

TOMMASO DALLA MASSARA

SUL *RESPONSUM* DI ARISTONE IN D. 2.14.7.2
(ULP. 4 *AD ED.*): L'ELABORAZIONE DEL CONCETTO
DI CAUSA DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. La cornice ulpiana: D. 2.14.7 pr.-2 (Ulp. 4 *ad ed.*). – 2. Il responso aristoniano: problemi esegetici. – 3. La menzione del *συνάλλαγμα*. – 4. Causa e *συνάλλαγμα*: la costruzione logica del passo. – 5. Il contributo di Ulpiano: la testimonianza di D. 2.14.7.4 (Ulp. 4 *ad ed.*). – 6. Il significato di *causa*. – 7. Il significato di *συνάλλαγμα*. – 8. Conclusioni in ordine ai rapporti tra causa e *συνάλλαγμα*. – 9. Funzione: l'elaborazione del concetto di causa. – 10. Struttura: la valenza dell'adempimento della prima prestazione nel contesto del *συνάλλαγμα*. – 11. Precisazioni su causa e *συνάλλαγμα*. – 12. Causa e profili di una figura generale di contratto. – 13. Importanza di un'acquisizione.

1. *La cornice ulpiana: D. 2.14.7 pr.-2 (Ulp. 4 ad ed.)*.

La celebre sequenza D. 2.14.7 pr.-2, tratta dal libro 4 *ad edictum* di Ulpiano, rappresenta una straordinaria miniera di informazioni per chi tenti di ricostruire i profili dell'idea di contratto nel pensiero della giurisprudenza classica.

D. 2.14.7 pr.-2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones*. 1. *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*. 2. *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manu-*

misisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συναλλάγμα dicit, unde haec nascitur actio.

Nel volgere di pochi periodi di straordinaria densità, Ulpiano riesce a coniugare l'attenzione per gli aspetti dogmatici (in particolare, il discorso si sofferma su *conventio, contractus, causa*) a una speciale sensibilità per lo sviluppo storico di un dibattito che, nel susseguirsi dei richiami ad Aristone, Celso, Giuliano e Mauriciano, fino al punto di osservazione dello scrivente, si dipana dall'età traianea sino a quella dei Severi¹.

È oramai opinione consolidata quella che vuole il testo, nella sostanza, genuino².

All'esordio Ulpiano distingue, entro le *conventiones iuris gentium*, quelle che producono azione rispetto a quelle che ricevono tutela soltanto in via di eccezione; nel § 1, il giurista rileva che, fra le prime, debbono discernersi le convenzioni che hanno un proprio *nomen* (da intendersi, a mio giudizio, come formula edittale – anche non specifica – comunque in grado di assicurare tutela alla convenzione stessa)

¹ Come bene evidenzia A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro 'ad edictum'*, ne *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, 149, il quale nel testo ulpiano riconosce un «intreccio fra storia e sistema: un motivo che si rivela ormai come l'autentico tema dominante di tutto il nostro testo. Nella scrittura di Ulpiano logica e tempo – costruzione dogmatica e storia delle dottrine – si integrano fin quasi a confondersi»; si veda già ID., *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, 130, e ora ID., *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 346 ss. Su questi aspetti, cfr. anche G. MELILLO, *'In solutum dare'. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli, 1970, 76, il quale parla invece di «storia dottrinale».

² Secondo una consapevolezza che può vedersi via via maturata passando attraverso le opinioni di H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, 14; 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, Napoli - Roma, 1990, 101, nt. 254; F. GALLO, *Synallagma e 'conventio' nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, II, Torino, 1995, 94.

rispetto a quelle che ne sono sfornite: e, tra le prime, cita compravendita, locazione conduzione, società, comodato, deposito *et ceteri similes contractus*.

Questo, in estrema sintesi, il senso della prima parte del brano (pr. e § 1), a voler tacere dei molti e più specifici problemi che intorno alle singole parole potrebbero discutersi, sui quali mi sono cimentato in un più ampio lavoro che qui per larghi tratti riprendo³.

Orbene, è però soltanto al § 2, ove Ulpiano passa a riferire l'opinione di Aristone, che ora intendo limitare il mio raggio d'interesse.

Tale delimitazione si giustifica alla luce dell'intendimento di ricostruire le linee fondamentali dell'elaborazione prima – ma, a mio parere, al contempo in assoluto più significativa – della causa del contratto entro la giurisprudenza classica.

Si consideri che proprio il *responsum* del giurista traiano sul susistere della causa è all'origine del successivo dibattito che coinvolge Celso, Giuliano e Mauriciano, di cui Ulpiano ci dà notizia.

D'altra parte, occorre tenere conto che da vari altri passi nei quali è riportato il pensiero di Aristone può ricavarsi la conferma di una specifica considerazione – talora resa palese nelle parole impiegate, altre volte implicita nel ragionamento – di tale giurista per il tema della causa contrattuale: basti pensare a D. 19.4.2 (Paul. 5 *ad Plaut.*)⁴, a D. 19.5.16.1 (Pomp. 22 *ad Sab.*)⁵, a D. 39.5.18 pr.-1 (Ulp. 71 *ad ed.*)⁶, dei quali non sarà però possibile qui occuparsi.

³ In effetti, per un'analisi dell'intero brano ulpiano, mi permetto di rinviare a T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 77 ss.

⁴ Cfr. D. 19.4.2 (Paul. 5 *ad Plaut.*): *Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur.*

⁵ Cfr. D. 19.5.16.1 (Pomp. 22 *ad Sab.*): *Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.*

⁶ Cfr. D. 39.5.18 pr.-1 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. 1. Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidisses, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur.*

Con specifico riguardo all'affidabilità del testo di D. 2.14.7.2, bisogna dire subito che i sospetti tuttora persistenti si concentrano essenzialmente, per un verso, sul termine *obligationem*, contenuto nel periodo *et hinc nasci civilem obligationem*, in luogo del quale si è proposto di restituire *et hinc nasci civilem actionem*⁷, e, per altro verso, sull'inciso *id est praescriptis verbis*⁸.

A mio parere, la prima critica può, per ragioni su cui mi riservo di esprimere nel seguito alcune più circostanziate riflessioni⁹, essere respinta; la seconda meriterebbe una complessiva rimediazione, che ho proposto nella più ampia ricerca cui già ho fatto cenno e su cui non ritengo proficuo tornare in questa sede, attesa la peculiarità delle questioni che essa pone¹⁰.

In ogni caso, non ne risulterebbe snaturato il senso del discorso.

2. Il 'responsum' aristoniano: problemi esegetici.

Conviene riprendere con attenzione il brano iniziale di D. 2.14.7.2:

Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem ...

Dunque, con l'inserimento delle congiunzioni *sed et*, poste a introdurre le parole di Aristone¹¹, si dice che, qualora l'affare – in tal

⁷ In tal senso, sulla scia di S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane. Prolusione letta il 14 aprile 1902. Con note*, Bologna, 1903, ora in *Scritti giuridici*, a cura di U. Brasiello, II, *Servitù e obbligazioni*, Milano, 1948, 414, nt. 1, nonché di E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in *BIDR*, XXVIII, 1915, 21 e 26, nt. 2, si veda R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*, XXXVII, 1983, 217 s.

⁸ Si vedano gli studiosi orientati in tal senso menzionati da R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 219, nt. 146.

⁹ Si veda *infra*, al termine del § 2.

¹⁰ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 177.

¹¹ Cfr., in tal senso, F. GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso internazionale Aristec (Palermo - Trapani, 7-10 giugno*

senso, come subito si dirà, è da intendersi il significato del segno *res* – non passi in *alium contractum*, se tuttavia *subsit causa*, ne nascono obbligazioni civili.

A margine del *responsum* del giurista traiano si è sviluppato un lungo dibattito¹², che, per densità e complessità, presenta pochi eguali¹³.

Così, il brano merita di essere compiutamente analizzato nei suoi singoli elementi. Li si veda uno a uno: *res, alium contractum, eleganter, respondit, ut puta, obligationem* (ci si soffermerà in specie sulla seconda menzione di quest'ultimo termine)¹⁴.

Si tenga ancora in sospenso, invece, l'analisi di *causa* e συνάλλαγμα.

Nel segno *res* mi sembra si debba vedere il significato di affare divisato dalle parti, senza una specifica valenza tecnico-giuridica¹⁵. In

1995), a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 67, nt. 10, e 73; 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, 334.

¹² La dottrina anche assai risalente è citata da R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 208, nt. 116; si veda inoltre M. TALAMANCA, *Note su Ulp. 11 'ad ed.' D. 4.3.9.3. Contributo alla storia dei c.d. contratti innominati*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, I, *Introduzione alla giurisprudenza, diritto privato, diritto pubblico*, Milano, 1993, 196, nt. 1; nonché C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto*, cit., 59, nt. 34; gli interventi più recenti sono segnalati da A. BURDESE, *Su alcune testimonianze celsine*, in *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Bâle - Genève - Munich, 1999, 11, nt. 33, il quale sul passo ritorna da ultimo in Id., *Divagazioni*, cit., 341 ss.

¹³ Tanto che, per M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 100, si tratterebbe di «passo famoso e fin troppo discusso dagli interpreti» (cfr. anche Id., *La 'bona fides' nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento, ne Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 59, nt. 186).

¹⁴ Il testo mommseniano è assolutamente identico, nelle singole parole, a quello della *Littera Florentina* (cfr. *Iustiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus*, a cura di A. Corbino - B. Santalucia, I, Firenze, 1988, 47 v).

¹⁵ Intendono *res* come affare: V. GEORGESCU, *Causa, contractus, conventio*, in *Études de philologie juridique et de droit romain*, I, *Les rapports de la philologie classique et du droit romain*, Bucarest - Paris, 1940, 314 («une affaire juridique considérée dans sa matérialité»); seppur solo in prima approssimazione, R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 213 (si veda più dettagliatamente il pensiero dello studioso *infra*, § 10); P. VOCI, *Recensione a R. Santoro, Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *Iura*, XXXIV, 1983, 128; S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica editale per i 'pacta conventa'*, in *SDHI*, LXIV, 1998, 452. Per A. SCHIAVONE, *La scrittura*, cit., 148, con *res* deve intendersi «il fatto della convenzione», non «la convenzione che si è tradotta in un fatto», cosicché solo in caso di «transizione» entro un *nomen* editale, ovvero in presenza di una causa, tale fatto acquista una qualificazione giuridica. Invece per M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, XXXIX, 1988, 29, si intende la «fattispecie negoziale obbiettivamente considerata». Secondo A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 334, la

tal senso depongono non solo la considerazione, in sé, dei normali impieghi di *res*¹⁶, ma anche quella degli specifici rapporti tra *res* e *causa*; così, se è nota l'ampia sinonimia tra i due segni¹⁷, si deve peraltro precisare che tendenzialmente *causa* assume, al di là dei differenti contesti, un valore giuridicamente qualificato rispetto a *res*¹⁸. Qui, più esattamente, la *causa* è ciò che consente di qualificare come contratto (ancorché innominato) una *res*.

Mi pare falsante l'opinione di chi nel termine *res* vuole vedere un collegamento diretto con la *conventio*, secondo la lettura che risale a Perozzi¹⁹.

Occorre, a mio parere, tenere presente che le parole sono originariamente quelle di Aristone, poi citate da Ulpiano: soltanto il secon-

res sarebbe da vedersi come «l'assetto di interessi divisato dalle parti contraenti o meglio l'*id quod actum est*».

¹⁶ Come si ricava da *V.I.R.*, V, voce *Res*, col. 145, r. 1 ss.; *V.I.R.*, I, voce *Causa*, col. 667, r. 1 ss.

¹⁷ Sottolineata da A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959 (rist. *ibidem*, 1979), voce *Causa*; J.P. MINICONI, *Causa et ses dérivés. Contribution à l'étude historique du vocabulaire latin*, Paris, 1951, 154 ss.; J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, Paris, 1963, 420 s., il quale osserva trattarsi comunque di termini con valore generale, che hanno al fondo il riferimento a «les intérêts de quelqu'un», «l'affaire qui concerne quelqu'un». Sulla 'Generalisierung durch *res*', cfr. P. LOTMAR, *Über 'Causa' im römischen Recht. Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften*, München, 1875, 30 ss. Sull'evoluzione del termine *causa* con speciale attenzione rivolta al rapporto con *res*, cfr. F. CHAUBET, 'Condictio causa data causa non secuta'. *Critique historique de l'action en enrichissement illégitime de l'art. 62 al. 2 CO*, Lausanne, 1973, 118 ss.; una panoramica sui significati di *res* è in G. MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma*, Napoli, 1978, 99 ss.

¹⁸ Si veda P.J. MINICONI, *Causa*, cit., 52, ripreso da J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire*, cit., 421, ove per esempio si rileva che «*res* est la matière brute du procès, l'ensemble des faits qui s'y rapportent, *causa* la présentation juridique des faits». Cfr. *Cic. div. Caec.* 11: *Multae quae sunt in re, quia remota sunt a causa, praetermittam; Catil.* 4.10; *Chu.* 139; 141; *Scaur.* 16; *Mil.* 15; *fam.* 2.6.5; 7.3; *orat.* 1.61.259; *nat.* 1.2.

¹⁹ Invero, riteneva addirittura S. PEROZZI, *Le obbligazioni*, cit., 414, nt. 1, nel quadro di una serrata critica nei confronti dell'autenticità del testo, che *res* si fosse sostituito a *conventio*. Anche per A. GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la Codificación europea y americana*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XII, 2001, 199, la *res* è la convenzione. Che nel termine *res* gli antecessori coevi di Teofilo vedessero il significato di *conventio* è rilevato, con richiamo alle fonti, da G. FALCONE, *L'origine della definizione di ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ nella parafrasi di Teofilo*, I, *Le fonti*, in *Sem. Compl.*, XI, 1999, 37 s. Sul significato di *conventio*, si veda ora la ricerca di G. ROMANO, 'Conventio' e 'consensus' (A proposito di *Ulp.* 4 'ad ed.' D. 2.14.1.3), in *AUPA*, XLVIII, 2003, 241 ss.

do, ma non anche il primo, costruiva il proprio argomento sull'idea di *conventio* (come si evince anche solo gettando uno sguardo a D. 2.14.1.3²⁰ e D. 2.14.5²¹, sempre tratti dal libro 4 dell'*ad edictum*), nonché in specie sul rapporto tra *conventiones* e *nomina* (come si nota dal pr. e dal § 1 di D. 2.14.7, appena visti). Aristone, invece, poneva l'attenzione sul profilo dell'affare, in relazione al contratto, considerato dal punto di vista sostanziale (... *si in alium contractum res non transeat* ...).

Così, un nesso deve essere cercato tra *res* e *causa*: e ciò precisamente nel senso che si è detto, per cui la *res* è l'affare, il quale 'passa' a essere contratto allorché sussista una *causa*. Il collegamento linguistico tra *res* e *causa* vale a suggerire proprio l'idea dello spostamento dal piano atecnico-economico a quello tecnico-giuridico: l'affare, logicamente antecedente a ogni qualificazione *sub specie iuris*, diventa contratto.

Il senso del trascorrere dall'uno all'altro piano si avverte in maniera più chiara perché qui Aristone volge lo sguardo a una convenzione atipica: la *res* riceve una qualificazione giuridica, ancorché non sia sussumibile in alcuno dei tipi edittali (e si riveli così irriducibile a uno dei «modelli ideali di comportamento»²², secondo un giudizio che può dirsi di qualificazione tipologica²³). Dunque, occorre valutare di-

²⁰ Cfr. D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinentis, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. 4. Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.*

²¹ Cfr. 2.14.5 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. publica conventio est, quae fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur.*

²² Così C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992, 6; si veda anche in Id., *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, XXXII, 1986, I, 372 ss.

²³ In generale, sui problemi della tipicità, E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in *Annali della Facoltà giuridica di Macerata*, n.s., I, 1966, 7 ss. (studio già comparso con il titolo *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts* in *Festschrift für L. Wenger zu seinem 70. Geburtstag*, I, München, 1944, 249 ss.); G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, *passim* e, con particolare ri-

rettamente l'assetto d'interessi che nel caso di specie i soggetti intendono realizzare: il passaggio dal piano atecnico a quello giuridico avviene al di fuori del tradizionale schema di riconducibilità alle cause edittalmente previste. Si potrebbe anche dire – ma meglio lo si comprenderà alla luce di quanto segue – che rileva qui la causa 'in concreto', da valutarsi come il peculiare scopo che i soggetti intendono perseguire, in diretto collegamento con uno specifico assetto d'interessi²⁴.

In relazione alla scelta dell'aggettivo *alius*, riferito a *contractus*²⁵, là dove si afferma *si in alium contractum res non transeat*, occorre osservare che esso identifica una *res* la quale, pur non passando *in alium contractum*, è del pari idonea a essere qualificata come contratto.

La *res* non è riconducibile ai tipi edittali (non ottiene una qualificazione tipologica, come si è appena detto), ma è essa pure *contractus* (dunque ottiene comunque una qualificazione giuridica).

ferimento alla «qualificabilità» dell'attività negoziale, 72 ss.; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, 46 ss.; C. BEDUSCHI, *Tipicità*, cit., in specie 15 ss. e 115 ss.; Id., *A proposito*, cit., 371 ss. e in specie 378 ss.; G. DATTILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, XXX, 1984, I, 772 ss.; efficace l'immagine del 'passare' di determinate figure attraverso il 'filtro' della tipicità, che può avere differente struttura, potendo essa basarsi su caratteristiche formali ovvero di contenuto, in L. LANTELLA, *Intervento*, in 'Contractus' e 'pactum', cit., 128; profilo che ritorna in C. CASCIONE, 'Consensus'. *Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 480 s. All'origine del metodo tipologico devono considerarsi gli studi di C.G. HEMPEL - P. OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, Leiden, 1936; per i profili giuridici, specificamente, D. LEENEN, *Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Beispiel des Vertragsrechts des BGB*, Berlin, 1971; nonché, anche quale sintesi di più ampie e antecedenti riflessioni, K. LARENZ - C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³, Berlin - Heidelberg - New York, 1995, specie 290 ss. La maturazione storica della nozione di 'tipo' è di recente ripercorsa da J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris, 1999, 40 ss.

²⁴ Alludendo a ciò stesso, per esempio F. MESSINEO, voce *Contratto innominato (atipico)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 106, ma pure molti altri autori, parlano di «intento empirico», da intendersi quale «scopo pratico, che le parti perseguono»; in chiave prevalentemente psicologica è invece la corrispondente idea di G. MIRABELLI, *Causa subiectiva e causa obiectiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, V, 1951, 323 ss.

²⁵ L'impiego dell'espressione *in alium contractum* è ritenuto «insensato» da S. PERROZZI, *Le obbligazioni*, cit., 414, nt. 1, sulla cui scia ancora si colloca M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., 29. Per E. BETTI, *Sul valore*, cit., 21, sarebbe da sostituire, senza che peraltro di ciò sia data spiegazione, *alius* con *huiusmodi*: già P. VOGLI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 243, però, ripristinava la lezione mommseniana, come fa notare G. MELILLO, 'Contrahere', 'pacisci', 'transigere'. *Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994, 215.

L'aggettivo *alius* esprime l'appartenenza a differenti specie (quasi si affermasse: *alii ... alii*) del medesimo genere-contratto.

Dunque, si nota che, se il riferimento fatto da Ulpiano in D. 2.14.7.1 al *proprium nomen contractus* allude – come si è detto – alla presenza di una formula edittale, con attenzione principalmente rivolta alla prospettiva processuale, nel *responsum* di Aristone l'attenzione appare invece focalizzata su un piano di considerazione sostanziale.

La dialettica tra le *conventiones* che transitano in un *nomen* e quelle che in esso non transitano, sulla quale Ulpiano aveva impostato il proprio discorso (si riveda pr. e § 1), si sovrappone a quella, che emerge passando alle parole di Aristone (nel § 2), tra contratti causalmente tipici o atipici, gli uni e gli altri comunque riconducibili entro la cornice unitaria (sotto il profilo sostanziale) di un'idea generale di contratto.

Dopo l'affermazione circa il *subesse* della *causa*²⁶, l'utilizzo da parte di Ulpiano dell'avverbio *eleganter* è posto a contraddistinguere il *responsum* di Aristone (*eleganter Aristo Celso respondit*).

Si osservi che poco prima, in D. 2.14.1.3, ricorreva l'uso del medesimo avverbio, lì però al fine di introdurre la celebre affermazione di Pedio circa la necessità della *conventio*²⁷.

Ritengo che in entrambi i casi la scelta dell'avverbio *eleganter* dia evidenza, oltreché all'apprezzamento per una speciale acribia stilistica e argomentativa²⁸, alla segnalazione di una citazione fedele, della qua-

²⁶ Per l'utilizzo del verbo *subesse* in unione al segno *causa*, seppure in un differente contesto, cfr. D. 1.7.17 pr. (Ulp. 29 *ad Sab.*): ... *ne forte turpis causa adrogandi subsit*.

²⁷ Cfr. D. 2.14.1.3: ... *Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicit Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*.

²⁸ Per una rassegna di luoghi ulpiane nei quali le citazioni di altri giuristi sono apprezzate per la loro eleganza, cfr. E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le 'sententiae prudentium' nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *Riv. dir. rom.*, I, 2001, 9 s. (dell'estr.), nt. 38, ma anche ID., *Sui 'libri ad edictum' di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, 119 ss. Specificamente sull'eleganza nella considerazione di Ulpiano, F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973, 129, per il quale *eleganter* rappresenterebbe un «Lieblingswort» di Ulpiano; H. HAUSMANINGER, *Publius Iuventius Celsus. Persönlichkeit und juristische Argumentation*, in *ANRW*, II.15, Berlin - New York, 1976, 389 s.; T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford, 1982, 80 e nt. 714. In generale, sull'*elegantia* dei prudentes, M. RADIN, *Eleganter*, in *LQR*, XLVI, 1930, 311 ss.; G. SCIASCIA, *'Elegantiae iuris'*, in *BI-*

le occorre presumere l'autenticità fin nell'impiego delle singole parole.

In effetti, se non si voglia addirittura ipotizzare che il *responsum* aristoniano sia stato calato nel testo ulpiano direttamente da uno scritto di Aristone (forse i *Digesta*), mi sembra si debba almeno riconoscere l'attendibilità del passaggio *si in alium contractum ... et hinc nasci civilem obligationem*²⁹.

Le due 'eleganti citazioni' si corrispondono anche nell'importanza riconosciuta loro da Ulpiano: si potrebbe dire che con esse si esprimono i principi fondamentali che fanno da sfondo alla ricostruzione del fenomeno contrattuale delineata entro il libro 4 *ad edictum*.

Da un lato il consensualismo pediano e dall'altro il causalismo aristoniano paiono in effetti ispirare la rappresentazione ulpiana del *contrahere*: non, naturalmente, nel senso che del contratto sia consentito rinvenire una ricostruzione geometrica e onnicomprensiva, bensì che, sulla base di quelle idee, risulti intessuta una trama (complessa e irriducibile a facili schematizzazioni), di cui solo nella prospettiva storica può comprendersi il disegno. Nel quadro della stratificazione degli apporti labeoniani (soltanto presupposti, mantenuti a silenzioso presupposto, specie attraverso la menzione del *συνάλλαγμα*, come si avrà modo di far cenno tra breve³⁰), aristoniani, pediani e infine ulpiane – tutti riscontrabili nella testimonianza all'esame – sembrano potersi cogliere i 'materiali concettuali' da cui è ricavabile un'idea, ancora solo affacciata più che definita, di contratto.

DR, n.s., X-XI, 1948, 372 ss.; P. STEIN, *Elegance in Law*, in *LQR*, LXXVII, 1961, 242 ss.; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. (da *History of Roman Legal Science*², Oxford, 1953) G. Nocera, Firenze, 1968, 106, nt. 6.

²⁹ Ritiene che con maggior probabilità si trattasse di un *responsum* in forma scritta, giacché diversamente Ulpiano «non avrebbe riferito in modo tanto puntuale la presa di posizione di Aristone», F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 42: il che, in effetti, pur non disponendo di alcuna prova certa in tal senso, è da credersi quantomai plausibile. Peraltro, nel senso della verosimiglianza di una risposta scritta depone il fatto che altrove a essa Aristone fosse ricorso; proprio di rimando a Celso, come in D. 40.7.29 (Pomp. 18 *ad Quintum Mucium*): ... *et Aristo Celso rescripsit* ...; ovvero nei confronti di Nerazio, come in D. 20.3.3 (Paul. 3 *quaest.*): *Aristo Neratio scripsit* ...; mentre in un altro caso in tale forma si era espresso, questa volta in risposta ad Aristone, Nerazio: cfr. D. 19.2.19.2 (Ulp. 32 *ad ed.*): ... *et est epistula Neratii ad Aristonem* Da ultimo, crede a un «intercambio epistolar», tra Celso e Aristone, A. GUZMÁN BRITO, *Causa*, cit., 200.

³⁰ Vedi § 7.

All'opinione aristoniana si contrappone quella di Celso, che non riconosce nel caso delineato il sorgere di effetti civili³¹: il senso dell'opposizione è affidato alla scelta del verbo *respondere*, di cui è tuttavia discussa la precisa valenza³².

Il periodo successivo è quindi introdotto da *ut puta*, che precede la rappresentazione dei casi *do ut des* oppure *do ut facias*; in tali ipotesi, si afferma nel seguito, è da vedersi la presenza di un *συνάλλαγμα* e da ciò scaturisce il nascere di obbligazioni civili.

³¹ Per la posizione di Celso, si veda anche il celebre D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.): *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim*, nonché, in apparentemente difficile conciliabilità, l'altrettanto noto D. 19.5.2 (Cels. 8 dig.): *Nam cum deficient vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est*. In dottrina, cfr. P. CERAMI, 'Vulgaria actionum nomina' ed 'agere praescriptis verbis' in D. 19.5.2 (Cels. 8 dig.), in *Iura*, XXXIII, 1982, 121 ss.; F. GALLO, 'Agere praescriptis verbis' e edito alla luce di testimonianze celsine, in *Labeo*, XLIV, 1998, 7 ss.; A. BURDESE, *Su alcune testimonianze*, cit., 3 ss.

³² Nel senso di una vigorosa contrapposizione, E. BETTI, *Sul valore*, cit., 24, il quale nel *respondit* vede, giusta l'opinione celsina espressa a margine della fattispecie descritta in D. 12.4.16 (*nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta ... in quod proclivior sum*), il significato di: «Aristone giurista ribatte a Celso giurista» (corsivo dell'autore). Lo studioso peraltro riconosce nella contrapposizione tra Aristone e Celso una polemica interna alla *secta* dei Proculiani, sia pur entro l'ambito della comune adesione al metodo analogistico. Intorno al significato del *respondere* di Aristone a Celso, in particolare sul valore teorico o pratico della consultazione, cfr. P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913, I, 116 ss. Tende ad attenuare il senso dell'opposizione, preferendo invece vedere presupposta soltanto la richiesta di un parere, P. CERAMI, 'Vulgaria actionum nomina', cit., 124. Si interroga se qui il testo tratti di un «*responsum* di tipo didattico seguito a una *consultatio* del giovane Celso, oppure alluda a una vera e propria replica in un dibattito di scuola», A. SCHIAVONE, *La scrittura*, cit., 150. Prudente la posizione di F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 43, il quale si limita a osservare «una presa di posizione assai energica nella sua stringatezza, assunta nei confronti di una diversa veduta, evidentemente prospettata nella domanda di Celso», secondo il tenore di una «polemica scientifica» (*ibidem*, nt. 8). Per un inquadramento del *responsum* di Aristone a Celso in relazione alle personalità dei due giuristi, cfr. V. SCARANO USSANI, *Il 'probabilismo' di Titius Aristo*, in *Ostraka*, IV, 1995, 315 ss., in specie 319, nt. 52, ma anche 329 ss. Circa i rapporti fra Celso e Aristone, si veda inoltre E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 44, nt. 207. Sul punto, anche S. TONDO, *Note*, cit., 454, il quale esclude che nel passo debba cogliersi il senso di una radicale opposizione, piuttosto che di un «colloquio costruttivo».

La presenza di *ut puta* assume essenzialmente un valore di passaggio dall'affermazione della necessità della *causa* a quella riguardante il *συνάλλαγμα*: sul punto si tornerà nel prosieguo. Occorre però almeno fin d'ora osservare che, sotto quest'aspetto, l'espressione presenta un valore imperativo («così ritieni che debba essere»).

Al tempo stesso, si potrebbe ritenere che la medesima espressione avesse valore esemplificativo, con riferimento ai casi di *do ut des* oppure di un *do ut facias* («così per esempio»): dunque non sarebbero esclusi quelli di *facio ut facias* oppure di *facio ut des*.

L'impiego di *obligationem*, nella seconda occasione in cui il termine compare (ossia nella proposizione *hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem*), ha sollevato dubbi di genuinità, tra gli altri, in Perozzi³³, Betti³⁴ e Santoro³⁵.

A fondamento della critica è l'osservazione per cui il termine *obligatio* parrebbe utilizzato nella precedente menzione (*Celso respondit esse obligationem*) secondo il significato di 'atto obbligatorio' (ovvero «obbligante»³⁶) e non già in quello di 'rapporto obbligatorio'³⁷; cosicché in tale successiva menzione, ove *obligatio* sembra invece evocare l'idea di 'rapporto', il termine dovrebbe reputarsi insiticio.

L'argomentazione invero non convince: a prescindere dalle perplessità che suscita la netta attribuzione a *obligatio*, nel primo luogo in cui vi si fa richiamo, del significato di 'atto' ('obbligatorio' o 'obbligante' che sia)³⁸, pare a me che, così facendo, si rischi di dogmatiz-

³³ S. PEROZZI, *Le obbligazioni*, cit., 414, nt. 1.

³⁴ E. BETTI, *Sul valore*, cit., 21 e 26, nt. 2.

³⁵ R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 217 s., con indicazioni bibliografiche alla nt. 142.

³⁶ Così nella terminologia preferita da F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 96.

³⁷ Invero, nell'alternativa tra 'atto' e 'rapporto' la dottrina ha visto una possibile chiave per condurre un'analisi dell'*obligatio*: in proposito si veda, per esempio, R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 215 e 218, nonché F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 96 e 98 s. D'altra parte si tratta, com'è noto, di una teorica messa a fuoco dalla dottrina moderna (per le sue radici, cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda e P.E. Bensa, II, Torino, 1925, I ss., 55 ss.) e di cui invero mi pare impropria una rigida applicazione alle fonti romane. Di recente, si vedano le puntualizzazioni di C. CASCIONE, *Consensus*, cit., 194 ss.

³⁸ Secondo A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 337, «non si vede la ipotizzata necessità di correggere (*nasci civilem*) *obligationem* in *actionem*, postoché anche l'espressione precedente *esse obligationem* è da intendersi riferita all'esistenza di rapporto obbligatorio, di cui il *subesse causam* è presupposto, piuttostoché ad atto obbligatorio, in quanto il *do ut*

zare un'interpretazione, per poi parametrare, sulla sola base di questa, l'autenticità del testo³⁹.

Mi sembra invece necessario, in primo luogo, ripensare in termini più duttili la nozione di *obligatio* dei *prudentes*⁴⁰, nonché, in secondo luogo, contestualizzare le due affermazioni (prima, *Celso respondit esse obligationem*, e, poi, *hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem*), prestando particolare attenzione ai nessi che si possono ravvisare tra i termini *causa* e *συνάλλαγμα*, da un lato, e *obligatio*, dall'altro: una specifica esegesi del testo, sulla quale ci si soffermerà nel seguito, ritengo porti a credere che il sorgere di effetti obbligatori, in relazione a una convenzione atipica, risulti sempre collegato alla presenza di *causa* e *συνάλλαγμα*.

Viceversa, accogliendo la menda di *obligationem* in *actionem*, si otterrebbe l'affermazione per cui dal *συνάλλαγμα* nasce direttamente l'*actio*: il che, esclusa – come tra breve si avrà modo di vedere⁴¹ – la pura e semplice identificazione del *συνάλλαγμα* con il *contractus*, pare improbabile.

Nel seguito della testimonianza (dopo *et ideo*), in cui le parole sono nuovamente quelle di Ulpiano, si affaccia, sulla base della costruzione proposta da Aristone, un'ipotesi di *do ut facias*, specificata nel caso *dedi Stichum, ut Pamphilum manumittas*, in cui però alla manomissione di Panfilo aveva fatto seguito l'evizione di Stico, cosicché la fattispecie si sarebbe risolta in un *facio ut des* (la *datio* di Stico si era

des o *ut facias* che segue, e in cui consiste l'atto obbligante, è esemplificazione della realtà definita *συνάλλαγμα* dal quale nasce il vincolo giuridico».

³⁹ In senso contrario alla correzione di *obligationem* in *actionem*, C.A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in 'Collatio iuris romani'. *Études dédiées à H. Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, I, Amsterdam, 1995, 67, come pure S. TONDO, *Note*, cit., 454.

⁴⁰ Persuasiva, sul punto, la precisazione di A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *Sem. Compl.*, V, 1993, 60, secondo cui «occorre tuttavia tener conto del fatto che alla mentalità e all'uso linguistico dei Romani il passaggio dalla prospettiva del risultato a quella del comportamento che lo produce (e viceversa) risultava assai più naturale che non al pensiero e al linguaggio dogmatico moderno»; nel medesimo senso, peraltro, cfr. ID., *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone (a proposito del volume di Raimondo Santoro)*, in *SDHI*, LI, 1985, 459; nonché M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, XXXVIII, 1987, 50.

⁴¹ Si veda *infra*, specie § 3.

infatti rivelata non traslativa di proprietà⁴²). Ebbene, nella specie Mauriciano aveva ripreso il più autorevole Giuliano, il quale riconosceva la sola facoltà di esperire un'azione pretoria *in factum*; Mauriciano, invece, riteneva proponibile l'azione *civilis incerti actionem*, invero, si precisa che *ille* (sempre Mauriciano) *ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere*.

L'affermazione, la cui lettura presuppone tutte le questioni di natura strettamente processuale collegabili alla configurazione della formula dell'azione, meriterebbe uno specifico approfondimento, cui però – come preannunciato – non darò spazio in questa sede, al fine di non spingerci troppo lontano dal fulcro del nostro discorso⁴³.

Il § 2 si chiude quindi con la constatazione (nella quale possono nascondersi molte insidie: lo si vedrà subito), sempre riferita a Mauriciano (è ancora sottinteso *ille ait*), del sussistere del contratto, *quod Aristo συνάλλαγμα dicit*, dal quale nasce l'azione.

3. La menzione del συνάλλαγμα.

Possiamo notare, nel testo di D. 2.14.7.2, un duplice richiamo al συνάλλαγμα.

Una prima volta si afferma (le parole sono di Aristone):

Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem ...

Dal punto di vista esegetico, non si pongono particolari problemi.

Fermo restando quanto già si è detto a proposito dell'*ut puta* iniziale⁴⁴, si presentano i casi di *do ut des* ovvero di *do ut facias*: quindi si specifica (sottinteso è sempre *Aristo respondit*) che questo è il συνάλλαγμα e di qui nasce l'obbligazione civile.

Di seguito si dice (le parole sono di Mauriciano):

⁴² Così osserva A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 342.

⁴³ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 177. Sui problemi posti dall'*agere* o *actio praescriptis verbis* si veda, da ultimi, M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*'. *Atypische Geschäftsinhalte und Klassisches Formularverfahren*, Berlin, e M. SARGENTI, '*Actio civilis in factum*' e '*actio praescriptis verbis*', in *SDHI*, LXXII, 2006, 229 ss.

⁴⁴ Su cui peraltro si tornerà *infra*, § 12.

... esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio ...

In questo secondo caso sono opportune talune precisazioni sul piano dell'esegesi.

Si consideri l'utilizzo del *quod*, che fa seguito a *esse enim contractum* e introduce *Aristo συνάλλαγμα dicit*.

Contestualmente, si noti che nell'insieme del testo ulpiano in commento risulta costantemente attestato l'uso del sostantivo maschile *contractus* (-us). Per quanto riguarda il linguaggio di Aristone, è sufficiente osservare che in D. 2.14.7.2 troviamo: *si in alium contractum* (ove – è superfluo ricordarlo – se *contractum* fosse stato utilizzato come neutro della forma participiale di *contrahere*, con esso si sarebbe dovuto concordare l'aggettivo *aliud* e non il maschile accusativo *alium*); per quanto attiene al linguaggio di Ulpiano, si può guardare a D. 2.14.7.1, ove si afferma *sed transeunt in proprium nomen contractus*, nonché, subito dopo, *et ceteri similes contractus*⁴⁵; così, anche per Mauriciano, che segue Aristone ed è a sua volta ripreso da Ulpiano, si deve supporre l'uso del maschile *contractus*.

Ebbene, sul piano strettamente testuale, in base a ciò dovrebbe logicamente escludersi che il *quod* (*esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit*), in quanto neutro, sia concordato con il precedente sostantivo maschile *contractus*⁴⁶.

Certo, non mi nascondo che il collegamento tra *συνάλλαγμα* e *contractus* potrebbe essere mantenuto traducendo il *quod* nella giuntura «ciò che» («c'è infatti il [ovvero: un] contratto, ciò che Aristone chiama *συνάλλαγμα*)⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. anche, per esempio, D. 12.1.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituumus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit.*

⁴⁶ Soffermandosi invece soltanto sulla connessione *quod - contractum*, S.E. WUNNER, 'Contractus'. *Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln - Graz, 1964, 35, conclude semplicemente nel senso che nel passo sia impiegato il termine *contractum* al neutro.

⁴⁷ Secondo la via indicata da A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 341.

Ma la soluzione non sembra del tutto appagante.

Così facendo, si porrebbe infatti un problema sostanziale: si creerebbe una certa sfasatura tra le due affermazioni riguardanti il *συνάλλαγμα*. Prima, con Aristone, si dice che il *συνάλλαγμα* consiste (*hoc est*) nel *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*. Poi, invece, con Mauriciano, stando alla versione appena ipotizzata, si afferma che il *συνάλλαγμα* sarebbe stato da Aristone richiamato quale sinonimo di contratto⁴⁸.

Il *quod* nasconde dunque un'insidia che, dal piano testuale, rischia di trasferirsi a quello dei concetti: finirebbe per accreditarsi l'opinione, peraltro diffusa in dottrina, secondo cui nell'insieme del testo all'esame *contractus* e *συνάλλαγμα* sarebbero utilizzati fungibilmente⁴⁹.

Invece, a ben vedere, così non è: nelle parole direttamente riferibili ad Aristone, di tale interscambiabilità non vi è traccia; in quel che Mauriciano attribuisce al giurista traiano, ciò, se non può dirsi escluso, neppure è da ritenersi probabile.

Si potrebbe in effetti pensare che, nel citare Aristone, Mauriciano abbreviasse i passaggi del di lui ragionamento, così ritenendo che, stante la necessità del *συνάλλαγμα* affinché sia dato riscontrare il *contractus*, il riferimento al primo potesse bastare per indicare la presenza del secondo: in sostanza sarebbe richiamato il profilo (caratterizzante) del *συνάλλαγμα* per significare il *contractus*.

Ma vi è spazio per pensare che Mauriciano avesse ben inteso la lezione di Aristone.

Per una lettura del passo che mantenga una precisa coerenza nel-

⁴⁸ Anche se la variante segnalata tra parentesi quadre ('un' contratto, al posto de 'il' contratto) consentirebbe di evitare una vera e propria sinonimia: si potrebbe piuttosto pensare che la nozione di *συνάλλαγμα* fosse sussumibile entro la categoria del contratto, pur senza con essa identificarsi.

⁴⁹ Per esempio, P. COLLINET, *L'invention du contrat innomé: le 'responsum' d'Ariston (D. 2,14,7,2) et la question de Celsus (D. 12,4,16)*, in *Mnemosyna D.P. Pappoulias*, Athènes, 1934, 95, rileva: «ce qu'Ariston appelle *συνάλλαγμα*, c'est un contrat» (*esse enim contractum*). «Et enfin ce contrat, ce *συνάλλαγμα* d'Ariston, ...»; su una posizione simile, A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris, 1958, 40 ss.; osserva poi apertamente R. SANTORO, *Il contratto*, cit., in specie, 216, che sarebbe da ravvisarsi una «sinonimia tra il termine *contractus*, usato da Mauriciano, e il termine *συνάλλαγμα*, usato da Aristone», per quest'ultimo essendo indifferente parlare di «*συνάλλαγμα* (o dell'equivalente *contractus*)» (*ibidem*, 217).

l'impiego dei concetti, è sufficiente sottintendere un verbo *esse* prima di *quod*, tale per cui la proposizione risulterebbe scissa: «c'è infatti il contratto, c'è ciò che Aristone chiama *συνάλλαγμα*, onde nasce questa azione»⁵⁰ (anche in questo caso con la possibile alternativa 'un' contratto, in luogo de 'il' contratto).

Si potrebbe invero configurare una lettura ancora diversa, di cui pure riconosco il carattere congetturale: nulla esclude di attribuire al *quod* valore di congiunzione, anziché di pronome relativo⁵¹. Il *quod* risulterebbe così introduttivo di una proposizione di senso causale, che suonerebbe grosso modo: «affermò esservi contratto, poiché Aristone disse esservi il *συνάλλαγμα*». La preferenza per il *quod*, rispetto a *quia* o *quoniam*, troverebbe peraltro riscontro nella sfumatura piuttosto soggettiva che tale congiunzione di norma assume nella proposizione causale e che qui, nonostante l'impiego del modo indicativo, in effetti si ritrova (si riferisce il parere di persona diversa da quella che narra: in realtà, addirittura Ulpiano racconta che Mauriciano disse, perché Aristone riteneva)⁵².

Al di là delle ragioni che potrebbero far propendere per l'una o l'altra delle versioni proposte, mi pare che alcune conclusioni debbano essere tenute ferme.

Non vi sono, nelle parole direttamente riferibili ad Aristone, ragioni per cui sostenere che il giurista traiano vedesse un rapporto di semplice identificazione tra *contractus* e *συνάλλαγμα*; è semmai possibile (ma, secondo me, improbabile) che una fungibilità di impiego dei due termini fosse vista da Mauriciano: e comunque, si sarebbe

⁵⁰ Così F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 65, nt. 2, nonché 74; ID., *Synallagma*, II, cit., 93, nt. 8: la traduzione riportata è in realtà dall'autore proposta in alternativa rispetto a quella che recita «c'è infatti il contratto, la qual cosa (l'esserci il contratto) Aristone chiama sinallagma, da cui nasce questa azione» (sul punto, si veda anche, più di recente, ID., *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, VII, 1999, 28, nt. 18). Si tornerebbe, in quest'ultimo caso, alla versione già vista dianzi, nella quale, però, non si eviterebbe, almeno tendenzialmente, di configurare un rapporto di identificazione tra il contratto e il *συνάλλαγμα*.

⁵¹ Sui valori sintattici di *quod* – in specie, sulla distinzione tra congiunzione causale e pronomine realtivo – cfr. le indicazioni ricavabili da G.B. CONTE - E. PIANEZZOLA - G. RANUCCI, *Il dizionario della lingua latina*, Firenze, 2000, voce *Quod*.

⁵² Si tratterebbe in effetti di proposizione causale 'soggettiva': sul punto, si veda A. TRAINA - T. BERTOTTI, *Sintassi normativa della lingua latina - teoria*², Bologna, 1993, 424 ss.; cfr. inoltre G. BONFANTE, *La lingua latina parlata nell'età imperiale*, in *ANRW*, II.29.1, Berlin - New York, 1983, 440 s.

trattato di un'equiparazione a livello linguistico (si dice *συνάλλαγμα* per indicare il *contractus*), non di un'identificazione tra concetti.

Ciò, peraltro, un'attenta dottrina, seppur muovendo da diversi presupposti (e giungendo a differenti conclusioni), ha avuto modo di notare⁵³.

Dunque, per la comprensione del preciso significato di *συνάλλαγμα* richiamato nel passo, occorre anzitutto volgere lo sguardo alle lineari parole (peraltro le uniche direttamente riferibili ad Aristone): *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem*.

Giunti a tal punto, elaborato il denso materiale che emerge dalla testimonianza in cui è delineato il pensiero aristoniano, mi sembrano poste le premesse per una più precisa analisi dogmatica che si concentri soltanto su *causa* e *συνάλλαγμα*.

4. 'Causa' e *συνάλλαγμα*: la costruzione logica del passo.

È opportuno procedere alla rilettura complessiva del frammento:

D. 2.14.7.2: *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut*

⁵³ Alla conclusione che, in relazione al passo considerato, contratto e *συνάλλαγμα* non debbano ritenersi identificabili approda con chiarezza, come già detto, F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 114 ss.: tuttavia, se occorre senza dubbio convenire con quanto l'autore nega, mi pare sia più difficile accogliere quanto lo stesso propone, allorché configura il *συνάλλαγμα* come «complemento» esterno al sistema contrattuale, escogitato da Aristone «per ovviare a una deficienza in esso riscontrata». Mi pare piuttosto che il *συνάλλαγμα* si collochi 'dentro' il contratto e non già 'fuori' di esso: su ciò, però, si veda più approfonditamente *infra*, § 11, *sub c*). Sulla distinzione tra i concetti di *συνάλλαγμα*, *contractus* e *causa*, cfr. A. SCHIAVONE, *La scrittura*, cit., 151, ora pure in *Ius*, cit., 346 ss. Peraltro, la sinonimia tra *contractus* e *συνάλλαγμα*, seppure in chiave ancora diversa (il termine greco avrebbe avuto il significato più generico «di operazione economica, di affare»), è decisamente esclusa da P. VOGLI, *Recensione* a R. SANTORO, cit., 127 s.; ID., *Istituzioni di diritto romano*⁶, Milano, 2004, 462. Infine, la non identificabilità tra *contractus* e *συνάλλαγμα* mi pare almeno presupposta nei ragionamenti di G. FALCONE, *L'origine*, cit., 34 s.

Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.

Nell'architettura del brano si dispone di materiali in parte direttamente riconducibili ad Aristone, in parte riferibili a Mauriciano, poi gli uni e gli altri inseriti nella scrittura ulpiana⁵⁴.

Sulla base della lettura di D. 2.14.7.2, non è dato riscontrare, per lo meno allo stato della nostra conoscenza delle fonti, alcuna sostanziale differenza tra il pensiero di Aristone e quello di Mauriciano.

Precisamente, lo stacco tra le parole che compongono il *responsum* aristoniano e l'inizio del brano in cui è riportata l'opinione di Mauriciano deve collocarsi al termine della frase: ... *hinc nasci civilem obligationem*. Fino a quel punto infatti l'intero periodo è retto dal *respondit* di cui *Aristo* è soggetto (come si vede dalla presenza degli infiniti ... *esse obligationem*, ... *συνάλλαγμα esse*, ... *nasci civilem obligationem*).

Tuttavia, per quanto appena detto, le cose nella sostanza non muterebbero se si preferisse parlare unitariamente della «teoria di Aristone e Mauriciano»⁵⁵, onde sottolineare l'incerto confine tra gli apporti dell'uno e dell'altro giurista.

Comunque, il ragionamento di Aristone (poi ripreso da Mauriciano) è fondato su due elementi (di cui rimane da approfondire il significato): l'uno rappresentato dalla *causa*, l'altro dal *συνάλλαγμα*.

Per quanto riguarda Ulpiano, invece, che nella sua narrazione raccoglie le opinioni di Aristone e Mauriciano, si possono svolgere talune considerazioni peculiari, che mi riservo di esporre nel seguito.

⁵⁴ Nulla autorizza a pensare che Ulpiano fosse mero «veicolo inerte» di concezioni altrui, come mette in guardia dal fare A. SCHIAVONE, *La scrittura*, cit., 126 s.: per una riconsiderazione generale della figura del giurista severiano, cfr. G. CRIFÒ, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, in *ANRW*, II.15, Berlin - New York, 1976, 708 ss.; d'altra parte, nulla induce a sospettare che Ulpiano avesse manipolato i *dicta* originali di Aristone e Mauriciano.

⁵⁵ Come tendenzialmente preferisce fare M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 99 ss. Non è della medesima opinione R. KNÜTEL, *La 'causa' nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto*, cit., 142 ss., il quale differenzia in maniera significativa le posizioni dei due giuristi (il primo avrebbe considerato i contratti innominati come un'estensione di quelli reali, mentre il secondo avrebbe preso le mosse dalla *conventio*). Sul punto, ora M. SARGENTI, *Actio civilis in factum*, cit., 263 ss.

Si presti attenzione alle seguenti, diverse affermazioni:

a) in D. 2.14.7.2, con riferimento ad Aristone: ... *subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem* ...;

b) in D. 2.14.7.2, rapportabile nuovamente ad Aristone: ... *hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem* ...;

c) in D. 2.14.7.2, da riferirsi invece a Mauriciano: ... *esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio* ...;

Nell'ordine, è fatto dunque richiamo alla *causa*, al *συνάλλαγμα* e poi di nuovo al *συνάλλαγμα*.

Ebbene, posto che le affermazioni che ho contraddistinto con le lettere a), b) e c) sono volte a fondare la riconoscibilità di effetti obbligatori civili per le convenzioni atipiche, occorre domandarsi in quale rapporto si collochino, rispetto a quella conclusione, i richiami alla *causa* e al *συνάλλαγμα*.

A ben vedere, in a) e in b) paiono sottesi taluni nessi logici piuttosto precisi, che possono essere così schematizzati:

in a), riferibile ad Aristone, si afferma: se c'è *causa*, nascono obbligazioni civili (*causa* → *civilis obligatio*);

in b), riconducibile ad Aristone, si dice: se c'è *συνάλλαγμα*, nascono obbligazioni civili (*συνάλλαγμα* → *civilis obligatio*).

Viceversa, l'affermazione attribuita a Mauriciano, sopra individuata con la lettera c), appare più ambigua e meritevole perciò di uno specifico approfondimento.

Su di essa già si è portata l'attenzione quando, partendo dall'analisi del *quod* che vi è contenuto, ho creduto di dover dubitare del fatto che nel testo all'esame *contractus* e *συνάλλαγμα* siano usati indifferenziatamente, quali meri sinonimi⁵⁶.

Ora occorre chiedersi se *unde haec nascitur actio* sia riferito all'immediatamente precedente *quod Aristo συνάλλαγμα dicit* oppure al più lontano *contractum* (che ho ritenuto accusativo di *contractus*).

In altri termini, evitando di dare per scontato che *συνάλλαγμα* e *contractus* siano identificabili (altrimenti l'interrogativo sarebbe privo di senso), è necessario domandarsi se Mauriciano affermi che, se c'è *συνάλλαγμα*, nasce la facoltà di promuovere l'azione (*συνάλλαγμα* →

⁵⁶ Si veda *supra*, § 3.

actio) oppure che, se c'è contratto, nasce la facoltà di promuovere l'azione (*contractus* → *actio*).

Pare a me più plausibile, ancorché forse la lettura finisca per sembrare complessivamente più ardata, la seconda ipotesi.

Milita in tal senso la considerazione della coerenza intrinseca che dal testo si evidenzia.

Se subito prima (con Aristone) si dice – è l'affermazione *sub b*) – che dal *συνάλλαγμα* nasce l'*obligatio* (*hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem*), v'è sensatamente da attendersi che, con argomentare simmetrico, non si affermi poi (con Mauriciano) che dal *συνάλλαγμα* nasce l'*actio*: si osservi la scelta del medesimo verbo, *nasci*, e il parallelismo tra *et hinc* e *unde*.

Mi pare probabile, dunque, che la costruzione di Aristone (accolta da Mauriciano) sottintendesse una duplicità di passaggi: dal *συνάλλαγμα* sorgono obbligazioni civili; dal contratto ha origine la facoltà di promuovere l'azione.

A prescindere pure dalle ragioni di coerenza interna al testo, occorre poi ammettere: se appare deduzione incontestabile quella che, dalla constatazione che si è in presenza di contratto, trae il nascere dell'azione, risulta invece più oscura (o quantomeno piuttosto originale) l'affermazione secondo cui l'azione deriva dal sussistere del *συνάλλαγμα*.

Per questi motivi, il ragionamento plausibilmente svolto da Mauriciano si potrebbe così riassumere: se c'è contratto, nasce l'azione (*contractus* → *actio*).

Quanto si è osservato completa e comprova quel che in precedenza avevo creduto di poter osservare circa il rapporto, che dal testo è possibile evincere, tra i significati di *contractus* e di *συνάλλαγμα*: tra i due non vi è pura e semplice sinonimia.

Ebbene, tirando le fila di quanto sin qui evidenziato, si può osservare che dal passo in esame emergono alcuni dati.

Già chiaramente nel pensiero di Aristone, tanto la *causa* quanto il *συνάλλαγμα* – senza ancora volerne anticipare significati precisi e reciproci rapporti – sono posti in relazione con il prodursi di effetti obbligatori civili; per affermazione di Mauriciano, il riconoscimento del sussistere del contratto apre la via alla proponibilità dell'azione per la relativa tutela.

Pur tra le difficoltà di comprensione del testo, mi pare si colga

una duplicità di passaggi, che nella lettura proposta emergerebbe con coerenza⁵⁷, tra la considerazione sostanziale del contratto e quella della sua tutela.

L'impianto è delineato da Aristone. Con lo specificare l'azionabilità di ciò che già era stato accreditato come contratto, Mauriciano non apporta alcun contributo quanto all'impianto ricostruttivo: rimane confermata l'omogeneità del pensiero dei due giuristi.

5. *Il contributo di Ulpiano: la testimonianza di D. 2.14.7.4 (Ulp. 4 'ad ed.').*

Per meglio comprendere la simmetria del ragionamento – imperniato su *causa* e *συνάλλαγμα* – che emerge da D. 2.14.7.2, mi pare opportuno ora condurre l'attenzione su un altro testo tratto dalla medesima sequenza ulpiana sinora analizzata.

D. 2.14.7.4 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nulla pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

Qui, ove le parole sono senza dubbio direttamente di Ulpiano, il problema che si pone non è quello di fondare la tutelabilità dei contratti innominati.

Si dice invece che, se non c'è causa, non nascono obbligazioni civili (assenza di *causa* → assenza di *civilis obligatio*).

Dunque, al giurista severiano sarebbe da ascriversi il passaggio dal profilo – 'in positivo' – del riconoscimento della causa, su cui è fondato il sorgere degli effetti obbligatori civili, a quello – 'in negativo' – dell'insussistenza della causa, da cui è fatto discendere, quale conseguenza, il mancato prodursi dei medesimi effetti.

Si potrebbe ulteriormente osservare che la riflessione ulpiana sul-

⁵⁷ Sicché si sarebbe tentati di scorgere in ciò il trascorrere dal piano che si potrebbe dire del 'debito' a quello della 'responsabilità': la duplicità di livelli è avvertita da G. FALCONE, *L'origine*, cit., 34, anche se nell'*esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio* l'autore vede un collegamento diretto tra il *συνάλλαγμα* e il nascere dell'*actio*.

la nullità della causa contenuta in D. 2.14.7.4 meriterebbe di essere collegata a quella circa la sua illiceità, in D. 2.14.7.3 (Ulp. 4 *ad ed.*):

D. 2.14.7.3: *Si ob maleficcium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione.*

Dunque, il caso di illiceità della causa appare posto accanto a quello della sua assenza sul piano delle conseguenze, nel senso che nell'uno e nell'altro non si darebbe il sorgere di effetti obbligatori.

Posto che non è possibile qui dedicare specifica attenzione al testo di D. 2.14.7.3, così denso di problemi (ampiamente discussi in dottrina⁵⁸), basti notare che negli sviluppi sui quali si è portata l'attenzione è da vedersi una consapevole e più completa elaborazione dei problemi della causa, condotta sviluppando le premesse già implicite nel ragionamento aristoniano⁵⁹.

Ciò detto, occorre ora tornare a concentrarsi su D. 2.14.7.2, per finalmente analizzare i significati di *causa* e συνάλλαγμα.

6. Il significato di 'causa'.

Ampia è la gamma dei possibili significati di *causa* sui quali la dottrina si è interrogata. Lantella ne stila una rassegna: «*elemento giustificatore della prestazione* (di ciascuna prestazione), *motivo comune* che determina all'atto, *motivo tipico di una classe di atti*, *funzione economico-sociale dell'atto*, *funzione economico sociale di un tipo di atti*, *funzione economico sociale del modello eccellenziale entro un tipo di atti*, e così avanti in una serie non piccola di variazioni»⁶⁰.

Si tratta di oscillazioni semantiche che si collocano all'interno del perimetro specifico del contratto: piuttosto che di una vera e propria polisemia, pare a me che si tratti, più esattamente, di un sistema di

⁵⁸ Per un quadro generale, cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 339 ss.

⁵⁹ Si veda, sul punto, F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 69, il quale peraltro non si discosta da quanto osservato in ID., *Synallagma*, II, cit., 99. Inoltre, cfr. già P. LOTMAR, *Über 'Causa'*, cit., 163.

⁶⁰ L. LANTELLA, *'Ultero citroque': appunti teorici e storici sulla 'lateralità' degli atti*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di G. Provera*, Napoli, 1994, 117; i corsivi sono dell'autore.

polarità fra diverse accezioni ovvero di singole accezioni peculiari⁶¹.

In effetti, di fronte a D. 2.14.7.2, risulta tangibile la particolare adiacenza tra questioni, collocate sul piano dogmatico, esegetico e linguistico, che caratterizza il tema della causa.

Si comprendono dunque le gravi difficoltà incontrate, in specie proprio di fronte al § 2, dagli studiosi che si sono cimentati nella traduzione dei *Digesta*⁶², le cui versioni appaiono, sul punto, assai disomogenee⁶³.

⁶¹ Più precisamente, in T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 58 ss., ho ritenuto che si possa trattare della causa in relazione alla funzione ovvero alla struttura del contratto; ma pure di causa efficiente e di causa finale (naturalmente, sempre per il profilo giuridico); di causa in astratto e di causa in concreto; talora, poi, di *initium contractus* in rapporto alla realizzazione della causa contrattuale come funzione; oppure, al di fuori di ogni specifica correlazione, di causa intesa quale fondamento di riconoscibilità di effetti civili per i contratti innominati; di causa come criterio di individuazione di un regime giuridico; di causa considerata quale parametro di valutazione della liceità contrattuale.

⁶² Su cui, in generale, si veda R. KNÜTEL, *La 'causa'*, cit., 132; ID., *I problemi della traduzione giuridica*, in *Index*, XXV, 1997, 1 ss.; ma anche O. BEHREND, *La nuova traduzione tedesca dei Digesta e la critica interpolazionistica*, *ibidem*, 13 ss.

⁶³ Nei paesi di lingua neolatina i problemi di traduzione del termine *causa* sono stati superati per lo più semplicemente impiegando il segno corrispondente, nel quale tende a conservarsi un'ampia polisemia (per la nostra lingua, cfr. *Il vocabolario Treccani*, I², Roma, 1997, voce *Causa*). Così, le versioni italiane di Foramiti del 1836 e di Vignali del 1856, come anche quelle castigliane di García del Corral del 1889, nonché di d'Ors, Hernandez-Tejero, Fuentesca, García-Garrido e Burillo del 1968, utilizzano *tout court* 'causa'; nello stesso senso anche la recente traduzione di Nicosia nell'opera ancora *in fieri* curata da Schipani, i cui primi due tomi (corrispondenti ai primi undici libri del Digesto) sono stati pubblicati nel 2005. Diversificati invece gli esiti cui sono giunte le traduzioni nelle lingue non neolatine, per le quali, ovviamente, il problema del significato di *causa* si pone in maniera ineludibile. Nella traduzione inglese del 1904, a cura di Charles Henry Monro, il passaggio *subsist tamen causa* è reso con «still if there is a sufficient additional ground (*causa*)» e quindi, in D. 2.14.7.4, *nulla subest causa* è tradotto con «if there is no additional ground (*causa*)». Nella successiva traduzione inglese, del 1932, Scott omette addirittura di tradurre il segno *causa* nel passo D. 2.14.7.2, mentre, in D. 2.14.7.4, traduce *nulla subest causa* con la perifrasi «there is no ground for an agreement». Nella più recente traduzione anglo-americana curata da Mac Cormack, in edizione Mommsen - Krüger - Watson, *The Digest of Justinian*, del 1985, il segno *causa* è reso semplicemente con «a ground». Similmente, la traduzione olandese del 1994, curata da Spruit e altri, utilizza, in corrispondenza a D. 2.14.7.2, «rechtsground», mentre, per D. 2.14.7.4, più brevemente, «grond». Nella traduzione tedesca di G.E. Heimbach, edita da Otto, Schilling e Sintenis, del 1830, *subsist tamen causa* è reso, con una certa macchinosità, «wenn aber die wesentlichen Merkmale davon (sc. eines Vertrages) vorliegen», così dunque facendo riferimento alla sussistenza dei caratteri essenziali di un contratto: analogamente è fatto poi con riguardo a D. 2.14.7.4. Nella più recente traduzione tedesca, O. BEHREND - R. KNÜTEL - B. KUPISCH - H.H. SEILER,

Di fronte agli interrogativi posti dalla menzione della *causa*, conviene anzitutto mettere in luce una prima conclusione negativa.

L'opinione tradizionale – e nel complesso direi ancora prevalente⁶⁴ – è nel senso che nel termine *causa* andrebbe visto il riferimento all'avvenuta esecuzione della prima prestazione (da intendersi in senso lato, quale comportamento di *dare* o di *facere* o – se si vuole, con terminologia più moderna – 'sacrificio giuridico'⁶⁵, a prescindere dunque da un antecedente vincolo obbligatorio), per lo più brevemente denominata *datio* (sebbene con evidente improprietà di linguaggio⁶⁶). Tale opinione non può, a mio avviso, essere accolta.

Si consideri anzitutto un dato testuale.

In D. 2.14.7.2 evidente è la pregnanza dell'affermazione *subsit tamen causa*, la quale, per un verso, si lega alla sua ipotesi, *si in alium contractum res non transeat*, attraverso la correlazione *si ... tamen*, e, per altro verso, fonda il finale *esse obligationem*.

Anche la concatenazione delle parole contribuisce a dare enfasi al *subsit tamen causa*, collocato in posizione anticipata rispetto alla proposizione principale.

Il forte rilievo dato alla causa è funzionale rispetto all'esito del ra-

Corpus Iuris Civilis - Text und Übersetzung, II, Heidelberg, 1995, 227, è scelta, in rapporto sia a D. 2.14.7.2 che a D. 2.14.7.4, una traduzione dalla quale emerge una precisa opzione dogmatica: il termine *causa* è reso con «zweckbestimmte Leistung», ove nella sostanza si accoglie l'opinione tradizionale per la quale si identifica la *causa* nella *datio*, ma al contempo risulta posta in risalto la 'direzionalità' della prestazione verso uno 'scopo prefissato'.

⁶⁴ Una rassegna della dottrina è in T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 14 ss. Fra molte, basti qui richiamare le opinioni espresse da A. BISCARDI, 'Quod Graeci synallagma vocant', in *Labeo*, 29, 1983, cit., 127 ss.; M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., 32 ss.; ID., *Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?*, in *Causa e contratto*, cit., 147 s.; ma anche, sebbene entro una prospettiva affatto diversa, F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, ne *Le teorie contrattualistiche*, cit., 52; ID., *Synallagma*, II, cit., 121; come pure M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, in *BIDR*, s. III, XXX, 1988, 809. Sui significati di *causa*, si veda ora anche G. ROMANO, 'Conventio', cit., 324, nt. 230.

⁶⁵ Così per usare una terminologia ricavata da R. SACCO, *Il contratto*, II³, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, cit., 5 ss.; si veda anche F. GALLO, *Eredità di giuristi*, cit., 64 s.

⁶⁶ In primo luogo, perché la *datio* di cui si va discorrendo non si suppone traslativa della proprietà; in secondo luogo, perché la prestazione che genericamente si indica come *datio* potrebbe, almeno in astratto (ma con riferimento a Ulpiano ciò è sicuro: si veda D. 19.5.15), consistere in un *facere*. In critica rispetto all'impiego improprio che tralattivamente si fa del termine *datio*, cfr. G. MAC CORMACK, *Contractual Theory and the innominate Contracts*, in *SDHI*, LI, 1985, 132, 142, 148.

gionamento: sul sussistere della causa Aristone fonda il riconoscimento di effetti obbligatori civili per le convenzioni atipiche.

Ebbene, l'opinione tradizionale mi pare costretta a sottovalutare questa considerazione.

Infatti, a voler ritenere che nel *subsistit tamen causa* sia espresso un riferimento all'avvenuta esecuzione della prima prestazione, si ottiene di privare di autonomia semantica il termine *causa* (che, soltanto attraverso l'espedito del passaggio 'metonimico' – come suggerito da Gallo⁶⁷ – acquisterebbe il significato di *datio*); così facendo, poi, si è costretti a ritenere presupposto, al fine di rinvenire un fondamento dogmatico per il nascere del contratto, accanto al requisito materiale della *datio*, quello spirituale della *conventio*⁶⁸.

Con ciò, si finisce quindi per realizzare una duplice forzatura del testo: dove c'è un segno (*causa*), se ne cerca altrove il significato; dove manca (non c'è infatti alcun riferimento alla *conventio*), lo si ritiene presupposto.

Oltre alla considerazione testuale, in senso avverso alla riduzione del valore di *causa* in quello proprio di *datio* depongono poi talune ragioni di ordine ricostruttivo.

Già si è richiamata l'attenzione sul punto d'approdo del ragionamento di Aristone: il giurista intende fondare la tutelabilità di una pretesa diretta all'adempimento dei contratti atipici. Ciò suggerisce che ci si debba collocare in una prospettiva pienamente contrattuale.

Mi pare che finirebbe per mancare di coerenza rispetto alle conclusioni l'ipotesi secondo cui il termine *causa* sarebbe da intendersi nel senso di *datio*.

Con tale significato, Aristone non sarebbe uscito dalla prospettiva, invero affatto differente rispetto a quella contrattuale, della *condictio* volta alla ripetizione: l'attenzione rimarrebbe focalizzata sulla posizione del soggetto che ha ricevuto l'attribuzione (*datio* effettuata *ob*

⁶⁷ Secondo la lettura di F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 95 ss. e, sulla 'metonimia', 107.

⁶⁸ In tal senso, F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 67, come già in ID., *Synallagma*, II, cit., 96; in senso sostanzialmente analogo, R. KNÜTEL, *La 'causa'*, cit., 142; anche per R. MEYER-PRITZL, 'Pactum', 'conventio', 'contractus'. *Zum Vertrags und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht*, in *Pacte, convention, contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur B. Schmidlin*, Genève, 1998, 99 ss., ma specie 111, il riconoscimento del contratto privo di *nomen* risulta dal collegamento tra *causa* e *conventio*.

rem oppure *ob causam*), precisamente per valutare che la presenza di quest'ultima sia giuridicamente fondata⁶⁹.

Tutt'al contrario, per giustificare la pretesa all'adempimento della controprestazione, occorre avere riguardo non già alle singole, individuali posizioni dei soggetti, bensì all'obiettivo comune che attraverso il contratto essi intendono realizzare; inoltre, si tratterebbe di dar fondamento a uno spostamento patrimoniale da compiersi, piuttosto che valutare la stabilità di un'attribuzione già avvenuta.

Mi sembra che emerga l'estraneità della *datio* rispetto a questa prospettiva.

Sicché risulterebbe arduo spiegare l'innovazione aristoniana – che pure, per opinione ormai prevalente, si ammette essere consistita nel riconoscimento di una tutela contrattuale civile per gli accordi atipici – collocando a suo fondamento la considerazione della *causa* intesa come *datio*.

Non supera questa *impasse*, per esempio, l'idea di recente espressa da Guzmán Brito, secondo cui la «innovaci3n [...] 'elegante'» di Aristone sarebbe da vedersi nell'attribuzione di una tutela contrattuale per i *nova negotia*⁷⁰, ma, al contempo, risulterebbe che «*causa* en la frase: "*si... subsit tamen causa esse obligationem*" de D. 2.14.7.2, está tomada no en diverso sentido a aquel en que se la toma en textos examinados más arriba bajo la idea de 'fuente de obligaci3n', por cuanto la *datio* ahí supuesta desencadena causalmente la obligaci3n»⁷¹. In particolare, l'autore identifica la *datio* con la *causa* e quest'ultima con la *causa obligationis*; ma, se così fosse, null'altro essendo presupposto, non si vede perché quell'obbligazione avrebbe dovuto avere per contenuto l'adempimento della controprestazione, anziché soltanto la re-

⁶⁹ Sulla considerazione della *causa* nel contesto dei problemi della *condictio* si rinvia a T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 243 ss. Si vedano in argomento, per un primo sguardo, i recenti contributi di L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione e le qualificazioni del 'dare' in Paul. 17 ad Plaut. D. 12.6.65. Contributo allo studio della 'condictio'*, in *SDHI*, LXIV, 1998, 69 ss., in specie 75, 91, 121 ss.; nonché di A. SACCOCCIO, 'Si certum petetur'. *Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianee*, Milano, 2002, in specie 97 ss., 221 ss., 515 ss.

⁷⁰ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Causa*, cit., 200.

⁷¹ Così A. GUZMÁN BRITO, *Causa*, cit., 201 s. Nel medesimo senso, peraltro, cfr. A. DI PIETRO, *El régimen de los contratos en el derecho romano. Perspectivas e incidencias para el tema de los negocios en una unificación legislativa latinoamericana*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, VII, 1999, 85.

stituzione di quanto già dato, esattamente come si verificherebbe nella prospettiva della *condictio* che si usa dire *causa non secuta* ovvero *re non secuta*.

In definitiva, con l'aderire all'opinione che nel sussistere della *causa* vede semplicemente l'avvenuta esecuzione della *datio*, rimarrebbe insensata la conclusione in senso favorevole al riconoscimento di un'azione volta all'adempimento della controprestazione, in luogo dell'esperibilità di una pretesa diretta alla mera ripetizione di quanto dato.

Se è vero che la costruzione in base alla quale si fonda quella pretesa trova appoggio nel sussistere della *causa* (e, in tal senso, a maggior ragione valgono le considerazioni testuali dianzi svolte), è necessario allora concludere che essa debba presentare caratteristiche tali da distinguerla nettamente dalla *datio*: in primo luogo, occorre pensare che la causa si connetta all'obiettivo che attraverso il contratto si intende realizzare; in secondo luogo, si deve ritenere che la medesima sia in grado di giustificare uno spostamento patrimoniale ancora da compiersi.

Per quanto riguarda il primo profilo, dunque, risulta che la causa è 'unica', nel senso che essa permane la medesima per entrambe le parti. In altri termini, si tratta di causa del contratto e non già di causa dell'obbligazione.

Sotto sia il primo che il secondo profilo, poi, emerge la necessità che la causa assuma una connotazione 'dinamica'.

Ciò detto, corre però l'obbligo di esprimere ora una conclusione in termini positivi: mi pare che tutte le osservazioni svolte sin qui inducano a pensare che il segno *causa* sia impiegato da Aristone nel significato (per il quale bisogna certamente tenere in conto l'inevitabile approssimazione intrinseca nell'impiego in senso storiografico del nostro linguaggio⁷²) di 'funzione', di scopo giuridicamente rilevante che il contratto è volto a realizzare⁷³.

⁷² In tal senso, si veda – proprio avendo riguardo alla causa – il richiamo di A. SCHIAVONE, *La scrittura*, cit., 141; sui problemi concettuali cui si riagganciano quelli linguistici qui evocati, cfr. anche I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I, *Il Cinquecento*, Torino, 1997, 18 s., 27 ss.

⁷³ Ritengo che l'espressione 'scopo' possa, nel senso precisato, utilizzarsi in alternativa, senza rischio di contraddizioni, rispetto a 'funzione', per indicare la valenza te-

Aristone attribuiva al segno *causa* – utilizzato assai variamente, come si è visto, nel linguaggio giuridico romano⁷⁴ – un senso nuovo, in sé, e, più ancora, innovativo, per gli effetti di regime che a esso vengono riconnessi.

In particolare, il giurista traiano proprio sul sussistere di una funzione che si reputi riconoscibile fonda il prodursi di effetti obbligatori civili per un contratto atipico. La gravidanza attribuita da Aristone all'affermazione *subsit tamen causa* esprime il senso di novità di una costruzione che ha dirompenti effetti di regime; la direzionalità verso un obiettivo, unico e comune alle parti, implicita nel significato di funzione, giustifica l'estensione di una tutela contrattuale e, con ciò, fonda la facoltà di perseguire l'adempimento della controprestazione.

7. Il significato di *συνάλλαγμα*.

Si prenda ora in considerazione il richiamo al *συνάλλαγμα*.

Abbiamo sopra osservato che il significato attribuito a tale termine da Aristone emerge chiaramente dalle parole: *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse*.

Si è poi ritenuto, per ragioni esegetiche e di coerenza logica, che il senso con cui il segno viene impiegato per la seconda volta in D. 2.14.7.2 (nelle parole di Mauriciano, seppure riferite ad Aristone) non sia identificabile in quello di contratto; il significato di *συνάλλαγμα*, già si è detto, non può risolversi in un sinonimo di *contractus*.

leologica dell'idea che si vuole esprimere: in tal senso, si veda il chiarimento di R. SANTORO, *La causa*, cit., 94, nt. 36. Nel linguaggio della civilistica moderna si tende invece ad attribuire significati differenti a 'funzione' e a 'scopo': sul punto, G.B. FERRI, *Causa*, cit., 112, il quale nota che «funzione è l'esatto contrario di scopo», giacché la prima presenterebbe connotazione oggettiva e la seconda soggettiva; una contrapposizione così netta contiene però un dogmatismo che mi pare estraneo alle fonti romane. Più articolata l'analisi di C. BEDUSCHI, *A proposito*, cit., 395, secondo il quale, mentre con la 'causa-scopo' l'accento sarebbe posto sull'effetto, o risultato, del processo volitivo, con la 'causa-funzione' si intenderebbe designare anzitutto la relazione stessa, unitariamente intesa, tra la 'causa-scopo' e i suoi presupposti.

⁷⁴ Come ho creduto di dover evidenziare in T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 41 ss.

Occorre dunque, anche in questo caso, tenere conto – sulla base di quanto emerge dal testo in esame – di una prima conclusione negativa.

Onde giungere a una conclusione ‘in positivo’, però, è necessario ora soffermarsi almeno per un attimo sulla celeberrima testimonianza di Labeone contenuta in D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*).

Si consideri che D. 2.14.7.2 e D. 50.16.19 sono gli unici passi, entro tutti i *Digesta*, nei quali sia fatto richiamo alla nozione di *συνάλλαγμα*.

D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam ‘agantur’, quaedam ‘gerantur’, quaedam ‘contrahantur’: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

Amplissima potrebbe essere l’analisi delle varie problematiche che risultano implicate nel testo⁷⁵.

Tralasciando totalmente i problemi posti dal riferimento all’*actum* e al *gestum*, ciò che in estrema sintesi – e in funzione di quanto si vuol dire – occorre notare è che nella *definitio* labeoniana di contratto rimane individuato, così almeno a me pare, un modello basato sulla reciprocità di obbligazioni (riassumibile nell’idea dell’*ultro citroque obligatio*), ricavato in particolare da *emptio venditio*, *locatio conductio* e *societas*, figure tratte dall’ambito della tipicità⁷⁶.

Ebbene, proprio sulla base di quel modello contrattuale, occorre poi ritenere che già con Labeone fosse aperta la possibilità di procede-

⁷⁵ La letteratura sul passo è troppo ampia per essere qui richiamata: si rinvia ai riferimenti forniti da R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 6 ss., nt. 3, integrati, per una panoramica sull’argomento, dalla bibliografia indicata da C.A. CANNATA, *Contratto*, cit., 59 ss., nonché, ora, da G. ROMANO, ‘*Conventio*’, cit., 286, nt. 147. Sul passo, sono di recente intervenuti B. BISCOTTI, *Dal ‘pacere’ ai ‘pacta conventa’. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall’epoca arcaica all’editto giuliano*, Milano, 2002, 427 ss., sebbene in modo piuttosto cursorio; con maggiori riferimenti, C. CASCIONE, ‘*Consensus*’, cit., 211 s., 416 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di ‘negotiorum gestio’*, II, 1, *Requisiti delle ‘actiones negotiorum gestorum’*, Cassino, 2003, 79 ss.; sul testo, torna ora M. SARGENTI, ‘*Actio civilis in factum*’, cit., 235 ss.

⁷⁶ Più ampiamente, sul punto, T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 111 ss.

re, attraverso un'operazione analogica⁷⁷, alla tutela di convenzioni atipiche: in quest'ottica occorrerebbe guardare a D. 18.1.80.3 (Lab. 5 *post. a Iav. epit.*)⁷⁸, a D. 19.5.1.1 (Papin. 8 *quaest.*)⁷⁹, nonché al caso di bilateralità condizionata in D. 18.1.50 (Ulp. 11 *ad ed.*)⁸⁰, e poi alle particolari fattispecie in D. 19.5.17.1 (Ulp. 28 *ad ed.*)⁸¹ e in D. 19.5.20 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*)⁸², quindi pure al caso assai anomalo di mandato in D. 19.5.19 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*)⁸³.

⁷⁷ Si veda ciò che nello specifico osserva, mettendo a raffronto Labeone con Aristone, A. MANTELLO, *Le 'classi nominali' per i giuristi romani. Il caso d'Ulpiano*, in *SDHI*, LXI, 1995, 258 s. In generale, per il concetto di analogia, mi richiamo a J. MARRITAIN, *Logica minore. Elementi di filosofia (II)*, Milano, 1990, 272 ss.; nella metodologia giuridica, cfr. K. LARENZ - C.W. CANARIS, *Methodenlehre*, cit., 202 ss. Mette conto precisare che, per quanto interessa qui porre in luce, non si distinguerà, né ora né nel seguito della trattazione, tra 'applicazione analogica' e 'interpretazione estensiva': si veda, sul punto, il chiarimento di R. GUASTINI, voce *Analogia*, in A. BELVEDERE - R. GUASTINI - P. ZATTI - V. ZENO-ZENCOVICH, *Glossario*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1994, 22 s.; inoltre, N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Nov. dig. it.*, I¹, Torino, 1957, 605. Nell'ultima letteratura, cfr. F. ROMEO, *Analogia. Per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Padova, 1990; M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, specie 109 ss. Di recente, è intervenuto in argomento anche F. GALLO, *Norme penali e norme eccezionali nell'art. 14 delle 'disposizioni sulla legge in generale'*, in *Riv. dir. civ.*, XLVII, 2001, I, 1 ss., con richiami di dottrina, specie alle ntt. 5, 6, 7; ID., *Incompatibilità con precetti costituzionali dell'equiparazione delle norme penali e di quelle eccezionali nell'art. 14 delle 'disposizioni sulla legge in generale'*, in *Iuris vincula*, III, cit., 505 ss.

⁷⁸ Ove si prospetta un accordo dal quale è escluso il trasferimento della proprietà: non potendosi considerare compravendita, sarebbe da ritenersi locazione-conduzione o *aliud genus contractum*, convenzione atipica che, a mio parere, certamente fa sorgere obbligazioni reciproche.

⁷⁹ In questo caso, assai noto, si pone l'incertezza se la fattispecie sia riconducibile a locazione della nave ovvero delle merci da trasportare con essa. Non si può dubitare che si tratti di convenzione atipica con obbligazioni reciproche.

⁸⁰ Si tratta di una fattispecie di compravendita sottoposta a condizione potestativa, non verificatasi per fatto dell'interessato (si presuppone non ancora compiuto il riconoscimento della regola sull'avveramento fittizio della condizione): la convenzione, ancorché condizionata, è produttiva di obbligazioni reciproche.

⁸¹ Qui è la struttura stessa dell'*aestimatum* a imporre la consegna della cosa: non mi pare però che sia messa in dubbio la validità dello schema di fondo, improntato sulla reciprocità di obbligazioni.

⁸² Come nel caso D. 19.5.17.1, è la struttura della fattispecie a rendere ragione della consegna della cosa *ad experiendum*.

⁸³ Si tratta di mandato a vendere con l'accordo che il ricavato sia trattenuto a titolo di mutuo dall'accipiente: allorché non consegna la vendita o il ricavo del prezzo da considerarsi oggetto di mutuo, è consigliato l'*agere praescriptis verbis*. Sulle particolarità della fattispecie, si veda A. BURDESE, *Ancora sul contratto*, cit., 466. È comunque essen-

In ciò deve vedersi un superamento, almeno nel senso più immediato⁸⁴, della tipicità, giacché veniva comunque indicata la strada della tutelabilità dei contratti atipici.

Dedicato almeno uno sguardo a D. 50.16.19, si torni quindi a por mente al problema del significato di *συνάλλαγμα* in D. 2.14.7.2.

Spicca il fatto che tanto nella *definitio* labeoniana quanto nella seconda delle due menzioni che compaiono in D. 2.14.7.2, il riferimento al *συνάλλαγμα* si accompagna a un espresso rinvio all'impiego che altri ne avrebbero fatto: in D. 50.16.19 si afferma *quod Graeci συνάλλαγμα vocant*; in D. 2.14.7.2 si specifica *quod Aristo συνάλλαγμα dicit*. Dunque, Labeone avrebbe mutuato l'uso dai *Graeci*⁸⁵; Mauriciano richiama la menzione di Aristone; si può inoltre aggiungere che quest'ultimo certamente si espresse avendo presente la *definitio* di Labeone.

Si è indotti a pensare che, per il suo carattere 'raro', la scelta del termine *συνάλλαγμα* rispondesse a un gusto ricercato.

Per Aristone, però, il *συνάλλαγμα* assumeva anche un fondamentale valore di regime giuridico: si è dianzi dimostrato come nella costruzione del giurista traiano (accolta da Mauriciano) quella nozione risultasse essenziale in relazione al prodursi di effetti obbligatori civili per i contratti atipici.

I due dati, combinati insieme, impongono di ritenere che per Aristone (e poi per Mauriciano) quel termine valesse a esprimere qualcosa che aveva sì una connotazione ricercata, ma che presentasse pure un significato preciso, dogmaticamente rilevante; al contempo doveva trattarsi di una nozione autonoma, non esprimibile attraverso la consueta terminologia della lingua latina (ché, altrimenti, ci si troverebbe soltanto davanti a un modo erudito di ridenominare il *contractus*).

ziale osservare che, nel caso, la consegna della cosa da cui ricavare il prezzo da trattenerci non è valutata alla stregua dell'esecuzione della prima prestazione di un contratto sinallagmatico.

⁸⁴ Il senso di tale precisazione sarà meglio comprensibile alla luce delle osservazioni sviluppate *infra*, § 12.

⁸⁵ Sulla cui nozione, in specie ricavata da Aristotele, nella prospettiva di una più precisa comprensione del senso della sua recezione da parte di Labeone e di Aristone, i rilievi più convincenti ritengo siano in A. MAFFI, *Synallagma e obbligazioni in Aristotele: spunti critici*, in *Atti del II Seminario romanistico gardesano, promosso dall'Istituto milanese di Diritto romano e di Storia dei diritti antichi, 12-14 giugno 1978*, Milano, 1980, 11 ss.: specifici approfondimenti sono in T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 293 ss.

Ebbene, passando quindi anche in tal caso dal profilo negativo a quello positivo, è possibile dare soluzione alla questione del significato di *συνάλλαγμα* tornando a considerare il senso delle parole *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse*, nonché, sul presupposto che la nozione aristoniana fosse passata invariata in Mauriciano, guardando all'esemplificazione *dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas*.

Si comprende allora che il *συνάλλαγμα* indica precisamente il vincolo di scambio tra le prestazioni, di dare o di fare, delle parti.

Al contempo, la scansione dei tempi verbali – *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*, per Aristone, e *dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas*, per Mauriciano – impone di pensare che lo scambio debba essere qualificato dall'esecuzione della prima prestazione. La *datio* segna allora l'iniziale attuazione del contratto, l'avviarsi del meccanismo di scambio in base al quale è riconosciuta la pretesa all'adempimento della controprestazione.

Erroneo – si deve su ciò convenire con Benhör – sarebbe sia il tentativo di ridurre il significato del *συνάλλαγμα* a un'affermazione nel senso dell'esigenza della *datio*, sia la sua riconduzione alla teorica consensualista che da taluni si vorrebbe collegata a Labeone⁸⁶.

Ora, se tanto la *causa* quanto il *συνάλλαγμα* (di cui si sono evidenziati gli autonomi significati) appaiono come elementi posti in relazione con la tutelabilità di una convenzione atipica, occorre che si passi a indagare, tra quella e questo, i reciproci rapporti.

8. Conclusioni in ordine ai rapporti tra 'causa' e *συνάλλαγμα*.

Alla luce delle considerazioni sin qui espresse, mi sembra che la costruzione dogmatica alla base del *responsum* di Aristone (con, più in generale, i suoi sviluppi in Mauriciano e Ulpiano) cominci a vedersi piuttosto chiaramente.

A voler schematizzare, si può osservare che l'argomentazione è sostenuta dal seguente ('geometrico', verrebbe da dire) ragionamento: di fronte a un contratto atipico, si richiede il sussistere della *causa*; si

⁸⁶ Cfr. H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 14 s.

rileva il necessario ricorrere del *συνάλλαγμα*; se ne trae il riconoscimento del prodursi di effetti obbligatori civili.

Ebbene, sarebbe insensato ritenere che il distinto riferimento a *causa* e *συνάλλαγμα* costituisca un'inutile duplicazione.

Entrambi sono concetti nella medesima misura fondamentali: non si tratta di duplicazione perché il loro richiamo si colloca su piani differenti eppure al contempo – come presto si vedrà – integrabili.

Il requisito della *causa* corrisponde all'esigenza che il contratto sia sostenuto da una funzione riconoscibile.

Con il richiamo al *συνάλλαγμα*, invece, si impone che sussista un vincolo di scambio tra le prestazioni (*do ut des, do ut facias*), qualificato dall'avvenuta esecuzione della prima, affinché sia fondata la pretesa diretta a ottenere la seconda. Dunque, il *συνάλλαγμα* coglie l'aspetto della struttura della fattispecie⁸⁷.

Aristone argomenta il nascere degli effetti obbligatori civili, in ipotesi di contratti atipici, dapprima ponendosi sul piano della funzione, poi su quello della struttura.

Per dirla con il linguaggio di Betti, prima ci si chiede il 'perché', poi si specifica il 'come' e il 'che cosa'⁸⁸.

Si ripercorra allora il ragionamento aristoniano: *subsist tamen causa*, dunque esiste una funzione giudicata meritevole; in tale funzione è l'obiettivo per il quale i soggetti si sono impegnati; esso si realizza soltanto se ciascuno esegue la propria prestazione; è assicurata tutela civile alla parte che abbia già adempiuto (se vi è stata *datio*), perché sussiste un vincolo strutturale di scambio che lega l'una prestazione all'altra: *hoc συνάλλαγμα esse*, questo è il *συνάλλαγμα*.

⁸⁷ Ciò mi sembra emerga nella ricostruzione di G. MELILLO, *Contrahere*, cit., 218, il quale rileva come «fondamentale è nella struttura del contratto il *συνάλλαγμα*, in quanto momento centrale di riconoscimento della struttura negoziale»; più sfumato, sul punto, H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 14 s. Con riferimento a una dogmatica elaborata sul diritto vigente, cfr. U. KLINKE, *'Causa' und genetisches Synallagma. Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte*, Berlin, 1983, 15 ss. («Das Synallagma ist Ausdruck für die Struktur des gegenseitigen Vertrages»).

⁸⁸ Cfr. E. BETTI, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Nov. dig. it.*, III, Torino, 1959, 32, secondo cui, più precisamente, la struttura comprenderebbe la forma ('come') e il contenuto ('che cosa'). Ma, sui presupposti della correlazione tra 'struttura' e 'funzione', si veda anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Un romanista italiano di fine secolo: Pietro Bonfante*, in *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800*², Roma, 1994, 195 ss., ove è fatto riferimento al pensiero di Pietro Bonfante (in specie, il rinvio è a P. BONFANTE, *Il testamento nel diritto comparato. Germi veri e false analogie*, in *Scritti*, I, cit., 324 ss.).

Dapprima si afferma la necessità della funzione, subito di seguito si aggiunge che essa si realizza attraverso quella struttura della fattispecie che si esprime con il concetto di *συνάλλαγμα*.

Da ciò sembra potersi ricavare qualcosa di più preciso.

Per Aristone, non ogni funzione sarebbe idonea a ricevere tutela: in particolare, al di fuori della tipicità, posto che si richiede il sussistere del *συνάλλαγμα*, riconoscibile è soltanto la funzione che potremmo dire di scambio.

È dunque l'idea stessa di scambio il punto di contatto tra la nozione di *causa* e quella di *συνάλλαγμα*. Necessariamente l'una si trasfonde nell'altra, nel senso che la funzione si realizza attraverso una certa struttura e quest'ultima determina la funzione⁸⁹. Si potrebbe anche osservare che la funzione rappresenta la visione dinamica della struttura, ossia la struttura colta però – se così è consentito dire – ‘in movimento’⁹⁰.

Vale la pena di indagare ancora su questo rapporto.

9. *Funzione: l'elaborazione del concetto di causa.*

Come si è visto, la causa rappresenta, nel *responsum* aristoniano in tema di contratti atipici, la funzione, lo scopo giuridicamente rilevante cui il contratto è volto.

⁸⁹ I contributi teorici di maggiore chiarezza, sul punto, provengono da E. BETTI, *Teoria generale del negozio del negozio giuridico. Ristampa corretta della II edizione*, a cura di G. CRIFÒ, Napoli, 1994, 126 ss., 170 ss., in particolare, 185: «la causa si palesa attraverso la struttura stessa di ogni negozio causale e ne governa nella direzione e nella misura gli effetti giuridici»; anche ID., *Istituzioni di diritto romano*², I, Padova, 1942, 104. Si veda anche G.B. FERRI, *Causa*, cit., specie 249 ss., pure nelle riflessioni svolte in ID., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1991, 115 ss., 176 s.; cfr. inoltre V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 52 ss., specie 91 s.; A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti. (Intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, XXXVII, 1991, I, 234 ss. e in specie nt. 26; anche G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, 10 ss., nt. 23, 138 ss., 194 ss. Le prospettive della funzione e della struttura potrebbero vedersi ricomporre alla luce di un'analisi della sistematica nel lessico romano, secondo le linee tracciate da L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, Torino, 1975, 31 ss.

⁹⁰ Aspetto funzionale e aspetto strutturale appaiono messi in evidenza da 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, 33, sviluppando un accenno già presente in ID., *Ancora sul contratto*, cit., 473.

Occorre ora allargare lo sguardo all'ambito della tipicità.

Non si potrebbe certo affermare che l'idea di funzione contrattuale fosse, prima di Aristone, estranea al ragionamento della giurisprudenza romana.

Il sistema dei contratti, improntato sulle formule contemplate in editto, prevedeva un certo numero di funzioni tipiche: così, si può dire che, per esempio, il comodato realizzasse un prestito per uso gratuito; oppure che la compravendita fosse finalizzata all'attribuzione dell'*habere licere* su un bene verso il corrispettivo di un prezzo; e così via esemplificando.

Non contraddicono l'impianto generale i casi in cui la tipicità causale, intesa in un senso che potrebbe dirsi 'debole', costituiva soltanto una cornice piuttosto ampia: così quando, entro una funzione tipica, potevano comprendersi sotto-tipi causali differenziati (si pensi alle larghe figure della *societas* e della *locatio conductio*⁹¹).

In special modo in corrispondenza con il progressivo obliterarsi dell'antico formalismo e l'affermazione dei contratti consensuali (dunque tra la fine del terzo e la seconda metà del secondo secolo a.C.⁹²), è in effetti necessario ritenere che con un'idea di funzione contrattuale la giurisprudenza romana si fosse confrontata: benvero, nell'ambito del *consensu contrahere* neppure si potrebbe concepire l'esistenza dei diversi tipi se non avendo riguardo al fatto che ciascuno di essi è destinato a realizzare una differente funzione⁹³. In questi casi, stante l'assenza di una forma particolare, l'individuazione del tipo

⁹¹ Cfr. le riflessioni di M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 48 ss., sulla *locatio* anche 75 s., su cui, inoltre, R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, specie 301 ss.

⁹² Sulle linee generali di quest'evoluzione, cfr. M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., specie 41 ss.; Id., *La tipicità*, cit., 37 ss.; A. BURDESE, *Recenti prospettive*, cit., 201. Per un quadro del formalismo negoziale romano e dei suoi significati, si veda A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana. Lezioni*, Torino, 1994, 60 ss. e 71 s.

⁹³ Si veda M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 44, il quale, con riguardo ai contratti consensuali, almeno per il periodo classico, parla di una «rigorosa tipicità causale»; nonché B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 15 ss., 243 ss.; A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 319, secondo cui, in relazione alle *obligationes consensu contractae*, si deve pensare a una «ancorché lata, tipicità di contenuti costituenti, al di fuori dei contenuti di forma, causa sufficiente a giustificarne detto riconoscimento». Scettico sull'idea che, già per diritto romano, si procedesse all'individuazione delle fattispecie (anche di quelle dei contratti consensuali) in ragione delle specifiche

dipende per intero dall'identificazione dello scopo giuridicamente rilevante che i soggetti si sono accordati di realizzare: il che sembra potersi ritenere almeno intuito forse già da Quinto Mucio⁹⁴ (il quale parrebbe in quest'ottica esprimersi in termini di *natura* del contratto⁹⁵), successivamente colto da Servio⁹⁶, infine comunque senz'altro acquisito con Gaio⁹⁷.

Dunque, per quanto attiene all'ambito del *consensu contrahere*, si può ritenere che il riconoscimento, sulla base delle diverse funzioni, della tipicità causale segnò la via per una più ampia libertà contrattuale. Ma anche nell'ambito del *re contrahere*, il progressivo (e discusso, per tempi e modi) delinearci delle figure di deposito, comodato e pegno, accanto al mutuo, fu legato a una riflessione volta all'individuazione delle funzioni contrattuali rispettivamente realizzate⁹⁸.

Viceversa, nel caso della *stipulatio*, contratto formale, la considerazione della funzione si impose ai *prudentes* essenzialmente per la possibilità che quest'ultima mancasse, fosse illecita o impossibile: in questi casi, in effetti, il pretore avrebbe potuto denegare l'azione o concedere l'*exceptio*⁹⁹.

Così, per i contratti consensuali mi pare sia consentito parlare di

funzioni realizzate, piuttosto che per «aspetti particolari, come il rapporto di scambio (*synallagma*)», C. BEDUSCHI, *Tipicità*, cit., 197 s.

⁹⁴ Cfr. I. 3.25.2, su cui cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 70 s. (anche in relazione a Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.30).

⁹⁵ Specificamente, sul profilo della *natura contractus*, in chiave filologico-giuridica, cfr. V. GEORGESCU, *'Lex contractus'. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique en droit romain*, in *Études de philologie*, cit., 243 ss., ma in specie 279 ss.

⁹⁶ Si pone un problema di qualificazione alla luce dei tipi nelle fattispecie descritte in D. 19.5.23 (Alf. 3 *dig. a Paul. epit.*) e in D. 19.1.13.30 (Ulp. 32 *ad ed.*), su cui si veda M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 80 s.; in generale, sul tema, anche ID., *La 'bona fides'*, cit., 50.

⁹⁷ Specie per casi di incertezza nella qualificazione di un contratto tra differenti tipi consensuali, si veda Gai 3.145: *Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio, veluti si qua res in perpetuum locata sit ...*; inoltre, Gai 3.146 e 3.147; ma anche D. 19.1.19 (Gai. *ad ed. praet. tit. de publ.*): *Veteres in empzione venditioneque appellationibus promiscue utebantur*, su cui M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 71 ss., nonché C. CASCIONE, *'Consensus'*, cit., 292 ss.

⁹⁸ Per un inquadramento, cfr. F. WUBBE, *I contratti reali alla fine della Repubblica*, in *'Contractus' e 'pactum'*, cit., 109 ss.; V. GIUFFRÈ, voce *Mutuo (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, specie 427 ss.

⁹⁹ Per le linee essenziali, cfr. B. ALBANESE, *Gli atti*, cit., 243 ss. Ma, su ciò, si veda T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 327 ss.

una tipicità ‘contenutistica’, rispetto alla quale l’idea di funzione risulta imprescindibile; per la *stipulatio*, invece, di tipicità ‘formale’, in relazione alla quale la considerazione della funzione funge da temperamento¹⁰⁰.

L’intuizione aristoniana consistette allora nell’approfondimento di un’idea, quella di funzione, certamente immanente al pensiero della giurisprudenza romana, ma, soprattutto, nell’esplorazione delle potenzialità che essa era in grado di esprimere allorché applicata al di fuori del sistema di tipicità, anzi proprio con l’obiettivo di un suo superamento.

Si comprende allora come la ‘novità’ di Aristone risieda più nel secondo aspetto che nel primo: non è soltanto l’intuizione che nella causa si esprima la funzione¹⁰¹, quanto piuttosto il suo impiego al di fuori dei tipi, entro la costruzione che si è cercato di descrivere, a rappresentare la vera innovazione aristoniana.

Da condividere è la considerazione, talora in dottrina richiamata in senso critico rispetto alle varie teorie funzionaliste, secondo cui una certa qual funzione potrebbe ravvisarsi non solo nel contratto, ma «in ogni altro istituto giuridico»¹⁰².

¹⁰⁰ Impiega le categorie ‘contenutistico’-‘formale’, con riferimento alla tipicità, L. LANTELLA, *Intervento*, in ‘*Contractus*’ e ‘*pactum*’, cit., 128.

¹⁰¹ L’idea di funzione, con riferimento ai tipi contrattuali (in specie, del mandato e del deposito), era implicita nella chiusa della testimonianza, cui già si è fatto cenno, D. 17.1.8 pr. (*Si procuratorem dederō nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam*), riconducibile, secondo taluni, a Labeone, ma, a mio parere, da ritenersi ulpiana.

¹⁰² Si veda F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 111, ove si afferma che una funzione «è presente nella cambiale, nel testamento, nella specificazione ecc.», sicché essa non servirebbe a caratterizzare il contratto, tanto nei sistemi di tipicità, come quello costruito dai Sabiniani, ove «in definitiva sono riconosciuti singoli contratti (come si dice, contratti tipici) aventi ciascuno, come ogni altro istituto giuridico, una propria funzione», quanto nei sistemi basati, come quello italiano vigente, «sulla figura generale di contratto», giacché «occorre percepire che la funzione non serve a caratterizzarla (come non serve a individuare in concreto la conclusione di un contratto)». La medesima obiezione è peraltro ricorrente nella civilistica: cfr. R. SACCO, *Il contratto*, I, cit., specie 784 s., ove si sottolinea che, se la causa è intesa come funzione, deve riconoscersi che «ogni atto semplice, e non solo ogni contratto, ha una funzione»; per la considerazione dell’estensibilità della causa, sempre intesa come funzione, ad altri atti giuridici, è anche G. BROGGINI, *Causa e contratto*, intervento introduttivo nell’omonimo *Causa e contratto*, cit., 31: «Dire che il contratto ha una causa, non è altra cosa che dire che il testamento, il matrimonio, la affiliazione hanno una causa»; d’altra parte, si veda già B. WINDSCHEID, *Diritto*, II, cit., 237 s.

A ben vedere, mi pare che tale osservazione finisca per confermare la bontà delle riflessioni appena svolte.

La possibilità di estendere ad altri istituti giuridici, oltre al contratto, l'idea di funzione non fa che ribadire l'imprescindibilità di quest'ultima entro – per così dire – la 'grammatica' stessa del ragionamento giuridico. Dunque, più plausibile appare anche il suo impiego da parte di Aristone (ma pure, con diversi livelli di consapevolezza, già prima e più in generale, da parte dei *prudentes*). Il giurista traiano avrebbe semmai arrecato un contributo proprio in termini di maggiore consapevolezza nel richiamo di una nozione (quella di funzione) con riferimento a un certo ambito (quello del contratto). Con Aristone può dirsi giunto a maturazione il concetto stesso di causa del contratto: soltanto con il giurista traiano, in effetti, appare compiuto il passaggio da un'idea (nel senso etimologico di 'immagine') a una nozione che «raccolge insieme ciò che è ricorrente, ciò che presenta i medesimi caratteri»¹⁰³, dunque a un concetto, espresso da un vocabolo.

D'altra parte, peculiare del riferimento dell'idea di funzione all'ambito contrattuale è il fatto che a essa si connettono gli effetti di regime di cui si è detto. Quindi Aristone elaborò un concetto, senza dubbio potenzialmente estensibile a più istituti, ma entro un ambito circoscritto e con una valenza specifica. L'esito è noto: qualora le parti intendano realizzare un contratto fuoriuscente dai tipi edittali, ciò non può essere impedito, allorché sussista una funzione ritenuta riconoscibile.

Tale intuizione si sarebbe rivelata decisiva quale fattore di apertura verso la tutela dell'atipicità e, dunque, di profonda innovazione per l'intero sistema contrattuale.

10. *Struttura: la valenza dell'adempimento della prima prestazione nel contesto del συναλλάγμα.*

Parlando della *causa* come funzione, occorre ora fugare taluni equivoci che il termine potrebbe evocare.

¹⁰³ Cfr. C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto*, cit., 17.

Per le varie ragioni sopra evidenziate, mi è parsa inadeguata l'opinione che nella *causa* ravvisa la *datio*.

Non per questo, però, ritengo percorribile la strada che conduce a giudicare irrilevante quella stessa *datio*. In altri termini, mi parrebbe errato proiettare la ricostruzione dei contratti innominati, cui Aristone fornisce il suo determinante contributo, verso il modello del *consensu contrahere*¹⁰⁴.

Come l'opinione di chi identifica la causa nella *datio*, anche quella di chi delinea una soluzione schiettamente consensualista (e così modernizzante) mi pare inaccoglibile: in entrambe, in effetti, prevalgono i rischi di una fuorviante dogmatizzazione¹⁰⁵.

Per meglio comprendere il ruolo esatto della *datio*, occorre tornare a considerare quanto in precedenza osservato.

Aristone, richiedendo il sussistere di una *causa* affinché un contratto atipico riceva tutela civile, si colloca sul piano della funzione. Passando poi alla descrizione della fattispecie, il giurista fa riferimento al *συνάλλαγμα*.

Il richiamo a quest'ultima nozione è necessario per cogliere l'aspetto strutturale. Il *συνάλλαγμα* consiste nel vincolo di scambio tra prestazioni. Traspare sullo sfondo l'idea dell'*ultra citroque* labeoniano, però qui non si tratta di reciprocità tra obbligazioni: lo scambio avviene tra prestazioni, sempre intese in senso lato¹⁰⁶. In particolare, occorre che una prestazione sia stata già compiuta, affinché risulti fondata la pretesa alla controprestazione¹⁰⁷. In ciò è una precipua caratteristica di funzionamento del meccanismo sinallagmatico per Aristone:

¹⁰⁴ L'opinione di coloro che più marcatamente aprono alla possibilità di un riconoscimento delle convenzioni obbligatorie atipiche sulla base del mero consenso intorno a un «programma obbligatorio» trova espressione specialmente in C.A. CANNATA, *Der Vertrag*, cit., 59 ss., in particolare, 67 ss.; si veda anche in ID., *Contratto*, cit., 55 s.

¹⁰⁵ Si oppone alla dogmatizzazione (e alla semplificazione) della problematica, implicita nell'idea di configurare i contratti innominati come una sorta di 'estensione' dei contratti reali ovvero, secondo una diversa prospettiva, dei contratti consensuali, G. MAC CORMACK, *Contractual Theory*, cit., 131 ss.: per un approfondimento di questi aspetti, si veda T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 349 ss.

¹⁰⁶ Cfr. F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 63 ss.; anche ID., *Synallagma*, II, cit., 102 ss.

¹⁰⁷ Si vedano le precisazioni di S. TONDO, *Note*, cit., 441 ss., il quale parla «d'una prestazione qualificata dallo scopo d'una controprestazione (con accento, quindi, non sull'un elemento o sull'altro, ma contemporaneamente su ambedue: D. 2.14.7.2, *Ulp. IV ad ed.*, «*dedi ... ut ...*»)».

per tale ragione si è precisato che lo scambio deve essere qualificato dalla compiuta esecuzione della prima prestazione.

Dunque, è sul piano strutturale che rileva la necessità dell'esecuzione della *datio*. Dall'adempimento della prima prestazione certo non si prescinde, ma esso si inquadra all'interno del meccanismo del *συνάλλαγμα*. Costituisce invece un fraintendimento sostenere che la *datio* sia la *causa* del contratto.

Si pensi ancora a D. 2.14.7.2.

Dopo avere affermato la necessità della funzione, che trova evidenza nel *subsit tamen causa*, ma forse anche – si potrebbe ritenere, accogliendo una notazione di Santoro¹⁰⁸ – nell'*ut* in sé considerato (*dedi ... ut ... aliam dares, dedi ut aliquid facias*), in quanto espressivo dello scopo di scambio, passando a illustrare quale debba essere lo schema strutturale della fattispecie, Aristone – come si è visto – evoca la nozione di *συνάλλαγμα*. Più precisamente, esordisce con l'esemplificazione *dedi ... ut ... aliam dares, dedi ut aliquid facias*, per affermare poi che questo è il *συνάλλαγμα*. Lo scambio quindi opera tra prestazioni (di *dare*, ma si potrebbe supporre, già per Aristone, anche di *facere*¹⁰⁹), delle quali però la prima già eseguita (si dice infatti *dedi*). La gradazione dei tempi esprime la scansione logica e cronologica delle prestazioni, l'una successiva l'altra. L'avvenuta *datio*, rilevando nel contesto del *συνάλλαγμα*, costituisce la fase iniziale di attuazione dello scambio.

Per riassumere, si può dunque dire che il profilo della funzione (*causa*) e quello della struttura (*συνάλλαγμα*) si integrano nel configurare, nell'insieme, un'ipotesi di contratto: la funzione si realizza attraverso lo scambio e lo scambio realizza la funzione. Il meccanismo del *συνάλλαγμα*, evocante il nesso tra prestazioni, opera nel senso di garantire che chi ha adempiuto abbia facoltà di pretendere l'esecuzione della controprestazione.

Si è detto che deve respingersi tanto l'idea che la *causa* sia la *datio*, quanto l'orientamento che tende a una prospettazione consensualistica del modello contrattuale aristoniano.

Almeno a livello di impostazione generale, sembra per certi versi

¹⁰⁸ R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 253.

¹⁰⁹ Cfr. il testo, però direttamente ulpiano, in D. 19.5.15.

accostarsi a tale orientamento, specie stando agli studi più recenti¹¹⁰, Santoro, il quale, muovendo dal presupposto che, in D. 2.14.7.2, il termine *συνάλλαγμα* non sia impiegato in un significato autonomo (come mi è parso invece di poter sostenere), bensì indichi *tout court* il contratto¹¹¹, fermo restando che la *causa* esprime la funzione (come anche a me è sembrato), conclude nel senso della sufficienza, affinché a una convenzione atipica sia attribuita tutela, di «una causa negoziale in senso stretto, ossia che non rivesta quel carattere di gratuità che è proprio della *donatio*»¹¹². Dunque, per Santoro, parrebbe in sé bastevole, affinché un accordo produca effetti civilmente tutelati, la sua riconducibilità all'area del *negotium*, in quanto contrapposta a quella della *donatio*¹¹³: essenziale sarebbe l'identificazione della funzione che le parti intendono realizzare (la quale, definita *a contrariis*, dovrebbe essere 'non donativa').

È questa, a mio parere, una conclusione eccessiva: la schematizzazione impostata sul binomio '*negotium - donatio*' offre senza dubbio un quadro di riferimento generale¹¹⁴, ma necessita pure di essere pre-

¹¹⁰ Mi sembra infatti di poter notare una più chiara considerazione della necessità della *datio* in R. SANTORO, *Il contratto*, cit., in specie 274 ss. – sebbene per la via (si potrebbe dire indiretta) del richiamo ritenuto implicito nel sostantivo *res* di cui in D. 2.14.7.2 –, piuttosto che in Id., *La causa*, cit., nonostante le precisazioni fatte *ibidem*, 91 ss.

¹¹¹ Cfr. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 216 e 279 s.

¹¹² Si veda R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 237; Id., *La causa*, cit., 90. Sotto questo profilo, la medesima impostazione si riscontra in C.A. CANNATA, *Contratto*, cit., 53 ss.

¹¹³ Tant'è che, coerentemente, l'autore reputa «importantissimo per la determinazione del concetto di 'causa'» (cfr. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 215) il passo in D. 39.5.18 pr.-1 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. 1. Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidisses, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum ut aliquid donetur, su cui cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 205 ss.*

¹¹⁴ Con riferimento a ciò, già M. LAURIA, '*Contractus*', '*delictum*', '*obligatio*'. (*A proposito di recenti studi*), in *SDHI*, IV, 1938, 177, faceva cenno al *negotium* quale «causale economica delle *obligationes*». Sui presupposti storici e concettuali del sistema 'scambio-dono' in Roma, si veda V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka*, 1, 1996, 63 ss., con ampi riferimenti di letteratura in argomento, specie alle ntt. 2 e 3. Per un quadro generale sull'idea di *negotium*, P. VOCI, *La dottrina*, cit., 46 ss. Senza dubbio, la contrapposizione trova le pre-

cisata. Così, mi pare che il punto di debolezza della ricostruzione offerta da Santoro sia da cercarsi nelle premesse. Il *συνάλλαγμα* non si identifica, in generale, con il contratto, bensì, come si è detto, con il vincolo di scambio tra prestazioni qualificato dall'adempimento della prima prestazione. Quindi, per l'ambito dell'atipicità, la *causa*, correttamente intesa quale funzione, non è qualsivoglia funzione 'negoziale', bensì precisamente quella realizzata dai contratti in cui vi sia il *συνάλλαγμα*: deve riscontrarsi, in altri termini, una funzione di scambio¹¹⁵.

11. *Precisazioni su 'causa' e συνάλλαγμα.*

Mette conto, a questo punto, svolgere talune ulteriori precisazioni, distintamente riguardanti la causa e il *συνάλλαγμα*.

a) Circa la causa, è necessario anzitutto sgombrare il campo da ogni possibile equivoco terminologico.

Un linguaggio nel quale si intenda la causa come funzione contrattuale potrebbe essere sospettato di tendenze vagamente attualizzanti, a tenore delle quali si volesse proiettare sul diritto romano concezioni proprie dei nostri tempi¹¹⁶.

È noto in quale misura il termine 'funzione' sia stato utilizzato,

prie radici in considerazioni antropologiche ed economiche che prescindono addirittura dai limiti storici dell'esperienza giuridica romana: su ciò, si vedano, per esempio, le riflessioni di K. POLANYI, *Economie primitive, arcaiche e moderne. Ricerca storica e antropologia economica*, trad. it. N. Negro, Torino, 1980, in relazione al concetto di 'reciprocità', specie 5 ss.; ID., *La sussistenza dell'uomo. Il ruolo dell'economia nelle società antiche*, trad. it. N. Negro, Torino, 1983, in particolare 69 ss., 99 ss., 111 ss. e 130 ss.

¹¹⁵ Qualche dubbio potrebbe semmai investire l'estensione della nozione stessa di *συνάλλαγμα*: in particolare, ho creduto di poter affacciare l'ipotesi che quest'ultima, coinvolgendo anche l'ambito della tipicità, arrivasse a ricomprendere, oltre a compravendita, locazione conduzione e società, anche deposito e comodato. Su ciò, si veda T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 91 ss.

¹¹⁶ Non si pretende dunque di pensare, per rimanere alle parole della serrata critica di M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., 33, che Aristone avesse «preceduto di diciassette secoli i moderni sostenitori di quella concezione della causa come funzione economico-sociale» che ancor oggi ha larga diffusione. Sul punto, si vedano inoltre le notazioni di A. PALMA, *Note critiche sul concetto di 'causa'*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XII, 2001, 325.

per opera di Betti¹¹⁷, ma, più in generale, della civilistica del Novecento – sebbene ciò abbia incontrato la critica dapprima di qualche voce isolata¹¹⁸ e, specie di recente, del significativo filone che ha rivalutato la causa in concreto¹¹⁹ –, onde avvalorare rappresentazioni diverse, comunque ideologicamente caratterizzate, dell'autonomia privata.

Certamente non si vuole, con il parlare di causa come funzione, incorrere in questi rischi.

Le fonti romane attestano, da questo punto di vista, un uso 'neutro' della nozione di causa. La funzione è lo scopo giuridicamente rilevante che i soggetti intendono attuare attraverso il contratto.

Al fine di evitare le trappole, invero soprattutto nominalistiche, nascoste nel richiamo all'idea di funzione, in dottrina si è talora proposto di parlare della causa come di «giustificazione sostanziale» o di «Ursache»¹²⁰: anche in ciò vi è però un rischio. In particolare, si tende a smarrire la valenza finale, il senso di proiezione verso uno scopo (in altri termini, l'idea di 'Zweck'¹²¹), che la nozione aristoniana di causa certamente doveva essere in grado di esprimere.

¹¹⁷ Ancorché, stando alla condivisibile rilettura di recente suggerita nella sintesi di P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002, 85 ss., paia da privilegiarsi, entro il contesto dell'analisi bettiana della causa, intesa come funzione, l'idea che il negozio rappresenti un fenomeno essenzialmente sociale, in grado di calarsi nella storia, piuttosto che suscettibile di un diretto collegamento con l'ideologia.

¹¹⁸ Penso anzitutto a M. GIORGIANNI, voce *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, specie 463 ss.

¹¹⁹ Si veda in specie C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², Milano, 2000, 447 ss., nonché 452 ss. Più ampiamente, cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 37.

¹²⁰ Così G. BROGGINI, *Causa*, cit., in particolare, 15, il quale afferma che la causa «non è il motivo, non è la funzione, è la ragion d'essere dell'obbligazione assunta, la sua giustificazione sostanziale, la 'Ursache', la cosa nella sua essenza». A ben vedere, ritengo non debba vedersi una necessaria alternatività tra l'idea di causa come 'funzione' e quella di causa come 'Ursache': a meno che non si abbia alla mente una nozione di funzione connotata ideologicamente (per esempio, in senso 'economico-sociale' o 'economico-individuale'), cui in effetti mi pare – almeno guardando a quanto affermato *ibidem*, nel seguito – che l'autore pensi.

¹²¹ Aspetto su cui, in relazione a D. 2.14.7.2, pur nel quadro di una ricostruzione tradizionale della *causa* come *datio*, cfr. P. LOTMAR, *Über 'Causa'*, cit., 163, che sul concetto di *Zweck* a lungo peraltro si era soffermato *ibidem*, 18 ss. Anche se – occorre dire – neppure la terminologia tedesca (da sempre orientata a una giustapposizione tra 'Zweck' e 'Grund') possa ritenersi priva di ambiguità: sul punto, U. KLINKE, *Causa*, cit., specie 15 ss., 31 ss.

Privata della sua connotazione teleologica¹²², la causa non sarebbe in grado di giustificare la tutelabilità della pretesa diretta all'esecuzione della controprestazione, anziché alla ripetizione di quanto dato. Occorre sempre considerare che l'interesse riconosciuto è – per usare le parole che già erano di Betti¹²³ – quello 'positivo'.

Nella maturazione della consapevolezza di un valore teleologico intrinseco all'idea di causa ritengo che un ruolo decisivo debba avere giocato l'influenza irradiata sulla concezione aristoniana dall'elaborazione filosofica della *causa finalis*¹²⁴. Di ciò credo possa ricavarsi conferma rileggendo gli autori, in specie Cicerone e Seneca, soffermatasi *ex professo* sul tema¹²⁵, nonché disponendosi a riscoprire la figura di Aristone nella sua veste di intellettuale pienamente immerso entro la temperie culturale – e dunque pure coinvolto nel dibattito filosofico – del tempo¹²⁶.

D'altra parte, mi pare che proprio nell'ottica di una caratterizzazione in senso teleologico meriti di essere osservato pure lo sviluppo che, dal terreno della *condictio*, condusse all'elaborazione di una formula, impiegabile a tutela dei contratti innominati, contenente la condanna orientata al *quanti actoris interest*¹²⁷ in relazione all'adempimento della controprestazione.

L'idea di funzione, esprimendo il senso di direzionalità verso un obiettivo, attribuisce al contratto la necessaria caratterizzazione 'dinamica'. In un simile ordine di idee, si è detto anche che la causa consi-

¹²² Corrispondente a una delle principali aree semantiche del termine latino. Cfr. *Th.l.L.*, III, voce *Caus(s)a*, col. 662, r. 15 ss.; col. 682, r. 14 ss.; col. 684, r. 17 ss.; *V.I.R.*, I, voce *Causa*, in specie, col. 662, r. 13 ss.; H.G. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon*, cit., voce *Causa*, in specie 60, *sub* 2), ma anche 59, *sub* 1) *b*; sul punto cfr. anche E. BETTI, voce *Causa*, cit., 31.

¹²³ Cfr. E. BETTI, *Sul valore*, cit., 26 e, più ampiamente, 29, ove, a proposito dell'azione che, nel caso delineato in D. 2.14.7.2, sarebbe stata concessa da Mauriciano, è sottolineato il volgersi di essa all'«interesse positivo all'adempimento della convenzione»; mentre, in relazione all'azione accordata da Giuliano, risulterebbe valutato «il puro interesse negativo, il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento». Sul punto, si veda anche P. VOGLI, *La dottrina*, cit., 281 ss.

¹²⁴ Tale aspetto ho specificamente approfondito in T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 264 ss.

¹²⁵ T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 271 ss.

¹²⁶ T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 279 ss.

¹²⁷ Cfr. D. 19.5.7 (Papin. 2 *quaest.*); D. 19.4.1.4 (Paul. 32 *ad ed.*); D. 19.5.5.1-2 (Paul. 5 *quaest.*).

ste nella ragion d'essere giuridica per la quale si realizza una modificazione dei rapporti preesistenti (e così anche un'innovazione sul piano socio-economico)¹²⁸.

b) Un altro fraintendimento che la definizione di causa quale funzione potrebbe suscitare è quello consistente nell'intenderne solo la valenza oggettiva.

Occorre qui brevemente richiamare gli studi etimologici e semantici svolti intorno al termine *causa*: all'origine, quest'ultimo ebbe probabilmente il significato, poi ampiamente diramatosi e precisatosi, di interesse¹²⁹. Ebbene, la funzione indica lo scopo che è rilevante per il diritto, l'obiettivo giuridico che i soggetti vogliono porre in essere: certamente, la semplice considerazione dei motivi soggettivi rimarrebbe irrilevante sul piano giuridico. Tuttavia, alla base della funzione permangono gli interessi che muovono le parti a concludere il contratto. La loro valutazione non può essere posta in discussione¹³⁰. Anzi, la preferenza accordata per l'espressione 'funzione' rispetto a 'scopo' (che pure ho talvolta richiamato per sottolineare la valenza teleologica del concetto che si vuole esprimere) trova fondamento proprio nel fatto che nella prima è implicita un'idea di 'relazione'¹³¹, la quale sempre può riscontrarsi, sebbene ciò talora resti in ombra, tra l'obiettivo giuridico e la base rappresentata dagli interessi dei soggetti.

La funzione presa in esame da Aristone è dunque, *in primis*, quella in concreto perseguita dalle parti; da essa occorre muovere per giungere a una qualificazione giuridica dell'affare, ancorché non sia di esso consentita una qualificazione tipologica¹³² (in effetti, alla causa in concreto, almeno per il caso descritto in D. 2.14.7.2, non corrisponde alcuna delle cause edittalmente tipizzate).

c) Infine, anche il richiamo al *συνάλλαγμα* merita una precisazione.

¹²⁸ Si veda B. ALBANESE, *Gli atti*, cit., 245 ss.

¹²⁹ Cfr. P.J. MINICONI, *Esquisse d'une histoire du mot 'causa'*, in *REL*, XXI-XXII, 1943-44, 82 ss.; *Id.*, in *REL*, XXIII, 1945, 36 ss., studi poi confluiti nella più ampia ricerca *Id.*, *Causa*, cit., in particolare 28 ss.

¹³⁰ Un richiamo dell'attenzione su questo profilo è in A. PALMA, *Note*, cit., 322 ss., ma già *Id.*, *Vicende*, cit., 1502 ss.

¹³¹ Su ciò, con chiarezza, C. BEDUSCHI, *A proposito*, cit., 395; ma si veda anche A. CHECCHINI, *Regolamento*, cit., in specie 241.

¹³² Nel senso precisato *supra*, nt. 23.

Mi è parsa convincente, in proposito, l'idea secondo cui il *συνάλλαγμα* aristoniano non potrebbe identificarsi con il *contractus*, fino a tal punto trovandomi in accordo con le posizioni espresse da Gallo¹³³.

Tuttavia, se non si può dire che il *συνάλλαγμα* sia 'il contratto', occorre peraltro riconoscere che esso si colloca 'nel contratto'. Mi sembra quindi non accoglibile l'opinione del medesimo autore, secondo cui il *συνάλλαγμα* sarebbe addirittura 'fuori del contratto'.

Per Gallo, infatti, Aristone non avrebbe propriamente inglobato il *συνάλλαγμα* nel sistema contrattuale, lasciando piuttosto che esso operasse esternamente, al fine di ovviare alle deficienze del sistema stesso, segnatamente per rimediare all'assenza di tutela alcuna di fronte alle convenzioni fuoriuscenti dai *nomina* edittali; sul presupposto che nel frattempo fosse intervenuta la cosiddetta codificazione adriano-giuliana dell'editto, con conseguente prescrizione di *ad similia procedere*, sarebbe invece per lo studioso da ascrivere soltanto a Mauriciano l'inserimento del *συνάλλαγμα* nel sistema contrattuale¹³⁴.

A voler seguire Gallo, mi pare però che si finirebbe per configurare il *συνάλλαγμα* – per lo meno quello di Aristone – alla stregua di un'autonoma fonte di obbligazioni¹³⁵, sullo stesso piano del contratto e dunque al contempo distinto da questo. Il che renderebbe però superfluo tutto il ragionare di Aristone intorno al contratto, giacché superabile alla luce dell'invocabilità del rimedio 'esterno' rappresentato dal *συνάλλαγμα*.

Non mi pare, d'altra parte, che ciò trovi appoggio nei testi aristoniani: né in D. 2.14.7.2 (si rammenti l'esordio, *si in alium contractum*, che prova anzi della permanenza all'interno dell'idea sostanziale di contratto), né in altri passi – mi riferisco anzitutto a D. 19.4.2, D. 19.5.16.1 e D. 39.5.18 pr.-1 – che ho in diversa sede analizzato¹³⁶.

¹³³ F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 100 ss.

¹³⁴ Cfr. F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 73 s.; nonché ID., *Contratto*, cit., 28; ma, già prima ID., *Synallagma*, II, cit., 116 ss.

¹³⁵ Come peraltro faceva M. LAURIA, '*Contractus*', cit., 173.

¹³⁶ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 193 ss., 202 ss., 205 ss.: lì si veda riportati *supra*, ntt. 4, 5, 6.

12. *Causa e profili di una figura generale di contratto.*

Non è possibile, a mio avviso, cogliere in modo preciso la valenza del richiamo, da parte di Aristone, al necessario sussistere della causa, allorché si limiti l'attenzione all'ambito dei contratti innominati.

Occorre invece volgere lo sguardo a una più ampia idea di contratto.

Il *responsum* di Aristone trae origine da un problema, che era evidentemente ricorrente nella prassi, di tutelabilità degli accordi atipici: la soluzione, però, deriva da un ragionamento, che va oltre i confini originari della questione, sviluppato sul presupposto di una figura generale di contratto.

Così i due aspetti, quello pratico e quello teorico, finiscono per implicarsi vicendevolmente.

Si faccia un passo indietro.

A proposito della *definitio* labeoniana di contratto contenuta in D. 50.16.19, si era detto che con essa può dirsi individuato un modello contrattuale – basato sulla reciprocità di obbligazioni – ricavato in particolare da *emptio venditio*, *locatio conductio* e *societas*, figure tratte dall'ambito della tipicità; sulla base di quel modello, si deve poi ritenere che fosse aperta la possibilità di procedere, attraverso un'operazione analogica, alla tutela di convenzioni atipiche (e in ciò deve vedersi un superamento, almeno nel senso più immediato, della tipicità, giacché risulta comunque indicata la strada per la tutelabilità dei contratti atipici¹³⁷).

Per quanto riguarda la causa, occorre invece pensare che Labeone operasse, quantomeno per implicito, con l'idea di funzione contrattuale, se non altro con riferimento alla distinzione tra i contratti tipici e in specie consensuali. Ma vi è anche spazio per ritenere che già il giurista augusteo, in D. 17.1.8 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*), di fronte a un caso di incertezza circa l'esperibilità delle formule di mandato ovvero di deposito, avesse fatto ricorso all'idea di *causa* quale funzione in concreto perseguita dalle parti, strumento di qualificazione giuridica di un contratto¹³⁸: fermo restando che rimango orientato a ritenere che

¹³⁷ Si veda quanto già osservato *supra*, § 7.

¹³⁸ Cfr. D. 17.1.8 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si procuratorem dederō nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? et Labeo putat mandati eum teneri nec esse*

le parole della chiusa di D. 17.1.8 pr. (precisamente: ... *uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam*) siano, piuttosto che labeoniane, ulpianee¹³⁹, si deve comunque ammettere che in questo caso l'idea di causa come funzione sarebbe rimasta entro l'ambito concettuale dei tipi già previsti in editto.

Ebbene, Aristone compirebbe una rimeditazione di ciascuno di questi due aspetti: sotto il primo profilo, egli cerca la soluzione al problema dei contratti innominati al di fuori del raffronto con i tipi, così evitando di ricorrere a un mero procedimento analogico; si può anche dire che rimane così abbandonato il caratteristico 'Typenzwang' labeoniano. Dunque il superamento della tipicità, per Aristone, consiste non solo nell'apertura alla tutelabilità dei contratti atipici, bensì anche, a livello 'metodologico', nella scelta del modo per giungere alla soluzione.

Sotto il secondo profilo, emerge che, alla base della sua costruzione, il giurista traiano colloca la causa, così conducendone la valenza al di fuori dei tipi; su questo specifico aspetto, peraltro, si è già portata l'attenzione nel sottolineare – dal punto di vista del significato di *causa*, da intendersi quale funzione – il carattere 'innovativo' del contributo di Aristone¹⁴⁰.

Aristone delinea un nuovo modello contrattuale, che si potrebbe pur dire 'atipico', improntato sulla presenza di una causa collegata a un *συνάλλαγμα* (siffatta 'atipicità' è evidente: ci si colloca al di fuori di qualsivoglia schema noto in editto).

È certamente presente, in questo disegno, un notevole sforzo di elaborazione teorica: ciò è da intendersi non solo nel senso che rimanga delineato un modello contrattuale in sé atipico – ma che, a ben vedere, risulterebbe in definitiva anch'esso un tipo (almeno in senso sostanziale) –, affiancato a quelli edittalmente previsti (riemergerebbe in qualche misura l'idea di Gallo del *συνάλλαγμα* quale rimedio 'esterno', se non addirittura al sistema contrattuale, almeno all'ambito della tipicità¹⁴¹), bensì, più incisivamente, nel senso che, con l'affermare

probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.

¹³⁹ Facendo leva su tutti gli argomenti che ho cercato di esporre in T. DALLA MASARA, *Alle origini*, cit., 215 ss.

¹⁴⁰ Si veda *supra*, § 6.

¹⁴¹ F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 73 s.; ID., *Synallagma*, II, cit., 116 ss.

la necessità della causa, sia presa a raffronto un'idea generale di contratto, la quale, pur non divenendo oggetto di esplicita *definitio* (come era accaduto per Labeone), certamente però costituisce, sullo sfondo, il parametro di riferimento. Vi è, dunque, un ulteriore profilo per il quale si può parlare di superamento della tipicità: la soluzione del problema dei contratti atipici è cercata non solo al di fuori dei tipi, ma, più precisamente, al di sopra dei tipi. Si tratterebbe quindi di un procedere essenzialmente deduttivo¹⁴².

Tenuta presente la nota ritrosia dei *prudentes* rispetto alle astrazioni, mi pare che la costruzione del nostro giurista traspaia sufficientemente chiara.

L'idea di fondo è quella secondo cui occorre che il contratto, tipico o atipico che sia, risulti sostenuto da una causa – intesa quale funzione – reputata degna dal diritto. La causalità assurge pertanto a cardine dell'idea di contratto.

Nel caso dei contratti riconducibili ai *nomina* edittali, la causa è tipizzata (si potrebbe corrispondentemente parlare di una causa in astratto) e quindi, per ciò stesso, tale da ricevere protezione giuridica.

Nel caso dei contratti non tutelati da un *nomen* edittale, si pone invece il problema della riconoscibilità della causa (in concreto) che i soggetti intendano realizzare.

La soluzione valida per l'ambito dell'atipicità è tratta da una riflessione svolta sul presupposto di un'idea di contratto che abbraccia tipicità e atipicità.

L'unitaria considerazione del contratto, al di sopra della distinzione tra i due ambiti, mi pare testualmente provata dal fatto che nel *responsum* di Aristone l'attenzione è puntata (diversamente rispetto al discorso ulpiano che precede in D. 2.14.7.1, ove il problema è colto sotto il profilo delle *conventiones* che non passano nei *nomina* edittali) sul piano sostanziale del *contractus*. Ciò mi è parso di vedere ben espresso nella locuzione *si in alium contractum*, alla quale è sottesa la considerazione di una sovraordinata categoria contrattuale¹⁴³: l'aggettivo *alius* esprime infatti l'appartenenza a differenti specie del medesimo genere-contratto.

Il collegamento tra la soluzione espressa con riguardo all'atipicità

¹⁴² Per la cui nozione mi richiamo a J. MARITAIN, *Logica*, cit., 163 ss.

¹⁴³ Si veda *supra*, § 2.

e l'ambito della tipicità diventa poi palese guardando all'esemplificazione contenuta in D. 2.14.7.1, ove si citano compravendita, locazione conduzione, società, comodato e deposito, nonché altri simili contratti.

Sebbene il passo sia di Ulpiano, ritengo addirittura si possa ipotizzare con una certa probabilità che l'elencazione risalisse allo stesso Aristone; e comunque, se pure fosse ulpiana, è da ritenere che, in quanto espressa a ridosso del *responsum* di Aristone, essa fosse stilata avendo a riferimento la costruzione di quest'ultimo.

Orbene, il criterio di individuazione di quei contratti risulta rappresentato dalla 'tipicità causale', precisamente nel senso che si è detto: si trattava di contratti tutti sostenuti da cause edittalmente tipizzate (seppure secondo diversi gradi di 'intensità'¹⁴⁴) e dunque per ciò stesso riconosciute.

Se si accoglie la tesi qui prospettata, in base alla quale a monte del *responsum* aristoniano si collocherebbe una riflessione sul contratto, secondo un'idea, incentrata sul sussistere della causa, in grado di contemplare tipicità e atipicità, si arriva anche a cogliere il duplice livello di lettura dell'affermazione *si in alium contractum res non transeat, subsistit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*, nonché il senso preciso della giuntura con l'altra, *ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem*.

Soffermandosi sul valore di *ut puta*, si è dianzi rilevato che esso segna il passaggio dall'affermazione della necessità della *causa* a quella relativa al *συνάλλαγμα*.

Ora, non vi è dubbio che Aristone si esprimesse con riferimento al problema specifico degli accordi atipici: per questi è richiesto che si realizzi la funzione propria dei contratti caratterizzati, sul piano della struttura, dalla presenza del *συνάλλαγμα*. In altri termini, per i contratti innominati è necessaria – come si è visto – la causa di scambio. Il valore imperativo di *ut puta* consente di collegare il senso della seconda affermazione (riguardante il *συνάλλαγμα*) alla prima (inerente alla *causa*).

Se così è, allora in quella prima affermazione (*si in alium contrac-*

¹⁴⁴ Come già detto, si trattava di una funzione tipica costituita in sostanza da una cornice piuttosto ampia, per esempio, nei casi di *societas* e *locatio conductio*.

tum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem), pur immediatamente riferita al problema specifico dei contratti atipici, deve pensarsi implicito il senso di un principio generale, valido per qualsiasi contratto, tipico o atipico, in base al quale una causa che si reputi riconoscibile è sempre richiesta. Mentre per taluni contratti questa è edittalmente tipizzata, per altri essa deve superare uno specifico vaglio di qualificazione giuridica.

Rimane dunque confermata la riflessione che già si è svolta circa il metodo di individuazione della soluzione del problema dei contratti innominati da parte di Aristone: il giurista non procede estensivamente, sulla base di un modello, ricavato per esempio da *emptio venditio*, *locatio conductio* e *societas*, come era accaduto nel caso di Labeone; invece, egli deduce la soluzione della singola questione dalla considerazione di un'idea generale. Così, se il contratto – quale figura generale – deve presentare una causa, allora, astraendo da ciò una nuova regola, ottiene tutela civile anche quel contratto che, pur essendo atipico, sia sostenuto da una causa degna di protezione.

Si potrebbe dire che il ragionamento aristoniano si sviluppa 'verticalmente', attraverso un procedere deduttivo, se non addirittura – come pure è stato definito – sillogistico¹⁴⁵.

13. *Importanza di un'acquisizione.*

Il collegamento, per opera di Aristone, della causa con un'idea generale di contratto, pur apprezzabile da differenti punti di vista, offre un contributo fondamentale, in specie consistente nel fatto di promuovere questa – per usare una terminologia moderna¹⁴⁶ – a 'requisito' essenziale del contratto¹⁴⁷.

Così, si potrebbe certo parlare, con riferimento ad Aristone, di «teorizzazione della *causa* quale fattore di indefinita apertura»¹⁴⁸: si

¹⁴⁵ Si veda A. MANTELLO, *Le classi*, cit., 268, nt. 129.

¹⁴⁶ Cfr. l'art. 1325 cod. civ.

¹⁴⁷ Già B. BIONDI, *Contratto e 'stipulatio'. Corso di lezioni*, Milano, 1953, 247, il quale pure aderiva all'opinione tradizionale secondo cui la *causa* consisterebbe nella *datio* già eseguita, notava che nella dottrina di Aristone «abbiamo la origine sia del contratto innominato che della causa come requisito autonomo del contratto».

¹⁴⁸ Così G. MELILLO, *'Contrahere'*, cit., 219.

cooglierebbe, in tal modo, un aspetto importante; ma più ancora, occorre dire che Aristone contribuisce significativamente ad attribuire alla causa una propria autonomia concettuale; a tale ordine di riflessioni mi pare alluda Mantello, affermando: «in D. 2.14.7.2 non s'ha un prammatico richiamo al momento causale, ma addirittura la testimonianza del suo rilievo *teorico* nel pensiero aristoniano. Il giurista fa del *concetto in sé* di causa (finale) un aspetto essenziale del ragionamento volto a rintracciare la presenza, nel caso, degli effetti obbligatori. 'Entifica' tale concetto, quasi a trasferirne la funzione dal piano argomentativo a quello sostanziale»¹⁴⁹.

In effetti, da questo punto di vista, passa addirittura in second'ordine ogni considerazione circa il 'se' e il 'quando', nel quadro del dibattito sui contratti innominati, l'opinione 'innovatrice' aristoniana fosse riuscita a prevalere rispetto alle impostazioni più 'conservatrici' che a essa si opponevano (penso a Celso, che pure conosceva un'azione con *praescripta verba* a tutela delle convenzioni atipiche¹⁵⁰, nonché a Giuliano, che sembrava invece ammettere soltanto l'*actio in factum*¹⁵¹). Quel che permane, indefettibilmente, è l'acquisizione della causa contrattuale al 'patrimonio concettuale' dei giuristi.

La dottrina ha in alcuni casi riconosciuto che, a monte del *responsum* aristoniano, possa scorgersi, in misura più o meno definita,

¹⁴⁹ A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, 1990, 86. Il riferimento, posto tra parentesi, al fatto che si tratti di causa 'finale' costituisce un elemento di notevole interesse (su cui mi sono soffermato in particolare in T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 264 ss.). L'autore ribadisce poi che «l'aspetto causale diviene l'effettivo elemento dirimente per dare stabilità a quel che in Labeone era aperto e magmatico, per mettere ordine ai *nova negotia*» (*ibidem*, 124). Sulla centralità della causa in Aristone, si veda R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 237 ss., 253 ss.; ID., *La causa*, cit., 91; efficacemente anche C.A. CANNATA, *Der Vertrag*, cit., 67, il quale rileva che «als Kernpunkt der Schlußfolgerung Aristos gilt der *causa*-Begriff»; nonché, ID., *Contratto*, cit., 49, ove chiaramente si sottolinea come l'importanza dell'elemento causale travalichi l'ambito della problematica dei contratti innominati e attinga all'idea generale di contratto; in tal senso, si veda anche ID., *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in *Studi in memoria di G.B. Impallomeni*, Milano, 1999, 44 ss.

¹⁵⁰ Cfr. D. 19.5.2 (Cels. 8 dig.); D. 13.6.13.2 (Pomp. 11 *ad Sab.*).

¹⁵¹ Anche se si deve tenere conto delle testimonianze: D. 19.5.5.2 (Paul. 5 *quaest.*): ... *de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans in factum civilem ...*, nella quale però l'ultima qualificazione era giudicata spuria già da Cuiacio; D. 19.5.13.1 (Ulp. 30 *ad Sab.*): ... *in factum putat actionem Iulianus dandam, id est praescriptis verbis ...*, ove l'aggiunta, evidenziata da *id est*, sembrerebbe del pari glossematica.

un'idea generale di contratto: si pensi a taluni spunti di Betti¹⁵² o alle riflessioni di Sargenti¹⁵³, il quale senza dubbio è, per molti aspetti, ben lontano dalle conclusioni cui ho creduto di accedere in merito alla configurazione della causa, nonché alla soluzione della questione dei contratti innominati¹⁵⁴.

Si tratta, beninteso, di un'idea nella quale non deve ricercarsi nitore e univocità di contorni che peraltro la stessa dottrina moderna dispera di poter trovare finanche in relazione al diritto vigente¹⁵⁵. Eppure, quell'idea è, in Aristone, senza dubbio presente.

Non si è finora fatto cenno, in questa rappresentazione della figura generale di contratto, alla presenza dell'elemento consensuale: d'altra parte, non vi possono essere dubbi intorno alla sua necessità. Anche se non espresso, l'accordo costituisce un requisito imprescindibile.

Per Aristone, il consenso è necessario, ma non ancora sufficiente a costituire il contratto: la vincolatività di un 'Obligationsprogramm' puro e semplice è ancora di là da venire.

Soltanto nella prospettiva di Ulpiano mi pare sia possibile cogliere uno spostamento dell'attenzione verso l'elemento consensuale, sebbene non ancora, certamente, un'identificazione tra contratto e accordo¹⁵⁶.

¹⁵² Il quale, proprio in relazione al giurista traiano, arrivava già ad affermare – cfr. E. BETTI, *Sul valore*, cit., 41, nt. 1 – «come la costruzione *analogistica* dei *nova negotia* partisse bensì dal concetto unitario di *contrahere*, quale categoria *generica*».

¹⁵³ Cfr. M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., 32, il quale rileva che, di fronte al problema di «decidere quali effetti si potessero attribuire ad una fattispecie negoziale», Aristone «lo faceva, è vero, riconducendo questa fattispecie ad una più generale idea di contratto, che per lui, però, esiste quando esista una *causa*».

¹⁵⁴ In effetti, per M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., 32, è la *datio* a costituire «la *causa* idonea a giustificare il nascere dell'obbligazione dell'*accipiens* alla controprestazione»; le critiche e gli scetticismi dell'autore rispetto alle posizioni assunte dalla dottrina di fronte ai contratti innominati sono di recente ribaditi in ID., '*Actio civilis in factum*' e '*actio praescriptis verbis*'. Ancora una riflessione, in '*Iuris vincula*', VII, cit., 237 ss.

¹⁵⁵ Basti pensare alle difficoltà definitorie messe in luce da R. SACCO, *Obbligazioni e contratti*, X³, in *Trattato di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, 2002, II, 13 ss.; ID., *Il contratto*, I, cit., 55 ss.; ma si veda anche, alla luce dei tentativi di edificazione di una nozione europea di contratto, ID., *Il contratto nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2001, 479 ss. D'altra parte, le principali anfibologie della moderna idea di contratto sono ben evidenziate anche da F. GALLO, *Eredità di giuristi*, cit., 73 ss. Nel dibattito internazionale, punto di riferimento per una presa di consapevolezza dello 'stato di crisi' in cui versa il contratto rimane G. GILMORE, *La morte del contratto*, trad. it. A. Fusaro, Milano, 1988.

¹⁵⁶ Sul punto, cfr. F. GALLO, *Eredità di giuristi*, cit., 57 ss.; più in generale, sulle vicende del consensualismo romano, si veda, di recente, oltre ai riferimenti in R. FIORI,

Il giurista severiano, nel quadro della raffigurazione delle *conventiones* tratta dal libro 4 *ad edictum* e conservatoci sotto il titolo *De pactis* (2.14) dei *Digesta*, delinea un sistema, nel quale la valenza teorica prevale ormai sull'attenzione al *casus*¹⁵⁷, tale per cui, se un'idea generale di contratto si vuole ravvisare (e non sarebbe certo consentito pensarla più che accennata), essa deve supporre informata alla lezione di Pedio: essenziale, perché si possa parlare di contratto, è la presenza dell'accordo; basti volgere uno sguardo a D. 2.14.1.3-4¹⁵⁸, da cui emerge la considerazione della *stipulatio* quale figura contrattuale.

Tuttavia, di fronte al problema dei contratti innominati, neppure per il giurista severiano sarebbe stato sufficiente il mero accordo delle parti: avrebbe trovato ancora applicabilità, invece, il modello di Aristone¹⁵⁹.

La definizione, cit., 355 ss. e nt. 217 s., l'ampia ricerca di C. CASCIONE, 'Consensus', cit., specie 399 ss.

¹⁵⁷ Sebbene F.P. CASAVOLA, *Relazione di conclusione*, ne *Le teorie contrattualistiche*, cit., 237, ricordi che «è sempre un *case law* che si muove al di sotto di questa riflessione che pure ha le sue ambizioni sistematiche».

¹⁵⁸ Cfr. D. 2.14.1.3: ... *Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicit Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. 4. Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.*

¹⁵⁹ Si vedano i passi ulpiani: D. 4.3.9.3; D. 10.2.20.3; D. 10.3.23; D. 13.6.5.12; D. 16.3.1.9; D. 17.2.44; D. 18.1.50; D. 19.3.1 pr.; D. 19.5.13.1; D. 19.5.15; D. 19.5.17 pr.; D. 19.5.17.1; D. 19.5.17.2; D. 19.5.17.3; D. 19.5.17.5; D. 19.5.18; D. 19.5.19 pr.; D. 19.5.19.1; D. 19.5.20 pr.; D. 19.5.20.2; D. 43.26.8 pr.

