D. 39.5.18
pr., Ulpiano scrive: *Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum do-
natione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita
et Pomponius eum existimare refert*. A detta di Aristone, dunque,
in presenza di un negozio misto con donazione, quando la gra-
tuità prevalesse andando a scapito dello scambio, non avremmo
riscontrato un'obbligazione, per quanto il negozio risultasse at-
tuato da una delle parti. E pertanto l'impegno rimasto inese-
guito, appunto perché in esso non era distinguibile un'obbliga-

zione, non era perseguibile con l'*actio praescriptis verbis*. Nel paragrafo successivo, inoltre, Ulpiano rammenta che Aristone, con riferimento all'ipotesi in cui fosse stato dato uno schiavo con l'accordo che l'acquirente lo manomettesse dopo un quinquennio, negava che prima della scadenza l'alienante potesse agire, *quia donatio aliqua inesse videtur* (a tacer d'altro, le attività espletate dallo schiavo nel torno di tempo considerato avrebbero infatti comportato un incremento patrimoniale in capo all'*accipiens*); mentre – a supporre che questa fosse l'opinione del giurista sul punto, non registrata da Ulpiano – avrebbe potuto insorgere dopo, ma è azzardato dire se proprio con l'*actio praescriptis verbis*. Cioè con quell'azione alla quale Aristone doveva pensare con riguardo al caso, di seguito enunciato nel testo, dell'alienazione di uno schiavo fatta con l'accordo che costui fosse immediatamente liberato da chi lo aveva acquistato: caso in cui, egli affermava, *nec donationi locum esse et ideo esse obligationem*.

Non riecheggia certo, nell'impostazione seguita da Aristone, la dottrina del contratto messa a punto da Labeone: questa, come detto, portava infatti a riconoscere come contratto qualunque accordo in virtù del quale le parti si assumessero il peso reciproco di una prestazione (meglio, di una condotta virtualmente qualificabile come prestazione, avendo di essa tutti i requisiti richiesti dal diritto), sebbene non riconducibile a una delle figure tipiche acquisite all'ordinamento, quali l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas*; e portava poi a giustificare la concessione a ciascuno dei soggetti che quell'accordo avessero stretto della generale *actio praescriptis verbis*, onde far valere in giudizio l'inadempimento dell'altro e ottenerne, persistendo l'inadempimento, il pieno risarcimento del danno. Piuttosto risuona, nel lascito di Aristone, l'idea maturata da Pedio rispetto ai contratti innominati e in particolare la sua elaborazione in tema di permuta.

In D. 19.4.1.3, invero, Paolo si affida proprio a Pedio per un'importante precisazione in materia di permuta, figura nota alla pratica commerciale, non elevata tuttavia a tipo nell'ordinamento di età classica e priva perciò di un'apposita tutela in sede editale, che una tesi avanzata in seno alla scuola sabiniana voleva, ma con fatica, inclusa nella compravendita, così che benefi-

ciasse delle azioni specificamente previste per questa. Ecco quanto si legge nel passo: *ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*. Anche avulso dall'eloquente contesto, il brano rivela chiaramente che Pedio escludeva che assurgesse a contratto un accordo circa una permuta, implicante l'impegno di ciascuna parte di procedere alla *datio* di una *res* – e cioè alla trasmissione di una cosa in proprietà – a favore dell'altra, se non vi avesse fatto seguito alcuna *datio*, come nel caso in cui fosse intervenuto il (singolo o reciproco) trasferimento della cosa materialmente intesa e però non della proprietà di questa, a causa del suo appartenere a un terzo. Coerentemente si può allora affermare che per Pedio l'accordo relativo a una permuta meritava la qualifica di contratto quando, in esecuzione del medesimo, almeno uno dei soggetti che vi erano addivenuti avesse effettuato la *datio* di sua spettanza.

Che questa fosse l'opinione del giurista risulta altresì confermato da quanto Paolo scrive in apertura del paragrafo precedente a quello poc'anzi richiamato, ovvero in D. 19.4.1.2, a supporre che egli si sia ispirato all'opera di Pedio là dove osserva: *emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet*, ossia – secondo la traduzione di Gallo – «la compravendita si contrae con la mera volontà dei contraenti, mentre la permuta dà inizio all'obbligazione con la consegna della cosa», ovviamente traslativa della proprietà (interessante è anche la prosecuzione del testo, di cui dò soltanto la versione italiana, attenendomi per lo più a quella di Gallo: «diversamente, se la cosa non sia stata ancora consegnata», anche in questo caso attraverso una *traditio* idonea al trasferimento in proprietà, «dovremmo dire che l'obbligazione si costituisce col mero consenso, il che è stato ammesso soltanto all'interno dei negozi che hanno un proprio nome, come la compravendita, la conduzione, il mandato»).

Con ogni probabilità, peraltro, Pedio non ometteva di esplicitare che, sopravvenuta a un accordo sullo scambio in proprietà di due cose la *datio* di una di esse, alla parte adempiente, stante il ricorrere di un contratto e mancandole uno specifico mezzo edittale, era consentito di agire nei confronti di quella inadempiente con l'*actio praescriptis verbis*. Proprio questa, del resto,

doveva essere l'azione volta all'*id quod interest* della quale parla Paolo, verosimilmente in scia all'insegnamento che rinveniva nella produzione di Pedio, nel paragrafo successivo a quello in cui lo menziona, cioè in D. 19.4.1.4: *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*. Il brano, nonostante i guasti, mostra che Paolo, attraverso l'*igitur* iniziale, ricollegava alla citazione di Pedio versata in D. 19.4.1.3 (*ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*) l'affermazione che, nell'ipotesi di *datio* compiuta da una parte e non seguita da quella dell'altra, si poteva agire o per la restituzione, ricorrendo alla *condictio*, o per l'*id quod interest*, al fine di conseguire il completo ristoro patrimoniale, optando, ancorché ciò non sia detto espressamente, per l'*actio praescriptis verbis* (preferita all'*actio in factum* pretoria evocata nel paragrafo 1 dello stesso frammento, che un'opinione – presumibilmente di Giuliano – voleva esperibile allorché si registrasse l'evizione di una delle due cose già permutate). Che, poi, tale affermazione ricalcasse un'enunciazione dello stesso Pedio corrisponde a quanto ho poc'anzi supposto. Ma ecco la traduzione del passo, ancora di Gallo: «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 essendosi avuta la controprestazione».

A questo punto dobbiamo interrogarci sul perché Pedio prendesse le distanze da Labeone in materia di contratti innominati. La risposta al quesito, che va ovviamente ricercata sul piano scientifico, pare a me la seguente. A Pedio non era sfuggito che, così come concepita da Labeone, la categoria del contratto – costruita, come sappiamo, estrapolando dalle figure tipiche dell'*emptio venditio*, della *locatio conductio* e della *societas* ciò che in tutte ricorreva, ossia un accordo e l'*ultra citroque obligatio* di cui esso era fonte – aveva un impatto parzialmente di-

struttivo su quella collaterale dell'atto, dal momento che toglieva un'apprezzabile ragione d'essere all'*agere re*. Destruurato, il medesimo rivelava due elementi: un accordo tra due parti contemplante l'impegno dell'una di eseguire la consegna di una cosa (per esempio, di una cosa inconsumabile a scopo di uso, come nel caso del comodato) e l'impegno dell'altra di tenere un contegno, più o meno complesso, immancabilmente esteso alla restituzione della *res*; inoltre, l'attuazione del primo impegno. Solo se questa fosse intervenuta, dunque, l'accordo sarebbe entrato nella sfera del diritto, risultando protetto da apposite azioni (per esempio, a voler riprendere l'ipotesi del comodato, dall'*actio commodati* diretta, esperibile dal comodante, e contraria, in mano al comodatario). Diversamente, esso ne sarebbe rimasto al di fuori: salvo però transitarvi (in quanto rispondente ai requisiti di contenuto richiesti per l'accesso alla figura del contratto), e godere della tutela offerta dall'*actio praescriptis verbis* (in quanto sprovvisto di specifici mezzi processuali), nella prospettiva ricostruttiva propria di Labeone. A seguirla, quindi, l'*agere re*, fagocitato com'era dall'agire per il tramite di accordi che rientravano nella famiglia del contratto, cessava la sua utilità. Ed era appunto per ostacolarne l'inesorabile declino che Pedio deve aver ridefinito quella famiglia, circoscrivendola agli accordi che vincolavano ciascuna parte al compimento di una prestazione i quali fossero tipicamente riconosciuti dall'ordinamento, essendo perciò protetti da azioni edittali (come nel caso degli accordi che integravano un'*emptio venditio*, una *locatio conductio* o una *societas*), oppure, nell'ipotesi in cui non lo fossero, avessero dato luogo all'esecuzione di una prestazione, essendo allora tutelati dall'*actio praescriptis verbis*, ovviamente esercitabile dal solo soggetto adempiente. Così ridelineata la figura del contratto, l'*agere re* era pienamente salvaguardato: perché gli accordi che vi erano sottostanti, i quali imponevano a una parte la consegna di una cosa e all'altra una condotta che comunque comprendeva la sua restituzione, una volta verificatasi la consegna (necessariamente antecedente rispetto alla prestazione cui era coesenziale la restituzione) non trovavano ingresso nella categoria del contratto (sebbene fossero astrattamente riconducibili a questa), in quanto già prima inglobati nei singoli atti a carattere reale tipicamente

previsti dal sistema (per esempio, nel mutuo, nel deposito, nel comodato o nel pegno), come tali assistiti da azioni edittali. In altre parole, gli accordi in considerazione, ove accompagnati dalla consegna della cosa, venivano a incasellarsi nelle varie fattispecie, munite di una multiforme tutela processuale ritenuta adeguata, nelle quali, secondo i dettami del diritto positivo, si articolava l'*agere re*: per cui respingevano la doppia, e perciò sovrastrutturale, configurazione in termini di contratto. E non solo perché non necessaria, tanto più che essi, specialmente grazie alle azioni dirette e contrarie proprie del deposito, del comodato, del pegno e della fiducia, beneficiavano di una protezione a livello giudiziale d'intensità almeno pari a quella di cui avrebbero goduto in virtù dell'*actio praescriptis verbis*, ma anche e soprattutto in quanto quella configurazione ne avrebbe arbitrariamente alterato l'originaria natura di elementi peculiari dei diversi negozi accorpati nell'*agere re*.

Non è di poco momento, rispetto a ciò che ho appena detto, quanto può evincersi da D. 13.6.1.1 di Ulpiano: ossia che Labeone, nel caso di prestito gratuito di un bene immobile, verosimilmente concedeva alle parti l'*actio praescriptis verbis*, con ciò valorizzando dunque l'accordo intervenuto tra le stesse, costitutivo di un doppio vincolo (alla consegna e alla restituzione), anziché l'*actio commodati*, per lui esercitabile solo allorché il prestito avesse ad oggetto una cosa mobile. Ma leggiamo il brano: *huius edicti* – cioè della clausola dell'editto del pretore appena ricordata da Ulpiano, così formulata: '*quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo*' – *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* (questa la traduzione di Pierluigi Zannini, relativa anche al *principium* del frammento: «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 sola cosa

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 comodata anche quella immobile, e ciò lo ritiene pure Cassio. Viviano ulteriormente afferma che si può dare in comodato anche l'abitazione»). Ebbene, come ha rilevato Cannata, se, secondo Labeone, fra *commodatum* e *utendum datum* esisteva un rapporto di *genus* e *species*, è evidente che, malgrado l'ordine delle parole nel testo, il *genus* è l'*utendum datum* e la *species* il *commodatum*: il che è confermato dalle due locuzioni, pur invertite nel brano, *utendam dari etiam soli* e *commodari rem mobilem, non etiam soli*. Se ne può allora dedurre che per Labeone il comodato di immobile restava al di fuori dell'ambito di operatività dell'*actio commodati*. E ciò lascia presumere che il giurista proponesse una tutela del comodato di immobile con l'*actio praescriptis verbis*. Quanto a Cassio, egli intendeva evidentemente ricondurre nell'ambito dell'*actio commodati* la tutela del prestito gratuito di immobile quando sosteneva che *proprie commodata res dicitur et quae soli est*. Il pensiero di Viviano e di Ulpiano dà invece adito a dubbi. Certo in D. 13.6.1.1 Ulpiano professa l'idea di Cassio, appunto che *proprie commodata res dicitur et quae soli est*, e riconduce in questo stesso filone l'opinione di Viviano che *amplius etiam habitationem commodari posse*. Ma se così è, ecco che D. 19.5.17 pr., ancora di Ulpiano – del seguente tenore: *si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere* –, sarebbe da intendere in questo modo, sempre nel solco di Cannata: in relazione all'abitazione gratuita, la sua tutela mediante l'*actio commodati* era ammessa da Viviano e approvata da Ulpiano, convinto però che fosse più prudente ricorrere all'*actio praescriptis verbis*, poiché si sarebbe potuto trovare un giudice che, anche se disposto ad ammettere il comodato di immobile, sulle orme di Cassio e dello stesso Ulpiano, non concepisse però il comodato dell'abitazione. L'esercizio dell'*actio praescriptis verbis* a tutela dell'abitazione gratuita sembra

dunque un residuo della protezione mediante *actio praescriptis verbis* del comodato di immobile, legata al nome di Labeone. Comunque Ulpiano, sebbene recuperasse un'indicazione del giurista augusteo, non si discostava affatto dalla pur diversa impostazione di Aristone, che vedeva come produttivo di un'obbligazione, sanzionata dall'*actio praescriptis verbis*, l'accordo (fuoriuscente dagli schemi tipici) che, impegnando ciascuna parte al compimento di una prestazione, avesse avuto attuazione da una di esse: e ciò in quanto nel caso della *gratuita habitatio* da lui considerato l'accordo a monte (di cui era insicura la qualificazione in termini di comodato) vincolava ogni parte a effettuare una prestazione e risultava eseguito dal concedente.

Ma concentriamo di nuovo la nostra attenzione sulle righe di D. 2.14.7.2 dedicate al pensiero di Aristone. Vi è motivo per credere che proprio allo scopo di enfatizzare l'insufficienza della teorica di Labeone rispetto al contratto, e in particolare a quello atipico, egli, subito dopo aver accennato ai casi in cui *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*, proclamasse che *hoc synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem*: a significare appunto che esclusivamente in fattispecie del genere, nelle quali erano riscontrabili i due elementi che dotavano di *causa* la *conventio* (e non invece, come pretendeva Labeone, in tutte le fattispecie – ovviamente atipiche – in cui fosse distinguibile nulla più che l'impegno consensualmente assunto dalle singole parti di scambiarsi due prestazioni), si era di fronte a un *synallagma* e poteva dirsi sorta un'*obligatio*, e necessariamente una sola *obligatio*, in testa all'unica parte che non aveva effettuato la prestazione a suo carico (e non quindi, come ancora voleva Labeone, una *ultra citroque obligatio*, cioè un'*obligatio* in capo a ogni soggetto che avesse stretto l'accordo). Per giunta un'*obligatio civilis*, che Aristone riteneva certamente sanzionata dall'*actio praescriptis verbis*, ancorché questo non emerga dal testo in considerazione. L'individuazione del tipo di tutela da accordare per il caso di suo inadempimento, ferma la facoltà di ricorrere alla *condictio* per il *datum* inutilmente, Ulpiano la lascia infatti a Mauriciano nel seguito di D. 2.14.7.2

L'opinione di questo giurista, che pure si iscrive nell'ordine di idee propugnato da Pedio in tema di contratti innominati, va

dunque a completare quella di Aristone (ribadisco, per come riportata nel brano in esame, dove appare amputata di una parte e non solo riassunta). Se di Aristone, come abbiamo visto, era l'assunto che, nato per *conventio* l'impegno di ciascuna parte di compiere una prestazione nei confronti dell'altra, quello rimasto inattuato, stante il ricorrere della *causa*, si tramutava in un'*obligatio*, di Mauriciano è un'importante indicazione circa il mezzo processuale esperibile a sanzione del suo inadempimento. Ad avviso del medesimo, invero, nell'ipotesi in cui una parte, ottenuta a proprio vantaggio la *datio* di uno schiavo, avesse proceduto alla pattuita manomissione di un diverso schiavo in suo dominio e subito quindi l'evizione del primo (*dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus*), essa si sarebbe potuta giovare dell'*actio praescriptis verbis* (*ille, ovvero Mauriciano, ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere*), di contro al convincimento di Giuliano (*Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam*), inaccettabile anche per Ulpiano (... *puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc ...*).

Vi è perciò la riprova della continuità di pensiero fra Pedio, Aristone e Mauriciano. Come già per i primi due, anche per Mauriciano gli accordi che imponevano a ogni parte il compimento di una prestazione, benché non tipicamente riconosciuti dall'ordinamento e quindi non protetti da specifiche azioni editali, rientravano nondimeno nella categoria del contratto, purché attuati unilateralmente, godendo allora della tutela assicurata dall'*actio praescriptis verbis*. Che tale fosse il suo convincimento è ulteriormente suffragato dalle parole con cui Mauriciano giustificava la soluzione prospettata in merito allo strumento processuale da utilizzare nel caso, certo di valore esemplare, da lui considerato: nel medesimo vi è, egli diceva, un contratto (... *esse enim contractum*), quello che Aristone – correggendo sul punto Labeone, si potrebbe aggiungere senza timore di travisare il senso della sua affermazione – chiama il *synallagma* ovvero – a cogliere una sfumatura che l'originale doveva rendere ben più percepibile – definisce come il vero *synallagma* dei Greci (*quod Aristo synallagma dicit*), ragion per cui nasce proprio questa azione, cioè l'*actio praescriptis verbis* (*unde haec nascitur actio*). E

il concetto sotteso a tale ultima precisazione è che, là dove ricorresse un contratto, come nella fattispecie descritta da Mauriciano, la relativa tutela processuale non poteva che discendere dal *ius civile*, poiché a questo apparteneva la figura del contratto nelle sue diverse declinazioni, ed essere perciò automatica, fosse essa assicurata dalle specifiche azioni edittali o dalla generale *actio praescriptis verbis*. Il che escludeva in radice la necessità di rivolgersi volta per volta al pretore, immemori dell'esistenza o dell'autentica natura di quella figura, confidando nella concessione, comunque subordinata alla sua valutazione discrezionale, di un'azione decretale: qual era proprio quell'*actio in factum* di cui parlava Giuliano, suscitando la critica dello stesso Mauriciano, forse estesa al tipo di condanna cui essa portava, in quanto probabilmente ancorata all'interesse negativo dell'attore e quindi tale da coprire, nell'ipotesi del *do ut facias* contemplata nel testo in esame, il solo impoverimento conseguente al *facere* compiuto a vuoto a causa della successiva evizione di quanto ricevuto in esecuzione della prestazione da eseguire per prima.

Se la polemica tra Mauriciano e Giuliano ha contorni sufficientemente chiari, non altrettanto può dirsi per quella intercorsa tra Aristone e Celso, evocata – come visto – da Ulpiano all'inizio di D. 2.14.7.2, ma non riferita compiutamente nel seguito del passo, dove l'autore si concentra sulla tesi del primo, lasciando nell'ombra l'opinione del secondo. Quale essa fosse, si può comunque arguire dal brano di Celso in D. 12.4.16, di cui riporto anche la traduzione di Franco Gnoli: *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim* («ti ho dato una somma di denaro affinché tu mi trasferissi la proprietà <e non solo il pacifico godimento del servo> Stico: è forse questo genere di contratto in certa misura una compravendita o qui non c'è nessun'altra obbligazione se non

quella <che deriva> dall'aver dato per un risultato, non avendo il risultato fatto seguito? A questo sono più propenso; e pertanto, se Stico è morto, posso ripetere ciò che ti ho dato affinché tu mi trasferissi la proprietà di Stico. <Ma> supponi che Stico sia di <proprietà di> un altro, e che tuttavia tu me l'abbia consegnato: potrò ripetere da te il denaro, perché non avrai reso il servo di proprietà dell'accipiente; e, d'altra parte, se il servo è tuo e non vuoi promettere con stipulazione per garantire in rapporto all'evizione dello stesso, non sarai liberato dal fatto che io possa ripetere da te il denaro». A prescindere dalle tante questioni che il frammento pone, se ne trae con sicurezza che Celso, ricorrendo il caso in cui *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares*, sussumibile nella più ampia fattispecie del *do ut des* considerata da Aristone, diversamente da questi non concedeva l'*actio praescriptis verbis* al *dans* deluso. Egli lo riteneva infatti legittimato alla sola *condictio* volta alla ripetizione del denaro versato, sul presupposto che in capo alla controparte fosse sorta unicamente un'obbligazione (civile) restitutoria, dipendente dal realizzarsi di un *dare ob rem re non secuta*. Che, poi, Celso rifiutasse di vedere nell'ipotesi da lui esaminata un contratto, sia pure privo di una piena tutela sul piano processuale, rimane controverso. Il suo ragionamento faceva comunque leva sulla volontà delle parti: se queste si erano accordate nel senso che alla *datio* di denaro dell'una facesse riscontro la *datio* di una *res* dell'altra, con ciò intendendo restare al di fuori dell'orbita della compravendita, che non comportava per il venditore l'obbligazione di trasferire in proprietà il bene negoziato, allora sarebbe stato poco logico assicurare a chi aveva corrisposto il denaro la stessa tutela – consentendogli di esercitare l'*actio praescriptis verbis* – di cui avrebbe goduto se avesse concluso una compravendita.

6. Le convenzioni sinallagmatiche atipiche in Giuliano e Paolo.

– Anche Giuliano, come abbiamo constatato, si era occupato degli accordi che prevedevano uno scambio di prestazioni e fuoriuocavano dai modelli muniti di apposita protezione a livello editale, proponendo per essi, almeno se il duplice impegno fosse stato a un *dare* oppure a un *dare in vista* di un *facere* e purché una delle parti lo avesse onorato, forme varie di tutela che non

contemplavano comunque l'esercizio dell'*actio praescriptis verbis*. Il loro fondamento dogmatico, dal momento che il giurista non riconduceva le operazioni del genere indicato all'area del contratto pur variamente perimetrata da Labeone in poi, lungi dal mostrarsi unitario, era mutevole, potendosi ricavare dal tipo di azione di volta in volta ammesso.

In alternativa alla *condictio ob rem dati re non secuta*, egli doveva concedere al *dans* deluso un'*actio in factum* pretoria e decretale, tesa al risarcimento del danno, non sappiamo se calcolato nella misura dell'interesse positivo o negativo (il suo esercizio avrebbe in ogni caso comportato una condanna di ammontare superiore a quella assicurata dalla *condictio*, poiché questa sarebbe stata pari al valore di mercato della cosa al tempo della *litis contestatio*, risultando quindi inferiore anche alla condanna parametrata sull'interesse negativo dell'attore, quantificata in base al complessivo impoverimento da lui patito dando esecuzione alla convenzione sinallagmatica *sine nomine*). Un indizio in questo senso è fornito da D. 19.4.1.1, un testo che abbiamo già incontrato, in cui è considerata la fattispecie del *do ut des* non attuata da uno dei paciscenti. Qui Paolo, che al successivo paragrafo 4, come visto, dà all'unico permutante adempiente l'*actio praescriptis verbis* in concorso con la *condictio*, ricorda che circolava una tesi di segno diverso sul punto, presumibilmente caldeggiata proprio da Giuliano, in quanto orientata per l'esperibilità di un'*actio in factum* in luogo dell'*actio praescriptis verbis*. Con l'aggiunta dell'ultimo pezzo del *principium*, nella versione italiana di Gallo, riporto il brano, prima in latino e poi nella traduzione dello stesso Gallo: «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». *Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur*. Ossia: «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».

Ricorrendo l'ipotesi del *do ut facias*, inoltre, Giuliano riconosceva al soggetto tenuto al *facere* che avesse eseguito la prestazione a suo carico la facoltà di agire con l'*actio de dolo* o con un'*actio in factum* pretoria e decretale nei confronti della parte autrice della *datio* rivelatasi inidonea al trasferimento in proprietà del bene, a causa dell'appartenenza di questo al terzo rivendicante vittorioso. Più precisamente, la scelta sarebbe dovuta cadere sull'*actio de dolo* se il *dans* fosse stato in mala fede, in quanto sapesse di non essere il proprietario della cosa, sull'*actio in factum* se il *dans* avesse ignorato che la cosa apparteneva ad altri. Ciò è confermato da D. 19.5.5.2 e dal già esaminato D. 2.14.7.2. Nel primo passo Paolo riporta così l'opinione di Giuliano: *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* (d'intesa con la dottrina assolutamente prevalente, è da ritenere spurio l'aggettivo *civilem*, frutto di un'aggiunta dei giustinianeî o di un loro raccorciamento manipolativo del testo, nel quale, dopo la frase *si ignorans, in factum*, ben poteva figurare un periodo in cui Paolo esponeva il suo punto di vista, sostenendo che nei confronti del *dans* inadempiente, fosse egli in mala o buona fede, sempre doveva riconoscersi l'*actio in factum civilis*, cioè l'*actio praescriptis verbis*; Cannata, per esempio, lo ricostruisce così: *si ignorans, in factum <: sed ego puto omnimodo tibi competere in factum> civilem*). Quanto al secondo brano, già sappiamo che vi è considerata l'identico caso – alla *datio* effettuata in vista di un *facere* segue l'esecuzione di questo e l'evizione della cosa alienata – e la diversa soluzione espressa al suo riguardo da Mauriciano e Giuliano: mentre l'uno concedeva alla parte adempiente l'*actio praescriptis verbis*, e dunque un'*actio civilis*, l'altro, evidentemente sul presupposto della buona fede del *dans*, la tutelava con l'*actio in factum* pretoria e decretale. Che, poi, questa procurasse un risarcimento del danno determinato sulla base dell'interesse negativo, non è affatto da escludere ed è anzi stato da me congetturato in precedenza, accodandomi, aggiungo ora, a una tesi di Carlo Pelloso. Se, infatti, l'*actio de dolo* esperita contro il *dans* in mala fede perseguiva un ristoro del pregiudizio sofferto nei limiti dell'interesse negativo, sarebbe ri-

sultato ben poco armonioso assoggettare il *dans* in buona fede a una condanna più elevata, perché agganciata all'interesse positivo. Né varrebbe invocare il carattere infamante dell'*actio de dolo* per differenziare *in peius* il trattamento riservato da Giuliano al *dans* in mala fede e salvare così la supposizione che egli volesse il *dans* in buona fede sanzionato più pesantemente del primo sotto il profilo economico.

La trattazione più completa in materia di convenzioni sinalagmatiche atipiche si deve comunque a Paolo, il quale muoveva dal presupposto, condiviso da un largo settore della giurisprudenza, che la loro tutela in via di azione fosse sempre subordinata alla circostanza che ben conosciamo: l'attuazione di esse a opera di una delle parti. Suddivise allora le fattispecie negoziali da considerare in quelle del *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* e *facio ut facias*, egli offriva rispetto a ciascuna le opportune indicazioni circa i mezzi processuali esperibili dal soggetto adempiente, senza approfondire la questione del relativo inquadramento dogmatico: ma ciò non impedisce di pensare che le riconducesse, con l'eccezione della terza (probabilmente perché infrequente, stando al suggerimento di una dottrina autorevole, che non basta però a spiegare l'enigma), all'area del contratto innominato disegnata da Pedio e ripresa da Aristone e Mauriciano, visto che vi ricollegava il sorgere di un'obbligazione civile a carico dell'una delle due parti che non avesse eseguito la prestazione di sua competenza, sanzionandola in ogni caso con l'*actio praescriptis verbis*.

Avvalendoci del testo, lungo e tortuoso, che leggiamo in D. 19.5.5, possiamo affermare che Paolo, nel caso del *do ut des*, e più precisamente del *rem do, ut rem accipias*, in quanto *dubium non est nasci civilem obligationem*, concedeva contro la parte inadempiente l'*actio praescriptis verbis* e la *condictio*, a seconda dell'obiettivo perseguito dalla parte delusa: risarcimento del danno derivante dall'omessa esecuzione della controprestazione, in alternativa all'adempimento tardivo, ovvero restituzione della *res* alienata o pagamento del suo valore (paragrafo 1); nel caso del *do ut facias*, queste stesse azioni, ferma restando la facoltà di ricorrere all'*actio praescriptis verbis* allorché lo schiavo dato in vista della liberazione di un altro schiavo appartenente all'*accipiens*

fosse stato evitto dopo il compimento della manomissione, negata invece da Giuliano, che optava, come abbiamo già appreso, per una tutela interamente pretoria, mediante un'*actio in factum* decretale o con l'*actio de dolo*, in relazione allo stato soggettivo di buona o mala fede del *dans* (paragrafo 2); nel caso del *facio ut des*, la sola *actio de dolo*, come doveva insegnare Giuliano (paragrafo 3); nel caso del *facio ut facias*, l'*actio praescriptis verbis* (paragrafi 4 e 5).

7. *Difficoltà ricostruttive immanenti al diritto dei contratti vigente in Italia.* – Come preannunciato, mi soffermo ora sulla regolamentazione della materia contrattuale contemplata nel codice civile italiano, ma solo per mostrare come il legislatore del 1942 abbia operato, forse inconsapevolmente, alla stregua di Labeone, perpetuando i problemi cui dava adito la sua celebre tripartizione concernente le convenzioni creative di obbligazioni.

La nozione di contratto che leggiamo all'art. 1321 – «il contratto è l'accordo di due o più parti per costituite, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale» – rappresenta infatti il condensato degli elementi minimi rinvenibili in tutte le figure alle quali lo stesso legislatore riserva la qualifica di contratto, dettandone la disciplina specifica in varie disposizioni del codice, a cominciare da quelle versate negli artt. 1470 e seguenti (relative alla vendita, al riporto, alla permuta, al contratto estimatorio, alla somministrazione, alla locazione e così via).

Nell'intento di chiarire all'interprete quali siano questi elementi, il legislatore artefice del codice li ha poi elencati partitamente nell'art. 1325, attribuendovi l'etichetta di «requisiti del contratto». Per quanto ben noti, li ricordo comunque: l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto, la forma particolare, quando prescritta dalla legge sotto pena di nullità.

Proprio come Labeone, peraltro, il nostro legislatore non ha definito il contratto all'unico scopo di fornirci una categoria capace di ospitare in via esclusiva tutti i tipi di contratto già acquisiti al diritto positivo che sono alla base della sua costruzione, ma anche e soprattutto per consentire ai soggetti interessati di concludere accordi non integranti l'uno o l'altro di quei tipi e tuttavia, in quanto rispondenti ai requisiti dell'art. 1325 e ricon-

ducibili quindi all'area del contratto disegnata dall'art. 1321, protetti giuridicamente al pari di ogni contratto nominato. Il che trova piena ed inequivoca conferma negli enunciati degli artt. 1322 e 1323. Il primo, al comma 2, stabilisce: «le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Il secondo puntualizza che «tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo», che attengono principalmente alla validità e all'efficacia dell'atto e del rapporto cui esso dà vita.

Ma il solito legislatore ha conservato, fra i tipi di contratto di cui si occupa il codice, quelli reali con effetti obbligatori, che richiedono, per il completamento della fattispecie costitutiva, la consegna della cosa. Tra questi basterà citare il deposito e il comodato: l'uno, per l'art. 1766, è il contratto «col quale una parte riceve dall'altra una cosa mobile con l'obbligo di custodirla e di restituirla in natura»; l'altro, per l'art. 1803, è il contratto, essenzialmente gratuito, «col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta».

Orbene, richiamato alla mente ciò che pensava Pedio – seguito in questo dagli altri giuristi già ricordati – in merito al rapporto tra le fattispecie negoziali a efficacia obbligatoria del contratto e dell'atto con struttura reale individuate da Labeone, ci si avvede che la sua riflessione critica vale anche rispetto al rapporto tra il contratto siccome delineato dagli artt. 1321 e 1325 cod. civ. e l'*agere re* attuale: l'accordo coesenziale al deposito, al comodato e a tutti i contratti reali così configurati dal codice civile o da altre leggi speciali vigenti è di per sé, già prima della consegna della cosa che esso postula, un contratto, ovviamente atipico e non reale, rientrando nella nozione dell'art. 1321 cod. civ. e avendo i requisiti di cui al successivo 1325.

Né sembra potersi obiettare che l'accordo in parola difetti della causa ovvero, nel linguaggio dell'art. 1322, comma 2, non sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'or-

dinamento giuridico, posto che risulterebbe dotato della stessa causa riconosciuta dal legislatore al contratto reale nella cui fattispecie costitutiva entrerebbe quale primo elemento se già non si atteggiasse a contratto atipico. Se il deposito e il comodato, visti quali contratti reali tipici, sono approvati dall'ordinamento in quanto l'ordinamento stesso ne approva la causa, ravvisabile rispettivamente nella consegna a scopo di custodia e nel prestito d'uso gratuito, pare ben arduo negare che gli accordi da cui prendono vita, da soli in grado di palesare che la consegna avverrà a scopo di custodia o per consentire l'utilizzo non oneroso della cosa, siano privi della causa.

Per escludere che gli accordi alla base dei contratti reali integrino autonomamente un contratto atipico, al di fuori – com'è ovvio – dei casi in cui le parti optino per la struttura reale della loro operazione negoziale, bisognerebbe scorgere una volontà legislativa in questo senso: per esempio, supponendo che là dove si incontri una disposizione che costruisce come reale un contratto questa implicitamente escluda che possa essere sussunto tra i contratti atipici l'accordo che ne è alla base. A ragionare così, però, si finisce per ridurre inammissibilmente la portata dell'art. 1322, comma 2, perché si sottrae alle parti la facoltà di concludere contratti consensuali atipici teleologicamente corrispondenti a quelli reali disciplinati dal legislatore in assenza di decisivi appigli normativi. Ma è solo accettando questo improbabile esito interpretativo che si riuscirebbe a ostacolare l'altrimenti inevitabile riconduzione degli accordi che connotano i contratti reali – e non prevedano, come detto, la consegna della cosa quale elemento imprescindibile per la loro idoneità a produrre obbligazioni – nel mondo dei contratti atipici.

La migliore dottrina, del resto, facendo leva sull'art. 1322, comma 2, non esita ad attribuire cittadinanza alle varianti puramente consensuali dei contratti reali tipici, pur esigendo, quando esse riguardino contratti reali tipici gratuiti, che possa dirsi sperato e prevedibile, per la parte che si impegni rispetto alla consegna della cosa – cioè, a voler esemplificare, per la parte che si oneri della *traditio* della cosa per farla godere temporaneamente e senza corrispettivo all'altra oppure per la parte che si gravi dell'*acceptio* della cosa in funzione della sua custodia non one-

rosa a favore dell'altra –, il conseguimento di un vantaggio oggettivo di natura economica in esito all'esecuzione dell'accordo.

Ferme le mie perplessità – per vero non manifestate in passato, quando pur mi ero addentrato nella materia – circa questo requisito, che va a dotare di una causa di scambio, il cosiddetto scambio empirico, il contratto atipico gratuito voluto dalle parti, sul discutibile presupposto che sia insufficiente la causa del contratto reale tipico gratuito che esso replica deprivato della struttura reale, dobbiamo ora volgere la nostra attenzione sull'art. 1822, concernente la promessa di mutuo, di cui è opportuno riprodurre il testo: «chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, e non gli sono offerte idonee garanzie». Malgrado il divergere delle proposte ermeneutiche avanzate in dottrina in merito a tale previsione, non è affatto agevole revocare in dubbio che essa segni il riconoscimento legislativo del contratto consensuale di mutuo, tanto oneroso quanto gratuito, che viene quindi ad aggiungersi al riconoscimento legislativo del contratto reale di mutuo, quale si ha in virtù dell'art. 1813: qui, invero, è detto che «il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità», dovendo inoltre corrispondere gli interessi, per quanto statuisce l'art. 1815, comma 1, che fa comunque salva la diversa volontà delle parti (per cui si può affermare che il mutuo è naturalmente oneroso). Il quadro che ne viene è allora questo: le parti che intendano dar vita a un prestito di consumo oneroso o gratuito hanno a disposizione due contratti tipici, l'uno reale e l'altro consensuale; riversando la loro operazione nel primo, la consegna dei *nummi* da parte del mutuante sarà attratta nella fase di formazione del negozio; riversandola nel secondo, viceversa, la *traditio* avrà luogo nella fase di esecuzione del negozio, rappresentando l'adempimento di un obbligo del mutuante. Nel silenzio delle parti circa il tipo di contratto scelto o, il che è lo stesso, circa il ruolo da loro attribuito alla consegna, risulta peraltro giocoforza concludere che esse siano legate dal contratto consensuale, perché a struttura

più semplice: nel senso che la sua integrazione, bastando per questa l'accordo, si ha prima che intervenga la consegna, precludendone la qualificazione in termini di elemento valevole a perfezionare la struttura complessa del contratto reale.

Fuori del mutuo ed entro la cerchia dei contratti reali tipici, peraltro, la situazione non muta nella sostanza: le parti interessate alla conclusione di uno di essi, se non emerge la comune volontà di tenerlo come reale, vedranno il loro accordo rifluire nel territorio del contratto atipico e la successiva consegna collocarsi a livello di oggetto di un'obbligazione nata per questa via.

Di fronte alla distruttiva concorrenza che il contratto atipico, per come concepito dal legislatore, esercita sui contratti reali tipici diversi dal mutuo – esposto comunque al pericolo di declino per effetto dell'art. 1822 –, Pedio, con l'approvazione di altri autorevoli *prudentes*, suggerirebbe di ridelineare la fisionomia del primo, richiedendo, quale ulteriore requisito per il suo riconoscimento nel concreto, l'esecuzione di una delle prestazioni dovute dalle parti in dipendenza dell'accordo. In questo modo, infatti, il contratto reale tipico sarebbe preservato, perché nel suo spazio l'accordo seguito dalla consegna fatta al diverso scopo di volta in volta perseguito dalle parti accedrebbe prima di entrare nell'orbita del più generale contratto atipico. Ma un consiglio siffatto, in un ordinamento imperniato su una fitta maglia legislativa e non certo sul pensiero, anche contrastante, elaborato in seno alla scienza giuridica, non può essere accolto: al giurista è infatti precluso vulnerare il dettato del codice e quindi alterare a suo piacimento, pur spinto da un'esigenza di natura dogmatica, l'essenza di una categoria che lì trova il regolamento di base.

Quello che però è consentito all'interprete è di rileggere i testi normativi, onde verificare se la loro composizione regga esiti ricostruttivi disallineati rispetto a ciò che insegna la tradizione e tuttavia rispondenti all'esigenza alla quale ho appena accennato. Nella prospettiva indicata, è allora utile indugiare sulle definizioni dei contratti reali tipici, al fine capire se esse lascino adeguati spiragli per rimodularli in chiave consensuale: riportati al modello scelto dal legislatore per il contratto atipico, l'accordo che costituisce il loro fulcro, poiché di per sé idoneo a integrare

un contratto tipico, cesserebbe infatti di essere risucchiato nell'orbita dell'atipico anteriormente alla consegna e questa si atteggierebbe a prestazione dovuta a estinzione di un'obbligazione. Non è qui, peraltro, che si può avviare l'analisi delle nozioni rilevanti in materia offerte dal codice: ma già un primo sguardo agli enunciati che si rinvencono negli artt. 1766 e 1803, relativi, come già ci è noto, al deposito e al comodato, sembrano confermare la fruttuosità del percorso additato. Le locuzioni «contratto col quale una parte riceve dall'altra» e «contratto col quale una parte consegna all'altra» contemplate nelle due disposizioni non respingono affatto la trasposizione dell'*acceptio* e della *traditio* della cosa al momento esecutivo di un contratto già concluso tramite l'accordo.

Vero è, peraltro, che, dislocata la consegna fuori del processo di formazione dei contratti tipici abitualmente reputati reali, è più difficile distinguere gli accordi che danno origine a contratti siffatti pensati come consensuali e per giunta gratuiti (si pensi, in ipotesi, al deposito) dagli omologhi accordi che, prevedendo una prestazione di cortesia (per esempio, di custodia), non entrano nella sfera dei contratti, considerato altresì che nessun ruolo potrebbe assegnarsi allo scambio empirico eventualmente voluto dalle parti: e ciò in quanto esso eccederebbe la causa dei contratti tipici gratuiti già reali e riconfigurati come consensuali. Ma la questione, nemmeno essa suscettibile di approfondimento in questa sede, sembra comunque riguardare la volontà delle parti e doversi pertanto risolvere ricorrendo agli strumenti ermeneutici che la legge offre al riguardo.