

cordo giuridicamente irrilevante attuato tramite una prestazione di cortesia.

Vero è, però, che nel contratto di mandato gratuito taluni studiosi, tra cui Roppo<sup>40</sup>, fanno rientrare ogni impegno consensualmente assunto dal mandatario senza contropartita, a prescindere dal fatto che al di fuori dell'accordo questa vi sia o non vi sia, ritenendo che a giustificare un contratto dalla così ampia portata valga la «tenuità» delle conseguenze economico-giuridiche poste a carico del mandatario<sup>41</sup>. In questo modo, peraltro, essi ven-

---

<sup>40</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 375.

<sup>41</sup> Sul punto cfr. anche R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, I<sup>3</sup>, cit., 877 s., nonché G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I. *Lineamenti generali*, Milano, 1955, 173. Con A. GIANOLA, *Atto*, cit., 83 ss., va ricordato che «l'art. 1727 cod. civ. prevede che il mandatario possa 'rinunciare' al mandato quando vuole, salvo il risarcimento dei danni e la tempestività dell'avviso in assenza di una giusta causa. I danni di cui il mandatario gratuito rinunziante deve il risarcimento debbono essere quantificati, nel silenzio della legge, nei limiti del solo interesse negativo. Se così non fosse, non si comprenderebbe perché il legislatore conceda al mandatario il potere di rinunciare. Ne consegue che la rinuncia del mandatario ad un mandato regolarmente concluso non è trattata come inadempimento contrattuale». Resta peraltro fermo, secondo l'autore, che «il mandatario gratuito è un obbligato» e che, dispen-

## GRATUITÀ E RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE \*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. 2. La categoria dei contratti gratuiti nel diritto vigente. 3. La responsabilità del contraente a titolo gratuito nell'ordinamento attuale: lineamenti normativi e questioni aperte. 4. Il novero dei contratti gratuiti nel diritto romano classico. 5. La responsabilità nel campo della gratuità contrattuale romana: *utilitas contrahentium* e criteri di imputazione nella riflessione dei *prudentes*. 6. L'*utilitas contrahentium* e il discrimine fra gratuità sociale e negoziale nell'esperienza romana. 7. Il contratto nella giurisprudenza classica: teoriche costitutive e strumenti di tutela. 8. Le azioni contrarie relative ai contratti gratuiti del diritto romano classico. 9. L'elaborazione scientifica dei *prudentes* e il giurista d'oggi: insegnamenti antichi in materia di responsabilità nell'ambito della gratuità contrattuale e circo-

---

\* Il contributo è in corso di pubblicazione nel volume, a cura di F. Milazzo, che racchiude i testi definitivi degli interventi presentati nell'ambito del Convegno tenutosi a Copanello dal 5 all'8 giugno 2004 e dedicato ad *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero*. È peraltro già apparso in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 1 ss.

larità di impostazioni in tema di rilevanza giuridica degli accordi costitutivi di impegni.

### 1. *Premessa.*

Desidero anzitutto ringraziare i professori Alessandro Corbino e Antonino Metro per avermi voluto qui, in una delle sedi congressuali più apprezzate dalla romanistica internazionale, a parlare di gratuità e responsabilità contrattuale. E desidero inoltre esprimere la mia gratitudine ai professori Alberto Burdese e Mario Talamanca, con i quali ho potuto proficuamente discutere più d'una delle idee che verrò enunciando nel corso della relazione.

Passo quindi a una premessa circa la struttura di questa: tanto più necessaria in quanto l'argomento assegnatomi non vanta un modello espositivo consolidatosi nel tempo, al quale attenersi nel dar conto dei risultati di una riesplorazione del medesimo. Pochi, del resto, continuano a essere i lavori specificamente dedicati, anche dopo la pubblicazione, a Bruxelles nel 1962, del ponderoso *Gratuité en droit romain* di Jacques Michel: un'opera ricca di suggestioni, ma che troppo concede alle inclinazioni sociologiche e antropologiche

le indirizzo, integra o almeno può integrare un contratto<sup>39</sup> –, nonostante questa arricchisca il debitore senza necessariamente portare un qualche vantaggio empirico al creditore, dobbiamo rispondere che il legislatore dà peso alla circostanza che le parti giungono al negozio non da estranee, ma forti di un precedente rapporto giuridico sul quale quel negozio va a esplicitare i suoi effetti.

Ma un elemento d'indole oggettiva, capace di corroborare una causa fragile perché di contenuto puramente soggettivo, non si riesce a reperire per le fattispecie, in precedenza enucleate, del mandato e del trasporto gratuiti e disinteressati: che dovranno pertanto essere ricondotte nell'ambito degli atti di cortesia. Conclusione, questa, parzialmente anticipata da quanto già detto a proposito del trasporto: e cioè che se esso è oneroso, siamo in presenza di un contratto con causa di scambio giuridico; se è gratuito e il vettore riconnette alla sua esecuzione un proprio vantaggio sul piano fattuale, abbiamo un contratto con causa di scambio empirico; se è gratuito e disinteressato, non vediamo un contratto, bensì un ac-

---

<sup>39</sup> Cfr. D. VALENTINO, *Remissione del debito*, in *I contratti gratuiti*, 680 ss.

sinteressati, perciò, e come già detto, sottratti a rimodulazioni riduttive delle parti, non tollerando l'ordinamento che nell'esercizio della loro autonomia esse ne foggino calchi parziali di natura meramente consensuale, se non quando il soggetto onerato pattuisca per un vantaggio proprio, esterno all'accordo.

Vi è peraltro, con riguardo a ipotesi diverse da quelle finora specificamente considerate, un ulteriore elemento di natura oggettiva considerato dal legislatore idoneo a rinvigorire una causa debole nel senso indicato e a sostenere, unitamente a questa, un contratto (quindi gratuito e disinteressato): si tratta della preesistenza di un rapporto giuridico tra le parti che concludono un accordo, ovviamente implicante il sacrificio gratuito e disinteressato di una sola di esse, volto a incidere sul medesimo. Quale è, per esempio, l'accordo con cui un soggetto rinuncia al proprio credito senza alcuna contropartita anche estranea all'accordo stesso oppure l'accordo volto ad apportare modifiche o a conferire certezza all'assetto di interessi derivante da un anteriore contratto senza un vantaggio di alcun tipo per una delle parti. In effetti, se ci chiediamo perché l'ordinamento non preveda alcun requisito aggiuntivo di forma per la remissione (art. 1236 cod. civ.) – che, secondo un condivisibi-

dell'autore<sup>1</sup>, nella pagina d'esordio della quale già era lamentata «la pauvreté de la bibliographie consacrée à cette matière [e cioè alla gratuità nel diritto romano], particularité remarquable si l'on songe à l'abondante littérature qu'a suscitée le droit romain».

Ebbene, mi sono deciso a partire dall'esperienza giuridica a noi più vicina, per poi andare a quella romana di età classica e tornare quindi alla prima. Non toccherò dunque l'epoca postclassica e tralascierò inoltre il lungo capitolo della stagione intermedia, pur dominato da quel *ius commune* che ha come fulcro il *Corpus iuris* di Giustiniano, così come il variegato mondo delle codificazioni diverse dalla vigente italiana: ma a ragion veduta. Lo scopo che mi prefiggo non è infatti quello di descrivere la continuità o discontinuità del modo in cui la tematica della gratuità contrattuale e della connessa responsabilità è stata vissuta nel susseguirsi dei secoli che ci separa-

---

<sup>1</sup> Messe particolarmente in evidenza da A. POLISENO, *La gratitudine. Tra obbligazione morale e debito legale*, Roma, 2005, 77 ss. Le propensioni dello studioso riemergono con evidenza in J. MICHEL, *La gratuità nel diritto romano e nell'antropologia sociale*, in *Interpretazione e gratitudine. XIII Colloquio sulla interpretazione*. Macerata, 30-31 marzo 1992, a cura di G. Galli, Pisa, 1994, 209 ss.

no dalla fine del principato: il mio obiettivo è invece quello di segnalare, in avvio, i tratti distintivi che oggi, nel sistema nazionale in cui viviamo, mostra questa tematica e le difficoltà ricostruttive che la connotano; e poi di guardare all'ordinamento romano dei secoli in cui più alte furono le vette raggiunte dai *prudentes* e al loro pensiero, per constatare se un rinnovato studio di entrambi possa, come credo, contribuire a meglio capire quei tratti e a stemperare e superare quelle difficoltà.

Ciò che propongo, mi pare allora di poter sostenere, non è una banale attualizzazione del diritto romano, né un'arbitraria storicizzazione del diritto positivo, né, ancora, una piatta analisi storico-comparatistica<sup>2</sup>. Piuttosto è la verifica di una convinzione che sono andati progressivamente formandomi<sup>3</sup>: la storia,

---

<sup>2</sup> Sui vari indirizzi metodologici che solcano la ricerca romanistica degli ultimi settant'anni cfr. L. GAROFALO, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, 263 ss. (anche in ID., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, 167 ss.).

<sup>3</sup> Cfr. L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in O. TROIANO - G. RIZZELLI - M.N. MILETTI, *'Harmonisation involves history'? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*. Foggia, 20-21 giugno 2003, Milano, 2004, 105 ss. (anche

l'interesse individuale al nobile altruismo è avvertito come cuore di una causa particolarmente debole: anzi, talmente debole da non riuscire a innalzare l'accordo cui si riferisce, comportante l'unilaterale impegno di chi è mosso da un interesse siffatto, al rango di contratto.

A questo, tuttavia, il nostro accordo riesce ad accedere quando il legislatore ritenga che la fragilità della sua causa, in quanto di stampo psicologico, può essere comunque compensata da un elemento di carattere oggettivo, individuato dal legislatore stesso. Elemento che, per la donazione di non modico valore, è rappresentato dalla forma solenne (art. 782 cod. civ.), mentre è costituito dalla consegna sia per la donazione di modico valore (art. 783 cod. civ.) sia per il comodato, il mutuo e il deposito<sup>38</sup>. Tre contratti, ai quali continuiamo a pensare immaginandoli, oltreché gratuiti, di-

---

<sup>38</sup> Cfr., per i cardini di questa impostazione, R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, I<sup>3</sup>, Torino, 2004, 872 ss., la cui teorica è accettata da vari autori, tra i quali A. ORESTANO, *Schemi alternativi*, in *Formazione*, a cura di C. Gabrielli, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, Milano, 2006, 299 ss. Diverso è il pensiero di F. SCAGLIONE, *Comodato e mutuo*, in *I contratti gratuiti*, cit., 426 ss.

Escluso di poterne rintracciare il nucleo in alcunché di oggettivo, ancorché esterno al negozio, dobbiamo constatare che essa si risolve in qualcosa di squisitamente soggettivo, che appartiene alla sfera interiore di chi attribuisce diritti o assume obblighi in modo gratuito e disinteressato e consiste nel suo *animus* di generoso altruismo verso la controparte. Per cui ben si può affermare che nei casi in esame la causa tende a confondersi con la volontà e addirittura con i motivi che la determinano: come del resto rivela l'insegnamento corrente, secondo cui causa della donazione è lo spirito di liberalità del donante o il suo *animus donandi*.

Intuitivamente, in un contesto in cui è centrale l'idea dello scambio e non del dono<sup>36</sup> – imperante invece in tempi e ora in luoghi lontani, secondo gli studi di Marcel Mauss e di vari antropologi, che comunque mettono in risalto come la forma prima dello scambio sia quella del dono ricambiato, in quanto il dono offerto e accettato vincola ad altro dono<sup>37</sup> –,

---

<sup>36</sup> Sottolinea «il disagio di molte tradizioni giuridiche nei confronti del 'dono'» U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, III, a cura di G. Alpa, U. Breccia e A. Liserre, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, 26.

<sup>37</sup> Cfr. M. AIME - A. COSSETTA, *Il dono ai tempi di Internet*, Torino, 2010, 8 ss.

anche – se non soprattutto – lunga, che il diritto odierno ha in sé e che tuttora pulsa al suo interno è in grado, ove adeguatamente scrutata, di chiarirlo e illuminarlo ulteriormente. E questo val quanto dire che a mio avviso l'angusta autoreferenzialità che non di rado marca oggi l'approccio del giuspositivista al codice, impedendogli di vedere al di là dei nessi di interrelazione tra regole certo non nate d'improvviso, per libera creazione del legislatore, nel 1942, lo priva di apporti, provenienti appunto dalla storia, quanto mai utili per la corretta e completa comprensione degli istituti.

## 2. *La categoria dei contratti gratuiti nel diritto vigente.*

Con riguardo al nostro presente, donde – come anticipato – ritengo di muovere, un primo nodo problematico deve essere affrontato e sciolto: quello relativo alla delimitazione dell'area della gratuità contrattuale. Solo una volta individuata, infatti, potremo occuparci

---

in L. GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005, 133 ss.).

dei principi che governano la responsabilità in materia.

Ricordata la nozione di contratto accolta nell'art. 1321 cod. civ., secondo cui a integrare tale figura è «l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale», si può affermare che nell'ambito della gratuità contrattuale non rientrano le prestazioni di cortesia<sup>4</sup>: le quali sicuramente possono essere effettuate in attuazione di un accordo, che non presenta però i caratteri dell'accordo di cui all'art. 1321<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. S. CHERTI, *La nozione di contratto nel codice civile italiano*, in *La nozione di contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali didattici*, a cura di S. Cherti, Padova, 2010, 169 s.; A.A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, 21 ss.; L. SANTORO, *L'atto di cortesia. Irrilevanza giuridica e rilevanza sociale nel rapporto individuo-società*, in *Contratto e impresa*, 2001, 652 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, 100 ss.; C. MANZINI, *Sui contratti reali a titolo gratuito*, in *Contratto e impresa*, 1989, 962 ss.

<sup>5</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 12 ss. Più articolata, ma non sempre convincente, è l'impostazione di V. PANUCCIO, voce *Cortesia (prestazioni di)*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, 1 ss.; ID., voce *Pre-*

per tutti i contratti del tipo, può bastare da sola a dare fondamento al contratto, come dimostra l'esempio della fideiussione, la quale è sostenuta dalla causa di garanzia, che tutte le fideiussioni – onerose e gratuite e, quando gratuite, interessate e disinteressate – condividono. Ma se una fideiussione è prestata verso un corrispettivo o per un indiretto vantaggio economico del fideiussore, assume rilevanza, sotto il profilo causale, anche l'elemento dello scambio – giuridico nel primo caso, empirico nel secondo –, che si affianca alla funzione di garanzia nel formare la causa concreta.

Peraltro, nel territorio dei contratti gratuiti troviamo più modelli riconosciuti e delineati dal legislatore, ai quali nessuna delle cause che abbiamo visto potrebbe attagliarsi nel concreto: al proposito, idonei a fungere da paradigmi sono il comodato, il mutuo, il deposito, il mandato e il trasporto, in quanto non solo gratuiti, ma anche disinteressati; e pure la donazione (art. 769 cod. civ.). Ma un ordinamento come il nostro, che eleva la causa a elemento essenziale del contratto (artt. 1325 e 1418 cod. civ., cui è opportuno aggiungere il precedente art. 1322), ci spinge a ricercarla anche nelle ipotesi esemplificative testé prospettate.

visioni del contratto, alcun vantaggio, ma ragionevolmente si prefigura di ritrarre utilità dalla sua esecuzione: utilità quindi rilevanti sul piano dei fatti, comunque valutabili – ovviamente non *ex ante* – a livello economico. In altri casi, quali quelli dei contratti solutori, la causa sarà invece da identificare nella realizzazione del credito stesso. Sempreché non si preferisca seguire l'opinione che, in una delle nostre conversazioni, mi ha manifestato Alberto Burdese, secondo la quale nei contratti in parola sarebbe ravvisabile una sorta di scambio tra comportamento del *solvens* ed estinzione a suo favore del debito. Fuori di queste fattispecie, la causa dovrà individuarsi altrove: per esempio, nell'ipotesi della fideiussione (art. 1936 cod. civ.) gratuita, in cui non ci sia il vantaggio empirico – come ci sarebbe nel caso di una fideiussione gratuita a favore della società della quale si sia soci, per evitarne il rischio del fallimento –, la causa sarà quella di garanzia: una causa che il legislatore, quando la volontà di prestare fideiussione sia «espressa» (art. 1937 cod. civ.), considera di per sé sufficiente a sorreggere il contratto.

Così si viene delineando, tra l'altro, il rapporto fra causa astratta e causa concreta o, meglio, tra causa tipica (o tipo contrattuale) e causa concreta. La funzione tipica, ricorrente

Al novero delle prestazioni di cortesia<sup>6</sup> appartengono anzitutto le prestazioni che vengono compiute perché si considerano imposte da regole del costume sociale. Si pensi, per esempio, al caso in cui, in treno, si aiuti una donna a sistemare la valigia nell'apposito ripiano; o al caso in cui, all'aeroporto, si sorvegli il bagaglio di una persona sconosciuta, che domandi di darvi un'occhiata per il brevissimo tempo in cui essa si allontana. Ove dall'esecuzione di tali prestazioni, che possiamo chiamare di pura cortesia, derivi un danno al destinatario (perché, per riprendere il primo esempio proposto, la valigia rovini sulla testa della donna o cada e si rompa), si ricorrerà allo schema della responsabilità aquiliana dell'art. 2043 cod. civ., senza attribuire alcun peso all'eventuale presenza di un accordo a monte del comportamento causativo del no-cumento<sup>7</sup>. Ci si può peraltro chiedere se l'in-

---

*stazioni di cortesia*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 269 ss.

<sup>6</sup> Per le differenziazioni interne allo stesso cfr. A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2000, 3 ss.; ID., *Gratuità e attuazione degli interessi*, in *I contratti gratuiti*, a cura di A. Palazzo e S. Mazzarese, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2008, 9 ss.

<sup>7</sup> Dò peraltro per pacifico, con riguardo all'esempio del bagaglio proposto nel testo, che questo non costi-

tento di cortesia alla base di un comportamento siffatto valga a mitigare la responsabilità di chi lo ha tenuto, dando ingresso al canone generale – di cui oltre meglio dirò – operante nel nostro ordinamento in relazione alle prestazioni rese in ossequio a un contratto a titolo gratuito, secondo il quale la responsabilità va valutata con minor rigore. Ed è questo un interrogativo cui taluni autori<sup>8</sup> rispondono affermativamente, ritenendo che a venire in

---

tuisca oggetto di una consegna vera e propria, posto che altrimenti sarebbe integrata la fattispecie legale del deposito gratuito, rispetto alla quale giustamente scrive C. MANZINI, *Sui contratti*, cit., 969: «sarà ... ipotizzabile che l'assunzione dell'obbligo di custodia, conseguente alla consegna del bene, si ponga, in vista dei particolari motivi di cortesia presenti nell'*accipiens*, al di fuori dello schema del contratto di deposito, realizzando un rapporto di natura non contrattuale? Una simile eventualità risulta, a mio avviso, improponibile. Gli elementi necessari a configurare un rapporto di deposito sono infatti anche sufficienti a ricollegare al medesimo effetti giuridici, realizzando automaticamente ed integralmente uno schema contrattuale: non è quindi ipotizzabile un deposito di cortesia, non essendo configurabile una fattispecie che, ricalcando la figura del deposito, non ne assuma per ciò stesso il contenuto obbligatorio».

<sup>8</sup> Tra i quali A. PALAZZO, *Atti*, cit., 5; ID., *Gratuità*, cit., 9.

ficio, come nel deposito non oneroso, nel senso che la consegna vale a limitare il sacrificio medesimo.

Se la gratuità c'è quando ricorra il sacrificio giuridico di una parte per il vantaggio giuridico dell'altra, ciò non esclude – come già osservato – che colui che subisce il sacrificio a volte sia mosso dall'intento di procurarsi un vantaggio di natura economica, esterno però al contratto: viene allora in rilievo quello che la migliore dottrina chiama scambio empirico. Il comodante, in ipotesi, immagina che il comodatario in futuro prenda in locazione l'immobile concessogli in godimento senza corrispettivo.

D'altro canto, il contratto gratuito resta tale anche se è previsto per il beneficiario un *modus*. Adempiendo questo, invero, l'onerato vede semplicemente limitato il vantaggio che gli deriva dal contratto gratuito. Che se, poi, il *modus* assorba o addirittura superi il vantaggio, saremmo in presenza non più di un contratto gratuito, ma di un contratto oneroso.

Quale sia la causa dei contratti gratuiti, va adesso messo adeguatamente in luce. Talora si tratterà appunto di quello scambio empirico poc'anzi evocato, il quale sta certo al di fuori del contratto, ma c'è. Chi sopporta il sacrificio non ottiene, per effetto immediato delle pre-

to, ma non lo avvantaggia rispetto alla posizione di partenza (il che spiega perché il mutuo debba qualificarsi come oneroso se preveda il pagamento di interessi: la prestazione degli stessi dà infatti al mutuante un vantaggio, che non avrebbe avuto senza il contratto).

Né può sorprendere questa definizione, che si avvale della figura del vantaggio e del sacrificio giuridico e vi fa riferimento per designare un comportamento che certo può rientrare nella fattispecie costitutiva del contratto gratuito. Come vi rientra la *traditio* nel comodato e nel mutuo senza interessi e l'*acceptio* nel deposito non oneroso. Ove si guardi ai presupposti che devono sussistere perché il contratto reale gratuito possa dirsi integrato, la consegna inequivocabilmente è da ricomprendere nel loro novero. Ma quando un contratto reale si valuti alla stregua del parametro dell'onerosità o della gratuità, la consegna esprime un altro significato o, forse meglio, acquista una diversa portata: essa indica infatti, come nel comodato e nel mutuo senza interessi, il sacrificio di una parte per il vantaggio dell'altra, tenuta alla prestazione di restituzione per restringere il sacrificio (senza quella restituzione, questo sarebbe invero più ampio, implicando la donazione della cosa o della somma); oppure a essa si correla il sacri-

rilievo siano esclusivamente i criteri del dolo e della colpa grave.

Ancora nel campo delle prestazioni di cortesia si collocano quelle che possiamo qualificare come prestazioni di solidarietà non obbligatoria e meramente volontaria, le quali si caratterizzano per trovare il proprio fondamento in dettami di due specie, secondo una distinzione risalente a Tommaso d'Aquino: di natura etico-religiosa, come tali seguiti dall'uomo attento alla morale predicata dal credo che egli professa (per cui, se cattolico, potrà per esempio sentirsi indotto ad accompagnare in ospedale, quando occorra, il paziente in dialisi), e d'indole etico-individuale, riconnettendosi alla particolare sensibilità superetica o supererogatoria di cui sono dotati taluni soggetti (quali per esempio quelli che assistono quotidianamente una persona psicolabile). Pur saldamente al di fuori della gratuità contrattuale sebbene sorrette da un accordo, appunto perché di cortesia, le prestazioni in esame da qualche tempo attirano l'attenzione del legislatore, che di esse va in effetti occupandosi soprattutto attraverso l'introduzione di dispo-

sizioni volte a disciplinare l'attività resa dagli aderenti agli organismi di volontariato<sup>9</sup>.

Dato, questo, di particolare importanza, in quanto potrebbe fugare il dubbio che in materia sia invocabile la nuova figura, proveniente dalla dottrina tedesca e compiutamente rielaborata, con riguardo al nostro ordinamento, da Carlo Castronovo, che va sotto il nome di obbligazione senza prestazione<sup>10</sup>. In base a essa, invero, un contatto sociale qualificato tra due soggetti, in virtù del principio dell'affidamento – protetto attraverso la clausola generale di buona fede –, genererebbe, appunto in chi entri in relazione con l'altro facendo affidamento sulle capacità, il più spesso tecniche, del medesimo, la pretesa a un comportamento attivo adeguato a queste, tale da preservare la sfera giuridica del primo. Escluso che tale comportamento sia giuridicamente qualificabile in termini di prestazione esigibile, poiché il rapporto obbligatorio nato in conseguenza del contatto non contempla il vincolo della prestazione, esso andrebbe comunque tenuto

---

<sup>9</sup> Cfr., anche per il ragguglio delle fonti in materia, A. PALAZZO, *Atti*, cit., 35 ss.

<sup>10</sup> Sulla complessa questione, che registra diversificate prese di posizioni, cfr. L. BOZZI, *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 209 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità*, cit., 221 ss.

ce, esegue una prestazione, così da aversi la creazione e il funzionamento di una struttura comune, che risponde all'interesse di tutte le parti. Vantaggi e sacrifici giuridici delle parti, dunque, non sono in relazione diretta, come nei contratti di scambio, bensì in rapporto mediato dalla struttura comune. E questo rapporto vale comunque quale ragione giustificativa del contratto, ossia come sua causa.

Ebbene, ai contratti onerosi si giustappongono i contratti gratuiti<sup>35</sup>, caratterizzati da ciò, che manca la reciprocità dei vantaggi e dei sacrifici giuridici, perché solo una parte sopporta questi e solo l'altra parte riceve i primi. E invero, i contratti gratuiti attribuiscono a un soggetto, il beneficiario, un vantaggio, dato da una prestazione, al quale corrisponde il sacrificio di un altro soggetto, autore della prestazione stessa; ma il beneficiario non è tenuto ad alcuna prestazione, tranne quella, eventuale, di restituzione, come nel caso del comodato o del mutuo senza interessi: tipi negoziali rispetto ai quali essa vale solo a determinare e circoscrivere il sacrificio del comodante o del mutuante, dal momento che lo rimette nella posizione in cui si trovava prima del contrat-

---

<sup>35</sup> Per i quali in primo luogo cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 369 ss. e 435 ss.

bligghi a favore dell'altra perché questa attribuisce diritti o assume obblighi a suo favore. Prestazione – intesa nel senso di prestazione contrattuale, non quale contenuto dell'obbligazione – e controprestazione si giustificano a vicenda, in quanto oggetto di scambio. E proprio questo scambio, che a sua volta giustifica il contratto, ne rappresenta la causa. In una società, come anche la nostra, in cui la logica dello scambio – l'egoismo di entrambe le parti che si avvicinano nel mondo degli affari, direbbe Rudolf von Jhering<sup>34</sup> –, è dominante e quella della gratuita attribuzione di diritti o assunzione di obblighi è marginale, è ovvio che sia considerata come una ragione idonea a giustificare lo spostamento di ricchezza realizzato dal contratto lo scambio che questo comporta: o, meglio ancora, la reciprocità dei vantaggi e dei sacrifici giuridici che il contratto reca alle parti. Ed è in ciò che risiede appunto la causa dei contratti in considerazione.

Con qualche adattamento, quanto appena detto può estendersi ai contratti associativi. In essi la prestazione dell'una parte non è destinata immediatamente all'altra, per ottenere da questa la controprestazione. Ogni parte, inve-

---

<sup>34</sup> Cfr. R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, trad. it., Torino, 1972, 202.

per evitare di vulnerare l'altrui sfera giuridica e rispondere così in via di responsabilità contrattuale del pregiudizio inferto.

Più precisamente, volendo dare adeguatamente conto di una teorica, quale appunto quella di Castronovo, che potrebbe trovare spazio anche nel campo delle prestazioni di solidarietà non obbligatoria e meramente volontaria<sup>11</sup>, almeno là dove una specifica disciplina legislativa manchi, è da rilevare che essa<sup>12</sup>, non priva di adesioni a livello giurisprudenziale<sup>13</sup>, mira a ricondurre nell'alveo della responsabilità contrattuale talune fattispecie di

---

<sup>11</sup> Cfr. A.A. CARRABBA, *Donazioni*, cit., 39.

<sup>12</sup> Enunciata in C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 ss. L'autore l'ha poi ripresa in ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 679 ss.

<sup>13</sup> A partire da Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss., con *Nota* di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 334 ss., con *Nota* di A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*. Per altri precedenti in senso conforme e per una loro valutazione critica cfr. M.F. CURSI, *Dall'actio de dolo' al danno meramente patrimoniale*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli, 2008, 82 ss., nonché EAD., *L'eredità dell'actio de dolo' e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008, 11 ss.,

danno – comprendenti, per esempio, «il danno cagionato dal medico a un paziente nell'adempimento di una prestazione di lavoro in una struttura sanitaria»<sup>14</sup>, con la quale il paziente abbia concluso il contratto<sup>15</sup> – che, a causa del loro fluttuare nella zona di frontiera che separa tale forma di responsabilità da quella aquiliana, appaiono di incerta collocazione e sono non di rado vagliate sulla base dell'art. 2043 cod. civ. E a questo risultato

<sup>14</sup> Così C. CASTRONOVO, *L'obbligazione*, cit., 150. Proprio al danno in parola ha riguardo la dianzi menzionata Cass. 22 gennaio 1999, n. 589: come ha avuto modo di sottolineare lo stesso C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, 156, la Corte, con questa sentenza, ha corretto «la precedente ascrizione di un fatto di danno alla responsabilità aquiliana, mutandola in una qualificazione di responsabilità contrattuale». Essa, infatti, «ha accolto la categoria delle obbligazioni senza prestazione relativamente alla responsabilità del medico, che operi come dipendente di una struttura sanitaria, nei confronti di un paziente che faccia valere un danno come conseguenza del trattamento usatogli».

<sup>15</sup> La dottrina più recente, sottolinea A. THIENE, *La Cassazione*, cit., 345, qualifica tale contratto «come ... atipico di spedalità, avente ad oggetto non solo prestazioni di natura strettamente terapeutica e diagnostica, ma anche l'erogazione di mezzi, strumenti e arredi».

te comprendono, anche questo è risaputo, i contratti di scambio e i contratti associativi<sup>32</sup>.

Nei contratti di scambio, quali sono anche il mandato (che, definito all'art. 1703 cod. civ., si presume oneroso in forza del successivo art. 1709), il trasporto e il deposito, ove risulti dovuto il pagamento del servizio pattuito<sup>33</sup>, ciascuna parte attribuisce diritti o assume ob-

<sup>32</sup> Sugli uni e sugli altri anzitutto cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 369 e 439 ss.

<sup>33</sup> Quanto al mandato oneroso, è tuttavia da precisare che solo la dottrina è per lo più propensa a qualificarlo come contratto a prestazioni corrispettive, essendo invece la prevalente giurisprudenza di diverso avviso, sul presupposto che mancherebbe tra le prestazioni dovute dalle parti il nesso sinallagmatico, con la conseguenza che né il mandante né il mandatario potrebbero invocare la risoluzione per inadempimento dell'art. 1453 cod. civ. In argomento cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *Dalla gratuità alla presunzione di onerosità. Considerazioni sul contratto di mandato alla luce di recenti studi*, in *TSDP*, III, 2010, 102 ss. ([www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)); A. LUMINOSO, *Il mandato*, in *Obbligazioni e contratti*, IV.2<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2007, 411 ss.; ID., *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1984, 149; C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali. Art. 1703-1709*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1985, 538 ss.

sponsione degli interessi): ma non per questo soltanto il preliminare di mutuo gratuito e il mutuo consensuale parimenti gratuito potrebbero dirsi inammissibili *sub specie iuris*. E anche a supporre, con un diverso indirizzo, che le due fattispecie ora menzionate rientrino nel raggio d'azione dell'art. 1822 cod. civ., sarebbe comunque da scartare l'ipotesi che si abbia così un indiretto e generale riconoscimento legislativo del preliminare e della versione a struttura unicamente consensuale di qualsivoglia contratto reale gratuito<sup>30</sup>.

Precisato che il rapporto tra l'area della gratuità contrattuale e quella delle prestazioni di cortesia è di reciproca esclusione, dovremmo adesso chiarire la relazione intercorrente tra la prima e l'area della liberalità contrattuale. Ma poiché al momento non disponiamo di tutti i dati necessari allo scopo, conviene rimandare al seguito il problema e soffermarci ora sui contratti gratuiti in generale.

Essi, com'è noto, si contrappongono ai contratti onerosi<sup>31</sup>: e questi fundamentalmen-

---

<sup>30</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1995, 681 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., 409 ss.

<sup>31</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, III. Il contratto*<sup>2</sup>, Milano, 2000, 493 ss.

quella teorica perviene attraverso sinuosi percorsi, lungo i quali incontra e ridefinisce temi di notevole spessore, che involgono – e lo assoderemo tra un momento – la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e la configurazione dell'obbligazione.

La prima è ancora agganciata alla preesistenza o meno, rispetto al danno, di un rapporto obbligatorio: ma al concetto di obbligazione viene assegnata una latitudine particolare. E così, se, prima del danno, danneggiante e danneggiato erano estranei, per cui è proprio il danno a creare fra loro il primo contatto, allora il danno, in quanto verificatosi 'tra passanti', deve valutarsi alla stregua dell'art. 2043 cod. civ. Ma se chi ha provocato il danno e chi l'ha subito erano, già anteriormente al medesimo, astretti da una relazione personale giuridicamente qualificata, vale a dire da un rapporto obbligatorio, allora il danno ricade nel campo di applicazione dell'art. 1218 cod. civ. Per il sorgere di tale relazione, peraltro, sarebbe sufficiente l'affidamento incolpevole riposto da un soggetto su un certo comportamento – corretto, regolare, se del caso professionalmente adeguato – di un altro soggetto, con cui il primo sia entrato in contatto (e che ben può essere, oltre a colui con il quale si è avviata una trattativa precontrattuale, il me-

dico della «struttura sanitaria» al quale si è accostato il paziente): con la conseguenza che, mancato tale comportamento, il danno andrebbe risarcito secondo le regole della responsabilità contrattuale.

Né sarebbe di ostacolo a questa costruzione l'art. 1173 cod. civ., che tratta delle fonti delle obbligazioni, statuendo – sulle orme della famosa tripartizione proposta da Gaio – che queste «derivano da contratto, da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico»: e ciò in quanto l'affidamento ben potrebbe essere inquadrato nella terza categoria, ovvero tra le *variae causarum figurae* del giurista romano. E nemmeno sarebbe di ostacolo l'insolito contenuto della relazione in parola. Solo si dovrebbe prendere atto che questa si risolve in un rapporto obbligatorio privo dell'obbligo primario di prestazione e però connotato da una serie di obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui. Obblighi che si circostanziano, grazie al canone della buona fede oggettiva – perno dell'ordinamento<sup>16</sup>, richiamato anche dall'art. 1337 cod. civ.

---

<sup>16</sup> Approfondimenti sul medesimo, a opera di giuristi di varia nazionalità ed estrazione scientifica, si trovano in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale*

teleologicamente corrispondenti a quelli reali gratuiti disciplinati dal legislatore a condizione che possa dirsi sperato e prevedibile, per la parte tenuta alla consegna o anche alla consegna, come nel caso del depositario, il conseguimento di un vantaggio oggettivo di natura economica in esito all'esecuzione dell'accordo<sup>28</sup>. Condizione, a ben guardare, coerente con il criterio in base al quale abbiamo in precedenza distinto le prestazioni gratuite di carattere contrattuale riducibili a un'attività personale dalle prestazioni di cortesia di contenuto omologo.

Nel professare la mia adesione all'insegnamento di cui ho appena detto, osservo comunque che invano chiederemmo un contributo decisivo in ordine alla sua solidità all'art. 1822 cod. civ., relativo alla promessa di dare a mutuo<sup>29</sup>. Secondo una corrente, infatti, esso porterebbe al riconoscimento normativo, accanto al mutuo concepito come contratto reale dall'art. 1813 cod. civ., del preliminare di mutuo oneroso e del mutuo consensuale ugualmente oneroso (e tale, va rammentato, per l'art. 1815 cod. civ. è il mutuo, ancorché sia in facoltà delle parti escludere la corre-

---

<sup>28</sup> Cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., 45 ss.

<sup>29</sup> In materia cfr. F.A. MAGNI, *Il mutuo*, in *I contratti*, in *Diritto civile*, cit., 883 ss.

riferimento i modelli normativi del comodato e del deposito non oneroso, problematico è stabilire se possano reputarsi di per sé giuridicamente vincolanti, perché integranti contratti innominati – che il nostro sistema non bandisce affatto quando volti a realizzare interessi meritevoli di tutela –, convenzioni con cui una parte promette all'altra la *traditio* di un bene in funzione del godimento gratuito e temporaneo del medesimo oppure l'*acceptio* di un bene in vista della sua custodia gratuita e temporanea: convenzioni, cioè, relativamente alle quali la consegna – vista dal lato attivo o passivo – si atteggia a oggetto di un'obbligazione da esse discendente e non quale elemento al pari loro rilevante sul piano della formazione del contratto<sup>26</sup>. Molteplici, per vero, sono gli argomenti avanzati in dottrina per bocciare la soluzione positiva della questione. Ma in questa si rinviene pure la loro analisi critica<sup>27</sup>, la quale dà linfa alla tesi che offre piena cittadinanza giuridica ai contratti consensuali atipici

---

Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004, 72 ss.

<sup>26</sup> Cfr. D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova, 1998, 367 ss.

<sup>27</sup> Cfr., per un sintetico quadro del dibattito, A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano, 2002, 86 ss.

per assoggettarvi la fase della trattativa pre-contrattuale –, in connessione alle diverse situazioni concrete in cui si versa, traducendosi, per esempio, in obblighi di cura (quando lo *status* professionale generatore di affidamento sia per esempio quello del medico al quale ho sopra accennato, non tenuto alla cura stessa sulla base di un contratto da lui concluso con il paziente, che renderebbe costui creditore di una prestazione avente a oggetto proprio la cura), di veritiera informazione, di custodia, di segretezza e così via: insomma, in specifici obblighi di comportamento, che, ove non adempiuti, darebbero luogo a una *culpa in non faciendo* e determinerebbero dunque responsabilità contrattuale<sup>17</sup>, originando in capo al soggetto che ha visto vulnerata la propria sfera giuridica il diritto al risarcimento del danno *ex art. 1218 cod. civ.*

---

*di studi in onore di A. Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, I-IV, Padova, 2003.

<sup>17</sup> Perché, si può aggiungere, a fondarsi sulla logica del *non facere*, e quindi della *culpa in faciendo*, è la responsabilità extracontrattuale, mentre quella contrattuale è informata alla logica del *facere*, e quindi della *culpa in non faciendo*, integrata dal non fare ciò a cui si è tenuti da un precedente *vinculum iuris*.

Ma torniamo all'assunto che qui più interessa: le prestazioni di cortesia, anche quando dipendono da un accordo, rimangono estranee al campo della gratuità contrattuale. Vero questo, emerge tuttavia una difficoltà: se un accordo c'è, poiché la prestazione di cortesia potrebbe coincidere perfettamente con quella dovuta sulla scorta di un accordo che integra un contratto gratuito, come distinguere concretamente la prima dalla prestazione contrattuale? Asserire, come ho fatto in precedenza, che nel caso della prestazione di cortesia l'accordo eventualmente stretto dalle parti non ha i caratteri di quello contemplato nell'art. 1321 cod. civ., non risultando in particolare indirizzato alla costituzione di un rapporto giuridico, è esatto sul piano teorico, ma insufficiente sotto il profilo pratico, perché sposta semplicemente in avanti il problema: di quali criteri dispone infatti l'interprete per concludere nel senso che le parti, attraverso l'accordo da loro raggiunto, non abbiano inteso dar vita a un rapporto giuridico quando esse non abbiano espressamente dichiarato<sup>18</sup> di non volersi vincolare giuridicamente? In altre parole, e ri-

---

<sup>18</sup> È peraltro discusso il limite in cui possono farlo: cfr. M.E. LA TORRE, *Premesse generali per uno studio sull'ospitalità fra rapporti di cortesia e autonomia negoziale*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 120 s.

Rispetto ai due contratti testé richiamati e più in generale rispetto a tutti i contratti gratuiti costruiti dal legislatore come reali, la consegna della cosa – intesa latamente, anche come ricezione<sup>23</sup> – rappresenta dunque l'atto di esecuzione di un accordo che, in mancanza del medesimo, resta relegato nella sfera del non giuridico. Pur se vi è qualche autore, ricordato e validamente contestato da Fulvio Mastropaolo, che nella consegna scorge viceversa la prestazione dovuta da una delle parti in adempimento di un'obbligazione prodotta dal contratto già concluso per effetto del solo accordo<sup>24</sup>.

Discutibile, peraltro, è se, in considerazione della definizione di contratto che si legge all'art. 1321 cod. civ. e alla luce dell'estensione che ha l'autonomia privata in virtù del successivo art. 1322, siano ammissibili varianti puramente consensuali dei contratti reali gratuiti tipici<sup>25</sup>. In altri termini, e prendendo ancora a

---

<sup>23</sup> Cfr. R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II<sup>3</sup>, cit., 874.

<sup>24</sup> Cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, 4 s. e 18 ss.

<sup>25</sup> Cfr. A. GALASSO, *Il comodato*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L.

sua cortesia, amicizia o benevolenza, allora l'accordo non assurge a contratto.

Quando invece la prestazione da effettuare gratuitamente, e come ovvio in conformità di un accordo, postula la consegna di una cosa, il criterio per demarcare l'area contrattuale da quella non contrattuale è ravvisabile nell'avvenuta consegna. Se Tizio promette a Caio di concedergli gratuitamente il godimento di una cosa e Caio accetta, l'accordo crea fra loro un rapporto di cortesia, non anche un rapporto giuridico, perché quell'accordo non è qualificabile come contratto. Ma ove segua la consegna della cosa da Tizio a Caio, il contratto – e precisamente il contratto di comodato, essenzialmente gratuito *ex art. 1803, comma 2, cod. civ.* – si ha (art. 1803, comma 1, cod. civ.). Schema, questo, che, *mutatis mutandis*, si ripete nell'ipotesi del deposito gratuito, figura negoziale tipicamente prevista dal legislatore, che all'art. 1767 cod. civ. ha anzi stabilito che «il deposito si presume gratuito, salvo che dalla qualità professionale del depositario o da altre circostanze si debba desumere una diversa volontà delle parti»: il rapporto contrattuale scatta invero nel momento in cui chi si è consensualmente impegnato a prendere in custodia la cosa effettivamente la riceve (art. 1766 cod. civ.).

prendendo testualmente l'autore, Vincenzo Roppo, alla cui nitida riflessione più deve lo sviluppo civilistico della mia relazione, «come distinguere, nell'area delle prestazioni promesse o rese senza corrispettivo», comunque in base a un accordo, «quelle che danno luogo a contratto gratuito (ma contratto) e quelle che non danno luogo a contratto, perché il rapporto tra le parti è inteso come rapporto non giuridico?»<sup>19</sup>.

Domanda, va aggiunto, che siamo tenuti a porci anche in ragione di specifiche indicazioni del legislatore, come sono quelle rinvenibili in tema di trasporto. Stando alle relative norme, versate nel codice civile e nel codice della navigazione, dobbiamo infatti separare nettamente il trasporto contrattuale da quello che tale non è: mentre infatti il primo, oneroso (art. 1678 cod. civ.) o gratuito (art. 1681, comma 3, cod. civ.; artt. 413 e 947 cod. nav.), comporta che il vettore risponda se non esegue o esegue male la prestazione cui si è giuridicamente impegnato, il trasporto amichevole o di cortesia (artt. 414 e 949 cod. nav.), in quanto il rapporto tra vettore e passeggero, pur discendendo da un accordo, si situa sul piano sociale dell'amicizia e della cortesia, non

---

<sup>19</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 13.

espone il vettore inadempiente a conseguenze giuridiche di segno negativo, salve naturalmente quelle di tipo aquiliano<sup>20</sup>. Come appunto conferma, per il trasporto marittimo, il testo dell'art. 414 cod. nav. – applicabile, in forza dell'art. 949 cod. nav., al trasporto aereo –, secondo cui «chi assume il trasporto di persone o di bagagli a titolo amichevole è responsabile solo quando il danneggiato provi che il danno dipende da dolo o colpa grave del vettore o dei suoi dipendenti e preposti»<sup>21</sup>.

Orbene, i criteri di cui abbisogna l'interprete per distinguere tra prestazioni di cortesia e prestazioni gratuite, ontologicamente identiche, di natura contrattuale vi sono. Al propo-

---

<sup>20</sup> Cfr. L. TULLIO, *Il trasporto*, in *I contratti*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, III.3, Milano, 2009, 226 s.

<sup>21</sup> Difficilmente sostenibile, dato il contenuto di questa previsione, è che il vettore, nel caso di trasporto amichevole, sia comunque responsabile in via contrattuale. Altro problema è poi quello relativo all'applicabilità della norma in parola al trasporto terrestre di cortesia: a risolverlo negativamente, per il medesimo varrebbe l'art. 2043 cod. civ., forse senza alcun temperamento, dal momento che questo è escluso in relazione al trasporto contrattuale gratuito. Sul punto cfr. R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II<sup>3</sup>, Torino, 2004, 17 ss.

sito, e ancora sulla scia di Roppo, occorre scriminare tra prestazioni che consistono in un'attività personale e prestazioni che, pur risolvendosi in un'attività siffatta, implicano la consegna di una cosa<sup>22</sup>.

Soffermiamoci per un momento sulle prime. Se a concludere un accordo con un altro soggetto, assumendo a suo favore l'impegno di eseguire la prestazione senza corrispettivo, è colui che a questa è indotto perché dalla stessa ha motivo di aspettarsi un vantaggio oggettivo economicamente apprezzabile, ovviamente esterno all'accordo e collegato solo indirettamente alla prestazione, allora si è nel campo del contratto gratuito e non del rapporto di cortesia. Al riguardo, si può immaginare il caso di chi offre un trasporto a una persona in modo da consentire a questa di sperimentare l'auto che auspica di venderle; o il caso dell'imprenditore turistico che provvede gratuitamente al trasporto dei clienti dall'aeroporto all'albergo contando sul loro maggior afflusso. Se invece l'artefice dell'accordo che gli impone il compimento della prestazione senza corrispettivo non è per nulla animato da un interesse di questo tipo, intendendo il medesimo solo dimostrare al beneficiario la

---

<sup>22</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 13 ss.

propria sposa, per rendere e far apparire più elevata la condizione di questa, pensando alla *deductio ad domum* ed al proprio interesse a che essa si svolgesse nel modo più solenne; oppure se il pretore in una qualche città di provincia avesse prestato a degli attori i propri mobili per rendere più decorosa la scena e più apprezzabile la rappresentazione»<sup>94</sup>.

6. *L'utilitas contrahentium* e il discrimine fra gratuità sociale e negoziale nell'esperienza romana.

Sul canone dell'*utilitas contrahentium* ritengo valga ora la pena d'insistere in connessione con un aspetto diverso dalla responsabilità, dal momento che esso aiuta a capire in che modo, all'interno della società romana e con riferimento al campo contrattuale, giocasse la dialettica tra pregiuridico e giuridico e dunque dove corresse la linea di demarcazione tra gratuità sociale e negoziale.

Se il criterio di imputazione della responsabilità destinato a operare rispetto al singolo contratto, deposito o comodato, per continuare nell'esempio prescelto, veniva selezionato in considerazione del vantaggio che dal

<sup>94</sup> Così E. BETTI, *Imputabilità*, cit., 76.

do del potere di rinuncia, «ricava dal rapporto un suo vantaggio», non potendosi rinunciare se non a qualcosa che porta appunto un vantaggio. Ed è forse possibile, prosegue Gianola, «individuare in che consista il vantaggio. Il mandante vuole vendere la casa superflua, il mandatario sceglie a chi venderla». Si può anzi dire, «in modo più embrionale», che «il mandatario ha un potere, che taluno può apprezzare, desiderare. Ed allora la promessa del mandatario potrebbe puntellarsi proprio sul potere, sul vantaggio che il mandatario ricava dal contratto. Il conferimento del potere potrebbe controbilanciare l'assunzione dell'obbligazione di gestire l'affare del mandante. E allora il mandato gratuito sarebbe tale solo apparentemente, l'accordo tra mandante e mandatario implicherebbe sempre uno scambio». Ma alla domanda finale, se veramente «la gratificazione che il mandato assicura al mandatario riduca sempre il mandato ad uno scambio», lo studioso risponde negativamente, in quanto, ove «il mandato fosse un contratto bilaterale normale, non si consentirebbe al mandatario la rinuncia, e non si consentirebbe al mandante la revoca». Tutto il rapporto, precisa ulteriormente l'autore, «si svolge all'insegna dell'incoercibilità dell'obbligo di gestire e della caducità del consenso prestato all'ingerenza altrui nel patrimonio da amministrare. I soli veri obblighi sono quello di remunerare (se si è promesso un compenso), quello di non abbandonare a metà strada la gestione in modo pregiudizievole, e di non gestire malamente. Il carattere gratuito dell'atto incide sulla diligenza richiesta nell'adempimento», dal momento che, *ex art. 1710, comma 1, cod. civ.*, «la responsabilità per colpa del mandatario gratuito che esegue male la prestazio-

gono a negare che il mandato gratuito e disinteressato sia da ricomprendere nel campo degli atti di cortesia, similmente a quanto avviene, secondo la loro stessa impostazione, per il trasporto gratuito e disinteressato<sup>42</sup>.

---

ne promessa (responsabilità che è di tipo contrattuale) deve essere valutata con minor rigore». Il ragionamento così concatenato non impedisce però di differenziare il mandato gratuito a seconda che esso sia o meno proteso a uno scambio empirico, sussistendo nell'un caso e non sussistendo nell'altro l'interesse del mandatario all'espletamento dell'incarico gestorio. Donde il problema, discusso nel testo, della qualificazione in termini di contratto o di atto di cortesia dell'accordo che impegna al compimento di un incarico in modo gratuito e disinteressato.

<sup>42</sup> Dall'esame della giurisprudenza, A. GIANOLA, *Atto*, cit., 169 s., ricava che secondo un orientamento diffuso «la limitazione di responsabilità prevista dall'art. 1710 cod. civ. è ispirata ad un riguardo verso la posizione del mandatario, il quale, quando il mandato è gratuito, presta un amichevole favore; onde non sarebbe equo fargli carico di una colpa di entità trascurabile nell'esecuzione dell'incarico ricevuto». E da ciò arguisce che per quell'orientamento «il mandatario gode della limitazione della responsabilità per colpa solo quando interviene oltreché senza corrispettivo anche in modo disinteressato», per cui «l'esistenza di un interesse economico nel mandatario a prestare la propria opera dovrebbe comportare l'applicazione del regime di responsabilità del mandato oneroso», pur

nare la ragione della consegna della cosa, fatta appunto dal depositante al depositario perché costui la custodisse gratuitamente e temporaneamente nell'interesse del primo. E analogamente è a dirsi per il comodato, essendo l'accordo che sorreggeva la consegna della cosa dal comodante al comodatario a spiegare il suo perché e a giustificare, sulla scorta del principio dell'*utilitas contrahentium*, la responsabilità per *custodia* del comodatario. D'altro canto, se costui, al ricorrere delle fattispecie contemplate in D. 13.6.5.10, «in via del tutto anormale», come scrive Emilio Betti<sup>92</sup>, era tenuto nei limiti del dolo, ciò dipendeva dal peso decisivo attribuito da Ulpiano, autore del frammento, all'accordo intervenuto con il comodante e perfino ai motivi rifluitivi o comunque implicativi, desumendosi da esso ovvero, in una lezione più aderente a Betti, dall'assetto di interessi perseguito dalle parti e rischiarato dall'accordo che il comodato andava a vantaggio del comodante<sup>93</sup>. Il che appunto accadeva, per limitarmi a due delle ipotesi formulate dal giurista, «se il comodante avesse dato in prestito alcunché al padre della

---

<sup>92</sup> Cfr. E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, 75.

<sup>93</sup> Cfr. E. BETTI, *Imputabilità*, cit., 75 s. Vd. anche H. ANKUM, *La responsabilità*, cit., 142.

e rispettivamente della *custodia*<sup>90</sup>; quello del compratore e del venditore che non eseguissero le proprie obbligazioni, sempre di regola, in base alla colpa<sup>91</sup>.

Da sottolineare, ancora in relazione al canone dell'*utilitas contrahentium*, è che esso, per poter operare e sfociare quindi nell'individuazione del criterio di imputazione della responsabilità da applicare alla vicenda contrattuale presa in esame, imponeva di considerare questa nella sua globalità. Si tratta, cioè, di un canone che, tenendo a esempio il deposito o il comodato, non consentiva di limitare l'indagine a quello che, in presunta consonanza con il linguaggio dei *prudentes*, viene tuttora chiamato l'elemento obbligante, ossia alla consegna della cosa, ma costringeva ad allargare l'orizzonte dell'analisi, così da comprendervi l'accordo che vivificava la consegna stessa, dandole un senso. Se, rispetto al deposito, in base al principio dell'*utilitas contrahentium* si può sostenere, come sostenevano i classici, che il depositario rispondeva per dolo perché non riceveva alcun vantaggio, ciò implica che si guardava ben oltre l'elemento obbligante, fino a raggiungere l'accordo, idoneo a illumi-

<sup>90</sup> Cfr. C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 166 ss.

<sup>91</sup> Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 446 ss.

Ma se il gemellaggio tra queste due figure si deve rompere, in omaggio all'inesistenza di addentellati normativi che consentano, per il mandato, la tripartizione valevole per il trasporto, penserei allora, raccogliendo uno spunto di Alberto Burdese emerso in uno dei nostri incontri, che nel contratto di mandato gratuito confluiscono anche gli impegni privi di contropartita per il mandatario pur esterna all'accordo, ma a condizione che essi siano diretti a soddisfare interessi del mandante qualificabili come seri. Per cui resterebbe al livello degli atti di cortesia il mandato gratuito senza causa di scambio empirico e non sostenuto dall'importanza degli interessi facenti capo al beneficiario della prestazione. Quale potrebbe essere per esempio ravvisato nell'accordo con cui un soggetto, non sospinto da alcun suo anche indiretto vantaggio, promette all'amico di comprare la senape quando si troverà a Digione: all'evidenza ben diverso dall'accordo, che in base alla costruzione ora prospettata darebbe luogo a un contratto di mandato gratuito, con il quale taluno, senza una qualche utilità pur mediata, promette al diabetico di acquistare l'insulina che gli è necessaria per

---

quando il mandato è gratuito. Punto d'arrivo, questo, che non mi pare condivisibile.

vivere. E all'obiezione che, ragionando in questo modo, si finisce per attribuire rilevanza ai motivi è opponibile la constatazione che ciò è inevitabile quando – come accennato e ancor meglio vedremo a breve – si sia al cospetto di un contratto gratuito e disinteressato e perciò liberale<sup>43</sup>.

Piuttosto desta meraviglia e perplessità che il legislatore, consapevole che il mandato può essere proprio gratuito e disinteressato, e dunque dotato di una causa fragile, non abbia ritenuto, laddove così, di subordinarne la qualificazione in termini di contratto alla presenza di un qualche elemento di natura oggettiva, attinente per esempio alla forma. Né, d'altro canto, sembra plausibile sostenere che un elemento di questo tipo si annidi, ben nasco-

---

<sup>43</sup> Se si distingue, sulle orme di F. SCAGLIONE, *Inter-soggettività e gratuità nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 373 ss., tra «motivi soggettivi», determinanti «il processo volitivo di ciascuna parte», e dunque «tutti interni alla sfera psichica dell'agente», e «motivi oggettivati nel contratto», è chiaro che ad assumere rilevanza, ai fini dell'accesso all'area del contratto di un mandato gratuito e disinteressato, sono i motivi oggettivati nell'accordo, i quali, svelando la consistenza degli interessi perseguiti da colui che ha affidato l'incarico accettato dall'altro soggetto, permettono di decidere se la loro intesa vada o meno qualificata come contratto.

optando perciò, in linea di massima, per il meno rigoroso parametro del dolo a fronte dell'inadempimento della parte che dal contratto non ricavava alcun vantaggio; per il più rigoroso parametro della colpa quando l'inattuazione della prestazione proveniva dalla parte che dal contratto, al pari della controparte, traeva un profitto; per l'ancor più rigoroso parametro della *custodia* allorché la parte tenuta in forza del contratto alla restituzione della cosa affidatale nel suo esclusivo interesse non vi provvedeva<sup>89</sup>. Per cui, a voler esemplificare attingendo nuovamente all'opera dei *prudentes*, il comportamento del depositario e del comodatario che, a causa del perimento della cosa, non la rendessero alla parte cui spettava era da valutare, di regola, alla stregua del dolo

---

nelle Istituzioni imperiali in un solo passaggio e in modo del tutto incidentale».

<sup>89</sup> Osserva S. TAFARO, *'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Bari, 1984, 311, che «il principio dell'utilità dei contraenti postulava proprio la necessità di graduare la responsabilità in corrispondenza della utilità contrattuale», traducendosi «nella maggiorazione di responsabilità ove vi fosse stato l'utile del solo debitore, nella individuazione del criterio della *culpa* dove vi fosse stata reciprocità di utilità e nella attenuazione della responsabilità, limitata al dolo, dove il vantaggio economico fosse stato del solo creditore».

*prudentes*, al fine di stabilire, con riferimento ai singoli rapporti obbligatori, a quale dei menzionati criteri si dovesse guardare, s'ispiravano appunto al principio dell'*utilitas contrabentium*<sup>88</sup>:

---

<sup>88</sup> Cfr., tra i molti, M. NAVARRA, '*Utilitas contrabentium*' e *sinallagma*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2007, 225 ss.; ID., *Note in tema di 'utilitas': Modestino e Coll. 10.2*, in *Labeo*, L, 2004, 84 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, in particolare 505 ss. Merita adesione quanto scrive in argomento G. SANTUCCI, *Diritto*, cit., 61 s.: «ridimensionato da tempo l'apporto della critica interpolazionistica, sono ben pochi i risultati che, maturati nel suo ambito, attualmente conservano valore; si può quindi predicare con verisimile sicurezza che il criterio dell'*utilitas* appartiene pienamente al patrimonio concettuale della giurisprudenza classica che lo applicò con consapevolezza e larghezza di visione e non fu principio che si affermò nella stagione posteriore del diritto postclassico-giustiniano. Non solo, ma se, come è stato fatto, si decidesse di valorizzare alcune indirette testimonianze, si potrebbe ulteriormente affermare che si tratta di un criterio già conosciuto, anche se con probabilità non ancora in forme compiute, da giuristi della tarda Repubblica e del primo Principato, come Quinto Mucio Scevola, Alfeno e Sabino. Di converso, l'*utilitas contrabentium* sembrerebbe trovare una posizione del tutto marginale nel pensiero dei compilatori giustiniani, essendo ricordata

sto, nelle maglie della normativa vigente e consista nell'avvio dell'esecuzione della prestazione: come del resto finisce per ammettere un'autorevole dottrina, a parere della quale è sì vero che, secondo un'adeguata interpretazione delle disposizioni del codice in tema di mandato, «l'inizio della prestazione» assoggetta il mandatario con incarico negoziale genericamente gratuito a una responsabilità più accentuata, ma è comunque vero che «è difficile ricavare da ciò una precisa coincidenza dell'inizio dell'esecuzione con la perfezione della fattispecie contrattuale»<sup>44</sup>.

Accantonata che sia la proposta qui avanzata, non resterebbe che prendere atto della «capacità espansiva» del tipo legislativo che va sotto il nome di mandato, idoneo ad assorbire qualunque accordo con cui una parte assuma l'impegno di compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra, anche se gratuito e disinteressato<sup>45</sup>. Vincolatosi all'esecuzione di un'attività gestoria in via consensuale e senza contropartita di alcun genere<sup>46</sup>, il mandatario non

---

<sup>44</sup> Cfr. R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, I<sup>3</sup>, cit., 878.

<sup>45</sup> Cfr. C. SANTAGATA, *Del mandato*, cit., 44 ss.

<sup>46</sup> Non privo di attualità è quanto scrive G. GORLA, *Il dogma del 'consenso' o 'accordo' e la formazione del contratto di*

potrebbe dunque mai sottrarsi all'applicazione delle norme sul mandato appellandosi al puro spirito di cortesia alla base dell'intesa stretta con il mandante: invincibile sarebbe infatti «la previsione pattizia di un obbligo (per il gestore) di agire per conto altrui», vera e propria «nota elementare e costante della figura» negoziale del mandato, che «ne identifica la funzione specifica»<sup>47</sup>. Solo in mancanza di una tale previsione, quindi, «dovrebbe ritenersi esclusa la configurabilità di un mandato, e potrà aversi eventualmente uno di quei rapporti di gestione che vengono chiamati solitamente 'autorizzazioni a gestire' od un c.d. mandato di cortesia»<sup>48</sup>.

---

*mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 923 ss.

<sup>47</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *Il mandato*, cit., 376.

<sup>48</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *Il mandato*, cit., 376 e 385 s. Qui, in particolare, l'autore ricorda come sia frequente, nella pratica, che un soggetto riceva l'incarico di curare un affare dell'incaricante, ma l'incaricato non assuma «un impegno preciso, attuale od esteso come quello che contrassegna la posizione del mandatario nella sua configurazione normale». Basti in proposito pensare, continua lo studioso, «ai casi nei quali l'atto attributivo dell'incarico preveda esplicitamente che questo verrà eseguito dall'incaricato se ed in quanto lo stesso ne 'avrà la possibilità', oppure ne 'avrà il tempo' o 'l'opportunità', o addirittura 'se vorrà'». Precisa

d'indole prevalentemente o forse esclusivamente oggettiva<sup>84</sup>. Mentre il dolo, diremo semplificando al massimo, implicava intenzionalità, la colpa era rimproverabile al debitore che avesse tenuto una condotta negligente<sup>85</sup>, priva di adeguata perizia o non rispettosa di quelli che Carlo Augusto Cannata chiama i limiti contrattuali<sup>86</sup>. Quanto poi alla *custodia*, questa postulava semplicemente che la prestazione, sempre di consegna o riconsegna di una cosa, fosse divenuta impossibile per un qualsiasi evento, compreso il furto del bene, fatto però salvo, a partire dal I secolo d.C., il caso di sottrazione violenta del bene stesso e qualche altro di forza maggiore<sup>87</sup>.

Ebbene, il già citato D. 50.17.23 e ulteriori testi, come – per limitarmi ai più significativi – D. 13.6.5 di Ulpiano e Coll. 10.2 di Modestino, indicano, in modo persino più chiaro se immaginati nella loro versione originale, che i

---

*to romano. Copanello, 3-7 giugno 2000*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2004, 141 ss.

<sup>84</sup> Cfr. M. TALAMANCA, voce *'Custodia' (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 562 s.

<sup>85</sup> Cfr. M. TALAMANCA, voce *Colpa. Colpa civile (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 519 ss.

<sup>86</sup> Cfr. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, 62 ss.

<sup>87</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 662 ss.

*trabentium*, di cui è traccia in più brani giurisprudenziali, tra i quali il celeberrimo D. 50.17.23 di Ulpiano, ancorché in questo esso non appaia espressamente menzionato<sup>81</sup>. Anche se è da precisare, con Talamanca, che per il comodato e il deposito, alla base di «rapporti obbligatori originariamente protetti con *formulae in factum conceptae* e poi difesi anche da *iudicia bonae fidei* ... non si nota una diversità di trattamento a seconda della natura dell'azione esperita»<sup>82</sup>, rilevante, aggiungerei, sul piano sostanziale.

Prima di soffermarci sul principio in parola, giova peraltro rammentare che vi sono ormai larghe convergenze sul fatto che, rispetto ai rapporti obbligatori per i quali erano previsti giudizi di buona fede, operassero tre diversi criteri per l'imputazione dell'inadempimento, di cui due a carattere tendenzialmente soggettivo, il dolo e la colpa<sup>83</sup>, e uno, la *custodia*,

---

*porta rientrò dalla finestra*», in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, cit., 283 ss.

<sup>81</sup> Cfr. S. TAFARO, *Debito e responsabilità. Profili romanistici*, Bari, 2000, 69 ss.

<sup>82</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 662.

<sup>83</sup> Cfr. H. ANKUM, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convegno internazionale di dirit-*

Alla luce delle considerazioni svolte, possiamo adesso riprendere il tema del rapporto tra l'area della gratuità contrattuale e quella della liberalità contrattuale<sup>49</sup>.

La donazione, al pari di ogni altro contratto liberale, è connotata da un elemento essenziale: lo spirito di liberalità, cioè l'intento di una parte di arricchire l'altra in modo disinteressato, vale a dire senza essere mossa da un

---

inoltre Luminoso che il ventaglio delle opinioni espresse al riguardo dalla dottrina è piuttosto ampio: «inizialmente il fenomeno è stato ricondotto, in via esclusiva, ad una speciale nozione di 'autorizzazione' (unilaterale) ad effetti obbligatori a carico del solo gerito, in quanto il gestore rimarrebbe libero di dare esecuzione o meno all'incarico; altri ha preferito configurare una proposta di mandato destinata ad essere 'accettata' solo con l'esecuzione dell'incarico (vd. pure art. 1327 cod. civ.). Successivamente si è prospettata anche l'ipotesi di un contratto atipico unilaterale ed altresì quella di un mandato sottoposto a condizione sospensiva, e si è pure cominciato a segnalare la possibile contiguità se non – almeno in dati casi – la diretta confluenza nella zona dove si svolgono i rapporti di cortesia». Ma non è da pensare, conclude sul punto l'autore, che le varie costruzioni si escludano a vicenda: ognuna di esse può, in linea di principio, «attagliarsi alle diverse peculiarità delle differenti fattispecie concrete».

<sup>49</sup> Su di esso inizialmente cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 437 ss.

interesse economico anche indiretto e nel solco di una scelta altruistica, socialmente e moralmente apprezzabile. La quale, come abbiamo già constatato, è tuttavia inidonea a sostenere da sola il contratto, che per la sua valida esistenza ha invero bisogno della forma solenne, come nel caso della donazione di non modico valore, o della consegna, come nelle ipotesi della donazione di modico valore e dei contratti reali gratuiti privi della causa di scambio empirico.

Spirito di liberalità e intento disinteressato sono però sintagmi che non colgono le sfaccettature della realtà. Nella pratica troviamo infatti che a spingere un soggetto a donare sono interessi specifici, per esempio di natura politica o religiosa o amorosa, che possono anche combinarsi tra loro. Si tratta comunque di interessi intrinseci di una forte soggettività, che ricadono nei motivi e riescono a qualificare, dandogli un contenuto, lo spirito di liberalità che sostiene ciascuna donazione, contribuendo dunque a colorarne la causa concreta. Se, poi, un particolare interesse abbia costituito il solo motivo ad aver indotto alla donazione e per di più risulti dall'atto, allora la legge quasi lo ingloba nella causa, tanto che di questa esso assume la rilevanza. Si spiega così perché un motivo, appunto quando sia l'unico determi-

zione, disinteressati, configurandosi allora, ancora al pari della donazione, come liberali: e in quanto tali qualificabili come volti indirettamente a donare, risultando perciò assoggettati a talune delle norme vevoli per la donazione, quali quelle in tema di collazione (art. 737, comma 1, cod. civ.), di revocazione per ingratitudine e per sopravvenienza di figli e di riduzione a favore dei legittimari (art. 809 cod. civ.)<sup>79</sup>.

5. *La responsabilità nel campo della gratuità contrattuale romana: 'utilitas contrahentium' e criteri di imputazione nella riflessione dei 'prudentes'.*

Passando alla responsabilità in cui poteva incorrere chi avesse concluso uno dei contratti gratuiti, va detto che il suo regime, pur variamente modulato in relazione ai singoli tipi e anzi al loro concreto declinarsi, era governato, quanto almeno a quelli tutelati da azioni civili e di buona fede<sup>80</sup>, dal principio dell'*utilitas con-*

<sup>79</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 439.

<sup>80</sup> Cfr. G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, 55 ss. Dello stesso autore vd. anche ID., *'Utilitas contrahentium'. Note minime su una 'regula' che 'cacciata dalla*

compresenza nei summenzionati contratti gratuiti, tutti con causa propria. Così come, sulle solite orme di Talamanca, è da escludere che a loro questi contratti apparissero suscettibili di «esser riportati sotto il concetto di donazione»<sup>75</sup>. Per i nostri giuristi, come evidenzia lo stesso Talamanca, la *causa donandi* ricorreva solo se il negozio prescelto per la sua realizzazione avesse dato luogo a «un'attribuzione del diritto (reale o d'obbligazione) da parte del donante al donatario ... definitiva e non collegata funzionalmente ad un corrispettivo»<sup>76</sup>. E un'attribuzione siffatta – che Giuliano, per quanto si trae da D. 12.1.20, non riscontrava neppure nel caso di chi, con intento di donare, trasferisse a taluno denaro affinché questi glielo desse poi a credito<sup>77</sup> – era estranea sia al mutuo, non essendo definitiva quella a favore del mutuatario, sia, per ragioni ancor più radicali, al comodato, al deposito e al mandato<sup>78</sup>. Interessante, al proposito, è ricordare che oggi i contratti gratuiti diversi dalla donazione possono essere, al pari della dona-

<sup>75</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 774.

<sup>76</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 773.

<sup>77</sup> Cfr. R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, 134 e nt. 55.

<sup>78</sup> Cfr. ancora M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 774.

nante ed emerga dall'atto, rende la donazione impugnabile se erroneo (art. 787 cod. civ.) e nulla se illecito (art. 788 cod. civ.).

Possiamo allora conclusivamente affermare che all'interno dei contratti gratuiti vi sono sia contratti liberali, in quanto, come la donazione, disinteressati, sia contratti non liberali, in quanto interessati<sup>50</sup>. Ma dobbiamo anche aggiungere che non tutti i contratti che realizzano una liberalità sono gratuiti. Come dimostra il caso della vendita per un prezzo irrisorio, conclusa dall'alienante per arricchire disinteressatamente l'acquirente: caso nel quale ricorre un contratto oneroso che integra una donazione indiretta<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Cfr. R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II<sup>3</sup>, cit., 474 ss. Vd. inoltre P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il contratto gratuito a scopo di beneficenza*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 190.

<sup>51</sup> Cfr., per esempio, A. TORRENTE, *La donazione*<sup>2</sup>, a cura di U. Carnevali e A. Mora, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006, 51 ss. Diversa è peraltro l'opinione di U. CARNEVALI, voce *Liberalità (atti di)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 220.

3. *La responsabilità del contraente a titolo gratuito nell'ordinamento attuale: lineamenti normativi e questioni aperte.*

Isolata la categoria dei contratti gratuiti, va adesso evidenziato quanto siano numerose le regole peculiari dettate al suo riguardo dal legislatore: a conferma, viene da aggiungere, che l'enucleazione della stessa non risponde a un vuoto interesse classificatorio. Tra queste regole, quali sono, per proporre qualche minimo esempio, quelle versate negli artt. 1371 (in tema di interpretazione negoziale) e 2901 (concernente l'azione revocatoria) cod. civ., non ne troviamo però di relative al profilo della responsabilità.

Attenta a questo, la dottrina ricava nondimeno dalla specifica disciplina di alcune delle figure che compongono la categoria in parola un principio capace di connotarla in via generale: quello secondo cui la responsabilità del soggetto tenuto alla prestazione, proprio in quanto costui non riceve alcunché in base al contratto, va valutata con minor rigore.

Piano e lineare nella sua formulazione, esso esprime tuttavia solo una tendenza di sistema, essendo di sicuro inoperante nel caso del trasporto gratuito, atteso che l'art. 1681, comma 3, cod. civ. estende espressamente a

più risalenti azioni, anch'esse dirette e contrarie, pretorie con formula *in factum*<sup>74</sup>.

Invano tenteremmo invece di arricchire il quadro dei contratti gratuiti pensando alla donazione, posto che essa, concepita alla stregua della definizione che ne dà l'art. 769 cod. civ., e cioè come contratto tipico, non era conosciuta dall'ordinamento romano. Utile è tuttavia ricordare che a questo non era affatto ignota la *causa donandi*, la quale, fondata sull'*animus donandi* di chi intendesse beneficiare taluno in assenza di un corrispettivo, veniva attuata tramite un negozio astratto, per lo più con efficacia reale (come la *mancipatio* o l'*in iure cessio*) od obbligatoria (come la *stipulatio*), oppure a causa variabile (come la *traditio*). Se ne può infatti inferire che la *conventio* alla base della *stipulatio* retta dalla *causa donandi* si situa nel campo della gratuità: ma, per quanto dianzi detto, senza assurgere essa stessa alla dignità di contratto.

Considerato inoltre l'atteggiamento dei *prudentes* in ordine alla *causa donandi*, è da escludere che essi potessero immaginarne la

---

<sup>74</sup> Per il comodato vi è tuttavia chi, come M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 547, pensa alla concessione di una sola azione contraria, pretoria con formula *in factum*; e chi, come M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 441, esprime la stessa idea in relazione al deposito.

come sostiene Vincenzo Giuffrè in critica a Maschi<sup>70</sup>. Da aggiungere è che il prestito si configurava come oneroso anche dal versante giuridico quando veniva a integrare quella particolare specie di mutuo nota come *fenus nauticum* o *pecunia traiectica*, essendo allora il mutuario tenuto anche al pagamento degli interessi nella misura concordata con il mutuante<sup>71</sup>.

Ma al novero dei contratti gratuiti e addirittura necessariamente tali sono da ricondurre pure il comodato e il deposito<sup>72</sup>, che già sappiamo reali, nonché il mandato, invece consensuale, come conferma Gai 3.135. Tutti imperfettamente bilaterali – compreso dunque il mandato, in adesione all'opinione largamente prevalente, alla quale riaccennerò oltre –, per essi erano previste azioni dirette e contrarie civili e di buona fede<sup>73</sup>, le quali, quanto al comodato e al deposito, si sommarono alle

---

<sup>70</sup> Cfr. V. GIUFFRÈ, voce *Mutuo (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 419.

<sup>71</sup> Cfr. A. BURDESE, *Manuale*, cit., 429 s.; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 439 s.

<sup>72</sup> Cfr. C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, 293 ss.

<sup>73</sup> Cfr. M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009, 458 s., 461 e 502 ss.

questo contratto le norme sulla responsabilità del vettore, contemplate nei precedenti commi 1 e 2, valevoli per il trasporto oneroso. Giustificata tale eccezione in ragione dell'esigenza di ampia tutela che hanno i superiori valori della vita e dell'integrità fisica, esposti a un rischio accentuato allorché il trasporto, conformemente all'ipotesi avuta di mira dal legislatore, concerne una persona<sup>52</sup>, il principio in considerazione ha comunque una portata che va circostanziata, non essendo affatto chiaro come debba operare il criterio del minor rigore. Per il che è opportuno muovere dall'esame delle più eloquenti disposizioni su cui risulta edificato, inserite negli artt. 1710 e 1768 cod. civ. Nel primo, affermato in apertura che «il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia», si precisa, sempre all'interno del comma iniziale, che, «se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore». Nel secondo, stabilito al comma 1 che «il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia», si aggiunge al comma successivo che, «se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore».

---

<sup>52</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 375.

Ebbene, rispetto alle previsioni che qui interessano circolano in letteratura molteplici interpretazioni<sup>53</sup>, tra le quali meritano di essere segnalate almeno le due più distanti fra loro.

Secondo l'una, la mitigazione di responsabilità non inciderebbe sulla diligenza richiesta nell'espletamento dell'incarico gestorio o nell'attività di custodia, che resterebbe quella del buon padre di famiglia, ma comporterebbe solo un'attenuazione delle conseguenze dell'inadempimento, nel senso che il giudice sarebbe autorizzato a moderare il risarcimento dei danni, similmente a quanto previsto dall'art. 2030, comma 2, cod. civ., a proposito della *negotiorum gestio* («il gestore è soggetto alle stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato. Tuttavia il giudice, in considerazione delle circostanze che hanno indotto il gestore ad assumere la gestione, può moderare il risarcimento dei danni ai quali questo sarebbe tenuto per effetto della sua colpa»). In termini diversi, la valutazione da effettuarsi con minor rigore riguarderebbe non la misura del comportamento del debitore, di per sé invariabile,

---

<sup>53</sup> Cfr. G. SANTUCCI, *'Diligentia quam in suis' e valutazione della responsabilità per colpa 'con minor rigore' nel codice civile italiano*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 375 ss.

Tenuto conto di questa puntualizzazione, non abbiamo dubbi nel posizionare tra i contratti gratuiti, anzi essenzialmente gratuiti, il mutuo, che Gaio, in 3.90-91 delle *Institutiones*, qualifica come reale – accostandovi la *solutio indebiti*, salvo subito precisare che l'obbligazione cui essa dà luogo non può considerarsi da contratto – e che lo stesso Gaio, nelle *Res cottidianae* o *Aurea*, come risulta da D. 44.7.1, cataloga ancora tra i contratti reali, assieme al comodato, al deposito e al pegno, fonti di quelle obbligazioni che vengono comunemente chiamate *obligationes re contractae* del *ius gentium*. Unilaterale quanto agli effetti, il mutuo originava invero in capo al mutuatario il dovere di restituire quanto ricevuto in prestito, sanzionato attraverso la *condictio* formulare, un'azione civile e rigorosa.

Sempre rispetto al mutuo, peraltro, giova osservare che allo stesso poteva accedere una *stipulatio* avente a oggetto le *usurae*, così che l'operazione creditizia, guardata nel suo complesso e sotto un profilo economico, diventava onerosa<sup>69</sup>. Già per questo, dunque, «nella gratuità (in senso formalistico) del *mutuum* non è da scorgere alcun profilo di eticità»,

---

<sup>69</sup> Cfr. M. SARGENTI, *Gratitudine e diritto*, in *Interpretazione*, cit., 174.

contratti a titolo oneroso e a titolo gratuito. E afferma: i primi sono «quelli in cui le parti ricavano contemporaneamente un vantaggio ed uno svantaggio: lo svantaggio di una parte corrisponde al vantaggio della controparte». I secondi, invece, sono «i contratti in cui il vantaggio è solo da una parte e lo svantaggio dall'altra». Per cui, prosegue l'autore, «tutti i contratti bilaterali sono a titolo oneroso», mentre «i contratti unilaterali ed imperfettamente bilaterali sono, di regola, a titolo gratuito», fermo restando, tuttavia, che la distinzione fra contratti a titolo oneroso e a titolo gratuito può applicarsi ai contratti causali, ma non ai contratti astratti, come la *stipulatio*, che pur è un contratto unilaterale: in relazione a questi è infatti la *conventio* sottostante, come ancora rileva Talamanca, che può essere definita a titolo oneroso o gratuito<sup>68</sup>, senza che sia consentito però, è il caso di aggiungere, accoglierla e computarla tra i contratti, data la loro tipicità, pur destinata ad attenuazioni, soprattutto attraverso la protezione giuridica offerta, al ricorrere di certe condizioni, agli accordi sinallagmatici.

<sup>68</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 532 ss. Va peraltro notato che l'autore, trattando della donazione alle pp. 772 ss., separa i negozi in relazione al loro carattere oneroso o gratuito.

ma le conseguenze dipendenti dall'inosservanza di tale misura nel caso concreto, e dunque la misura del danno<sup>54</sup>.

Secondo l'altra interpretazione, invece, valutare con minor rigore la responsabilità per colpa del debitore significherebbe ravvisare un inadempimento imputabile nel concreto comportamento che appaia irrispettoso di un modello di diligenza differente da quello che si sarebbe preso a parametro per il mandatario o per il depositario con diritto al compenso, perché più tenue o meno gravoso<sup>55</sup>. Il minor rigore di cui parla il legislatore, quindi, concernerebbe proprio la misura del comportamento esigibile dal debitore e non già la misura del danno. Con la conseguenza che il mandatario o il depositario senza corrispettivo, se ritenuto responsabile per non aver osservato il più blando paradigma di diligenza valevole per lui, risponderà dell'intero danno sofferto dal mandante o dal depositante<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. F. MASTROPAOLO, *Il deposito*, in *Obbligazioni e contratti*, IV.1<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2006, 231.

<sup>55</sup> Per giunta di stampo «equitativo», secondo la giurisprudenza, come mette in luce A. GIANOLA, *Atto*, cit., 86.

<sup>56</sup> Cfr. G. ZUDDAS, *Deposito*, in *I contratti gratuiti*, cit., 410 s.

Per il momento non prendo posizione su queste diverse opzioni ricostruttive, ripromettendomi di tornare sul punto. Noto tuttavia da subito che più orienta verso la seconda di esse l'art. 789 cod. civ., il quale prevede che «il donante, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'eseguire la prestazione, è responsabile soltanto per dolo o per colpa grave» (e al dolo fa riferimento anche l'art. 798 cod. civ., quando stabilisce che, «salvo patto speciale, la garanzia del donante non si estende ai vizi della cosa, a meno che il donante sia stato in dolo»).

Attinenti al versante della responsabilità sono poi altre disposizioni, rinvenibili naturalmente in relazione a particolari contratti gratuiti o che tali possono essere, da considerare in modo congiunto, in quanto dischiudono un'unitaria questione dogmatica, neppure essa confinabile nel regno delle sottigliezze puramente concettuali, prive di ogni ricaduta sul piano pratico, unico a sollecitare l'attenzione di coloro che, soprattutto perché avvocati o giudici, vi sono permanentemente a contatto<sup>57</sup>. Si tratta, più precisamente, di tre

---

<sup>57</sup> Mi è caro qui ricordare un maestro come Mario Talamanca, scomparso ben dopo l'esposizione di questa mia relazione e tuttavia prima che ne rivedessi il testo in vista della pubblicazione a stampa, perché insieme

ti dall'ordinamento vigente all'epoca del principato, tra contratti a titolo oneroso e a titolo gratuito, a seconda che – le parole, tratte da una famosa monografia di Giuseppe Grosso, ricalcano quelle dell'art. 1101 del codice civile del 1865 – «entrambe le parti si procurino un vantaggio mediante equivalente od una sola sia avvantaggiata senza equivalente»<sup>66</sup>. Stando alla manualistica in generale, peraltro, sarebbe preferibile differenziare in base al titolo oneroso o gratuito i negozi, che comprendono – com'è noto – i contratti e non poche altre figure<sup>67</sup>. Pur essendo da evidenziare che altra è la via praticata da Mario Talamanca nelle sue *Istituzioni*. In queste, infatti, egli, precisato che ancor oggi è quanto mai viva la discussione intorno alla «determinazione del significato dato dai *prudentes* alla categoria *contractus* con la quale operavano» e che le diverse classificazioni di cui siamo soliti servirci per illustrarne la disciplina sono quasi tutte recenti, pur traendo origine dalla riflessione compiuta al suo riguardo dalla dottrina intermedia e pandettistica, introduce la contrapposizione fra

---

<sup>66</sup> Cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*<sup>3</sup>, Torino, 1963, 233.

<sup>67</sup> Cfr., per esempio, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*<sup>4</sup>, Torino, 1993, 185; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Palermo, 2006, 127.

modato, ha scritto Angelo Luminoso, che pur individua nella consegna un «elemento di struttura» del contratto, al quale, stante la sua estraneità alla «fase esecutiva» dello stesso, «va applicata la disciplina propria del negozio (ad esempio, quanto alla capacità, ai vizi del volere) e non quella propria dell'adempimento delle obbligazioni»<sup>65</sup>.

#### 4. *Il novero dei contratti gratuiti nel diritto romano classico.*

Proprio al mondo in cui erano attivi i giuristi più celebri della storia e al loro pensiero è giunto il tempo di dirigere l'attenzione. L'intento, considerata la linea di ricerca prescelta, credo sia chiaro: rileggere le fonti di cui disponiamo – o, meglio, talune di esse – da un angolo prospettico che lo studio della materia della gratuità e responsabilità contrattuale quale oggi si presenta suggerisce di privilegiare.

Orbene, l'insegnamento della moderna romanistica è nel senso che possiamo distinguere, anche all'interno dei contratti conosciuti

---

<sup>65</sup> Cfr. A. LUMINOSO, voce *Comodato*, I. *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, 3; ID., *I contratti tipici*, cit., 648.

disposizioni, concernenti altrettanti contratti reali, collocate negli artt. 1781, 1812 e 1821 cod. civ., i quali rispettivamente prevedono: che il depositante è obbligato a tener indenne il depositario «delle perdite cagionate dal deposito», ossia delle perdite subite per effetto della cosa depositata; che il comodante, «se la cosa comodata ha vizi tali che rechino danno a chi se ne serve», è tenuto al risarcimento del danno, «qualora, conoscendo i vizi della cosa, non ne abbia avvertito il comodatario»; che il mutuante è responsabile del danno cagionato al mutuatario per i vizi delle cose date a prestito, se non prova di averli ignorati senza colpa» (comma 1), a meno che il mutuo sia gratuito, perché in tal caso il mutuante è responsabile solo se, «conoscendo i vizi, non ne abbia avvertito il mutuatario» (comma 2).

Mentre sotto il profilo del contenuto questi testi normativi sollevano problemi agevolmente superabili attraverso un'adeguata ese-

---

abbiamo varato, per i tipi della Cedam, il *Trattato delle obbligazioni*: un'opera – che al momento conta cinque volumi frutto della fatica di studiosi vari, usciti tra il 2008 e il 2010 – volta proprio a privilegiare, in un'ottica sensibile all'elaborazione teorica e alla casistica giurisprudenziale e non, le problematiche con una qualche implicazione a livello delle concrete vicende di ogni giorno.

gesi<sup>58</sup>, per l'aspetto che involge la natura della responsabilità del depositante, del comodante e del mutuante essi destano delicati interrogativi<sup>59</sup>. Affermare, con una parte della dottrina, che questi soggetti rispondono in virtù del contratto che hanno concluso è in linea di principio contraddittorio rispetto all'impostazione comunemente seguita, secondo la quale la consegna è nulla più che un presupposto richiesto dall'ordinamento per la formazione del contratto: se essa è solo un elemento co-

---

<sup>58</sup> Qui da sottolineare, comunque, è che quelle contemplate nell'art. 1781 cod. civ. sono le perdite ricollegabili alla cosa depositata, in quanto, come rileva F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., 227, «causa di danni al depositario o a terzi», i quali, in base all'art. 2051 cod. civ., sono legittimati a rivolgersi al depositario, che a sua volta può riversare sul depositante la somma dovuta per il risarcimento. Dunque, come si legge in F. MASTROPAOLO, *Il deposito*, cit., 261, fra le perdite considerate dalla disposizione in parola «evidentemente non rientrano quelle che costituiscono il sacrificio imposto di necessità dallo stesso contratto (mezzi necessari alla custodia, spese inerenti all'eventuale organizzazione del servizio in forma d'impresa, impossibilità di utilizzare diversamente lo spazio, ecc.)».

<sup>59</sup> Cfr. A. SALOMONI, *La responsabilità del 'tradens' per i danni subiti dall' 'accipiens' in conseguenza del vizio della cosa oggetto del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 316 ss.

stipulazione del medesimo, ovvero se essa non differisca da quella ordinaria, poggiando sull'inadempimento di un'obbligazione, come invita a ritenere l'art. 1476 cod. civ., che pone in testa al venditore anche l'obbligazione «di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa»<sup>64</sup>.

Il senso di insoddisfazione che proviamo nei confronti delle teoriche considerate consiglia di abbandonare per ora la problematica cui hanno riferimento e di riprenderla nel seguito, dopo che avremo fissato lo sguardo sull'esperienza giuridica romana di età classica. Fin d'adesso, peraltro, osservo che da questa provengono indicazioni a favore della tesi che vuole da contratto la responsabilità contemplata negli artt. 1781, 1812 e 1821 cod. civ.: per cui, a volerle – come credo opportuno – seguire, si dovrà meglio giustificare l'esito ricostruttivo verso il quale esse spingono, ben coscienti che, prediligendolo, si compie una scelta impegnativa, visto che il regime della responsabilità muta significativamente a seconda che essa derivi da contratto, da fatto illecito o da *culpa in contrahendo*. E allo scopo potrà attingersi a ciò che, in relazione al co-

---

<sup>64</sup> Cfr. L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000, 113 ss.

ternativa prospettazione persuade. Basti pensare che, ad aderirvi, dovremmo coerentemente qualificare come extracontrattuale o precontrattuale la responsabilità del venditore per i vizi della cosa alienata, che si traduce nella sua soggezione alle azioni edilizie di cui agli artt. 1492 e 1493 cod. civ. e, alle condizioni stabilite nell'art. 1494 cod. civ., al risarcimento del danno: quando in letteratura è sempre più diffusa l'idea che si tratti di una responsabilità da contratto<sup>63</sup>. Pur discutendosi, all'interno dei suoi tanti assertori, se essa sia da considerare speciale, in quanto il suo presupposto sarebbe costituito non dall'inadempimento di un'obbligazione scaturente dal contratto, secondo lo schema dell'art. 1218 cod. civ., ma dall'imperfetta realizzazione del risultato traslativo cui mirava la compravendita a causa delle anomalie materiali esistenti nel bene oggetto del contratto e preesistenti alla

---

(non pericolosa) senza che su di lui gravi alcun obbligo di avviso. L'obbligo di comunicazione sorge, e perdura per tutta la durata del contratto, solo se la cosa è pericolosa; l'informazione, infatti, ha quale principale scopo quello di tutelare la persona ed i beni dell'*accipiens* rispetto ai danni che gli possono eventualmente derivare in sede di esecuzione del contratto stesso».

<sup>63</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., 116 ss.

stitutivo della fattispecie negoziale, è tutt'altro che semplice poterla nel contempo considerare come fonte di responsabilità contrattuale a carico di colui che vi provvede, atteso che tale responsabilità postula per lo più l'inadempimento imputabile di un'obbligazione. Certo, in astratto residua lo spazio per sostenere, con Mastropaolo, che l'obbligazione sanzionatoria in capo al contraente che ha effettuato la consegna non necessariamente deve «nascere da un inadempimento di altra obbligazione precedente», potendo originare «anche da un comportamento coincidente con la stessa conclusione del contratto». Ma lo svolgimento dell'assunto, nel quale si cimenta lo stesso studioso, non convince, apparendo almeno a me tortuoso e artificioso. A suo dire, invero, «l'obbligazione ex artt. 1812, 1821 cod. civ. deriva, sì, dalla consegna» e tuttavia questa «non è ... oggetto di un obbligo, ma è, essa proprio, fonte dell'obbligo, nel dare le cose, di darle con determinate qualità»<sup>60</sup>. Puntualmente replicabile, comunque, è che la consegna non è neppure idealmente separabile dalle cose alle quali si riferisce e che queste sono quello che sono: per cui, calata essa tra i momenti genetici del contratto, è giocoforza escludere

---

<sup>60</sup> Cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., 20.

che per i pregiudizi dipendenti dalla consistenza delle cose possa aversi, in capo all'autore della consegna, una responsabilità da contratto.

Conscia che è ben difficile ravvisare una responsabilità siffatta in quella, anodina, sancita nelle disposizioni in commento, un'altra e più cospicua parte della dottrina vede in questa una responsabilità extracontrattuale<sup>61</sup> o precontrattuale, in quanto diretta a sanzionare una specifica violazione del «vasto dovere che

---

<sup>61</sup> Come ricorda A. SALOMONI, *La responsabilità*, cit., 331, più di un autore, con riguardo agli artt. 1812 e 1821, comma 2, cod. civ., ritiene che il dovere di denuncia del difetto risponde a una «norma di diligente condotta, destinata a garantire il rispetto del principio del *neminem laedere*». E anche per Cass. 2 aprile 1963, n. 819, citata dalla studiosa, «la responsabilità del comodante per danni da vizi della cosa comodata non ha carattere contrattuale, perché l'obbligo del comodante di comunicare al comodatario i vizi della cosa data in comodato non inerisce al contenuto del contratto, e neppure deriva da *culpa in contrahendo* perché la legge non ravvisa nel momento della perfezione del contratto il momento limite per la denuncia dei vizi conosciuti; ma ha carattere extracontrattuale perché trova fondamento nella violazione dell'obbligo posto dalla legge di denunciare i vizi conosciuti (*culpa in omitendo*), ond'è che, in difetto di prova della conoscenza del vizio da parte del comodante, non trova applicazione l'art. 1812 cod. civ.».

ciascun contraente ha di far noto all'altro contraente le cause invalidatrici del negozio e comunque i vizi che ne toccano gli elementi essenziali»<sup>62</sup>. Ma nemmeno tale duplice e al-

---

<sup>62</sup> Cfr. G. TAMBURRINO, voce *Comodato (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 1001. Cfr. inoltre R. TETI, voce *Comodato*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, III, Torino, 1988, 46 s., che così scrive: «il comodante non garantisce l'idoneità della cosa all'uso, ma, come comunemente si dice, 'dà la cosa come sta'; ciò ovviamente non toglie che l'aver omesso di far conoscere al comodatario l'esistenza di vizi che rendano la cosa inadatta all'uso, in quanto comportamento contrario a correttezza, sia fonte di responsabilità. Trattandosi, però, di responsabilità precontrattuale, il comodante sarà tenuto a risarcire il cosiddetto interesse negativo (i danni effettivamente sofferti dal comodatario per aver fatto affidamento sulla possibilità concessagli di usare la cosa) e non già l'equivalente dell'interesse contrattuale rimasto insoddisfatto». Replica peraltro A. SALOMONI, *La responsabilità*, cit., 330, che «l'impossibilità di ricondurre gli obblighi di informazione ex artt. 1812 e 1821, comma 2, cod. civ. nell'alveo della responsabilità precontrattuale risulta evidente soprattutto qualora si consideri la *ratio* delle norme. Queste non sono dettate al fine di tutelare la libertà di contrarre, come è proprio delle ipotesi di responsabilità precontrattuale, in quanto il legislatore mostra di non considerare l'incidenza della violazione dell'obbligo di informazione sul consenso dell'altro contraente. Una conferma di questa deduzione emerge dalla considerazione che il *tradens* può anche dare una cosa viziata

sua mancanza, dapprima osserva che *consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, 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*<sup>131</sup>. 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 sof-

<sup>131</sup> Cfr. C. CASCIONE, 'Consensus', cit., 436 ss.

contratto discendeva per l'una e l'altra parte e se, per determinare su chi il vantaggio ricadesse, si doveva tener conto di quanto stava a monte dell'elemento obbligante, e cioè della consegna, ciò spinge a chiedersi se questo elemento davvero creasse l'obbligazione o non fosse piuttosto visto, come credo, quale elemento in grado di rendere rilevante *sub specie iuris* un rapporto complesso, già socialmente significativo.

In altre parole, la consegna sembra a me rappresentare l'indice che l'accordo fra i due soggetti che l'avessero prevista, affinché il destinatario temporaneamente e gratuitamente custodisse o utilizzasse la cosa cui si riferiva per restituirla quindi a chi l'avesse eseguita, meritava di entrare a pieno titolo nel mondo del diritto. Per cui si può a mio avviso dire che la consegna giuridicizzava un rapporto, ma non che obbligava di per sé, perché obbligava l'accordo cui essa si collegava, dal quale si evinceva l'assetto di interessi voluto dalle parti e grazie al quale era dato capire a vantaggio di chi andasse l'operazione negoziale vista nella sua interezza.

Se, poi, volessimo interrogarci sul perché proprio la consegna – anche se non solo essa, per quanto appureremo – valeva a fungere da spia dell'ingresso nel giuridico di un rapporto

obbligatorio fondato su un accordo, si aprirebbe un filone di ricerca quanto mai affascinante, che non sembra però coltivato dagli studiosi del diritto e della sua storia. A voler visi avventurare, si dovrebbe comunque muovere dai risultati conquistati dagli antropologi investigando il dono. E in primo luogo da quelli di cui dà conto il già citato Marcel Mauss nel suo celebre *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*<sup>95</sup>, per vero già messi criticamente a frutto da Valerio Marotta in un ampio e approfondito lavoro intitolato *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*<sup>96</sup>. Sarebbe così consentita un'iniziale congettura, suscettibile di ulteriori sviluppi qui non proponibili: e cioè che il ruolo cui assolveva la consegna rappresentasse il residuo di un sistema assai risalente, verosimilmente dissoltosi ben prima della codificazione decemvirale della metà del V secolo a.C.<sup>97</sup>, incentrato sul dono, e quindi sull'offerta, implicante la consegna, di beni e sull'elargizione di servizi, grazie al quale avrebbe preso vita una prima forma di scam-

<sup>95</sup> Leggibile, nella traduzione italiana, in M. MAUSS, *Teoria generale della magia e altri saggi*, Torino, 2000, 153 ss.

<sup>96</sup> In *Ostraka*, V, 1996, 63 ss.

<sup>97</sup> Cfr. M. MAUSS, *Saggio*, cit., 247.

gazione» 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<sup>130</sup>, 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 rimediarevi 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

<sup>130</sup> Ne esclude peraltro la paternità di Quinto Mucio C. CASCIONE, *'Consensus'. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 413: ma anche a immaginare, con l'autore, che il concetto esposto nella parte finale di D. 46.3.80 sia di formazione posteriore a Quinto Mucio, non verrebbe a essere inficiata la mia tesi.

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 crede anche Burdese<sup>129</sup>, che sia nella sostanza ascrivibile a Quinto Mucio quanto Pomponio scriveva nel suo libro quarto *ad Quintum Mucium*, leggibile 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 mutuuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promissit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*. Sicché non è affatto escluso che proprio enunciazioni del genere abbiano fuorviato Gaio, inducendolo a quella confusione di livelli di cui è sicuramente responsabile. Egli potrebbe invero non aver colto che il loro riferirsi – e mi avvalgo ancora della terminologia di Talamanca – al «momento determinante per la nascita dell'obbli-

<sup>129</sup> Cfr. A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *Diritto romano e terzo millennio*, cit., 90.

bio<sup>98</sup>. «Noi crediamo che non sia mai esistito, nelle epoche molto antiche del diritto romano», scrive Mauss, una sola fase «in cui l'atto della *traditio* di una *res* non sia stato – anche più delle parole e degli scritti – uno dei momenti essenziali<sup>99</sup>. E in effetti in quella lontana età, in cui, come nuovamente rileva Mauss, ancora non esisteva la «mentalità fredda e calcolatrice» che sarebbe emersa in parallelo all'affiorare del concetto di obbligazione e il cardine era rappresentato dal dono, tutto ruotava intorno a questo concetto: il dono va eseguito, per l'appunto tramite la consegna di beni o la prestazione di servizi, accettato e ricambiato, di nuovo attraverso la consegna di beni o la prestazione di servizi<sup>100</sup>. La stessa

<sup>98</sup> In ordine al «primitivo collegamento tra accrescimento del dono e usura», ancora visibile nel diritto romano, cfr. L. HYDE, *Il dono. Immaginazione e vita erotica della proprietà*, trad. it., Torino, 2005, 138 ss.

<sup>99</sup> Cfr. M. MAUSS, *Saggio*, cit., 246.

<sup>100</sup> Cfr. M. MAUSS, *Saggio*, cit., 240 ss. Proprio perché la sequenza «donare, ricevere, restituire» risponde a un modello storicamente sperimentato, del dono si può dire che è un «promotore di relazioni», riuscendo a gettare «le basi della società» e concorrendo anche all'enuclearsi di un'economia di scambio: cfr. M. AIME, *Il primo libro di antropologia*, Torino, 2008, 127 ss. In argomento è interessante anche la riflessione di M.

etimologia di *res*, d'altra parte, lo dimostrerebbe, posto che la parola andrebbe collegata al termine sanscrito 'rah', 'ratih', che designava il dono, il regalo, la cosa gradita<sup>101</sup>.

Ma riprendiamo l'argomento che andavamo trattando, per esaminarlo da un'altra angolazione.

La tipicità negoziale che contraddistingueva l'ordinamento romano anche in età classica, quando pur registrava qualche flessione specialmente in connessione – già lo si è ricordato – con il riconoscimento dei contratti innominati, sembrerebbe giustificare questa semplice conclusione: per identificare, all'interno di quell'ordinamento, i rapporti socialmente rilevanti considerati meritevoli di protezione giuridica, era sufficiente constatare se essi integrassero un tipo previsto dal diritto ovvero, poiché il tipo non era individuabile se non in base all'azione dalla quale risultasse tutelato, se fossero appunto tutelati da un'azione. Ma solo se ogni tipo avesse avuto una sua propria ed esclusiva azione ciò sarebbe vero. Invece così non era. Si pensi al mutuo: si è ritenuto degno di protezione giuridica l'accordo per la consegna delle cose fungibili a prestito

---

ANSPACH, *A buon rendere. La reciprocità nella vendetta, nel dono e nel mercato*, trad. it., Torino, 2007, 39 ss.

<sup>101</sup> Cfr. M. MAUSS, *Saggio*, cit., 245.

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 formali, 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*, *litterae* 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 Talamanca, attinente al «momento determinante per la nascita dell'obbligazione»<sup>128</sup> ovvero, pensando alle fattispecie contrattuali donde

---

<sup>128</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 536.

ta ripartizione, *vel ex contractu nascitur vel ex delicto*.

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

con il vincolo della restituzione e lo si è quindi dotato di un mezzo processuale esperibile però anche a difesa di altri rapporti<sup>102</sup>.

Ma pure quando una figura fosse munita di un'azione del tutto peculiare, come nel caso del comodato, potevano sorgere problemi: forse che l'azione era intentabile, senza che ne mutasse il regime, sia che l'accordo apparisse volto alla consegna del bene perché ne godesse Caio senza vantaggio di Tizio sia perché ne godesse Caio nell'interesse di Tizio? Sappiamo che i *prudentes* hanno risposto solo in parte

---

<sup>102</sup> Scrive C.A. MASCHI, *La gratuità del mutuo classico. Strutture giuridiche e realtà sociale*, in *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, I, Milano, 1978, 292: «il fondamento della obbligazione del mutuatario non risiede nella sola *datio*, ma in questa e inoltre nell'accordo di volontà. La consegna di per sé non giustifica l'obbligazione di restituire, giacché una *datio* può aversi anche senza obbligo di restituire, in altri negozi. Perciò la *conductio*, che non può avere per oggetto se non quanto è stato dato, perché non si può restituire ciò che non si è ricevuto, aziona un negozio che è gratuito non artificiosamente, ma in quanto voluto concordemente come tale e allora non esiste dissonanza fra negozio e strumento processuale». Ma ciò non toglie che al mutuo si accompagnasse non di rado una *stipulatio* per le *usurae*, come già ricordato: ragion per cui la gratuità del mutuo, anche di questo già si è fatto cenno, non riesce ad assurgere a prova di un'accentuata solidarietà sociale.

affermativamente al quesito: si dava l'azione, ma cambiava il suo statuto normativo, scattando un diverso criterio di responsabilità in ossequio al superiore principio dell'*utilitas contrahentium*.

Anche sotto il profilo ora considerato, pertanto, credo si possa sostenere che i romani erano disposti a trasferire nell'area del diritto un rapporto governato da regole del costume quando vi vedevano un segno, fosse esso la trasmissione di cose o un altro entro un novero predeterminato che scopriremo oltre, atto a evidenziare che meritava protezione mediante acconci strumenti processuali. E così, per riprendere l'esempio del mutuo, un accordo con cui Tizio si impegnava a dare in prestito a Caio una somma di denaro della quale questi necessitasse, rilevante socialmente, perché – supponiamo – sentita come scorretta la successiva negazione della dazione, non aveva un segno sufficiente per poter accedere alla sfera del giuridico: ma un accordo di questo tipo seguito dalla dazione quel segno l'aveva e otteneva dunque tutela attraverso l'*actio certae creditae pecuniae*, che gli era estesa<sup>103</sup>. E una volta che il segno c'era, entrava nel mondo del diritto l'intero rapporto, intes-

<sup>103</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 546 e 561.

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*, ovvero ciascuna obbligazione che sta all'interno dell'annuncia-

trèsi 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 formali 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

---

stica da loro considerata (su tutto ciò cfr. l'ampia disamina condotta da M. TALAMANCA, *'Conventio'*, cit., 166 ss.). E ho detto spessissimo, perché in casi che non dovevano essere frequenti l'intera *conventio* veniva inclusa nella *stipulatio*. Al proposito, bisogna infatti tenere conto dell'osservazione formulata da M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *'Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del Convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della 'littera Florentina'. Copanello, 1-4 giugno 1988*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1990, 43, nt. 29, con specifico riguardo alla *sponsio* (valevole peraltro per la *stipulatio* in generale). In questa «da *conceptio verborum* permetteva, in potenza, di versare qualsiasi assetto d'interessi nello schema dell'*interrogatio-responsio*, che riproduce, sostanzialmente, quello della proposta e dell'accettazione del contratto. Il rapporto in cui tale assetto si trova con la *verborum obligatio* variava di caso in caso, potendo [essa] arrivare al più forte grado d'astrazione dalla *conventio*» ovvero «ricomprenderla interamente nei *verba*».

suto dell'accordo, della consegna, dell'obbligo di restituzione e così via. E lo stesso può dirsi per l'ipotesi del comodato. L'accordo in forza del quale Tizio prometteva a Caio di concedergli in godimento gratuito e per un certo tempo una cosa innescava un rapporto che si situava nel pregiuridico, fino a quando non fosse intervenuta la consegna del bene. Certo l'ometterla poteva comportare una qualche riprovazione sul piano delle relazioni interpersonali, ma nulla più. Eseguita che fosse, l'intero rapporto, quale si snodava a partire dall'accordo, era però attratto nell'orbita del diritto, dove trovava un'adeguata azione, diretta e contraria (civile e di buona fede, in aggiunta a quella più antica pretoria con formula *in factum*), volta a tutelarla. Il cui regime, come si è visto, variava in ragione dell'interesse al comodato deducibile, almeno principalmente, da quell'accordo.

Né si potrebbe opporre che si sia in realtà di fronte a una questione meramente terminologica. Affermare che nella consegna – continuando a discorrere di obbligazioni *re contractae* – va visto l'elemento obbligante, ovvero l'elemento che fonda il dovere di restituzione, non equivale a dire che nella consegna è da ravvisare l'elemento che giuridicizza il rapporto complessivamente inteso. Nel primo caso,

senza la consegna non sorge il dovere di restituzione. Nel secondo, senza la consegna il rapporto, socialmente rilevante, non è preso in considerazione dal diritto; con la consegna invece lo è nella sua massima ampiezza, per cui assumono giuridica importanza l'accordo, la consegna stessa, il dovere di restituzione, l'eventuale inadempimento di tale dovere, il criterio per la sua imputazione e altro ancora, riferibile soprattutto ai pregiudizi subiti dal destinatario della consegna a causa dell'oggetto di questa, come si avrà modo di constatare successivamente<sup>104</sup>.

Assunta come paradigmatica la fattispecie del comodato, rimane peraltro da chiedersi, nel solco di Giovanni Finazzi, se, malgrado la consegna della cosa, le parti tra le quali inter-

---

<sup>104</sup> Quanto detto è valido anche con riguardo al mutuo, pur se per il medesimo non era prevista un'azione diretta e contraria, dando esso luogo, come scrive C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 340, «ad un c.d. *iudicium strictum*, nel quale il giudice è autorizzato a condannare unicamente alla restituzione e non a valutare contropretese del mutuatario ed eventuali responsabilità del mutuante». Come precisa lo stesso autore, invero, il mutuatario che avesse patito dei danni in dipendenza dei vizi delle cose fungibili consegnategli dal mutuante avrebbe potuto esperire l'*actio de dolo* o l'*actio legis Aquiliae*, a sanzione di una responsabilità qualificabile però come extracontrattuale.

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*<sup>127</sup>), esigendo al-

---

<sup>127</sup> Per aversi una *stipulatio*, era infatti sufficiente l'accordo circa l'impegno di un soggetto di compiere una prestazione a favore dell'altro. Si tratta peraltro di un accordo che spessissimo si innestava in una più ampia *conventio* relativa al complessivo assetto di interessi voluto dalle parti, destinata dapprima a restare sullo sfondo, poi ad assumere rilevanza soltanto sul piano del *ius honorarium* (giustificando, per esempio, l'opposizione di un'*exceptio doli generalis*), infine a valere direttamente sul terreno del *ius civile*, entro limiti variamente individuati dai singoli giuristi nell'ambito della casi-

fattispecie, fondate comunque su accordi ai quali si sommava un indice della giuridicità esterno e formale o 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 sembra discendere da un'operazione di sintesi compiuta proprio da questo giurista muovendo dalla classificazione di Labeone leggibile in D. 50.16.19 e dal *dictum Pedii* di cui a D. 2.14.1.3, pur se con esclusivo riguardo alle figure tipiche<sup>125</sup>, è necessario approfondire l'argomento<sup>126</sup>.

Constatato, grazie appunto al *dictum Pedii*, che tutti i contratti e tutti gli atti a carattere

<sup>125</sup> Singolarmente – va rilevato con M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 554, sotto un profilo più generale –, «da lunga storia delle convenzioni sinallagmatiche [e il riferimento è ovviamente a quelle atipiche] non ha avuto influsso ... sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni e sulla quadripartizione dei contratti neppure nella compilazione giustiniana».

<sup>126</sup> Su di esso, nell'ambito della letteratura più recente, cfr. N. DONADIO, *L'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *La nozione di contratto*, cit., 34 ss.

veniva potessero decidere di mantenere la loro relazione «sul solo versante dell'*amicitia* e dei relativi *officia* e *beneficia*, non facendo sorgere alcun vincolo giuridico, o se, al contrario, una volta data la cosa affinché questa fosse utilizzata, per ciò stesso le obbligazioni contrattuali tipiche del comodato sorgessero automaticamente, affiancandosi ai doveri morali ... o sostituendosi ad essi». Ovviamente, e bene lo precisa Finazzi, «l'eventualità che le parti potessero escludere il sorgere del vincolo giuridico sarebbe da scartare ove si aderisse all'ipotesi secondo la quale, nel diritto romano classico, ad eccezione che nelle *obligationes consensu contractae*, la conclusione dei contratti si sarebbe perfezionata a seguito della sola integrazione degli elementi strutturali caratteristici di ogni figura contrattuale, consistenti nella pronuncia dei *verba*, nella *datio rei*, nella scrittura, rimanendo irrilevanti il consenso delle parti e l'accordo sullo scopo del negozio». Ma poiché, come ammette pure Finazzi, «in epoca classica i giuristi romani, per la conclusione del contratto, attribuivano rilevanza anche al consenso delle parti», è quasi giocoforza pensare che fosse in loro facoltà «sottoporre la dazione in uso della cosa unicamente al sistema di appartenenza dell'*amicizia*», privandola

così convenzionalmente del valore che d'ordinario assumeva nel campo del diritto<sup>105</sup>.

Si può allora osservare, riprendendo ancora Finazzi, che «nei casi ... riguardanti contratti ... caratterizzati dalla gratuità e da una struttura unilaterale o bilaterale imperfetta la dimensione del pregiuridico, nella quale poteva trovare spazio l'*amicitia*<sup>106</sup>, e quella dei doveri giuridici si lambivano, senza mai incontrarsi, rimanendo costante una netta demarcazione fra di esse»<sup>107</sup>. Prima che il loro rappor-

<sup>105</sup> Cfr. G. FINAZZI, '*Amicitia*' e doveri giuridici, in *Homo*, 'caput', 'persona'. *La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 734 s.

<sup>106</sup> Scrive al suo riguardo G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 633 e 642: «l'*amicitia* assumeva un ruolo non marginale tra i profili che concorrevano alla costruzione dell'identità individuale nell'antica Roma. A tale proposito, è stato osservato che, mentre il mondo cristiano è ispirato al primato della carità, il mondo classico, greco e romano, era caratterizzato dal primato dell'amicizia, comprensiva sia dell'«amicizia solidarietà» che dell'«amicizia personale». E ancora: «l'*amicitia* presupponeva, di solito, parità e simmetria fra gli amici, trattandosi normalmente di una relazione fra uguali, tenuti ad un equilibrio reciproco nei *beneficia* e negli *officia* e, perciò, era il più delle volte costituita fra persone di pari rango sociale e giuridico».

<sup>107</sup> Cfr. G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 743.

pur nella varietà delle loro tesi rispetto alla nozione di contratto affacciata dal maestro augusteo e nonostante le esitazioni e financo le erronee impostazioni che esibisce la riflessione di Gaio, alla quale darò in seguito ampio spazio. Basti pensare che Ulpiano – il quale condivideva l'opinione di Pedio, che sarebbe poi stata anche di Aristone e Mauriciano, sull'estraneità degli accordi aventi a oggetto l'impegno reciproco delle parti di compiere una prestazione non integranti fattispecie tipiche e ineseguiti dalle parti stesse all'area del contratto e anzi del giuridico e sull'appartenenza alla prima degli accordi dal contenuto siffatto non inquadrabili in modelli tipici e attuati da una delle parti, come si desume da D. 2.14.7.2 – 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

vavano<sup>124</sup> –, 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 pregiuridico, 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 l'agire per conto dell'altra parte, peculiare del mandato, oppure esterno e formale, come la pronuncia dei *verba*, ricorrente nella *stipulatio*, la consegna della cosa, tipica per esempio del mutuo, del deposito e del comodato, e l'uso delle *litterae*, proprio del *nomen transcripticium*.

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,

<sup>124</sup> Cfr. L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 353 ss. A questo lavoro, in cui dò forma compiuta a talune delle idee enunciate sinteticamente nel corso del mio intervento orale, attingo il più di ciò che propongo nel presente paragrafo.

to accedesse all'area del giuridico, invero, «l'una delle parti era libera di recare o meno vantaggio all'altra parte» o comunque «era vincolata da un semplice dovere morale, connesso all'*officium*». Ma dopo ciascuna era tenuta a quanto prescritto dal diritto, «il quale affiancava la propria valutazione e i conseguenti effetti a quella morale, naturalmente, come sempre, su un piano effettuale diverso»<sup>108</sup>.

Ciò, del resto, è comprovato da D. 13.6.17.3 di Paolo, nel quale, ed è sempre Finazzi a sottolinearlo, «sebbene non sia espresamente menzionata l'*amicitia*, viene approfondito il problema della relazione fra libera volontà e doveri morali, da una parte, e doveri giuridici, dall'altra, in riferimento ad alcuni rapporti contrattuali a titolo gratuito – precisamente il comodato e il mandato – e alla gestione di affari»<sup>109</sup>. In quel testo si dice, tra l'altro, che, una volta consegnata la cosa al comodatario, il comodante non poteva tornare sui suoi passi, dal momento che a precludergli «di far cessare gli effetti del negozio e di agire per la restituzione, nonché di togliere prima del tempo al comodatario l'uso della cosa comodata non era soltanto il dovere mo-

<sup>108</sup> Cfr. G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 730.

<sup>109</sup> Cfr. G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 730.

rale (*non officium tantum impedit*), ma anche (*sed et*) l'obbligazione contratta a seguito della dazione e della ricezione della cosa» (*suscepta obligatio inter dandum accipiendumque*)<sup>110</sup>. E infatti *geritur negotium invicem*, ovvero dal negozio, e dunque dall'accordo divenuto giuridicamente rilevante in conseguenza della consegna, scaturivano effetti in capo a entrambe le parti, *et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles*. Parimenti, si legge ancora nel passo<sup>111</sup>, accettare un incarico, ossia concludere un mandato giuridicamente vincolante, era, dal versante del diritto, rimesso alla decisione del singolo, tenuto però ad espletarlo, e dal diritto stesso, ove si fosse determinato in senso positivo: *voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare*<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> Cfr. G. FINAZZI, 'Amicitia', cit., 731.

<sup>111</sup> In esso non mancano peraltro «due esemplificazioni, riguardanti le obbligazioni del comodante», per le quali rinvio a G. FINAZZI, 'Amicitia', cit., 733 s.

<sup>112</sup> Ricordato che «di questo argomentare paolino è stato in tempi recenti autorevolmente evidenziato», in particolare da Nörr e Mantello, «il collegamento con l'elaborazione, di ascendenza stoica e, per dir così, canonizzata da Seneca nel *De beneficiis*, del dualismo *voluntas-necessitas* ed è stato rimarcato il ricorso alle figure, approfondite dalla produzione ciceroniano-

Si può allora affermare, prescindendo dall'esaminare qui la posizione assunta da Pedio rispetto ai contratti innominati – tanto più che di essa mi sono già occupato in un altro saggio, giungendo alla conclusione che egli, diversamente da Labeone, vedesse non nella mera reciprocità degli impegni di eseguire una prestazione, ma nella reciprocità di tali impegni ulteriormente qualificata dall'attuazione dell'uno dei due l'indice per l'attribuzione della rilevanza giuridica agli accordi donde deri-

---

*trahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt* – rispecchierebbe quello di Pedio], sicché deve riscontrarsi in ogni atto bilaterale compiuto *contrahendi* o *transigendi causa*, e utilizzando la parola *contractus* nell'impiego comune, per cui essa si applicava anche alla *stipulatio* e alla *numeratio*, precisa (*elegant*), in opposizione alla illazione che si poteva trarre dalla definizione del contratto fornita da Labeone in rapporto all'atto, che non c'è nessun contratto, nessun atto obbligatorio bilaterale (di questo solo egli intendeva ... parlare) che non abbia in sé il consenso. Anche la *stipulatio*, aggiunge, che pure avviene *verbis* (e implica, precisiamo noi, un *inter se agere – verbis* appunto – dello stipulante e del promittente), se non ha in sé il consenso, è nulla».

fondo non di tutte le *obligationes*, ma di quelle soltanto che derivano dal contratto inteso come voleva Labeone e dall'atto e dal gesto come concepiti da questo stesso giurista. Anche per R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*, XXXVII, 1983, 204, «Pedio deve avere enunciato la sua dottrina del contratto avendo presente la *definitio* del contratto data da Labeone» (l'assunto compendia un lungo discorso, che si snoda a partire da p. 187). Diversa dalla mia è però la tesi dello studioso (esposta alle pp. 205 s.) in merito al «senso della posizione particolare che Pedio assume nel suo discorso nei confronti di Labeone». A suo avviso, invero, «Labeone si trova di fronte ad un impiego, nel linguaggio comune ed anche in quello edittale, della terminologia del contratto quanto mai vario. Egli pone in rilievo che per contratto deve intendersi solo un atto obbligatorio convenzionale. E lo fa ai fini del riconoscimento di effetti obbligatori ad ogni convenzione. Nell'ambito dell'*agere*, categoria generale, in cui rientra il contratto, vi potranno dunque essere atti, come il contratto, che implicano il consenso, ed atti che ne prescindono. Noi non possiamo stabilire qui se Labeone volesse far rientrare *stipulatio* e *numeratio* veramente in quest'ultima categoria. Ma è certo che citando queste figure come esempi di atti (rispettivamente *verbis* e *re*) poteva indurre alla illazione che la *stipulatio* e la *numeratio* non fossero atti convenzionali. Ma proprio questa illazione Pedio vuole evitare. Perciò egli parte dall'affermazione per cui la *conventio* ha portata generale [al riguardo va osservato che per Santoro anche il pensiero di Ulpiano di cui alla prima parte di D. 2.14.1.3 – *conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii con-*

7. *Il contratto nella giurisprudenza classica: teorie costitutive e strumenti di tutela.*

La ricostruzione che ho prospettato suggerisce peraltro la rivisitazione di alcuni testi in materia contrattuale, potendosi da essi trarre indicazioni da mettere a profitto allorché torneremo al profilo della responsabilità nel campo della gratuità contrattuale d'epoca classica.

senechiana, del *beneficium* e dell'*officium*», G. FALCONE, 'Obligatio est iuris vinculum', Torino, 2003, 178, pone in risalto «non solo il fatto in sé che il giurista giustappone tra loro *officium* e *obligatio*, ma, soprattutto, la circostanza che, come contraltare della coppia '*voluntas/officium*', la coppia '*necessitas/obligatio*' è presa in considerazione dallo specifico punto di vista dell'esistenza dello strumento processuale». Il che, secondo lo studioso, «mostra che Paolo ripropone il modello senechiano con adesione maggiore di quanto non sia stato fin qui riconosciuto, giusta l'accezione con cui lo stesso Seneca parla di *necessitas* e di *necessarium* in riferimento all'esistenza di un esperimento giudiziale». Sui punti qui toccati e su altri ancora, di estremo interesse perché attengono ai criteri con cui si differenziava il rapporto obbligatorio rispetto a legami di diversa natura, «intesi come 'obbliganti' e però non coercibili», cfr. anche G. FALCONE, 'Officium' e vincolo giuridico: alle origini della definizione classica dell'*obligatio*', in *Ius antiquum*, XVI, 2005, 67 ss. (la citazione è da p. 68).

Partiamo dal famoso passo di Ulpiano, in D. 50.16.19, in cui è ricordato il pensiero espresso da Labeone a proposito di atto, contratto e gesto, così concepito: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrabantur': 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'<sup>113</sup> vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*. Più ragioni, sulle quali qui non indugio, mi spingono a immaginare che Labeone abbia inteso proporre 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 era riscontrabile in ciascuna di esse.

Ciò precisato, è da osservare che, collegando all'atto il *verbis* e *re agere*, di cui prospetta come esempi la *stipulatio* e rispettivamente la *numeratio* – e cioè il mutuo e forse la *solutio in-*

<sup>113</sup> Ricorro, qui e nel seguito, alla traslitterazione del vocabolo greco, che compare anche in D. 2.14.7.2.

senza di tali elementi, la *conventio* abbandonasse il piano sociologico di cui parla lo studioso per passare in quello giuridico<sup>123</sup>.

<sup>123</sup> Solo in parte la mia interpretazione del *dictum Pedii* coincide con quella offerta da R. KNÜTEL, *La 'causa' nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso internazionale Aristec. Palermo - Trapani, 7-10 giugno 1995*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 133, come si desume dalla lettura delle sue parole: è da rilevare «come Pedio con il termine *contractus* intenda chiaramente la *ultro citroque obligatio* nel senso di Labeone (D. 50.16.19), dunque i contratti sinallagmatici, mentre con il termine *obligatio* identifichi i 'rapporti obbligatori unilaterali'. Poiché è chiaro che il discorso non può riguardare le *obligationes* da delitto o da quasi-delitto, l'unica possibile alternativa è riferirlo ai 'rapporti obbligatori contrattuali unilaterali': laddove, secondo me, bisogna invece riferirlo ai rapporti obbligatori non reciproci che Labeone inseriva nelle categorie dell'atto e del gesto. Troppo generico, d'altro canto, mi sembra l'assunto di G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*. *Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994, 178, secondo cui Pedio avrebbe inteso affermare «che la *conventio* è al fondo di tutte le *obligationes*, anche di quelle, come la *stipulatio*, dove *obligata* è una sola parte, poiché la mancanza del consenso rende nulla la struttura»: a prescindere dalla dubbia paternità del periodo che chiude D. 2.14.1.3 (*nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*), che sarei comunque più propenso ad ascrivere a Ulpiano sulla scia della dottrina citata alla nt. 121, vi è infatti che la *conventio* Pedio la vede al

credo che Pedio, così dicendo, si discostasse dalla dottrina di Labeone, convinto come sono che egli mirasse anzi a chiarirla, 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, certo esistente anche nelle ipotesi in cui si agiva *re, verbis e litteris*. Dunque, se per Talamanca «Pedio viene, in definitiva, ad ammonire che non ci si deve far ingannare dall'apparenza della *res*, dei *verba*, delle *litterae*», in quanto «sul piano sociologico v'è sempre una *conventio* sottostante a questi elementi, per chiamarli così, formali»<sup>122</sup>, per me Pedio avvertiva chiaramente come, in pre-

---

«se pure rispondente alla veduta pediana, deriva da Ulpiano»; e anche per G. ROMANO, 'Conventio' e 'consensus' (a proposito di Ulp. 4 'ad ed.' D. 2.14.1.3), in *AU-PA*, XLVIII, 2003, 326, è di Ulpiano, come porterebbe a credere, «se non la sostituzione di *conventio* con *consensus*, secondo quanto sostenuto a suo tempo dal Betti, per lo meno il passaggio dalla forma infinitiva impiegata nel tratto immediatamente precedente ('*nulum esse contractum*') a quella finita ('*nam et stipulatio ... nulla est*')».

<sup>122</sup> Cfr. M. TALAMANCA, 'Conventio' e 'stipulatio', in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano – Siena 14-15 aprile 1989*, a cura di N. Bellocci, Napoli, 1991, 211.

*debiti*<sup>114</sup> –, Labeone vuole puntualizzare che nella categoria così designata andava ricondotto ogni rapporto 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 Labeone accostasse al *verbis* e *re agere* il *litteris agere* e che la sua

---

<sup>114</sup> È difficile stabilire se nella *numeratio* Labeone vedesse la dazione di una somma non solo a mutuo, ma anche a pagamento dell'indebitato, dalla quale discendeva, in caso di errore del *solvens* sull'esistenza del debito, l'obbligazione di colui che aveva ricevuto i *nummi* di restituirli, sanzionata dalla *condictio*, come si ricava da Gai 3.91. Pur propendendo per la soluzione negativa, non voglio però tacere del cauto atteggiamento mostrato sul punto da M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 534, secondo il quale «nell'*actum* ... si ricomprende il *verbis* o *re agere* (le *obligationes verbis* o *re contractae*), di cui sono menzionati come esempi la *stipulatio* e la *numeratio* (il mutuo ed eventualmente la *solutio indebiti*)». Aggiungo comunque che, se realmente Labeone, parlando di *numeratio*, alludeva anche alla *solutio indebiti*, ciò denoterebbe un suo errore sul piano dogmatico, probabilmente causato dal fatto che un accordo era insito nel pagamento pur non dovuto: accordo che il giurista valorizzava trascurando di considerare che esso era indirizzato all'estinzione e non certo alla nascita di un'obbligazione, come emerge con evidenza da Gai 3.91, poc'anzi citato.

menzione sia scomparsa a causa di un taglio dovuto ai compilatori del Digesto<sup>115</sup>. Mentre, associando al contratto l'*ultra citroque obligatio, quod Graeci 'synallagma' vocant*, come l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas*, egli intende precisare che il termine contratto si attagliava a un rapporto che muoveva da un accordo e aveva quale stigma della giuridicità l'*ultra citroque obligatio*, cioè lo scambio<sup>116</sup> pur concepito in senso lato<sup>117</sup> (il quale mancava nel mandato,

<sup>115</sup> Come osserva M. TALAMANCA, voce *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 67, nt. 52, «i giustinianeî sono stati particolarmente attenti nel cancellare, nel Digesto ed eventualmente nel Codice, il ricordo di questo *genus obligationis*», rappresentato appunto dall'*obligatio litteris*: per cui «non desterebbe ... sorpresa che l'avessero fatto anche in questa connessione», che si rinviene in D. 50.16.19.

<sup>116</sup> Cfr. A. SCHIAVONE, *Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 284. Vd. anche T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore del richiamo al 'synallagma' in Labeone e in Aristone*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008, 846.

<sup>117</sup> In senso stretto, infatti, lo scambio postula che l'una prestazione costituisca il corrispettivo dell'altra, per cui non ricorre nella *societas*, come sottolinea A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, I, Milano, 1988, 22, in quanto in essa «le prestazioni dovute ...

per terza e ultima. Aggiungo subito, però, che quanto ho detto con riguardo al gesto è altamente congetturale, fondandosi su un'ipotesi almeno per adesso priva di significativi riscontri.

Passiamo a un altro testo ben noto, 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. stando alla più recente letteratura<sup>120</sup>. *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 litteris*) *fiat; nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*<sup>121</sup>. Ebbene, io non

<sup>120</sup> Cfr. C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005, 42.

<sup>121</sup> La genuinità del periodo *nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*, già negata da qualche studioso – incline a vedervi un'interpolazione giustiniana o un glossema postclassico –, oggi appare tuttavia per lo più riconosciuta (cfr., tra gli altri, A. MANTELLO, *Le 'classi nominali' per i giuristi romani. Il caso d'Ulpiano*, in *SDHI*, LXI, 1995, 256 s.). Rimane comunque controversa la sua paternità: per F. GALLO, *'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Torino, 1995, 216, ad esempio, esso,

sì, 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 sostanziava, 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 definire *quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur'*, non abbia poi rispettato tale sequenza, anteponendo alla trattazione del gesto quella del contratto, per la maggior evidenza del momento giuridicizzante proprio della figura che andava programmaticamente considerata

---

atto negoziale, a differenza dell'*actum* e del *contractum*; L. ZHANG, *Contratti*, cit., 154 s., secondo cui la *res sine verbis facta* rimanderebbe a «un'azione meramente materiale», come vuole Burdese, e al «negozio giuridico concluso a prescindere da dichiarazioni formali», come nel caso della *negotiorum gestio* e della *pro herede gestio*; P. GRÖSCHLER, *Auf den Spuren des Synallagma. Überlegungen zu D. 2.14.7.2 und D. 50.16.19*, in *Antike - Recht - Geschichte. Symposium zu Ehren von P.E. Pieler*, Frankfurt am Main, 2009, 51 ss., assertore di un'ipotesi meno distante dalla mia, in quanto egli immagina che nel gesto Labeone facesse rientrare una pluralità di negozi di gestione, ma non necessariamente basati su un accordo, tra i quali, in aggiunta alla *negotiorum gestio* e ad altri ancora, il mandato.

---

sono funzionalmente indirizzate al comune intento sociale». Ma in un'accezione più ampia lo scambio è sempre ravvisabile allorché la prestazione cui ogni parte è tenuta vada, in via diretta (come nell'*emptio venditio* e nella *locatio conductio*) o mediata (come nella *societas*), a vantaggio dell'altra. Così inteso, dunque, lo scambio di prestazioni rappresenta proprio l'oggetto dell'*ultra citroque obligatio* di Labeone, che esprime non più che il simultaneo sorgere a carico di ciascuna parte, in forza di un accordo, del vincolo al compimento di una prestazione a beneficio (almeno indiretto) dell'altra. Troppo rigido, per conseguenza, mi sembra l'assunto di F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, cit., 50, secondo cui «l'elemento che caratterizza e delimita, secondo Labeone, la categoria del *contractum* è costituito dalla c.d. bilateralità oggettiva, dalla corrispettività – come si dice con maggior esattezza – delle prestazioni concordate. Si tratta della base dell'attività commerciale e in genere di scambio tra gli uomini. Labeone percepì che la corrispettività delle prestazioni è da sola sufficiente a rendere vincolante l'accordo». Del tutto accettabile è invece il rilievo di B. ALBANESE, *'Agere', 'gerere' e contrahere' in D. 50.16.19. Congetture su una definizione di Labeone*, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 240, che Labeone avvicinasse l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas* sul presupposto «dell'esistenza strutturale, in tutti e tre i negozi, di mutue *obligationes* delle parti, sorgenti con assoluta certezza dal fatto stesso del compimento del negozio».

come sostiene la dottrina nettamente prevalente<sup>118</sup>, per cui del tutto coerentemente non

<sup>118</sup> A. BURDESE, *Sul concetto*, cit., 22, ammette che l'assenza del mandato dal novero delle figure contrattuali di cui a D. 50.16.19 «può essere dovuta, piuttostoché a una caduta accidentale della sua menzione dal testo originario, alla sua bilateralità solo imperfetta, per cui gli obblighi del mandante verso il mandatario sono meramente eventuali e successivi rispetto a quelli del mandatario verso il mandante». Ben più deciso in questa direzione è B. ALBANESE, *'Agere'*, cit., 242, secondo il quale Labeone non aveva elencato il mandato «sotto il paradigma della *ultra citroque obligatio* ... per il semplice fatto che, in questo contratto, le *obligationes* delle parti non possono in alcun modo qualificarsi senz'altro come *ultra citro*. L'obbligazione del mandatario [*recte*, mandante], infatti, stante l'essenziale gratuità del contratto, è solo eventuale, e talvolta è addirittura impensabile, in relazione a particolari fattispecie, senza che per questo si possa minimamente negare l'esistenza di un perfetto contratto di mandato. Da qui, l'impossibilità di qualificar *ultra citroque obligatio* il '*contractum*' in cui si concreta – se è possibile dir così – il *contractus* di mandato». Sulla bilateralità imperfetta del mandato insiste anche l'ultima dottrina, con l'eccezione di S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011, 315 ss., che si rifà alla tesi già di Provera e di altri studiosi, sforzandosi di portare nuovi argomenti a favore della bilateralità perfetta specie dal versante funzionale: cfr. infatti L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007, 157; S. RANDAZZO, *'Mandare'. Radici della doverosità*

lo si ritrova accanto alle tre fattispecie citate). E infine, vedendo nel gesto la *res sine verbis facta*, il giurista mira forse a mettere in luce che in questa figura si aveva pur sempre un rapporto 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 testo), 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 nemmeno contemplata per esclusione nel brano, né la pronuncia dei *verba* o l'uso delle *litterae*, anche in tal caso da presumersi richiamato nell'originale<sup>119</sup>. Se ne trae, a opinare co-

*sità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 233 ss. (che preferisce però parlare di «bilateralità asimmetrica», per le ragioni riassuntivamente esposte alle pp. 243 ss.).

<sup>119</sup> Reputa F. GALLO, *Eredità*, cit., 42 ss., con riguardo a quanto si legge in D. 50.16.19, che «i riferimenti al *gestum* (*quaedam* '*gerantur*' e *gestum rem significare sine verbis factam*) non siano attribuibili né a Labeone né a Ulpiano». Non sono però pochi gli studiosi che li ritengono ascrivibili proprio a Labeone: fra questi, mi limito a segnalare A. BURDESE, *Sul concetto*, cit., 24, per il quale il *gestum* sarebbe stato concepito dal giurista augustiniano «come attività non solo posta in essere *sine verbis*, ma in sé meramente materiale e come tale qualificata *res* (*sine verbis facta*), che non presenta carattere di

Quanto poi a Mauriciano, è subito da sottolineare come la sua opinione, che pure si iscrive nell'ordine di idee propugnato da Pedio in tema di contratti innominati, vada a completare quella di Aristone. Se di questi, 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

---

tamente incompatibile con la congettura che Aristone, «fondandosi, con ogni probabilità, sulla teorizzazione circa la giustizia particolare ..., enunciata da Aristotele nell'*Etica nicomachea*», ravvisasse «il profilo essenziale del *synallagma* nell'idea del riequilibrio: nella correzione degli squilibri che si determinano nei rapporti tra gli uomini in dipendenza di atti sia leciti che illeciti compiuti dagli stessi», come puntualizza lo stesso F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 72). Insomma, e per concludere sul tema: altro è immaginare, con Gallo, che Aristone abbia creato e imposto dall'esterno una nuova categoria, quella del *synallagma*; altro è pensare che egli, applicandosi scientificamente, abbia cercato di dare maggiore solidità sul piano dogmatico a una categoria a fondamento normativo, quella del contratto, quale risultava a seguito del riconfinamento operato da Pedio, valorizzando al proposito la nozione, anzi la nozione sentita come vera, di *synallagma*, onde depotenziarne la più risalente e più ampia definizione avanzata da Labeone, impostata proprio sulla sua corrispondenza al concetto di *synallagma*.

ferma sul peculiare oggetto di questo consenso<sup>132</sup> 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, mentre nelle obbligazioni verbali l'uno stipula e l'altro promette e in quelle letterali l'uno obbliga e l'altro si obbliga con l'annotazione della *spesa*»<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> Cfr. ancora C. CASCIONE, 'Consensus', cit., 441 ss.

<sup>133</sup> La traduzione è quella che si legge in *Le Istituzioni di Gaio*, a cura di M. Balzarini, Torino, 1998, 143. Mi piace riportare qui quanto scrive R. MARTINI, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, in *Iura*, XLII, 1991, 103, nt. 21, muovendosi in un'ottica non troppo distante dalla mia: «anche per gli stessi contratti consensuali dei Romani ci si potrebbe chiedere – secondo me – se effettivamente sia stato solo l'accordo a vincolare le parti o non piuttosto la reciprocità delle obbligazioni, come indurrebbe a credere, se non fosse altro, la famosa affermazione sull'*ultra citroque obligatio* di Labeone e come, oltretutto, parrebbe mettere in luce lo stesso Gaio quando, alla famosa frase del '*sufficit consensisse*', aggiunge (3.137): *item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*». Non coinvolta nell'osservazione

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 mandataro e soltanto eventualmente<sup>134</sup> e posteriormente una seconda *obligatio* in capo al mandante<sup>135</sup>. 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

---

di Martini è però la figura del mandato, cui era estranea la reciprocità delle obbligazioni.

<sup>134</sup> Come ammette lo stesso R. MARTINI, voce *Mandato nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 199.

<sup>135</sup> Ed è ovviamente in ragione di ciò che Labeone, come già constatato, non lo aveva richiamato in sede di definizione del contratto.

---

lito a quali condizioni le convenzioni atipiche originanti un vincolo bilaterale al compimento di una prestazione sarebbero entrate nella sfera del diritto, trovandovi un'adeguata protezione processuale. E l'unico appiglio che egli avrebbe rinvenuto (o, forse, solo potuto rinvenire) a giustificazione dell'inedito regime proposto sarebbe stata l'esigenza del riequilibrio: come ancora nota lo stesso F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 73, per Aristone «la categoria del *synallagma*» abbracciava «convenzioni sinallagmatiche atipiche, nelle quali l'avvenuta esecuzione di una delle prestazioni corrispettive poneva l'esigenza del riequilibrio, appagata col riconoscimento dell'azione per l'adempimento della prestazione» (riconoscimento che peraltro dobbiamo, ancorché fondatamente, supporre, posto che il testo parla – e, come ho già detto, per me genuinamente – di *obligatio* e non di *actio*). Viceversa, si vede in Aristone il giurista che concorre a costruire il sistema attraverso la ragionata speculazione se si pensa che egli lavorasse, per così dire, all'interno del diritto, utilizzando la figura del contratto, a suo tempo individuata da Labeone sulla base di referenti normativi e rivista poi da Pedio, quale tramite che consentiva di attribuire rilevanza giuridica, in aggiunta alle convenzioni tipiche che prevedevano impegni bilaterali, a quelle atipiche contemplanti siffatti impegni purché avessero avuto unilaterale esecuzione, giustificando tale ulteriore requisito, non richiesto da Labeone e preteso invece da Pedio per conservare in vita la tipologia dell'*agere re*, con un nuovo argomento (sollevato quindi nei confronti di Labeone): unicamente quando ricorreva anche questo requisito si poteva dire di essere in presenza di un *synallagma* (ciò che non è astrat-

*gatio* in capo a ogni soggetto che avesse stretto l'accordo)<sup>176</sup>.

<sup>176</sup> Scrive F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 73 ss.: «Aristone non dice che, negli esempi addotti, c'è il contratto, bensì che c'è il *synallagma*, aggiungendo, sempre senza menzionare il contratto, che da esso nasce un'azione civile (secondo la stesura a noi pervenuta, un'obbligazione civile). Il riferimento al contratto compare bensì nel prosieguo del discorso. Esso non è però sicuramente attribuibile, nel contesto, ad Aristone. ... Si può dire ... che Aristone non inglobò propriamente il *synallagma* nel sistema contrattuale, ma lo affiancò allo stesso per ovviare a una deficienza in esso riscontrata. Diversamente da Labeone, egli non ritenne di per se stesse azionabili le convenzioni sinallagmatiche atipiche: per lui l'azione nasceva soltanto se era stata eseguita una delle prestazioni convenute, nella prospettiva, ricavata da Aristotele, del ristabilimento dell'equilibrio tra le parti. Secondo il racconto di Ulpiano, il giurista traiano si sentì (o comunque restò ancora) vincolato al sistema contrattuale, ispirato alla tipicità, costruito nella scuola sabiniana: egli lo lasciò inalterato, aggiungendo ad esso il complemento costituito dal *synallagma*; l'inserimento nel sistema contrattuale dei casi rientranti in quest'ultimo fu verosimilmente un passaggio successivo, compiuto da Mauriciano». Per quanto suggestiva, la tesi non mi pare tuttavia accoglibile. A tacer d'altro, essa finisce col riconoscere ad Aristone il ruolo del legislatore che detta una nuova disciplina, piuttosto che la veste del giurista che certo può contribuire all'edificazione dell'ordinamento, ma operando scientificamente. Stando alla stessa, invero, Aristone avrebbe unilateralmente stabi-

cui ne offre la definizione, 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 invicem 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»<sup>136</sup>.

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. Di contro a quanto ho sostenuto in un precedente scritto<sup>137</sup>, esso non era

<sup>136</sup> La traduzione proviene dalla *Antologia delle Istituzioni di Gaio*, a cura di B. Santalucia, Bologna, 2005, 131.

<sup>137</sup> Cfr. L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 374. Rispetto all'impostazione lì seguita, dalla quale qui mi discosto solo in parte, G. FALCONE, *Approccio operativo-cautelare e 'obligationes ex contractu' nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschrift für R. Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2009, 323 s., nt. 32, ha negato che «sussistano ele-

dato, né in antico né al tempo di Gaio, dal rapporto di *amicitia* intercorrente fra le parti

---

menti per immaginare una vicenda intellettuale» come quella da me proposta con riferimento a Gaio. A suo avviso, «se realmente Gaio si fosse accorto di aver compiuto un errore, egli più probabilmente lo avrebbe eliminato alla radice, anziché mantenerlo e cercare di rimediare, per di più forzando la configurazione di un istituto (il *mandatum*)»; inoltre, il giurista, nel prospettare «la quadripartizione *re-verbis-litteris-consensu*, imperniata sul compimento degli atti obbliganti», avrebbe perseguito obiettivi didattici «in chiave operativo-cautelare e non già teorico-dogmatica». Queste ed altre critiche non riescono però a indurmi a un mutamento di prospettiva, salvo che per quanto mi appresto a dire nel testo, ma in dipendenza di una ricerca di Finazzi. D'altro canto, non mi riesce di scorgere, nella scrittura di Gaio, nulla che renda inverosimile la lettura che di essa offro, capace semmai di valorizzare la competenza tecnico-costruttiva di un esponente della *scientia iuris* qual era pure Gaio, la quale ben poteva esplicitarsi compiutamente anche in un'opera che rispondeva a esigenze didattiche. Per giunta, l'assunto di Falcone sulla scarsa plausibilità del mio discorso sull'errore commesso da Gaio in sede di elaborazione della nota quadripartizione si indebolisce di fronte al secondo errore in cui cade lo stesso Gaio quando inserisce tra le *obligationes re contractae* la *solutio indebiti*, lasciandola lì nonostante egli si avveda che si trova nel posto sbagliato, tanto da non sottacere la ragione dell'infelice collocazione, come meglio vedremo nel seguito.

mente 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*<sup>175</sup> 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'*obli-*

---

agli autori ivi menzionati alla nt. 142, cfr. F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 65 ss.), la proposta di emendare il testo, sostituendo *actionem* a *obligationem*: ma è una proposta che a mio avviso non merita accoglimento, non essendovi sufficienti ragioni per dubitare che nell'originale figurasse il secondo termine. Isolata è poi la posizione di P. VOCI, *La dottrina*, cit., 243 ss., che corregge *civilem obligationem* in *honorariam actionem* (andando incontro alla censura di M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., 40).

<sup>175</sup> A ragione, quindi, A. MANTELLO, *I dubbi*, cit., 124, osserva che «l'*hoc 'synallagma' esse ... non appare conferma del significato labeoniano del termine greco, quanto e piuttosto specificazione critica su tale significato».*

paragrafo successivo a quello in cui lo menziona: *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*. Rispetto a questo testo, riterrei infatti, con Gallo, che esso sicuramente reca «guasti rilevanti», ma altrettanto sicuramente documenta che «Paolo ricollegava (con *igitur*) alla citazione di Pedio l'affermazione che, nell'ipotesi di *datio* compiuta da una parte e non seguita da quella dell'altra, non si agiva per la restituzione, ma per l'*id quod interest* (per conseguire il ristoro patrimoniale)»<sup>173</sup>. Solo aggiungerei che tale affermazione verosimilmente ricalcava un'enunciazione dello stesso Pedio.

Volgendoci di nuovo ad Aristone, vi è addirittura motivo per credere che proprio allo scopo di enfatizzare l'insufficienza della teoria 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<sup>174</sup>: a significare appunto che esclusiva-

<sup>173</sup> Cfr. F. GALLO, '*Synallagma*', cit., 85, nt. 10.

<sup>174</sup> Si incontra di frequente, anche nella letteratura più recente (oltre a R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 217 s., e

che quell'accordo avessero stretto, nonostante il tenore del passo di Paolo in D. 17.1.1.4 (*mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit*). A convincermi di ciò è l'analisi che in tema di «amicitia e doveri giuridici nel mandato» ha condotto Finazzi. A suo parere, non è revocabile in dubbio che il mandato «presupponesse, di regola, la preesistenza di un rapporto fra i due soggetti sul versante sociologico o, almeno, che tale rapporto sorgesse, contestualmente a quello giuridico, ma sul proprio differente piano, per il fatto che l'incarico era stato dato ed accettato». Ed è agevole immaginare «che tale rapporto [...] il più delle volte fosse riconducibile agli *officia* che caratterizzavano l'*amicitia*, pur potendo trovare anche altrove, ad esempio nella parentela, nell'affinità, nel vicinato o nella considerazione sociale, la propria giustificazione»<sup>138</sup>. D'altro canto, se è

<sup>138</sup> Secondo G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla gratuità del mandato*, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, I, Milano, 2009, 487 s., «non può essere messo in dubbio che il mandato sia un istituto tipicamente romano, sviluppatosi in concomitanza col mutamento economico subito dalla società romana a partire già dalla fine del IV-III sec. a.C. Sin da

vero che la menzione dell'*amicitia* e degli *amici* in riferimento al mandato è presente in numerose fonti giuridiche, è anche vero che «nella maggior parte di esse la qualifica di *amicus* del mandante o del mandatario è meramente descrittiva, in quanto illustra la natura del rapporto fra le parti e, cioè, rappresenta un elemento della fattispecie concreta esaminata che non ha la dignità di presupposto necessario per l'integrazione del contratto», né dispiega alcun ruolo in relazione alla costruzione dell'istituto o all'elaborazione dell'una o dell'altra

---

quell'epoca e con sempre maggiore prepotenza si dovette infatti avvertire l'esigenza di avvalersi di uomini di fiducia, come potevano esserlo, a parte i sottoposti, anche i liberti e gli amici, per l'espletamento di affari che il *dominus negotii* era impossibilitato ad eseguire personalmente. E fu appunto il particolare legame esistente tra le parti: potestativo, di patronato o d'amicizia, a determinare il caratterizzarsi del rapporto come rapporto essenzialmente gratuito. Non è detto infatti che esso sia sorto solo 'tra eguali', meglio anzi 'tra amici', come ancora di recente si è continuato a sostenere», precisamente da parte di Martini. Il brano di Paolo riportato nel testo, continua l'autrice, «affianca chiaramente all'*amicitia* l'*officium*, cioè il dovere morale (quale poteva essere appunto quello che spingeva, oltre che il sottoposto, anche il liberto ad adempiere l'incarico affidatogli dal suo *ex dominus*), sottolineando che la realizzazione del medesimo non implicava un riconoscimento economico».

bligazione con la consegna della cosa»<sup>172</sup>. Né è immaginabile che Pedio omettesse di esplicitare che, sopravvenuta a un accordo sullo scambio in proprietà di due cose la *datio* di una di esse, stante il ricorrere di un contratto alla parte adempiente, mancandole uno specifico mezzo editale, era consentito agire nei confronti di quella inadempiente con l'*actio praescriptis verbis*. Cioè con l'azione volta all'*id quod interest* della quale parla Paolo, probabilmente proprio sulla scia dell'insegnamento che rinveniva nella produzione di Pedio, nel

---

<sup>172</sup> Negherei, invece, che dipenda da Pedio il seguito di D. 19.4.1.2: *alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato* (ovvero, ancora nella traduzione di F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 69: «diversamente, se la cosa non fosse ancora consegnata, diremmo che l'obbligazione si costituisce col mero consenso, il che è stato ammesso soltanto per quei negozi che hanno un proprio nome, come la compravendita, la conduzione, il mandato»). Pare infatti a me che il brano risenta dell'impostazione che si è visto seguita da Gaio, nella quale il piano attinente al modo in cui si concludevano i negozi bilaterali produttivi di obbligazioni si confonde con quello, ben diverso, concernente l'individuazione dei segni ai quali veniva riallacciata la protezione giuridica degli accordi che vincolavano le due parti o una di esse al compimento di una prestazione, finendo anzi per oscurarlo.

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<sup>169</sup>. 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. E che proprio questa fosse l'opinione del nostro giurista risulta altresì confermato da quanto Paolo scrive in apertura del paragrafo precedente a quello poc'anzi riportato, supponendo – sulle orme di Giorgio La Pira<sup>170</sup> – 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 – nella traduzione di Filippo Gallo<sup>171</sup> – «da compravendita si contrae con la mera volontà dei contraenti, mentre la permuta dà inizio all'ob-

<sup>169</sup> Cfr. F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 77.

<sup>170</sup> Cfr. G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in *BIDR*, XLV, 1938, 305.

<sup>171</sup> Cfr. F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 69.

soluzione casistica, «la quale sarebbe stata la stessa ove il mandante e il mandatario non fossero stati legati dal rapporto amicale, ma da altro rapporto rilevante al livello sociale o da nessun rapporto». Anzi, per quanto appaia forse strano, nell'epoca classica più matura «l'*amicitia* poteva anche concorrere a fondare un argomento nel senso dell'estraneità delle fattispecie discusse rispetto al contratto di mandato», come testimonia D. 17.1.10.7 di Ulpiano, in cui non si concede l'*actio mandati* nei confronti di chi non aveva agito *animo procuratoris*, avendo «promesso *affectionem amicalem*, cioè la propria cura e sollecitudine di amico». Per cui, secondo Ulpiano, «dipendeva dalla volontà delle parti la scelta fra il sistema di appartenenza dell'*amicitia*, che non implicava altro che un dovere morale ed eventualmente la gratitudine che portava al mutuo scambio di *beneficia* e di *officia*, e quello del diritto». Impostazione, questa, diversa da quella seguita da Paolo in D. 13.6.17.3 «relativamente al periodo successivo alla conclusione del contratto, atteso che, mentre per Ulpiano l'*animus procuratoris* escludeva l'*affectio amicalis*, per Paolo, come si desume dalla discussione riguardante il comodato, ma implicitamente estesa anche al mandato, il rapporto amicale e quello giuridico coesistevano su piani paralleli», ma in

ogni caso «la sopravvivenza o meno dei doveri morali era irrilevante sul versante giuridico». Quindi, in epoca classica, poiché era senz'altro privo di rilevanza giuridica l'incarico non versato in un valido contratto consensuale di mandato, a meno che la fattispecie non ricadesse nell'ambito d'impiego dell'*actio negotiorum gestorum*, mentre i doveri morali e sociali, tra i quali quelli connessi all'amicizia, preesistevano alla conclusione del contratto di mandato, il sorgere dei doveri giuridici dipendeva dalla sua integrazione. Secondo la prospettiva di Paolo, «da tale momento i due sistemi procedevano affiancati, ciascuno caratterizzato da proprie ricadute e, come si ricava dal confronto con i doveri morali amicali, dai propri contenuti, dato che, mentre sul versante giuridico il contratto era gratuito, sul piano morale sorgeva a carico del mandante la riconoscenza che comportava il dovere di contraccambiare». Per Ulpiano, invece, «la conclusione del contratto di mandato, implicando l'*animus procuratoris*, presupponeva l'inesistenza della *affectio amicalis* e, dunque, non era possibile la coesistenza delle due valutazioni. Da entrambi i punti di vista, comunque, sembrerebbe essere stata lasciata ai singoli la scelta di sottoporsi solo al sistema di appartenenza dell'*amicitia*

cennato, 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 ben nota alla pratica commerciale, non elevata tuttavia a tipo nell'ordinamento di età classica, priva perciò di un'apposita tutela in sede editale<sup>167</sup>, che una tesi avanzata in seno alla scuola sabiniana voleva, ma con fatica, inclusa nella compravendita, così che beneficiasse delle azioni specificamente previste per questa<sup>168</sup> –: *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

---

<sup>167</sup> Cfr. F. GALLO, '*Synallagma*', cit., 83 ss. Di opinione contraria è M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 556, per il quale la permuta avrebbe assunto il «rango di contratto tipico nell'editto giuliano», dove vi sarebbe stata «una rubrica», relativa appunto alla permuta, «in cui il pretore prometteva un'azione editale, con *formula in ius concepta* ed *intentio incerta*, quasi sicuramente *ex fide bona*», ideata come «azione in adempimento, che poteva esser intentata soltanto se una delle due parti avesse già adempiuto».

<sup>168</sup> Cfr. F. SITZIA, voce *Permuta (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 107 ss. Vd. anche E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, 207 ss.

far valere in giudizio l'inadempimento dell'altro<sup>166</sup>. Piuttosto risuona, nel lascito di quel giurista, l'idea maturata da Pedio rispetto ai contratti innominati, cui ho in precedenza ac-

---

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*; mentre, almeno per la giurisprudenza del principato, la parte tenuta a un *facere* che avesse adempiuto avrebbe potuto intentare l'*actio de dolo* (arbitraria e comunque volta a un risarcimento determinato secondo il criterio dell'interesse negativo) contro quella inadempiente, sempre o più probabilmente in talune ipotesi.

<sup>166</sup> Come nota M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., 31, è invece «opinione di lunga data» che la tesi di Aristone «fosse lo sviluppo del modo labeoniano di concepire il contratto». E invero, «lo rilevava il Pernice già più di un secolo fa. Lo ripeteva, qualche decennio più tardi, il Betti, secondo il quale Aristone faceva rientrare senz'altro la fattispecie configurata 'nel concetto labeoniano del *synallagma (contractum)*'. Lo riafferma e lo accentua più di recente lo Schiavone, per il quale la motivazione del responso di Aristone riconduce senza possibilità di equivoci all'organismo teorico di Labeone e l'impiego del termine *synallagma* basta di per sé solo a richiamare l'intero campo speculativo labeoniano». Ma giustamente lo studioso controbatte come «tutte queste affermazioni siano il frutto di un grave abbaglio, rientrino in un'illusoria prospettiva di continuità e coerenza di sviluppo del pensiero giuridico romano», che nel caso non è ravvisabile.

oppure anche, per Paolo, e solo, per Ulpiano, a quello del diritto<sup>139</sup>».

Riprendendo il discorso relativo a Gaio, egli, di fronte alla debolezza dell'indice 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<sup>140</sup>.

All'errore commesso nella fase di elaborazione dei *quattuor genera* delle *obligationes ex contractu*, Gaio ne sommava comunque un altro, poiché includeva nelle *obligationes re contractae* la *solutio indebiti*, ovvero il pagamento dell'indebito, che creava in testa all'accipiente l'obbligo di restituire quanto ricevuto, sanzionato

---

<sup>139</sup> Cfr. G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., 753 ss.

<sup>140</sup> Cfr. S. RANDAZZO, *'Mandare'*, cit., 233 ss.

dalla *condictio*. Nelle *Institutiones*, invero, egli, dopo aver trattato del mutuo (in 3.90, dove all'inizio si legge che *re contrahitur 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 condici 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 di natura convenzionale che Labeone aveva distribuito nelle categorie del contratto, dell'atto e del gesto, Gaio non doveva certo inserire nei *quattuor genera* le obbligazioni derivanti da fonti che tale natura non avessero: 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<sup>141</sup>, 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 indebitato alla dazione a mutuo,

<sup>141</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, cit., 6.

niva così ad affiancarsi, assolvendone la stessa funzione, agli specifici mezzi processuali a disposizione delle parti di un'*emptio venditio*, di una *locatio conductio* e di una *societas*<sup>165</sup> –, onde

---

*incerti* o *actio civilis incerti* (cfr. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 70 s.). Ferma la sua piena classicità, nonostante i dubbi ancora nutriti al riguardo da qualche studioso (vd., in particolare, M. SARGENTI, '*Actio civilis in factum*' e '*actio praescriptis verbis*', in *SDHI*, LXXII, 2006, 229 ss.), è sulla struttura della medesima che la dottrina è tutt'oggi spaccata. Secondo l'opinione di C.A. CANNATA, *Contratto*, cit., 43 ss., alla quale va la mia adesione, l'azione in parola aveva una *demonstratio* in cui veniva individuata la fattispecie concreta donde derivava il rapporto obbligatorio dedotto in giudizio (ciò che giustifica il suo appellativo di azione *in factum*), che era *praescripta* a un'*intentio in ius concepta*, in quanto «si trattava della canonica *intentio civilis incerta* delle azioni da contratto consensuale (*quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare facere oportet ex fide bona*)».

<sup>165</sup> Cfr., in questo senso, F. GALLO, *Eredità*, cit., 50. Con M. TALAMANCA, voce *Contratto*, cit., 70, vale peraltro la pena di ricordare che, in presenza di convenzioni che davano luogo a un reciproco impegno all'esecuzione di una prestazione e non assurgevano a schema tipico, già secondo la giurisprudenza tardo-repubblicana la parte tenuta a un *dare* che avesse adempiuto avrebbe potuto esperire la *condictio ob rem dati re non secuta* nei confronti di quella inadempiente, onde ottenere la restituzione della cosa trasferita in proprietà o il suo valore, calcolato in base alla *condemnatio al quanti ea res est* (per cui non era considerato

e poi a giustificare la concessione a ciascuno dei soggetti che quell'accordo avessero stretto della generale *actio praescriptis verbis*<sup>164</sup> – che ve-

---

passaggi logici sottesi all'enunciato di Labeone di cui a D. 50.16.19 (e forse compiutamente scanditi nel contesto donde proviene). E invero, per potersi dire presente, in una fattispecie atipica, diversa dunque dalle tre menzionate da Labeone nella sua definizione di contratto, 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. Il che mi rafforza nell'idea che Labeone sviluppasse diversamente 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 poteva dire che ogni qualvolta le parti si gravavano, e naturalmente in via pattizia, del vincolo reciproco a 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*.

<sup>164</sup> Mutevole è la terminologia con cui essa viene identificata nelle fonti: proprio Labeone, per esempio, preferiva la denominazione di *actio in factum civilis* (cfr. C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., 44 s.; vd. anche ID., *L'actio in factum civilis*, in *Iura*, LVII, 2008-2009, 9 ss.); altri quella di *actio civilis* o *actio*

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 indebito, equivocando sul ruolo che l'accordo giocava in questa figura<sup>142</sup>. 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, 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<sup>143</sup>).

---

<sup>142</sup> Vd. *supra*, alla nt. 114.

<sup>143</sup> Dopo aver riportato il *dictum Pedii*, C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico (I parte)*, in *Materiali storia cult. giur.*, raccolti da G. Tarello, IV, 1974, 52, nt. 46, osserva che «certo il giurista non vedeva una *conventio* nella *solutio indebiti*».

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 indebito *sine tutoris auctoritate*, dovessero o non dovessero restituirlo. L'accostamento di questo pagamento a un mutuo induceva a propendere per la seconda ipotesi, «poiché certo la *tutoris auctoritas* era necessaria a incapaci (come la donna o l'impubere) che prendessero denaro a mutuo»<sup>144</sup>. 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:

<sup>144</sup> Così G. PUGLIESE, *Lezione*, cit., 5.

serviva soltanto ad indicare – nell'ambito delle fattispecie tipiche previste dal *ius civile* – i casi in cui nasceva un'*ultra citroque obligatio*. Viceversa A. BURDESE, *Sul concetto*, cit., 25 e nt. 20, pur convenendo «con l'Albanese che Labeone abbia inteso, con la sua definizione, isolare valori rigorosi, in contrapposizione ai valori correnti, di *agere, gerere e contrahere*», ritiene comunque «più probabile che ciò egli abbia fatto in riferimento a concreti interessi di regime giuridico come potrebbe essere, almeno in relazione al concetto di *contractum*, quello di aprire la via alla tutela di figure atipiche, piuttostoché a interessi meramente filologici»: il che induce l'autore a respingere l'opinione di Generoso Melillo, secondo la quale – per come la riassume lo stesso Burdese – «l'interesse che muove Labeone sarebbe essenzialmente dottrinario». Un ulteriore punto merita di essere qui toccato. Secondo A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, 94, Labeone, grazie alla sua definizione del contratto, aveva acquisito «uno strumento di lavoro che, fissando la struttura necessaria e sufficiente del *contractus* (e solo questa), poteva utilmente valere come canone di qualificazione di ogni atto negoziale, anche oltre i tipi dalla cui osservazione era partito, che rivelasse di essere governato da quella struttura». Per Labeone, prosegue lo studioso, «l'estensione del *nomen* di *contractus* ad una nuova fattispecie si svolge sempre sul filo di una proposizione condizionale del tipo: 'se l'essenza di ogni contratto è la *ultra citroque obligatio* e l'essenza della fattispecie x è una *ultra citroque obligatio*, la fattispecie x è un *contractus*'. Sembra tuttavia a me che questa proposizione non dia adeguatamente conto dei

Non riecheggia certo, nell'impostazione seguita da Aristone, la dottrina del contratto messa a punto da Labeone, la quale portava invero a riconoscere come contratto qualunque accordo in virtù del quale le parti si assunsero il peso reciproco di una prestazione<sup>162</sup>, ancorché non riconducibile a una delle figure tipiche acquisite all'ordinamento, quali l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas*<sup>163</sup>,

---

canza della *datio*, posto che nel § 3 si parla di semplice *conventio*. D'altro canto, per quanto detto nel testo, non mi convince affatto l'idea (su cui è imperniato il saggio di Santoro) che per *causa* i classici intendessero lo scopo negoziale: e ciò nonostante i puntelli argomentativi che a tale idea ha recentemente tentato di fornire T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 127 ss. Né trovo appagante la più articolata opinione di A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, 124, secondo cui la *causa* di Aristone andrebbe concepita «come scopo qualificato e sostanziato da una prestazione (*do*) diretta a (*ut*) una controprestazione (*des/facias*)».

<sup>162</sup> Meglio: di una condotta virtualmente qualificabile come prestazione, avendo di questa tutti i requisiti richiesti dal diritto.

<sup>163</sup> Di contrario avviso è M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 558, per il quale la categoria del contratto individuata da Labeone «in funzione della bilateralità nelle obbligazioni, e quindi sotto il profilo effettuale, ... aveva un valore descrittivo o classificatorio, in quanto

l'obbligazione di restituire derivante dalla *solutio indebiti* non era qualificabile come *obligatio ex contractu*, dal momento che nel pagamento dell'indebitato «la volontà delle parti non era rivolta all'assunzione, bensì all'estinzione del vincolo obbligatorio»<sup>145</sup>. 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 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»<sup>146</sup>). E così, com'è evidente, Gaio critica a fondo la sua stessa scelta di inserire il debito da *solutio* dell'indebitato 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<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Attingo a M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 509 s.

<sup>146</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 510.

<sup>147</sup> Diversa è l'opinione di P. VOGLI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 116, per il quale già Quinto Mucio avrebbe qualificato come contratto la *solutio indebiti*, ragionando in questi termini: «da un lato esiste un'obligatio; dall'altro, un accordo di dare e di ricevere;

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<sup>148</sup>. 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 figu-*

si può senz'altro attribuire, a chi dà, l'implicita volontà di riavere il suo in caso di inesistenza dell'obbligazione». E Gaio, nel negare la natura di contratto alla figura in considerazione, avrebbe raccolto un'indicazione critica sviluppatasi ben prima di lui. Il che però non spiega perché egli, in 3.91 delle *Istitutiones*, non abbia comunque esitato a collocare il debito di restituire che da essa nasceva all'interno delle obbligazioni *ex contractu* per il cui sorgere era necessaria la consegna della *res*, salvo sconfessare immediatamente la sua stessa opzione di sistema.

<sup>148</sup> Non seguita, però, da C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 425 s., per il quale un ignoto, ma non sprovveduto autore avrebbe curato due nuove versioni delle *Istitutiones*, che sarebbero poi circolate «sotto il nome stesso di Gaio ... e con il titolo di *Res cottidianae* o *Aurea*». Per una rassegna della dottrina che ascrive a Gaio le *Res cottidianae* cfr. G. FALCONE, 'Obbligatio', cit., 30 s., nt. 73.

ribadisce Ulpiano in un diverso paragrafo dello stesso frammento, era preclusa la conversione in *obligatio* del vincolo in questione: *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*<sup>161</sup>.

della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., 68 –, secondo cui *obligatio* qui «non ha il senso di 'rapporto obbligatorio', ma di 'atto obbligatorio'», non è dunque da me condivisa.

<sup>161</sup> Diversamente da R. SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., 96, non credo che la prima frase del passo (*sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem*) sia «di origine glossematica»: labile mi sembra infatti l'indizio che lo dimostrerebbe, vale a dire l'*hic* che vi compare, che a suo avviso «lascia facilmente intendere che si tratta di un appunto del lettore del § 3 [*si ob maleficium ne fiat promissum fit, nulla est obligatio ex hac conventionem*], al quale risultava chiaro che nella previsione qui contenuta mancasse la causa: donde l'avversativa '*sed ... hic constat*'. Conseguentemente, reputo non condivisibile quest'ulteriore osservazione dell'autore: «potrebbe darsi che il glossatore, nel rilevare l'inesistenza giuridica della *causa* nella fattispecie del § 3, abbia correttamente pensato allo scopo negoziale. Ma può darsi, invece, che, influenzato dalla precedente lettura degli esempi del § 2, di un *do ut des* e di un *do ut facias*, abbia ritenuto che l'assenza di *causa* dipendesse dalla man-

quegli accordi 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*<sup>159</sup>, vale a dire la ragione che giustificava il passaggio degli accordi in parola 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 inseguita in termini di *obligatio* (... *subsistit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*<sup>160</sup>). Quella ragione senza la quale, come

---

battuto dottrinale, insomma, che aveva visto impegnati i due giuristi, e di cui restava traccia nei loro scritti». Quanto al punto di vista di Celso, ricavabile non senza difficoltà da D. 12.4.16, rinvio allo stesso M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., 30 s., nonché agli autori da lui richiamati alla nt. 84, cui vanno aggiunti almeno A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 340 s., gli studiosi ivi menzionati alla nt. 55, e C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, LVIII, 2010, 35 ss.

<sup>159</sup> Cfr. A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 357 ss. Vd. anche S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, 283 s.

<sup>160</sup> L'opinione di R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 215 – seguito sul punto da F. GALLO, *Ai primordi del passaggio*

*ris*, 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 ovviamente anche le obbligazioni derivanti dai pagamenti dell'indebito (e 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 distrahendae 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*<sup>149</sup>, immettendo però nella tipologia delle obbligazioni *re contractae*, depurata – come appena visto – di quelle da *solutiones in-*

---

<sup>149</sup> Ridotta a tripartizione se si ha riferimento a quanto dell'opera è rimasto nei due luoghi del Digesto indicati nel testo, essendo da questi assente la sottocategoria delle obbligazioni *litteris contractae*, in conseguenza di una soppressione operata dai compilatori giustinianeici (ma addirittura dall'ipotetico parafraste, secondo C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni*, cit., 426 e 428, nt. 94): già in D. 44.7.1.1, d'altro canto, è chiaramente detto che *obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*.

*debiti*, anche<sup>150</sup> le obbligazioni *re contractae* che si è soliti chiamare del *ius gentium*, mancanti invece nell'originaria quadripartizione<sup>151</sup>, generate dal deposito, dal comodato e dal pegno, figure tutelate ormai da azioni edittali di buona fede, già protette da azioni pretorie, pure esse edittali, con *formulae in factum conceptae* (come si desume da D. 44.7.1.2-6)<sup>152</sup>. Nelle stesse *Res cottidianae*, infine, Gaio fa menzione non solo delle obbligazioni del *ius civile* (uniche a essere considerate nelle *Institutiones*)<sup>153</sup>, ma altresì di talune del *ius honorarium*, esclusivamente ricollegate alle *variae causarum figurarum*<sup>154</sup>.

<sup>150</sup> Nell'indicata tipologia continuavano infatti a trovare posto le obbligazioni da mutuo: cfr. A. BURDESE, *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, in *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 11-12 maggio 1995). In onore di A. Dell'Oro, Milano, 1998, 31.

<sup>151</sup> Pur essendo ben note a Gaio, dal momento che egli, nelle stesse *Institutiones*, più volte vi accenna, ma al di fuori delle pagine dedicate ai *quattuor genera* delle obbligazioni *ex contractu*: cfr. C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni*, cit., 422 e 423, nt. 82.

<sup>152</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 540 s.

<sup>153</sup> Una serie di esse resta comunque fuori: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 511.

<sup>154</sup> In proposito cfr. C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni*, cit., 426 ss.

svilupata al riguardo da Aristone e Mauriciano<sup>157</sup>.

Per il primo, che così rispondeva a Celso<sup>158</sup>, rilevanza giuridica era da attribuirsi a

<sup>157</sup> Nota C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico (Studi sulle obbligazioni II)*, in *Iura*, XXI, 1970, parte prima, 64 s., che «un vero problema dommatico del contratto non poté porsi, finché i giuristi non si prospettarono il problema di stabilire se, ed a quali condizioni, un accordo dovesse essere considerato fonte di obbligazioni, anche al di fuori dei casi nei quali un'azione era prevista nell'editto». Il che è esatto. Tale non è invece il successivo rilievo dell'autore, ossia che «il momento di questo fenomeno pare essere stato quello della polemica tra Aristone e Celso, che noi conosciamo attraverso la testimonianza di Ulpiano (D. 2.14.7.2), quando il primo sostenne che ogni accordo poteva dare luogo ad obbligazione, purché *subsistat causa*»: già Labeone e Pedio, invero, avevano affrontato il problema cui accenna Cannata, poi ripreso da altri giuristi, tra i quali lo stesso Aristone.

<sup>158</sup> Direi anch'io, con M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, XXXIX, 1988, 29, nt. 83, che «sembra alquanto improbabile che un giurista della statura e dell'indipendenza di pensiero di Celso, spesso aspro nel criticare o rifiutare le opinioni altrui, sentisse il bisogno di interrogare Aristone, per grandi che fossero il suo prestigio e la sua autorità»: verosimilmente, dunque, «l'*elegantèr Aristoteles Celso respondit* è ... l'eco di una presa di posizione dell'uno nei confronti del pensiero dell'altro, di un di-

dell'atto e del gesto<sup>156</sup>. E poi, nel secondo paragrafo, 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

<sup>156</sup> Vale a dire tutte quelle fattispecie nelle quali si articolava l'*agere re, verbis e litteris* e il *gerere*, come sembra ritenere anche P. CERAMI, *D. 2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.)*, cit., 182, per il quale già il periodo *quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*, che apre D. 2.14.7.1, «mostra chiaramente che Ulpiano si riferisce non già a singoli *contractus* o a singole *species* contrattuali, bensì a qualsiasi obbligazione convenzionale che abbia un *proprium nomen* edittale». Meno pregnante al riguardo (visto che non vi parla di contratto), ma certo significativo (nonostante le riserve di M. TALAMANCA, voce *Contratto*, cit., 74 s.), è anche il brano di Ulpiano in D. 2.14.1.4: *sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem*.

È, dunque, l'impianto costruttivo al quale Gaio si atteneva nelle *Res cottidianae* trattando del tema delle fonti delle obbligazioni quello al quale si rifarà in seguito Ulpiano nel calibrare la categoria del contratto. In questa egli riconoscerà 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 giuridicità esterno e formale o interno e contenutistico, integranti le figure tipiche che Labeone – seguito in questo da Pedio, 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 eseguiti da una delle parti stesse: accordi, lo si è accennato, che già Pedio, 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 lo si tratta allorché si approfondisce l'argomento della causa. Come subito vedremo, è infatti nella produzione scientifica del primo che compare la parola *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 impegnati nello sforzo di definire i contorni della causa che il diritto vigente 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, che tratta 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 D. 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 ex-*

*ceptiones*); mentre nel primo paragrafo aggiunge che le *conventiones* dalle quali scaturiscono azioni non sono designate con il loro nome generico (di *conventiones*, appunto), 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*<sup>155</sup>: 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 poi anche di Pedio, portandovi dentro le fattispecie, fra le quali il comodato e il deposito, che questi due giuristi collocavano invece nel duplice campo

<sup>155</sup> Per vero, la locuzione *et ceteri similes contractus* è da taluni studiosi considerata spuria. Con P. CERAMI, *D. 2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.). Congetture sulle 'tres species conventionum'*, in *AUPA*, XXXVI, 1976, 182, è tuttavia da osservare che, se effettivamente inserita dai compilatori giustinianei, essa costituisce comunque «un'aggiunta non già innovativa ed estensiva, ma piuttosto esplicativa e riassuntiva del senso generale dell'affermazione *quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*». Più plausibile è in ogni caso ammetterne la genuinità, come fa anche A. BURDESE, *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, I, Napoli, 2001, 349.

un'importante indicazione circa il mezzo processuale esperibile a sanzione del suo inadempimento. Ad avviso del medesimo, invero, versandosi nell'ipotesi in cui una parte, eseguita 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*. E che proprio questo fosse il suo convincimento è ulteriormente suffragato dalle parole con cui giustificava la soluzione

prospettata in merito allo strumento processuale da utilizzare nel caso considerato, certo di valore esemplare: 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<sup>177</sup> – definisce come il vero

---

<sup>177</sup> Plausibile è che in questo si facesse esplicita menzione della definizione labeoniana del *contractus* – o del *contractum*, ma meno probabilmente, come sottolinea C.A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligationsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris romani. Études dédiées à H. Ankum*, Amsterdam, 1995, 63, nt. 14 – quale *ultra citroque obligatio* che *Graeci 'synallagma' vocant* (là dove il *quod* che precede quest'ultima frase ha di sicuro riguardo al contratto, pur essendo declinato all'accusativo neutro e non maschile – naturalmente ad accogliere l'ipotesi che nel brano riportato in D. 50.16.19 il giurista augusteo parlasse di *contractus* – per l'attrazione esercitata dal neutro *synallagma*, secondo un tipico costrutto della lingua latina cui accennerò anche nella nota successiva). Se così fosse, già la semplice contrapposizione fra il contratto *quod Graeci 'synallagma' vocant* e il simmetrico contratto *quod Aristo 'synallagma' dicit* (e per questo *quod* rimando ancora alla nota che segue) avrebbe reso con una certa evidenza quella sfumatura della quale ho detto nel testo.

classical legal science. And that confirms the circularity of legal thought on such a subject-matter, in both ancient and contemporary word.

LUIGI GAROFALO

Professore ordinario di Diritto romano  
Università degli Studi di Padova  
E-mail: garofalo@giuri.unipd.it

*synallagma* dei Greci (*quod Aristo 'synallagma' dicit*<sup>178</sup>), ragion per cui nasce proprio questa

---

<sup>178</sup> Secondo F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 74, «l'inciso *quod Aristo 'synallagma' dicit* può essere inteso come una proposizione relativa, collegata ad *esse contractum*, oppure come una enunciazione retta da *esse*». Ciò che giustifica la doppia traduzione proposta dall'autore a p. 65, nt. 2, che non incide peraltro, com'egli stesso riconosce, sulla portata della testimonianza: «c'è infatti il contratto, la qual cosa (l'esserci il contratto) Aristone chiama *synallagma*» ovvero «c'è infatti il contratto, c'è ciò che Aristone chiama *synallagma*». Né l'una né l'altra versione però mi persuade. Ritengo infatti che il *quod* anteposto ad *Aristo 'synallagma' dicit* richiami il *contractum* della frase precedente (*esse enim contractum*), pur essendo all'accusativo neutro anziché maschile – come ci si aspetterebbe, posto che Ulpiano usa il termine *contractus*, per quanto agevolmente si trae da D. 2.14.7.1 – perché concordato con il neutro *synallagma*, conformemente a uno schema frequente nella lingua latina (cfr. A. TRAINA - T. BERTOTTI, *Sintassi normativa della lingua latina*<sup>2</sup>, Bologna, 1993, 29). Convinto di ciò (e respinte quindi le congetture avanzate da T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 106 ss., sulla premessa – leggibile a p. 107 – che «il *quod* ..., in quanto neutro», non evochi «il precedente sostantivo maschile *contractus*»), è ovvio che non posso aderire nemmeno all'innovativa proposta ricostruttiva presentata da C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del 'synallagma' di Aristone*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, 98 ss., degna peraltro della massima considerazione, secondo cui andrebbe tolta la virgola

azione, cioè l'*actio praescriptis verbis (unde haec nascitur actio)*<sup>179</sup>. E il concetto sotteso a tale ulti-

---

che separa *esse enim contractum* da *quod Aristo 'synallagma' dicit*, così da doversi intendere in questo modo la seconda parte del periodare retto da *ille ait*: «egli, cioè Mauriciano, dice che, in effetti, è stato stretto tra le parti (*esse enim contractum*) quel vincolo che (*quod*) Aristone qualifica come '*synallagma*'. E da tutto ciò deriva l'esperibilità di questa azione».

<sup>179</sup> Condivisibile è la conclusione cui giunge T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 297: «la nozione di *synallagma*», mai entrata nel linguaggio corrente della giurisprudenza romana, «attirò l'attenzione di Aristone proprio perché a essa aveva fatto richiamo Labeone. D'altra parte, è ragionevole supporre che, per la propria formazione ..., Aristone ne avesse conoscenza diretta dai testi greci. Così, in linea di massima, si può dire che Aristone scelse di esprimersi menzionando il *synallagma* tenendo a mente, per un verso, l'uso corrente nella lingua greca (nonché conoscendo direttamente gli approfondimenti in argomento svolti da Aristotele) e, per altro verso, le parole di Labeone». Insoddisfacente trovo invece l'ulteriore segmento di pensiero dello stesso T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 311: «rispetto alla nozione di *synallagma* di Labeone, Aristone intervenne apportando alcuni mutamenti, comunque non tali per cui si possa parlare di una netta contrapposizione, sul punto, tra i due giuristi. Quella operata da Aristone si profila piuttosto come una ponderata e consapevole rielaborazione». Pare infatti a me che la rielaborazione ascrivibile ad Aristone (e prima di lui a Pedio, nel solco del quale egli si poneva) attenesse alla categoria del contratto quale

pensiero giuridico antico e attuale mostra sull'argomento trattato.

Once marked out the field of gratuitous contracts with regard to the Italian legal system, the essay focuses on the linked topic of liability. Therefore, it shows the legal rules on issue and it underscores the main questions which are involved and which, so far, represent a focal theme of many and different solutions provided by both judges and scholars. Afterwards, the essay goes into the topic of gratuitous contracts in the Roman world, above all as regards classical law, and, thence, it lingers over some remarks on the regulation of the liability on issue, ruled by the fundamental *utilitas contrahentium* principle. Lastly, once re-examined the main theories developed by the *prudentes* about the contract and once treated the 'contrary lawsuits' which a party may propose, even if he or she is the only one to be bound to perform on the ground of the contract, and even if he or she has no right to receive a counter-performance, the paper comes back to the main riddles which nowadays rise in the puzzling issue of liability in the field of gratuitous contracts, aiming at solving them also in the light of the outcomes of the speculation conducted by

## ABSTRACT

Delimitata l'area della gratuità contrattuale con riferimento al vigente ordinamento giuridico italiano, è affrontata la tematica della connessa responsabilità. Vengono pertanto individuati i dati legislativi di appoggio ed evidenziate le principali questioni ricostruttive cui essi danno adito, tuttora al centro di una pluralità eterogenea di soluzioni dottrinali e giurisprudenziali. Si passa quindi all'approfondimento della gratuità contrattuale nel mondo romano, avendo particolare riguardo al diritto classico, per poi indugiare sul regime proprio della responsabilità in materia, governato dal fondamentale principio dell'*utilitas contrahentium*. Infine, riesaminate le più importanti dottrine elaborate dai *prudentes* rispetto alla figura del contratto e detto delle azioni contrarie di cui disponevano le parti obbligate convenzionalmente a una prestazione senza contropartita, si torna ai più significativi nodi problematici che oggi si incontrano nel campo della responsabilità in cui può incorrere chi conclude un contratto gratuito, sciogliendoli anche alla luce delle indicazioni provenienti dalla riflessione scientifica condotta dalla giurisprudenza classica: a conferma della circolarità che il

ma precisazione è che, là dove ricorresse un contratto, come nella fattispecie descritta da Mauriciano, la relativa tutela processuale non poteva che essere automatica, fosse essa assicurata dalle specifiche azioni edittali o dalla

---

disegnata da Labeone, e più specificamente ai limiti entro i quali potevano accedere alla stessa le convenzioni atipiche connotate dalla bilateralità del vincolo all'esecuzione di una prestazione, non già alla nozione di *synallagma*. Questa, invero, propria della cultura greca, non poteva certo essere manipolata da Aristone; solo poteva da questi essere interpretata in modo diverso da quanto aveva fatto Labeone: e per dimostrare viepiù l'insufficienza della definizione di contratto affacciata dal medesimo Labeone, che portava a dare tutela giuridica alle predette convenzioni a prescindere da quel particolare requisito che esse, secondo Aristone, dovevano esibire, vale a dire la loro unilaterale attuazione. Quel che si può aggiungere, anche sulla base di C. PELLOSO, *Le origini*, cit., 5 ss., è che sembra ben più fedele al pensiero greco, e in particolare aristotelico, l'accezione in cui il termine *synallagma* è utilizzato da Aristone, appunto per indicare che le convenzioni di cui andiamo parlando solo se fossero state eseguite da una delle parti avrebbero dato vita a un *synallagma* e dunque – ad avviso mio, ma non di Pelloso – a un contratto: non invece se fossero rimaste inattuare da ambo le parti, nonostante la contraria opinione di Labeone, che già in quelle convenzioni vedeva un *synallagma* e dunque, secondo la trama concettuale da lui stesso intessuta in D. 50.16.19, un contratto.

generale *actio praescriptis verbis*, senza necessità di rivolgersi volta per volta al pretore confidando nella concessione, comunque subordinata alla sua valutazione discrezionale, di un'azione decretale (quale era quell'*actio in factum* di cui parlava Giuliano, suscitando la critica dello stesso Mauriciano)<sup>180</sup>.

<sup>180</sup> Secondo C.A. CANNATA, *Contratto*, cit., 49, «Giuliano voleva ricorrere ad un'azione *in factum* pretoria per applicare i principi dei contratti consensuali ad un caso di *do ut facias* in cui ciò era indispensabile, laddove Mauriciano ... opponeva ancora '*esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit*', per arrivare alla conclusione che non c'è bisogno di fabbricare un'apposita *actio in factum* essendovi già a disposizione l'appropriata azione civile incerta, cioè l'*actio praescriptis verbis*'. Sembra peraltro a me che il divario che correva fra i due giuristi non attenesse a un problema che potremmo qualificare di economia dei mezzi processuali, ma, come ho detto nel testo, di automatica spettanza o meno dell'azione. Sotto questo profilo, non posso che concordare con A. BURDESE, *Sul concetto*, cit., 40, quando, con riferimento all'*actio civilis incerti* di cui parlava Mauriciano, osserva che «si sarebbe ... trattato di azione ritenuta spettare in base a norma sostanziale di *ius civile*» (mentre non aderisco all'idea, prospettata dallo stesso autore a p. 39, che tale azione, «anziché richiamarsi all'azione labeoniana», sia da identificare «con la *condictio incerti* ... , la cui *formula qua incertum petimus* doveva iniziare ... con una *intentio* concepita nel *quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere*», caratterizzata però da una *praescriptio* an-

incide su un rapporto giuridico già costituito tra le parti. Ma se uno scambio, pur concepito in un modo così esteso, non ricorra, né sia rintracciabile quel qualcosa di esterno alla sfera soggettiva degli autori dell'accordo cui ho testé accennato, allora, mancando un segno capace di veicolare l'accordo stesso nell'orbita del diritto, lo teniamo al di fuori. E lasciamo così all'universo delle regole sociali della cortesia gli impegni pur consensualmente assunti di compiere una certa attività, per esempio di ausilio nel caricare un bagaglio in treno, in modo gratuito e disinteressato, salvo naturalmente attrarre nell'ambito del diritto i comportamenti attuativi di tali impegni, e quindi, continuando nell'esempio, la concreta attività di sollevamento del bagaglio, quando in contrasto con il precetto del *neminem laedere*: ma si apre allora, nonostante una corrente dottrinale ritenga sempre più labile il confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, un altro capitolo del grande e meraviglioso libro del diritto, per tanta parte scritto dai giuristi classici.

cui il legislatore ha attribuito un ruolo decisivo attraverso l'art. 1322 cod. civ.<sup>194</sup>, secondo il quale «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»<sup>195</sup>. Quel segno, inoltre, lo troviamo, per cui affermiamo che una causa c'è, quando l'accordo impone alle parti uno scambio inteso in un'accezione il più possibile ampia, così da comprendere non solo lo scambio indiretto presente nei rapporti associativi, ma anche lo scambio empirico<sup>196</sup>, visibile per esempio nelle varianti consensuali dei contratti reali gratuiti allorché chi deve la prestazione sia mosso dal vantaggio che si ripromette di trarre dall'esecuzione della stessa<sup>197</sup>, oppure quando l'accordo porta al rafforzamento o alla soddisfazione di un credito o

---

<sup>194</sup> Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Regolamento*, a cura di G. Vettori, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, Milano, 2006, 86 ss. e 200 ss.

<sup>195</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *La causa del contratto nel pensiero di Aristotele: della necessità di un concetto*, in *Seminarios Complutenses*, XXII, 2009, 256, con ragguglio bibliografico alla nt. 13.

<sup>196</sup> Cfr. C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contratto e impresa*, 1986, 909 ss.

<sup>197</sup> Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi*, cit., 120 ss.

#### 8. *Le azioni contrarie relative ai contratti gratuiti del diritto romano classico.*

Torniamo adesso ai contratti gratuiti del diritto romano classico, per qualche ulteriore osservazione in merito al tema della responsabilità.

Già si è detto, nel parlare di quelli reali, che se la consegna valeva a giuridicizzare l'intero rapporto scaturente da un accordo che la prevedesse per un certo scopo, per esempio di temporanea custodia o di temporaneo godimento, come nel caso del deposito e rispettivamente del comodato, atteggiandosi pertanto a elemento senza il quale l'accordo sarebbe rimasto esterno al diritto, ciò sosteneva, ai fini del buon governo del canone dell'*utilitas contrahentium*, che si guardasse a tutto il rapporto, e *in primis* all'accordo e talora perfino ai motivi, e non semplicemente all'obbligazione di restituzione immaginandola geneticamente collegata alla consegna. Implica-

---

teposta alla formula stessa, idonea «a determinare la *res de qua agitur*, e cioè nel caso la specifica convenzione innominata, anche se in D. 2.14.7.2 la frase *id est praescriptis verbis* parrebbe aggiunta spuria»: e ciò in quanto ritengo che l'azione in parola sia proprio quella risalente a Labeone, sulla quale mi sono soffermato *supra*, alla nt. 164).

zione, questa, lucidamente avvertita dai *prudentes*, che infatti, come in precedenza abbiamo avuto modo di notare, limitavano al dolo ed estendevano alla *custodia* la responsabilità del comodatario a seconda che l'accordo per il prestito temporaneo, seguito dalla consegna, fosse giustificato da un vantaggio del comodante o del comodatario. Dimostrando così, viene da aggiungere, una finezza costruttiva sconosciuta al nostro diritto<sup>181</sup>, posto che negli artt. 1803-1812 cod. civ., nei quali riposa la disciplina del comodato, non è dato riscontrare un qualche indizio a favore della diversificazione del regime della responsabilità del comodatario in ragione dell'*utilitas contrahen-*

---

<sup>181</sup> Come rammenta A. GIANOLA, *Atto*, cit., 163 ss., gli interpreti discutono sulla natura della responsabilità di cui agli artt. 1781, 1812 e 1821, comma 2, cod. civ., in quanto per alcuni essa è di tipo contrattuale, per altri precontrattuale, per altri ancora extracontrattuale. Ma sono comunque insensibili, allorché mettono a fuoco il regime proprio del modello di responsabilità prescelto, alla specie di interesse perseguito nel concreto dal depositante non tenuto ad alcun compenso, dal comodante e dal mutuante che abbia dato a credito gratuitamente: per cui, anche se a prevalere fosse, rispetto ai casi prospettati, l'interesse del depositario ovvero del comodante o del mutuante, nondimeno non varierebbe la disciplina applicabile.

brano particolarmente emblematici, un elemento esterno e formale, quale la consegna della cosa (come nel mutuo gratuito, nel deposito gratuito, nel comodato e nella donazione di modico valore), la forma solenne (come nella donazione di non modico valore), la realizzazione del credito (come nella *datio in solutum*), la preesistenza di un rapporto giuridico tra le parti (come nella remissione), oppure un elemento interno e contenutistico, quale lo scambio in senso lato (come nella compravendita e nella società) e l'incarico gestorio<sup>192</sup> (come nel mandato, il quale, se disinteressato oltre che gratuito, potrebbe – per quanto in precedenza detto – relegarsi tra gli atti di cortesia, ove non sorretto dalla serietà degli interessi facenti capo al beneficiario della prestazione), o ancora un elemento sincretistico, quale la garanzia e la «volontà ... espressa» di prestarla (come nella fideiussione). E avendo di fronte accordi come quelli ricordati che non integrano fattispecie negoziali tipiche, andiamo a verificare se sussista un segno in grado di palesare che sono degni di protezione giuridica, ancora guidati nel nostro investigare dal paradigma della causa<sup>193</sup>,

---

<sup>192</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *Il mandato*, cit., 404 s.

<sup>193</sup> Cfr. U. BRECCIA, *Causa*, cit., 3 ss.

re dell'*emptio venditio*, della *locatio conductio* e della *societas*, ovviamente suscettibile di intercorrere tra più persone) e l'agire per conto dell'incaricante (individuabile nel mandato), o ancora un elemento della seconda e della prima specie, quale lo scambio attuato da una delle parti (idoneo invero a condurre nell'area del contratto la convenzione sinallagmatica atipica di cui era oggetto, altrimenti destinata a permanere al di fuori del diritto, almeno secondo l'impostazione destinata a prevalere nel corso del tempo, inaugurata da Pedio in opposizione a Labeone). Proprio con riguardo a questo elemento eterogeneo, d'altro canto, i *prudentes* iniziano a parlare di *causa*, come risulta da D. 2.14.7.2: e in ciò è implicito che per loro discutere di *causa* significava porsi alla ricerca di un segno atto a rivelare quando gli accordi che stiamo considerando, pur estranei ai tipi conosciuti dall'ordinamento, erano meritevoli di protezione giuridica.

Ebbene, anche noi oggi siamo propensi a sussumere nella sfera del giuridicamente rilevante gli accordi contemplanti impegni di una delle parti o di ambedue o comunque diretti, come recita l'art. 1321 cod. civ., a costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto patrimoniale, quando a essi si aggiunga, per limitarmi a taluni contratti nominati che mi sem-

*tium*, già vivamente caldeggiata da Pothier<sup>182</sup>. Tanto che taluna dottrina, a fronte di una siffatta rigidità normativa, constatato che le disposizioni versate negli articoli testé richiamati sono «di estremo *favor* per il concedente», colloca al di fuori del modello legislativo del comodato l'accordo in base al quale un soggetto consegna un bene a un altro perché costui se ne serva temporaneamente e gratuitamente nell'interesse, o almeno nell'esclusivo interesse, del primo<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> Cfr. R.J. POTHIER, *Trattati dei contratti di beneficenza*<sup>2</sup>, I, trad. it., Napoli, 1820, 54 s.; vd. anche ID., *Trattato delle obbligazioni*<sup>4</sup>, trad. it., I, Napoli, 1836, 82 s.

<sup>183</sup> Cfr. N. CIPRIANI, *Il comodato*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, 13 e 15 ss. Sulla base della giurisprudenza, afferma M. SCHININÀ, *Il comodato*, in *I contratti*, in *Diritto civile*, cit., 208, che «la ricorrenza di un interesse del comodante non snatura il contratto di comodato, a condizione che tale interesse non abbia contenuto patrimoniale, oppure, pur avendo carattere patrimoniale, costituisca un interesse secondario del concedente, il cui vantaggio non venga a trovarsi in rapporto di corrispettività con il beneficio concesso al comodatario». L'autrice dà peraltro conto della dottrina incline a ritenere che «un interesse soggettivo del comodante a concedere in godimento il proprio bene debba necessariamente sussistere affinché l'attribuzione abbia un'adeguata giustificazione causale»; e anche della dottrina secondo cui sarebbe da distinguere

Riaffermato il vero ruolo della consegna nell'ambito dei contratti gratuiti reali ed escluso così di nuovo che essa fungesse semplicemente da momento generatore dell'obbligazione di restituzione, non stupisce affatto – o forse stupisce per l'intima coerenza dogmatica – che, eccezione fatta per il mutuo, si configurasse come contrattuale, o comunque come di natura identica a quella che gravava sulla parte tenuta alla restituzione, la responsabilità in cui incorreva il soggetto che aveva eseguito la consegna quando dalla cosa che ne era oggetto fosse derivato un danno al destinatario della consegna stessa. A rivelarlo inequivocabilmente è il tipo di azione concessa a sanzione dell'obbligazione risarcitoria a carico del depositante e del comodante: solo *contraria* rispetto a quella *directa* apprestata a protezione della pretesa restitutoria<sup>184</sup>.

Agevole è osservare che se nella consegna del depositante e del comodante si fosse visto non più che l'elemento idoneo a fondare que-

---

«tra l'interesse soggettivo del comodante, che deve sempre ricorrere, e il vantaggio per il medesimo, conciliabile con la causa tipica del comodato solo se perseguito indirettamente».

<sup>184</sup> Cfr. G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, in *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930, 268 s.

gnare a questi la cosa comodata e da lui perduta nell'ipotesi in cui il comodante ne recuperi la disponibilità<sup>191</sup>, conformemente a un insegnamento di Labeone e Paolo attestato dal già citato D. 13.6.17.5.

Termino con una riflessione di carattere generale che volutamente accosta passato e presente, a dimostrazione della circolarità che il pensiero giuridico, pur considerato in una dimensione diacronica, mostra sull'argomento che sono venuto trattando.

A prescindere dalla mutevole ampiezza che la categoria del contratto assume all'interno della dottrina dei giuristi classici, possiamo dire che essi erano propensi a riconoscere il crisma della giuridicità agli accordi costitutivi di impegni in capo a una delle due parti o a entrambe a condizione che ai medesimi si accompagnasse un elemento esterno e formale, quale la consegna della cosa (ravvisabile in varie figure negoziali gratuite, come il mutuo, il deposito e il comodato), la pronuncia dei *verba* (ricorrente nella *stipulatio*) e l'uso delle *litterae* (proprio del *nomen transcripticium*), oppure un elemento interno e contenutistico, quale lo scambio inteso in senso lato (peculia-

---

<sup>191</sup> Cfr. O.T. SCOZZAFAVA, *Il comodato*, in *Obbligazioni e contratti*, IV.1<sup>2</sup>, cit., 361 s.

minoso cui facevo cenno in precedenza, dando comunque atto della visione tradizionale del comodato in cui si inserisce. Secondo tale studioso, invero, è «alla violazione, non di una vera e propria obbligazione del comodante, ma di un impegno all'attribuzione del godimento di una cosa immune da alterazioni materiali dannose, implicito nel più ampio impegno contrattuale assunto dal comodante stesso, che deve ricondursi la responsabilità per i vizi della cosa comodata, preveduta dall'art. 1812»<sup>189</sup>. Ma non va sottaciuto che in letteratura si rinviene, sempre in tema di comodato, una teorica che, avulsa dall'impianto dogmatico in cui è calata, bene si sposa con l'idea che la consegna funga tuttora da elemento idoneo a conferire rilevanza giuridica all'intero rapporto a struttura consensuale e duplicemente impegnante in cui interviene, risultandone anzi rinvigorita: stando a essa, valorizzata da Oberdan Tommaso Scozzafava, è invero da configurare quale obbligazione a carico del comodante, suscettibile quindi di generare una responsabilità contrattuale, tanto il «lasciar godere il comodatario»<sup>190</sup> quanto il riconse-

---

<sup>189</sup> Cfr. A. LUMINOSO, voce *Comodato*, cit., 4; ID., *I contratti tipici*, cit., 659.

<sup>190</sup> Già noto all'ordinamento romano, come si trae da G. SEGRÈ, *Studi*, cit., 259.

sta pretesa in essa non si sarebbe potuto in pari tempo ravvisare un comportamento valutabile alla stregua del paradigma concettuale della responsabilità che, in omaggio a una nomenclatura tradizionale, continuo a chiamare contrattuale<sup>185</sup>, il quale entrava in gioco allorché si dovesse decidere intorno all'imputabilità di un inadempimento. Laddove, essendo in realtà la consegna l'elemento di traino nell'area del giuridicamente rilevante dell'intero rapporto, di matrice convenzionale, in cui essa interveniva, del tutto consequenziale è che fosse tenuto al ristoro del danno cagionato dalla cosa oggetto della consegna l'autore di questa, atteso che dall'accordo da lui concluso discendeva il suo impegno di consegnare una cosa che consentisse a colui che la riceveva di esercitare l'attività concordata, di custodia o di godimento, senza subire pregiudizio alcuno. Impegno il cui mancato assolvimento veniva per giunta rimproverato alla parte che aveva provveduto alla consegna in base al criterio di responsabilità inverso rispetto a quello valevole per giudicare dell'ina-

---

<sup>185</sup> Cfr. F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano. Dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1994, 3 ss.

dempimento dell'altra parte<sup>186</sup>, in armonia con quanto esige il principio dell'*utilitas contrahentium*, come prova D. 13.6.18.3, in cui l'*actio commodati contraria* è data al comodatario per il risarcimento del danno da lui risentito in dipendenza di un'anomalia della cosa conosciuta e taciuta dal comodante<sup>187</sup>. Prospettatevi il caso in cui un soggetto *sciens vasa vitiosa commodavit*, Gaio si pronuncia infatti per la soccombenza di costui nel *iudicium contrarium* instaurato nei suoi confronti dal comodatario che, ignaro, avesse versato in quei recipienti il vino o l'olio poi guastatosi o dispersosi a causa della loro difettosa consistenza.

Quanto sono venuto dicendo a proposito della consegna, trova a mio parere una significativa conferma in un testo di Paolo in D. 13.6.17.5, ove è affacciata una singolare ipotesi: che il comodatario, avendo perduto la cosa comodata, ne avesse corrisposto l'equivalente pecuniario al comodante, il quale fosse poi rientrato nella disponibilità della cosa. Ebbene, Labeone, citato in adesione da Paolo, era dell'opinione che al comodatario spettasse l'*actio commodati contraria* onde ottenere, a scelta del comodante, la consegna della cosa in go-

<sup>186</sup> Cfr. F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano*, Milano, 1954, 391.

<sup>187</sup> Cfr. F. PASTORI, *Il comodato*, cit., 378 ss.

al mutuatario in conseguenza dei vizi presenti in quanto prestato, quando conosciuti e non dichiarati (vale peraltro la pena di ricordare qui che l'art. 1781 si applica anche al deposito oneroso, mentre per il mutuo che tale sia è invocabile l'art. 1821, comma 1, a tenore del quale «il mutuante è responsabile del danno cagionato al mutuatario per i vizi delle cose date a prestito, se non prova di averli ignorati senza colpa»). Come abbiamo potuto appurare, se chiedessimo ai *prudentes* di esprimere la loro opinione in ordine al punto dibattuto, essi non avrebbero dubbi nel qualificare come contrattuale la responsabilità di cui andiamo parlando, salvo che in relazione a quella del mutuante. Ed è proprio questa la tesi che per parte mia suggerirei di seguire ancor oggi, consapevole che essa impone di attribuire alla consegna, momento chiave in tutte e tre le tipologie negoziali considerate, il ruolo che le era riconosciuto all'interno dell'ordinamento romano. Continuando a ravvisarsi in essa l'indice dell'ingresso nell'area del giuridicamente rilevante di fattispecie basate su un accordo implicante la consegna per uno scopo specifico e diversificato e la successiva restituzione di quanto ne costituisce oggetto, d'altro canto, meglio si apprezza e anzi pienamente si giustifica il felice spunto ricostruttivo di Lu-

elevato di quello esigibile in presenza di una contropartita. Con il che, pur sembrandomi che l'impostazione romana meriti di essere ancora seguita in sede di definizione dell'incidenza pratica delle due previsioni sopra menzionate e quindi del principio cui danno sostegno, non intendo certo disconoscere che le une e l'altro possano essere letti nel senso che il livello del quale ho detto rimanga in realtà invariabile, senza perciò abbassarsi in ragione della gratuità del contratto fonte dell'obbligo di eseguire la prestazione, e il giudice, calcolata la somma da risarcire in conseguenza della violazione dello stesso, disponga del potere di ridurre l'entità: purché vi sia la consapevolezza dell'eterogeneità o comunque della deformazione strutturale e funzionale che l'antico principio accolto dal legislatore e frammentato in specie negli artt. 1710, comma 1, e 1768, comma 2, cod. civ. viene così a subire.

La seconda questione di cui ci siamo a suo tempo occupati concerne invece la natura della responsabilità in cui incorrono, in virtù degli artt. 1781, 1812 e 1821, comma 2, cod. civ., rispettivamente il depositante a fronte delle perdite patite dal depositario in dipendenza della cosa depositata e il comodante e il mutuante per i danni derivati al comodatario e

dimento o la restituzione della somma pagata. Unicamente perché la consegna valeva ad attribuire rilevanza giuridica anche all'accordo del quale costituiva attuazione, essa, in questa particolare fattispecie, in cui, essendo già intervenuta, il rapporto era ormai acquisito per intero al diritto, poteva costituire oggetto di un'obbligazione in senso tecnico, pur se alternativa, sanzionata tramite il *iudicium contrarium*. E invero, se la consegna avesse determinato soltanto la nascita dell'obbligazione di restituzione in capo al comodatario, Labeone e Paolo non avrebbero potuto risolvere il caso affrontato se non attraverso la concessione dell'*actio commodati contraria* in funzione del recupero del denaro pagato. Di non minor peso è inoltre D. 13.6.13 pr., in cui Pomponio sostiene che il comodatario, smarrita la cosa comodata, sarebbe stato condannato, ma avrebbe potuto pretendere dal comodante una *stipulatio* volta a garantirgli che il medesimo gli avrebbe nuovamente consegnato la cosa eventualmente ritrovata: probabilmente a evitare, nella logica dell'autore di questa soluzione, che il comodante potesse avvalersi della facoltà, già riconosciutagli da Labeone, di optare per la restituzione dell'importo ottenuto a seguito del vittorioso esercizio dell'*actio commodati directa*.

Resta peraltro qui da ricordare, rispetto al mandato, contratto gratuito non reale, che il mandatario poteva esperire l'*actio contraria* nei riguardi del mandante per conseguire non solo la rifusione delle spese incontrate nell'esecuzione del negozio, ma anche il risarcimento del danno derivatogli dall'attività svolta, purché, al pari delle spese, esso non gli fosse ascrivibile a titolo di colpa, nonostante il mandatario medesimo rispondesse di regola nei limiti del dolo<sup>188</sup>.

9. *L'elaborazione scientifica dei 'prudentes' e il giurista d'oggi: insegnamenti antichi in materia di responsabilità nell'ambito della gratuità contrattuale e circolarità di impostazioni in tema di rilevanza giuridica degli accordi costitutivi di impegni.*

Siamo alla conclusione, che tocca l'esperienza giuridica attuale.

Forti di quanto abbiamo imparato dalle fonti in cui è sedimentato il pensiero dei giuristi classici, credo si possano offrire utili indicazioni di ordine storico e dogmatico alla dottrina oggi impegnata nella ricerca delle soluzioni più adeguate alle due delicate problema-

<sup>188</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 606.

tiche in tema di responsabilità connessa alla gratuità contrattuale sulle quali ci siamo dianzi soffermati.

La prima di esse, come si ricorderà, riguarda la portata del principio, generale ancorché non assoluto, che vuole giudicata con minor rigore la responsabilità di chi è vincolato a una prestazione in base a un contratto gratuito: principio il cui fondamento si è visto rintracciabile soprattutto negli artt. 1710, comma 1, e 1768, comma 2, cod. civ., secondo i quali la responsabilità per colpa del mandatario e rispettivamente del depositario è da valutarsi con minor rigore quando il contratto da loro stipulato è gratuito. Orbene, è evidente che il giurista, nel rispetto delle norme dettate dal legislatore in materia di attività ermeneutica, è libero di modellare il significato applicativo di tali disposizioni e dunque del principio di cui costituiscono espressione, nel tentativo di disegnarne al meglio il modo di operare nel concreto. Ma è altrettanto evidente, ed è opportuno saperlo, che la *scientia iuris* alla quale si deve l'elaborazione di questo principio lo giustificava sull'assunto che dal soggetto tenuto a una prestazione contrattuale priva di contropartita nei confronti di un altro non si può che pretendere un livello qualitativo di comportamento ovvero di adempimento meno