

TOMMASO DALLA MASSARA

LA CAUSA DEL CONTRATTO NEL PENSIERO DI ARISTONE:
DELLA NECESSITÀ DI UN CONCETTO (*)

SOMMARIO: 1. Dalla polisemia di *causa* alla causa del contratto: verso l'acquisizione di un concetto. – 2. La causa di Aristone: l'opinione che la identifica con la *datio*. – 3. Lo sfondo concettuale rappresentato dalla causa nel contesto dei problemi della *condictio*. – 4. La collocazione della causa nella prospettiva contrattuale: ostacoli alla sua identificazione con la *datio*. – 5. Una prospettiva funzionale per la causa. – 6. La causa come *datio* e la struttura che ne deriva: la *causa obligatio-nis*. – 7. I presupposti del richiamo al *συνάλλαγμα*. – 8. Il *συνάλλαγμα* aristoniano. – 9. Il ruolo della *datio* nel contesto del *συνάλλαγμα*. – 10. Il valore paradigmatico dello scambio. – 11. L'influenza esercitata dal pensiero filosofico rispetto all'elaborazione della causa. – 12. La trasposizione giuridica della *causa finalis* aristotelica. – 13. Le conferme dell'acquisizione del concetto di causa del contratto. – 14. Conclusioni.

1. *Dalla polisemia di 'causa' alla causa del contratto: verso l'acquisizione di un concetto.*

Concentrarsi sulle origini della causa del contratto significa seguire il percorso che conduce, per l'impulso creativo della giurisprudenza romana, all'elaborazione di un concetto che si sviluppa sull'impronta di un segno connotato, fin dalle prime fonti che ne attestano l'uso, da una straordinaria polisemia ⁽¹⁾.

(*) Pubblicato nel volume XXII del 2009 dei *Seminarios Complutenses*, il contributo si presenta qui integrato con la letteratura nel frattempo affacciatasi, nonché depurato dei riferimenti al código civil spagnolo, non più essenziali in questa nuova collocazione editoriale.

⁽¹⁾ Come conferma la consultazione di H.G. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena, 1926, voce *Causa*; si veda inoltre V.I.R., I, voce *Causa*, col. 651 ss.; molto generale l'inquadramento della voce *Causa* di R. WILLVONSEDER, in *Der neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, II, Stuttgart - Wei-

Tra le menzioni più antiche del termine *causa* in un senso essenzialmente giuridico, merita di essere rammentata quella, assai celebre, contenuta nella formula vindicatoria della *legis actio sacramento in rem*, il cui rituale ci viene descritto da Gaio in 4.16 ⁽²⁾. Non v'è dubbio che l'espressione *secundum suam causam* – che si colloca all'interno della formula in stretta connessione logica con l'affermazione unilaterale e costitutiva del rivendicante *meum esse aio* – esibisca una valenza che già può dirsi tecnico-giuridica ⁽³⁾, in quanto contribuisce a determinare gli effetti scaturenti dall'atto: evitando di addentrarsi nella questione dell'identificazione del valore assunto dall'espressione, mi sembra qui sufficiente rilevare, in prima approssimazione, che il richiamo alla *causa*, in funzione che potrebbe dirsi 'performativa' all'interno dell'ampia cornice di gesti e parole, è senz'altro da porsi in collegamento con la forza legittimante del rituale ⁽⁴⁾.

mar, 1997, 1041 s. Resta fondamentale in argomento la ricerca condotta da V. GEORGESCU, *Le mot 'causa' dans le latin juridique. Introduction à la théorie générale de la cause en droit romain*, in *Études de philologie juridique et de droit romain*, I, *Les rapports de la philologie classique et du droit romain*, Bucarest - Paris, 1940, 129 ss. (anche in *Revista clasică*, VI-VII, 1934-35, 90 ss.), opportunamente da integrarsi con quella – forse meno nota, ma assai utile – di J.P. MINICONI, *'Causa' et ses dérivés. Contribution à l'étude historique du vocabulaire latin*, Paris, 1951.

⁽²⁾ *Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducere possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM; SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSUI, et simul homini festucam imponebat.*

⁽³⁾ Primo esempio di «*causa* = Ursache» nelle fonti, secondo il giudizio di D. NÖRR, *'Causa mortis'. Auf den Spuren einer Redewendung*, München, 1986, 5.

⁽⁴⁾ Si tratta di una questione assai complessa, per affrontare la quale resta fondamentale lo studio di R. SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, XXX, 1967, in specie 259 ss., ove è dato conto del panorama della dottrina precedente; in seguito, G. FALCHI, *L'onere della prova nella 'legis actio sacramento in rem'*, in *SDHI*, XXXVIII, 1972, in specie 248 ss.; J.G. WOLF, *Zur 'legis actio sacramento in rem'*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von F. Wieacker*, Ebelsbach am Main, 1985, in specie 16 ss.; A. CORBINO, *La struttura dell'affermazione contenziosa nell'agere sacramento in rem' ('secundum suam causam' in Gai 4.16)*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 137 ss.; M. KASER, *Zur 'legis actio sacramento in rem'*, in *Estudios de Derecho romano en honor de A. d'Ors*, II, Pamplona, 1987, 671 ss., pur nella prospettiva (qui estranea) della cd. proprietà relativa. Parlando di 'performatività' del linguaggio, mi rifaccio anzitutto agli studi di J.L. AUSTIN, *How to do things with words*, Oxford,

Quel che è certo è che non mancò di svilupparsi fin da antico un intenso lavoro intorno all'idea di causa.

Si tenga conto che, stando alle ricerche di carattere etimologico e semantico specificamente compiute in argomento, la parola *causa* – forse neppure di origine indoeuropea⁽⁵⁾ – da principio avrebbe espresso il senso generale di 'interesse' (ma nell'accezione piuttosto concreta di «gain que l'on retire de quelque chose»⁽⁶⁾), forse fin da subito accanto al significato – comunque assai antico – di 'processo' ⁽⁷⁾. Quindi da questa radice sarebbe germogliata una molteplicità di significati, attraverso un «long travail autonome de la langue sur elle-même»⁽⁸⁾.

Per limitarsi all'età classica, può cogliersi l'esistenza di un ampio reticolo di significati del termine *causa*, con valore giuridico più o meno precisato, tra loro variamente connessi, per i quali mi è parso adeguato parlare – nella ricerca monografica che ho dedicato al tema⁽⁹⁾ – di una serie di 'polarità' di significato (con ciò intendendo coppie che si correlano e si completano a vicenda: per esempio, causa

1962; ID., *Other Minds*, in *Logic and Language*, a cura di A. Flew, II, Oxford, 1966, 123 ss.; si veda inoltre S. CASTIGNONE, *Atti giuridici performativi*, in *Atto giuridico*, a cura di G. Lorini, Bari, 2002, 3 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959 (rist. *ibidem*, 1979), voce *Causa*; A. WALDE - J.B. HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³, I, Heidelberg, 1938, voce *Caussa, Causa*.

⁽⁶⁾ Così P.J. MINICONI, *Esquisse d'une histoire du mot 'causa'*, in *REL*, XXI-XXII, 1943-44, 82; ID., in *REL*, XXIII, 1945, 36 ss., studi poi confluiti nella più ampia ricerca ID., *Causa*, cit., in particolare 28 ss.

⁽⁷⁾ Significato che ricorre già nelle XII Tavole (1.7), nonché in un'infinità di fonti, anche di autori ed epigrafiche (per avere un saggio delle prime, Plaut. *Merc.* 821 s., delle seconde, C.I.L., I, 198, 42). Si veda, in generale, *Tb.l.L.*, III, voce *Caus(s)a*, col. 689; *V.I.R.*, I, voce *Causa*, in specie col. 677, a. 37 ss.; H.G. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon*, cit., voce *Causa*, 60, *sub* 3; ma soprattutto V. GEORGESCU, *Le mot*, cit., 210 ss.; inoltre, J.P. MINICONI, *Causa*, cit., 152 ss.; J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, Paris, 1963, 417. Per le attestazioni epigrafiche, E. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, II, Roma, 1900, voce *Causa*, 147.

⁽⁸⁾ P.J. MINICONI, *Esquisse*, cit., 80.

⁽⁹⁾ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004: alla polisemia della causa avevo dedicato il cap. II, 41 ss.; in specie sulla polarizzazione dei significati, 58 ss.

efficiente e causa finale; causa in astratto e causa in concreto, e così via), accanto a vari singoli, specifici significati. Alla parola *causa* corrisponde dunque in origine una sorta di ‘nebulosa semantica’, nell’ambito della quale vengono via via affiorando e definendosi – in un processo che potrebbe dirsi di progressiva ‘giuridificazione’ – significati individuati e tecnici.

Con più stretto riferimento al terreno contrattuale, occorre dire però che la più intensa esplorazione delle potenzialità implicite nell’idea di causa è da ascrivere, per quanto ci è dato conoscere dalle fonti, principalmente al merito di un giurista: erudito, nutrito di filosofia, ben inserito nella comunità culturale del proprio tempo, dotato di sicura originalità, ma anche indagatore critico fino al punto di essere definito ‘dubbioso’, il riferimento è – come già si sarà inteso – a Tizio Aristone ⁽¹⁰⁾.

Il passo cruciale, fin troppo noto, dal quale occorre muovere onde comprendere la costruzione che il giurista erige sulla base del concetto di causa è D. 2.14.7.2: si tratta del testo di Ulpiano, tratto dal libro 4 *ad edictum*, nel quale è conservata memoria della soluzione di Aristone di fronte al problema posto dalla tutelabilità civile degli accordi non riconducibili ad alcuno dei *nomina* edittali ⁽¹¹⁾.

Ebbene, nel celebre responso del giurista traiano si dice che l’affare (così intendendosi ciò che nel testo è indicato come *res*), il quale non sia qualificabile nei termini di un contratto tutelato da una propria formula in editto (in tal modo ritengo possa rendersi l’immagine del trascorrere della *res* nel *nomen* di alcun *contractus*), allorché sia ri-

⁽¹⁰⁾ Un inquadramento della figura del giurista può ricavarsi anzitutto da A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, 7 ss.; cfr. inoltre W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz - Wien - Köln, 1967, 141 ss. Per ulteriore bibliografia sulla figura di Aristone, in specie muovendo dalla questione della sua riconducibilità all’ambito proculiano ovvero sabiniano, si veda *infra*, nt. 83.

⁽¹¹⁾ *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: 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.*

conosciuto il sussistere della causa, produce effetti obbligatori (*elegantèr Aristò Celso respondit esse obligationem*)⁽¹²⁾.

(12) La bibliografia sul passo è sterminata: mi sia consentito rinviare alle indicazioni che avevo fornito in T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., in specie 77 ss., poi aggiornate in ID., *Sul 'responsum' di Aristone in D. 2.14.7.2: l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 279 ss. (su tale raccolta di saggi, che comprende anche l'inedito di L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, 337 ss., si veda J. PARICIO, *Problemas sobre la concepción del contrato en la jurisprudencia romana*, in *Seminarios Complutenses*, XIX, 2006, 349 ss.). Negli ultimi anni, occorre segnalare in specie: M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin, 2002, in specie 104 ss.; A. SCHIAVONE, *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 354 ss.; B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die 'actio praescriptis verbis'. Zum aktionenrechtlichen Aufbau der römischen Konsensualverträge*, in *ZSS*, CXXIV, 2007, 53 ss., in specie 83 ss.; C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del σννάλλαγμα di Aristone*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, 63 ss.; L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007, in specie 172 ss.; R. SCEVOLA, *'Negotium mixtum cum donatione'. Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, in specie 122 ss.; con sguardo circoscritto alla costruzione della formula, M. VARVARO, *Ricerche sulla 'praescriptio'*, Torino, 2008, 176 ss.; sul tema della causa, ma da prospettiva differente rispetto a quella qui in esame, J.J. DE LOS MOZOS TOUYA, *La carga de la prueba de la 'causa stipulationis' y el concepto de causa*, in *Seminarios Complutenses*, XX-XXI, 2007-2008, 303 ss.; incentrati sulle questioni qui in esame invece i contributi di J. PARICIO, *Contrato. La formación de un concepto*, Cizur Menor, 2008; ID., *Celso contra Neracio*, in *Festschrift für R. Knütel zum 70. Geburtstag*, a cura di H. Altmeyden, I. Reichard, M.J. Schermeier (e altri), Heidelberg, 2009, 849 ss., nonché di P. GRÖSCHLER, *Auf den Spuren des 'Synallagma'. Überlegungen zu D. 2.14.7.2 und D. 50.16.19*, in *Antike Recht Geschichte. Symposium zu Ehren von P.E. Pieler*, Frankfurt am Main, 2009, 51 ss. (le cui citazioni però, nel seguito, faranno riferimento al dattiloscritto in mio possesso, gentilmente inviatomi dall'Autore); P. LAMBRINI, *'Actio de dolo malo' e accordi privi di tutela contrattuale*, in *Seminarios Complutenses*, XXII, 2009, 244 ss.; N. DONADIO, *L'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *La nozione di contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali didattici*, a cura di S. Cherti, Padova, 2010, in specie 51 ss., offre soltanto una ricognizione – ma è, in effetti, un testo a fini didattici – dei problemi posti da D. 2.14.7.2. È appena tornato in argomento, con un corposo saggio, C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, LVIII, 2010, 33 ss.: tali sono la profondità e l'ampiezza dell'analisi condotta sul passo aristoniano-ulpiano (analisi per la quale, oltretutto, l'illustre Autore prende a riferimento le tesi da me sostenute nella monografia del 2004, richiamata *supra*, alla nt. 9), che non potrò certo, in questa sede, andare oltre il limite di alcuni richiami 'minimi' a questo nuovo – e, non v'è dubbio, fondamentale – contributo. Infine, pochi giorni prima della consegna alle stampe del presente volume, ho potuto prendere visione di E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto*

Dunque nell'affermazione del sussistere della causa (*subsistit tamen causa*) si concentra il nocciolo della costruzione concettuale di Aristone, il quale era chiamato a dare risposta a un interrogativo nascente da un caso concreto, su cui era stato direttamente interpellato; al di là del caso di specie, però, si vede il profilo della questione di carattere generale, ampiamente dibattuta, a proposito della quale senza dubbio dovevano essere da tempo note, in particolar modo, le prese di posizione di Labeone (al quale si farà cenno nel prosieguo, però limitando l'attenzione a Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19).

Onde fondare la propria soluzione, il nostro giurista sceglie quindi di indagare l'idea di causa e – sperimentando le potenzialità di un termine polisemico – giunge a mettere a fuoco un concetto dai profili significativamente nuovi.

Pare a me si possa dire che l'intensità dello sforzo di Aristone condusse alla vera e propria acquisizione di un concetto, quello appunto di causa del contratto, che finirà per rimanere stabilmente – pur entro il procedere mai rettilineo della storia giuridica – come parte del patrimonio dogmatico dei sistemi di tradizione romanistica⁽¹³⁾.

estimatorio e sulla permuta nel diritto romano, Trento, 2011, di cui si veda, per i temi qui in esame, specialmente 240 ss.

⁽¹³⁾ Il tema della causa contrattuale ha rappresentato un fertile terreno di contatto tra gli studi romanistici e quelli civilistici, specie nella stagione – non breve – vissuta dalla dottrina italiana dei grandi 'romanisti-civilisti': si pensi a V. Scialoja, P. Bonfante, E. Betti. Poi le vie percorse dagli uni e dagli altri si sono allontanate: nella letteratura civilistica, che ruota intorno al significato dell'art. 1322 cod. civ., in tema di autonomia, si veda M. GIORGIANNI, voce *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, specie 67 ss.; A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 1 ss.; A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti. (Intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 229 ss.; nell'ultimo decennio, tra i vari contributi in argomento: E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000; ID., *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Studi in onore di G. Cian*, II, Padova, 2010, 1757 ss. (prima già in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 411 ss.); U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 241 ss.; G. SICCHIERO, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Milano, 2008; G.B. FERRI, *Il problema della causa del negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 659 ss.; ID., *L'invisibile presenza della causa del contratto*, in *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, 2008, 450 ss.; ID., *Motivi, presup-*

2. La causa di Aristone: l'opinione che la identifica con la 'datio'.

Si è detto che D. 2.14.7.2 lascia emergere la costruzione di Aristone, nella quale la causa rappresenta lo strumento in grado di far sì che un affare, quand'anche non qualificabile nei termini di un contratto tutelato da una propria formula in editto, riceva tutela contrattuale.

Dunque proprio la causa consente di condurre un'operazione con-

posizione e l'idea di meritevolezza, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 331 ss.; E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 905 ss.; S. MAZZAMUTO, *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 591 ss.; E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contratto e impresa*, 2009, 151 ss., ove si muove in specie dalle pronunce Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, e Cass. 24 luglio 2007, n. 16315. Le ultime e più significative sentenze in tema di causa (nelle quali si accoglie la nozione di causa in concreto) sono: Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 448 ss.; Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, *ibidem*, 904 ss.; Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, ne *I contratti*, 2010, 1000 ss. Nel panorama europeo, assai utile un confronto del dibattito che va sviluppandosi in Francia in tema di causa, a margine dei progetti di riforma del libro terzo del code civil: alludo, per un verso, all'*Avant-projet Catala* (su cui si veda G.B. FERRI, *L'Avant-projet' di riforma dei titoli tre e quattro del libro terzo del Code civil*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 35 ss.; inoltre *ibidem*, 241 ss., è riportato il testo del Progetto) nonché, per altro verso, all'*Avant-projet* della *Académie des sciences morales et politiques*, cd. *Avant-projet Terré* (il cui articolato, con presentazione e traduzione a cura di L. FALLETTI, è pubblicato in *Europa e dir. priv.*, 2009, 1133 ss.): valga appena dire che il primo mantiene la necessità di «une cause justifiant l'engagement» tra le «conditions essentielles pour la validité d'une convention» (art. 1108), mentre il secondo opta per un abbandono del requisito della causa; in questa prospettiva, J. GHESTIN, *Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats?*, in *European Review of Contract Law*, 2005, 410 ss. Non sono mancati, in anni recenti, fruttuosi momenti di riavvicinamento tra gli studi storici e quelli sul presente in tema di causa: penso soprattutto ai saggi raccolti in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo 7-8 giugno 1995*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997. Circa il rapporto tra il diritto del passato e del presente, mi sembra di poter confermare le premesse metodologiche – ricavate, per quanto mi sia riuscito, dall'insegnamento di Alberto Burdese – con le quali avevo introdotto il mio studio monografico (T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 4 ss.), ispirate dalla persuasione della circolarità del ragionamento giuridico nel fluire della storia, secondo un'idea che mi sembra efficacemente compendiata nelle parole di R. SANTORO, il quale si dice «convinto che fare storia sia dire del presente, in funzione del passato (sia per ciò che del passato rimane, sia – e più ancora – per ciò che è mutato)»: così in *'Actio' in diritto antico*, ora in *Scritti minori*, I, Palermo, 2009, 297.

cettuale coraggiosa, il cui impatto sul piano generale del regime dei contratti appare addirittura dirimente: l'affare, il quale presuppone che vi sia un accordo ancora non giuridicamente qualificato, proprio in forza del sussistere della causa, varca le soglie del *ius* e assurge a dignità di contratto; in questo modo l'accordo atipico diviene vincolante, in specie nel senso che sorgono effetti obbligatori⁽¹⁴⁾.

Appare pertanto decisivo comprendere quale sia il significato che il termine *causa* assume nel contesto del passo.

Com'è noto, l'opinione tradizionale, pur con una certa quantità di varianti e di precisazioni, è propensa a ritenere che il richiamo alla causa evochi l'idea di un'avvenuta *datio*, almeno nel senso dogmaticamente improprio (ancorché entrato ormai in modo stabile nell'uso) di esecuzione della prima prestazione⁽¹⁵⁾. Stando a questa ricostruzione,

⁽¹⁴⁾ Precisamente nel senso che vi sarebbe un 'atto obbligatorio' (o potrebbe dirsi addirittura 'obbligante'), non invece un 'rapporto obbligatorio': questo il significato di *obligatio* nell'espressione *respondit esse obligationem*, sulla scorta di 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, 96; inoltre R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA, XXXVII, 1983, 215 ss. E ciò tuttavia senza cadere in eccessivi irrigidimenti nella contrapposizione dei due significati di 'atto' e 'rapporto', come mette in guardia dal fare A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *Seminarios Complutenses*, V, 1993, 60.

⁽¹⁵⁾ Esemplare per chiarezza la posizione espressa da M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, XXXVIII, 1987, 25 ss.; ID., *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, XXXIX, 1988, 24 ss., il quale è tornato sulla questione dei contratti atipici – però nella prospettiva dell'azione – in ID., 'Actio civilis in factum' e 'actio praescriptis verbis'. Ancora una riflessione, in 'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca, VII, Napoli, 2001, 235 ss.; più di recente in questo senso M. ARTNER, 'Agere praescriptis verbis', cit., 104 ss. (su cui si veda la *Recensione* di P. GRÖSCHLER, in *ZSS*, CXXIV, 2007, 530 ss.). L'identificazione della *causa* con la *datio* appare sottintesa nell'opinione consolidata in larga parte della manualistica: a titolo d'esempio, P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁶, Milano, 2004, 462; M. KASER - R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*¹⁹, München, 2008, 257. Il problema del significato di *causa* non si coglie nelle traduzioni dei *Digesta* in lingue neolatine (così in 'Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae'. Testo e traduzione, I, 1-4, a cura di S. Schipani, Milano, 2005, 187, ove il traduttore [G. Nicosia] ha ovviamente mantenuto il corrispondente segno 'causa' anche in italiano), mentre è interessante il confronto della traduzione tedesca a cura di O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch, H.H. Seiler, 'Corpus Iuris Civilis' - Text und Übersetzung, II, Heidelberg, 1995, 227, nella quale è scelta, in rapporto sia a D. 2.14.7.2

la causa dunque sussiste quando il soggetto che intenda agire per l'esecuzione del contratto abbia già portato a termine la prestazione a proprio carico.

L'idea al fondo di questo ragionamento – che senza dubbio ha il pregio di cogliere un aspetto molto concreto – può così esprimersi: l'una parte argomenta dicendo “ho dato, ora pretendo l'adempimento della controprestazione”. Pertanto il segno di giuridicità dell'affare, che consente l'assunzione di quest'ultimo al piano di protezione riservato al contratto, sarebbe da ravvisarsi nell'idea fondamentale per cui vi è stato un sacrificio giuridico – la *datio*, appunto – in grado di conferire vincolatività all'accordo.

Nella misura in cui la causa sia identificabile con l'esecuzione della prima prestazione, la struttura giuridica che per conseguenza verrebbe a delinearci risulta, nei suoi termini essenziali, così rappresentabile: il sussistere della *causa* fa nascere l'obbligazione; in specie, sorge l'obbligazione che ha per oggetto la controprestazione. In definitiva se ne trae quindi che, se la *causa* coincide con la *datio*, è proprio quest'ultima a dar luogo all'obbligazione avente per oggetto l'adempimento della controprestazione; e il modello ricostruttivo appare allora quello – con immancabile richiamo alla sistematica gaiana – delle *obligationes re contractae*, ossia degli accordi contrattuali nei quali il prodursi degli effetti obbligatori dipende dall'esecuzione di un comportamento consistente nella consegna della *res*.

3. Lo sfondo concettuale rappresentato dalla causa nel contesto dei problemi della 'condictio'.

È opportuno sia detto subito che l'opinione in estrema sintesi appena rappresentata non mi sembra persuasiva: e ciò, prima ancora

che a D. 2.14.7.4, una traduzione dalla quale emerge una precisa opzione dogmatica: il termine *causa* è infatti 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' (precisamente l'idea accolta ora da P. GRÖSCHLER, *Auf den Spuren*, cit., in specie 8 ss.).

che per argomenti esegetici ⁽¹⁶⁾, per ragioni logiche, delle quali darò conto tra breve ⁽¹⁷⁾.

In particolare, credo che concentrando lo sguardo sul nesso *datio - obligatio*, nel quale è ravvisabile la traccia di fondo della struttura delle *obligationes re contractae*, non si giunga a cogliere l'esatta valenza assunta dal richiamo alla causa nel contesto del responso di Aristone. Dico questo ancorché reputi del tutto condivisibile l'idea secondo cui il terreno di maturazione dogmatica del concetto di causa sarebbe stato quello segnato dai problemi della *condictio* ⁽¹⁸⁾.

Non v'è dubbio che Aristone avesse a mente le potenzialità espansive della *condictio*. In particolare, è significativo che in un celebre quanto ermetico passo ulpiano (Ulp. 38 *ad ed.* D. 13.1.12.2) si ricordi che nei *libri membranarum* di Nerazio è riportata l'opinione di Aristone, secondo cui si sarebbe potuto agire con un'azione denominata *condictio incerti* per un caso nel quale il creditore pignoratizio avesse preteso ciò che fosse traibile dalla *res* ricevuta a tutela del credito ⁽¹⁹⁾. Dunque si sarebbe prospettato un impiego alquanto peculiare della *condictio*, nel quale è forse possibile ravvisare un'anticipazione della tutela civile per gli accordi atipici che in D. 2.14.7.2 viene apertamente riconosciuta dallo stesso Aristone.

AmMESSO il collegamento intercorrente tra l'ambito della *condictio* e la costruzione aristoniana in tema di accordi atipici, non per questo, però, è da ritenersi accreditata l'idea dell'identificazione tra la causa e la *datio*.

⁽¹⁶⁾ In questo mio contributo non intendo soffermarmi sull'analisi dei testi (sui quali peraltro mi ero cimentato in precedenti ricerche, cui faccio rinvio: cfr. *supra*, nt. 12).

⁽¹⁷⁾ Si veda *infra*, § 4 e 6.

⁽¹⁸⁾ Il che è spesso dato per presupposto, ma non approfondito in dottrina: cenni nel senso del collegamento tra la *condictio* e la causa del contratto sono in F. CHAUDET, 'Condictio causa data causa non secuta'. *Critique historique de l'action en enrichissement illégitime de l'art. 62 al. 2 CO*, Lausanne, 1973, 75 s.; C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto*, cit., 48; A. BURDESE, *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in 'Turis vincula', I, cit., 333 ss. Un'analisi dei rapporti tra la *condictio* e il sistema dei contratti è in A. D'ORS, 'Creditum' und 'contractus', in *ZSS*, LXXIV, 1957, 73 ss., ma senza specifica attenzione per i profili della causa contrattuale.

⁽¹⁹⁾ *Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui pignori res data sit, incerti conditione acturum, si ea subrepta est.*

A ben vedere, neppure se si guarda all'amplissima elaborazione giurisprudenziale in tema di *condictio* emerge una coincidenza tra *causa* e *datio* ⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ La dottrina sul sistema della *condictio* è sconfinata: tra i contributi di maggior rilievo, G. DONATUTI, *Le 'causae' delle 'conditiones'*, in *Studi Parmensi*, I, 1951, 35 ss.; U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der 'condictio' nach römischen und geltendem Recht*, Berlin, 1952; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der 'condictio' im klassischen römischen Recht*, Münster - Köln, 1952; M. TALAMANCA, *Recensione a U. VON LÜBTOW, Beiträge*, cit., e F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., in *AG*, CXLV, 1953, 164 ss.; S.E. WUNNER, *Der Begriff 'causa' und der Tatbestand der 'condictio indebiti'*, in *Romanitas*, IX, 1970, 459 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, 593 ss., e II², *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975, 421 ss.; B. ALBANESE, *Per la storia del 'credittum'*, in *AUPA*, XXXII, 1971, 5 ss.; R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, *ibidem*, 181 ss.; H. HONSELL, *Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte*, München, 1973; D. LIEBS, *Bereicherungsanspruch wegen Mißerfolg und Wegfall der Geschäftsgrundlage*, in *Juristenzeitung*, XXI, 1978, 697 ss.; F. STURM, *La 'condictio ob transactionem'*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, III, Milano, 1983, 627 ss.; ID., *'Quod meretrici datur repeti non potest'*, in *'Iuris professio'*. *Festgabe für M. Kaser*, Wien - Köln - Graz, 1986, 281 ss.; D. LIEBS, *The History of the Roman 'Condictio' up to Justinian*, in *The Legal Mind. Essays for T. Honoré*, Oxford, 1986, 163 ss.; W. WALDSTEIN, *Zur Frage der 'condictio' bei irrtümlicher Leistung nichtgeschuldeter 'operae'*, *ibidem*, 319 ss.; D. DAUBE, *Turpitude in Digest D. 12.5.5*, in *Studies in Roman Law in memory of A.A. Schiller*, Leiden, 1986, 33 ss.; B. KUPISCH, voce *Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 423 ss.; W. PIKA, *'Ex causa furtiva condicere' im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1988, specie 11 ss., su cui si veda la *Recensione* di A. BURDESE, in *SDHI*, LV, 1989, 472 ss.; W. DAJCZAK - A. SOKALA, *Ulp. D. 12.5.4.3. Ein Beitrag zur Klärung der 'nova ratio'*, in *TR*, LVIII, 1990, 129 ss.; M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis' e Celso in Ulp. 26 'ad ed.' D. 12.4.3.7*, in *BIDR*, serie III, XXXV-XXXVI, 1993-94, 1 ss.; 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.; I. FARGNOLI, *'Alius solvit alius repetit'*. *Studi in tema di 'indebitum condicere'*, Milano, 2001, 237 ss.; 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*, XII, 2001, 202 ss.; nella letteratura degli ultimi anni occorre tener conto soprattutto dell'ampio lavoro di A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'*. *Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'conditiones' giustinianee*, Milano, 2002; meno proficua la recente ricerca di S. HÄHNCHEN, *Die 'causa condictionis'. Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht*, Berlin, 2002 (su cui si veda la *Recensione* di A. SACCOCCIO, in *Iura*, LIV, 2003, 251 ss.); in argomento inoltre J.D. HARKE, *Das klassische römische Kondiktionensystem*, in *Iura*, LIV, 2003, 49 ss., nonché marginalmente in argomento M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008, 180 ss.

In tal senso valga anzitutto il richiamo alla fondamentale testimonianza offerta da Ulp. 18 *ad Sab.* D. 12.5.6, nella quale è ravvisabile il primo modello di elaborazione dell'idea di causa nella cornice dei problemi della *condictio* ⁽²¹⁾: dalla sua lettura risulta che, a detta di Ulpiano, Sabino si sarebbe conformato all'opinione dei *veteres*, secondo i quali ciò che era presso qualcuno *ex iniusta causa* poteva essere reso oggetto di *condictio*; e a quell'opinione avrebbe poi aderito anche Celso.

Tacendo dei relevantissimi problemi che il passo pone, è sufficiente evidenziare che la nozione di causa è qui richiamata in relazione a trasferimenti patrimoniali, – da intendersi come prestazioni isolatamente considerate, di cui sia in ipotesi ammissibile la ripetibilità ⁽²²⁾.

La ricostruzione dei *veteres* appare difficilmente raccordabile con l'impostazione gaiana ⁽²³⁾, nella quale la *condictio* è legata in modo imprescindibile alla *datio*: al punto tale che si è proposta in dottrina l'introduzione di una distinzione tra 'presupposto' e 'fondamento' dell'azione, volendosi vedere nella *datio* pur sempre il presupposto della *condictio*, mentre con l'espressione *ex iniusta causa* si farebbe riferimento al(l'assenza del) fondamento ⁽²⁴⁾. Si intenderebbe così surrettiziamente reintrodurre, al di là di quanto il passo dica (o non dica), il legame tra *datio* e *condictio*.

È stato però dimostrato come questo tentativo di lettura, ispirato da intenti armonizzanti, sia quantomeno superfluo ⁽²⁵⁾: l'asse del ra-

⁽²¹⁾ *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.*

⁽²²⁾ Per un efficace inquadramento, B. KUPISCH, voce *Arricchimento*, cit., 424 ss., sulle premesse del quale muove ora anche J.D. HARKE, *Das klassische römische Konditionensystem*, cit., 51 ss.

⁽²³⁾ Cfr. Gai 3.91.

⁽²⁴⁾ Cfr. C. SANFILIPPO, '*Condictio indebiti*', I, *Il fondamento dell'obbligazione da indebito*, Milano, 1943, 52 ss.; F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., 191 ss.; R. SANTORO, *Studi*, cit., 220, nt. 71.

⁽²⁵⁾ Si veda P. VOCI, *Recensione* a G. DONATUTI, *Le 'causae'*, cit., F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., e U. VON LÜBTOW, *Beiträge*, cit., in *SDHI*, XIX, 1953, 412 ss., in specie 417 s.; con chiarezza, sul punto, A. SACCOCCIO, '*Si certum*', cit., 103 ss., 110 s., il quale osserva: «la terminologia impiegata dalla fonte mi pare lasci intravedere come per loro [i *veteres*] fosse irrilevante il modo in cui la cosa era pervenuta presso l'obbligato, se a seguito di una *datio*, o per altre e diverse vicende, così come irrilevante

gionamento che sembra sostenere l'opinione dei *veteres* assume invece quali punti d'appoggio, per un verso, la considerazione della presenza della *res apud aliquem* nonché, per altro verso, quella del sussistere di una *causa* che giustifichi la presenza della *res* stessa in quel patrimonio ⁽²⁶⁾.

Ciò consente di concludere nel senso che, entro la cornice dei problemi della *condictio*, il significato di *causa* non appare semplicemente sovrapponibile a quello di *datio*; per *causa* deve invece intendersi, stando all'impianto dei *veteres*, il fondamento giustificativo della stabilità di una certa situazione patrimoniale.

È semmai soltanto negli sviluppi postclassici, lungo il percorso che condusse all'elaborazione di una complessa tessitura di *condictiones* polarizzate intorno ai due modelli che in esito giunsero a stabilizzarsi nelle forme della *datio ob causam* e della *datio ob rem*, che finì per imporsi una caratterizzazione della *causa* intesa come *praeterita*, evocativa dunque di una ragione – collocabile nel passato – del permanere dell'attribuzione nel patrimonio di chi l'abbia conseguita ⁽²⁷⁾; sicché, proprio nell'ottica della giustapposizione tra le due categorie di *dationes*, *ob causam* e *ob rem*, la seconda si presenta come l'attribuzione effettuata in vista di un evento di là da venire, in assenza del cui verificarsi si dischiuderebbe la via per la proponibilità della *condictio*.

Se in questa prospettiva, dunque, il termine *causa* assume una coloritura cronologica nel passato, con riferimento a un fatto già avvenuto (*datio*), neppure ciò autorizza la conclusione secondo cui – anche nel sistema postclassico – sarebbe possibile un'identificazione tra

era altresì se fosse o meno intervenuto un passaggio della proprietà della cosa al futuro obbligato».

⁽²⁶⁾ Secondo l'impostazione che risulta messa a punto in particolare da R. SANTORO, *Studi*, cit., 218 ss., poi ribadita, fra gli altri, da L. PELLECCHI, *L'azione*, cit., 81 s. e 131, nt. 113; A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 326; cfr. inoltre I. FARGNOLI, 'Alius solvit', cit., 247 s. Per una differente opinione, si veda A. D'ORS, specialmente in *Replicas panormitanas I. De nuevo sobre 'creditum'*. (Réplica a la crítica de Albanese), in *SDHI*, XLI, 1975, 205 ss., nonché ID., *Replicas panormitanas IV. Sobre la supuesta 'condictio' sin 'datio'*, in *Iura*, XXV, 1974, 1 ss.

⁽²⁷⁾ Pomp. 27 ad *Quintum Mucium* D. 12.6.52: *damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur. quo non sequente repetitio competit.*

causa e *datio*: semmai, nell'idea di *causa* rimane conservato il senso di ragione di stabilità dell'attribuzione, eventualmente ravvisabile nel sussistere di una prestazione già eseguita.

4. *La collocazione della causa nella prospettiva contrattuale: ostacoli alla sua identificazione con la 'datio'.*

Come ho detto, è plausibile che Aristone, nell'elaborazione della propria costruzione di fronte al problema delle convenzioni atipiche, avesse a mente l'ambito dei problemi della *condictio* e, al suo interno, la valenza assunta dalla *causa* nell'impostazione dei *veteres*; al contempo, l'obiettivo che il giurista si prefiggeva era quello di attribuire a un certo affare, ancorché non riconducibile ad alcuno dei *nomina* editta, tutela contrattuale: occorre dunque pensare che la nozione di *causa*, pilastro di quella sua costruzione, si rivelasse davvero strumentale rispetto a tale obiettivo.

In questo scenario, la nozione di *causa* si rendeva però oggetto di una nuova collocazione.

Abbandonato l'ambito di riferimento della *condictio*, e dunque della tutela diretta alla ripetizione del dato, si realizzava la trasposizione della *causa* in ambito contrattuale, con le conseguenze di regime già messe in evidenza: sulla *causa* si sarebbe fondata la tutelabilità civile degli accordi atipici.

Orbene, se quest'ultimo è il punto d'approdo del ragionamento aristoniano (salvo poi vedere come in concreto fosse strutturata l'azione: ma questo non è argomento che toccherò in questa sede), bisogna ora soffermarsi sulle sue premesse.

In particolare, mi chiedo quale coerenza sia ravvisabile tra il *posterius*, rappresentato dal riconoscimento della tutela contrattuale civile agli accordi atipici, e un *prius* costituito dall'idea di *causa* intesa come *datio*, ossia come esecuzione della prima prestazione.

Pare a me che tale coerenza invero non vi sia.

L'avvenuta *datio* sarebbe stata sì in grado di far sorgere effetti obbligatori, però – a voler essere davvero consequenziali – soltanto nel senso che per il soggetto a favore del quale era eseguita quella prestazione sarebbe sorto l'obbligo di restituire quanto ricevuto: e, in effet-

ti, quel medesimo obbligo sarebbe stato sanzionato dalla *condictio* diretta alla ripetizione.

Nessuno spazio logico invece, ferme le premesse assunte, residua per un'azione diretta all'adempimento della controprestazione.

In precedenza si è evocata la scansione del ragionamento – sotteso all'opinione tradizionale – in base al quale nel sussistere della causa, che per ipotesi si volesse intendere come *datio*, si vede il nascere dell'obbligazione avente per oggetto la controprestazione, secondo un modello che nei suoi profili evoca quello delle *obligationes re contractae*. Il punto è che nelle *obligationes re contractae*, a conferma proprio di quanto si è appena detto, la consegna della cosa segna la conclusione del contratto, facendo sorgere un'obbligazione, però quest'ultima ha per oggetto – come si è appena visto – la restituzione della cosa medesima.

Invece, la necessità che emerge dal ragionamento di Aristone in D. 2.14.7.2 è quella di fondare il riconoscimento civile dell'accordo atipico, ma precisamente nel senso che quest'ultimo avrebbe meritato una tutela contrattuale: e parlo di necessità – così utilizzando un termine che ho inserito nel titolo di questo mio contributo – per esprimere al meglio la *ratio* che si colloca alla base della costruzione aristoniana.

La causa rappresenta il segno di giuridicità che consente il superamento della soglia di ciò che è rilevante nella sfera del *ius*: l'accordo atipico, sostenuto dalla causa, diviene contratto. Se così è, occorre che la tutela riconosciuta valga a ottenere il definitivo completamento dell'operazione giuridica, non il suo azzeramento: in altri termini, nella divaricazione tra le due prospettive che corrisponde all'alternativa – per usare un linguaggio già di Emilio Betti⁽²⁸⁾, nonché corrente nell'odierna civilistica – tra la tutelabilità dell'interesse positivo e quella dell'interesse negativo, è alla prima prospettiva che si deve guardare.

(28) Cfr. E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in *BIDR*, XXVIII, 1915, 29 s.

5. *Una prospettiva funzionale per la causa.*

Proprio dall'idea appena evidenziata, secondo cui Aristone individuò nella causa lo strumento giuridico idoneo rispetto all'obiettivo di attribuire tutela contrattuale all'affare atipico, muovono le conclusioni cui ritengo si debba pervenire in ordine al valore di *causa*: e conviene allora che esponga in sintesi tali conclusioni.

Penso che Aristone facesse richiamo alla causa in un significato sostanzialmente corrispondente a quello di funzione, ossia – se si preferisce evitare di cadere nei dogmatismi che sarebbero evocati dall'ideologizzazione del concetto di funzione in senso 'economico-sociale' ⁽²⁹⁾ – di scopo oggettivo del contratto; ma anche il riferimento allo scopo sarebbe insoddisfacente se non si precisasse che a obiettivarsi in uno scopo comune sono pur sempre gli interessi delle parti: sono in effetti quest'ultimi, nel loro concreto atteggiarsi, che si concentrano e si orientano verso uno scopo futuro ('Zweck').

Se l'affare per il quale i soggetti si erano accordati fosse stato sostenuto da una causa, intesa nel senso appena descritto, allora l'accordo avrebbe prodotto effetti obbligatori, dandosi così l'azione civile per la sua tutela.

È ora opportuno fare il punto su quanto si è venuti dicendo sin qui: Aristone necessitava dell'elemento che consentisse di pervenire al risultato di assicurare la tutela contrattuale a un accordo atipico, ossia di concedere l'azione diretta all'adempimento della controprestazione; individuato nella causa, ne elaborò un significato nuovo, sostanzialmente corrispondente a quello di funzione del contratto. Tale significato veniva ricavato tenendo conto della riflessione sviluppatasi in tema di causa nel contesto dei problemi della *condictio*: l'idea antica di causa, ravvisata dai *veteres*, ossia di ragione giustificativa dell'attribuzione, risultava piegata da Aristone all'interno della cornice contrattuale, così assumendo una connotazione finalistica. In siffatta ridefinizione semantica era quindi compiuto un passaggio corrispondente a quello che si coglie, nella lingua tedesca, da 'Grund' a 'Zweck'.

⁽²⁹⁾ Per la quale si veda E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico. Ristampa corretta della II edizione*, a cura di G. Crifò, Napoli, 1994, in particolare 169 ss.; cfr. anche ID., voce *Causa del negozio giuridico*, in *Nov. dig. it.*, III, Torino, 1959, 32 ss.

Con riguardo alla connotazione finalistica attribuita alla causa, è opportuno aggiungere una considerazione.

Ritengo che un ruolo decisivo, rispetto allo spostamento semantico di cui si è appena detto, abbia assunto la riflessione platonico-aristotelica sulla *causa finalis*: quest'ultima si sarebbe rivelata un punto di riferimento essenziale rispetto all'elaborazione dell'idea di causa quale scopo del contratto, quale obiettivo giuridicamente rilevante – da collocarsi nel futuro – che i soggetti si impegnano a realizzare. In forza di siffatta ricalibratura dell'idea di causa in senso finalistico si sarebbe compiuta l'acquisizione in ambito giuridico di un concetto nuovo in corrispondenza di un segno preesistente. Ma prima di ritornare sull'aspetto rappresentato dall'influenza del pensiero filosofico in tema di *causa finalis* ⁽³⁰⁾, mi sembra opportuno soffermarsi ancora sulle ragioni per cui risulta inadeguata l'idea di causa come *datio*.

6. *La causa come 'datio' e la struttura che ne deriva: la 'causa obligationis'.*

L'impostazione tradizionale, che si basa sul collegamento tra l'idea di causa intesa come *datio* e il sorgere dell'*obligatio* si trova esemplarmente espressa, ancora di recente, da Guzmán Brito, secondo cui la «innovaci3n [...] 'elegante'» di Aristone sarebbe da vedersi nell'attribuzione di una tutela contrattuale per i *nova negotia* ⁽³¹⁾, ma, al contempo, risulterebbe che «causa en la frase: 'si ... subsit tamen causa esse obligationem' de D. 2.14.7.2, est3 tomada no en diverso sentido a aquel en que se la toma en textos examinados m3s arriba bajo la idea de 'fuente de obligaci3n', por cuanto la *datio* ah3 supuesta desencadena causalmente la obligaci3n» ⁽³²⁾: quindi in base a una ricostruzione

⁽³⁰⁾ Si veda *infra*, § 11 e soprattutto § 12.

⁽³¹⁾ Cos3 A. GUZM3N BRITO, *Causa*, cit., 200; i risultati degli ampi studi condotti dall'Autore sudamericano in argomento sono ora raccolti in ID., *Acto, negocio, contrato y causa en la tradici3n del derecho europeo e iberoamericano*, Elcano, 2005.

⁽³²⁾ La citazione 3 tratta da A. GUZM3N BRITO, *Causa*, cit., 201 s.; risulta ivi espressa un'opinione che si collega a una storia lunghissima (per averne un'idea, cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 14 ss.). D'altra parte, in difesa dell'identificabilit3 tra *causa* e *datio*, da ultimo, E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 240 ss., il quale per3 precisa – sulla scia dell'opinione di Gallo – che nella *causa* debba scorgersi anche l'allu-

siffatta la *datio* è identificata con la *causa* e quest'ultima con la *causa obligationis*.

La prima obiezione che si può muovere a un'impostazione così strutturata – come si è visto – è la seguente: con questi presupposti, non si vede perché l'obbligazione avrebbe dovuto avere per contenuto l'adempimento della controprestazione, anziché soltanto la restituzione di quanto già dato, esattamente come si verifica nella prospettiva della *condictio* che si usa denominare *causa non secuta* ovvero *re non secuta*. Ritengo che sia invece necessario pensare a un'idea di causa intesa in senso funzionale – secondo quanto detto poc'anzi –, perché possa trovare una giustificazione logica la conclusione nel senso della tutelabilità della pretesa diretta alla controprestazione.

A ben vedere però mi pare che, a cospetto della ricostruzione che colloca la causa in una prospettiva funzionale, emerga con maggiore chiarezza un ulteriore – e più profondo – problema che si annida nell'impostazione tradizionale. Stando a quest'ultima, risulterebbe accreditata l'idea secondo cui la causa aristoniana sarebbe da intendersi come *causa obligationis*: ma ritengo che sia inappropriato guardare alla causa qui in esame muovendo dal sistema delle fonti di obbligazione. La causa di cui parla Aristone è invece esattamente la causa del contratto.

Il nocciolo della questione era ben colto già da Pietro de Francisci, il quale notava che «i contratti innominati non si possono riassumere sotto nessuna delle figure gaiane: non si possono collocare fra i contratti reali, perché questi sono unilaterali: non fra i contratti consensuali, perché i contratti innominati sono produttivi di azione solamente quando una delle parti abbia eseguito la sua prestazione»⁽³³⁾. Dunque, se ne ricava che dei contratti consensuali de Francisci ritiene accettabile il profilo della bilateralità, dei reali la necessità dell'adempimento della prima prestazione; dal che si dovrebbe arguire che le convenzioni atipiche fossero contratti bilaterali, però, a un tempo, ri-

sione alla *conventio*: per il giovane Autore, *causa* «nel quadro generale del discorso, sembra alludere tanto alla *conventio* quanto all'esecuzione della prima prestazione» (*ibidem*, 259).

⁽³³⁾ Così P. DE FRANCISCI, *Συναλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913, 15.

chiedessero l'adempimento della prima prestazione: ma ciò appare come un'autentica contraddizione in termini. Eppure nel dire questo de Francisci ottiene di far esplodere le contraddizioni nelle quali saremmo indotti a cadere leggendo la costruzione di Aristone in termini di *causa obligationis*.

In effetti la sistematizzazione gaiana, che si colloca sul piano delle fonti di obbligazione⁽³⁴⁾, non ci aiuterebbe a comprendere in quale senso debba valutarsi la bilateralità dei contratti innominati cui faceva riferimento de Francisci. Occorre invece a questo punto introdurre un discorso sulla sinallagmaticità in Aristone.

Solo attraverso un approfondimento del concetto di *συνάλλαγμα* sarà possibile comprendere come né il modello delle *obligationes re contractae* né quello delle *obligationes consensu contractae* siano in grado di catturare i tratti essenziali della costruzione delineata da Aristone. In effetti, quest'ultima non muove dalla prospettiva delle fonti di obbligazione e la causa che ne è posta a fondamento non è da intendersi come *causa obligationis*, bensì propriamente come causa contrattuale.

7. I presupposti del richiamo al *συνάλλαγμα*.

Nel suo *responsum* Aristone, dopo aver richiesto il sussistere della causa, affinché un accordo atipico riceva tutela civile, sceglie di richiamare il *συνάλλαγμα*.

Ritengo che, con la menzione del *συνάλλαγμα*, il giurista intenda fornire una descrizione della fattispecie sotto il profilo strutturale.

Com'è noto, l'unico altro passo conservatoci nei *Digesta* nel quale si parla di *συνάλλαγμα* è quello nel quale Labeone propone la propria celebre *definitio* di *contractum* (Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19)⁽³⁵⁾. Si è

⁽³⁴⁾ D'ausilio la lettura di C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico*. (Studi sulle obbligazioni II), in *Iura*, XXI, 1970, 63 ss., nonché di J. PARICIO, *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, in *De la justicia y el derecho*, Madrid, 2002, 395 ss., ove è anche *Sull'idea di contratto in Gaio*, 417 ss. (che compariva pubblicato in *Causa e contratto*, cit., 151 ss.); si veda ora inoltre ID., *Contrato. La formación de un concepto*, Madrid, 2008.

⁽³⁵⁾ *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam*

dunque autorizzati a pensare che, sullo sfondo del *responsum* di Aristone, rimanga profilato l'*ultra citroque obligatio* labeoniano, ossia un'idea di contratto che, nel suo nucleo essenziale, appare compendiabile in quella di reciprocità obbligatoria ⁽³⁶⁾.

Oltre che con la mente rivolta a Labeone, è poi da ritenere che Aristone menzionasse il *συνάλλαγμα* avendo presente, in linea generale, il valore greco della parola nonché, più nello specifico, gli approfondimenti svolti da Aristotele in ordine ai due tipi di *συναλλάγματα*, *ἐκούσια* e *ἀκούσια* (parendomi che, pur fatto tesoro del recente richiamo di Antonio Guarino a evitare raffinate astrusità indotte da un eccesso di fiducia nell'erudizione filosofica dei giuristi romani, la rappresentazione di un Aristone ben informato del pensiero aristotelico e inserito nel dibattito filosofico del tempo non sia affatto implausibile ⁽³⁷⁾).

'gerantur', quaedam 'contrabantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.

⁽³⁶⁾ Rispetto all'esatta identificazione dell'*ultra citroque obligatio* labeoniano, peraltro, credo che sia interessante attendere la conclusione degli studi che Raimondo Santoro sta conducendo, più in generale, sul tema dell'*obligatio*. Il disegno complessivo del pensiero dell'Autore può scorgersi già in R. SANTORO, *'Omnia iudicia absolutoria esse'*, unico inedito compreso in *Scritti minori*, II, Torino, 2009, 631 ss.: emerge una considerazione dell'*obligatio*, ai tempi di Labeone, in termini di 'atto' da cui scaturisce una responsabilità (storicamente e concettualmente derivante dall'*actio*), piuttosto che di 'rapporto'. Quanto alla nozione labeoniana *συνάλλαγμα*, poi, è nota l'opinione del medesimo Autore, incline a ravvisarvi un collegamento stretto con l'idea stessa dell'accordo, del consenso (dunque in una prospettiva nella quale appaiono valorizzate le intuizioni già riccoboniane).

⁽³⁷⁾ Alludo all'*Epilogo con Heidegger* di A. GUARINO, *La coda dell'occhio. Appunti e disappunti di un giurista*, Padova, 2009: «dite un po' se vi sembra verosimile che Tizio Aristone, alieno com'era dalle discettazioni teoriche, quando quel pignolo di Celso figlio gli chiese come diavolo si dovesse considerare una fattispecie di *'do ut des'*, vi sembra verosimile che egli abbia mai pensato ad Aristotele, anzi addirittura all'Etica nicomachea (1130 b. 30-34; 1131 a. 1-9)? No, non è che Aristone abbia pensato ad Aristotele, ma è verosimile che abbia risposto che praticamente un *'do ut des'*, un *'do ut facias'* eccetera funzionavano alla guisa di una compravendita, dunque sono tipi di affare, di *sinállagma*, di *contractus* anomali e provvisoriamente anonimi: tutto qui (cfr. Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2)». Ravvisa invece, senza esitazioni, il dialogo tra testi aristotelici e giuristi romani, C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 42 ss., come pure L. WINKEL, *Alcune osservazioni sulla classificazione delle obbligazioni e sui contratti no-*

In effetti, nel libro V dell'Etica Nicomachea (1130b, 30-34; 1131a, 1-9), il filosofo così ragionava: «della giustizia particolare, viceversa, e del giusto ad essa corrispondente esistono due specie: una è quella che interviene nella distribuzione di onori o di beni materiali o di altri beni ripartibili, fra coloro che hanno la posizione di cittadini (in queste cose infatti uno può avere, rispetto all'altro, un trattamento equo oppure iniquo); l'altra specie è quella che agisce come giusto corretto nei rapporti che si pongono fra gli uomini in dipendenza di atti compiuti dagli stessi. Nell'ambito di questa seconda specie vanno distinti i rapporti volontari dipendenti da atti volontari (συναλλάγματα ἐκούσια) ed i rapporti involontari, pur dipendenti da atti volontari (συναλλάγματα ἀκούσια). Atti volontari produttivi di rapporti volontari (συναλλάγματα ἐκούσια) sono ad esempio la vendita, la com-

minati nel diritto romano, in *BIDR*, serie III, XLII-XLIII, 2000-2001, in specie 62 s., per il quale la menzione del συναλλάγμα in D. 50.16.19 e in D. 2.14.7.2 rappresenta senza dubbio un adattamento di concetti della filosofia greca (e segnatamente del pensiero aristotelico che si ricava dall'Etica Nicomachea), addirittura indulgendo in una suggestione però senza riscontro: «sarebbe veramente una scoperta spettacolare se una lettura *Aristoteles* in luogo di *Aristo* fosse possibile, ma una tale lettura non si lascia per nulla provare». In generale, l'influsso della filosofia greca sull'elaborazione giuridica romana mi pare innegabile alla luce di una cospicua letteratura: dopo i riferimenti ancora generici di E. COSTA, *La filosofia greca nella giurisprudenza romana*, Parma, 1892, si veda J. STROUX, 'Summum ius summa iniuria'. Ein Kapitel aus der Geschichte der 'interpretatio iuris', nella trad. it. di G. Funaioli, in *AUPA*, XII, 1929, 647 ss., con prefazione di S. RICCOBONO, *ibidem*, 639 ss.; ID., *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano - Roma*, I, Pavia, 1934, 111 ss.; F. SENN, *De l'influence grecque sur le droit romain de la fin de la République. (Les principes du droit)*, *ibidem*, 99 ss.; M.-P. GUIBAL, *De l'influence de la philosophie sur le droit romain et la jurisprudence de l'époque classique. Essai de synthèse historique*, Paris, 1937; F. HORAK, *Die rhetorische Statuslehre und der moderne Aufbau des Verbrechensbegriffs*, in *Festgabe für A. Herdlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, München - Salzburg, 1972, 121 ss.; W. WALDSTEIN, *Topik und Intuition in der römischen Rechtswissenschaft. Zur Frage des Einflusses der griechischen Philosophie auf die römische Rechtswissenschaft*, *ibidem*, 237 ss.; M. DUCOS, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris, 1984; ID., *Philosophie, littérature et droit à Rome sous le Principat*, in *ANRW*, II.36.7, Berlin - New York, 1994, 5134 ss.; F. WIEACKER, *Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie*, in *Iura*, XX, 1984, 448 ss.; P.A. VANDER WAERDT, *Philosophical Influence on Roman Jurisprudence? The Case of Stoicism and Natural Law*, in *ANRW*, II.36.7, Berlin - New York, 1994, 4851 ss.

pera, il mutuo, la fideiussione, il comodato, il deposito, la locazione (che sono appunto detti volontari perché la loro causa prima è volontaria); quanto agli atti volontari produttivi di rapporti involontari (συναλλάγματα ἀκούσια), alcuni sono clandestini come il furto, l'adulterio, il veneficio, il lenocinio, la corruzione di schiavi, l'uccisione a tradimento e la falsa testimonianza, altri sono posti in essere con violenza, come il plagio, l'omicidio, la rapina, le lesioni, l'ingiuria verbale, la diffamazione e l'oltraggio»⁽³⁸⁾.

Come ho avuto occasione di osservare in un recente contributo dedicato a Remo Martini⁽³⁹⁾, che fa seguito a un riaccendersi d'interesse per le fonti aristoteliche in tema di συνάλλαγμα⁽⁴⁰⁾, al di là della distinzione di quest'ultimo tra ἐκούσια, volontario, e ἀκούσια, involontario, non manca di emergere un'idea fondamentale, la quale tiene insieme le due articolazioni del συνάλλαγμα aristotelico; e si tratta di un'idea fondamentale che permane quale denominatore comune anche nel passaggio a Labeone e ad Aristone.

Nella concezione aristotelica del δίκαιον κατὰ μέρος, ovvero dell'equilibrio, ove i poli opposti sono da ravvisare nei concetti di κέρδος e ζημία, ogni κέρδος provoca uno squilibrio patrimoniale, nel senso che ogni vantaggio per qualcuno cagiona una perdita – ζημία – per

⁽³⁸⁾ Così nella traduzione di F. GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto*, cit., 73, nt. 26 (che riprende ID., *Synallagma*, II, cit., 103 s. e nt. 34 ss.). Recita il testo: τῆς δὲ κατὰ μέρος δικαιοσύνης καὶ τοῦ κατ' αὐτὴν δικαίου ἐν μὲν ἔστιν εἶδος τὸ ἐν ταῖς διανομαῖς τιμῆς ἢ χρημάτων ἢ τῶν ἄσα μεριστὰ τοῖς κοινωνοῦσι τῆς πολιτείας (ἐν τούτοις γὰρ ἔστι καὶ ἄνισον ἔχειν καὶ ἴσον ἕτερον ἑτέρου), ἐν δὲ τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν. τούτου δὲ μέρη δύο· τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσια ἔστι τὰ δ'ἀκούσια, ἐκούσια μὲν τὰ τοιάδε οἷον πράσις ὄνη δανεισμός ἐγγύη χρῆσις παρακαταθήκη μίσθωσις (ἐκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἐκούσιος), τῶν δ'ἀκούσιων τὰ μὲν λαθραία, οἷον κλοπὴ μοιχεία φαρμακεία προαγωγεία δουλαπατία δολοφονία ψευδομαρτυρία, τὰ δὲ βίαια, οἷον αἰκία δεσμός θάνατος ἀρπαγὴ πῆρως κατηγορία προσηλακισμός.

⁽³⁹⁾ Alludo a T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore del richiamo al συνάλλαγμα in Labeone e in Aristone*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008, 827 ss.

⁽⁴⁰⁾ In specie, C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche*, cit., 5 ss., su posizioni coerenti con quelle espresse da L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione*, cit., 365 ss. e nt. 63, il quale torna sul tema in ID., *Diritti greci e scienza giuridica romana*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, in specie 104 ss. Da ultimo sul συνάλλαγμα aristotelico P. GRÖSCHLER, *Auf den Spuren*, cit., 2 ss.

qualcun altro ⁽⁴¹⁾: ebbene, è il rapporto di scambio tra κέρδος e ζημία a realizzare l'equilibrio entro la πόλις, la quale è ἀλλακτική κοινωνία, comunità di persone, considerate giuridicamente uguali, fondata proprio sullo scambio (in particolare, cfr. *eth. Nicom.* V, 1132b, 31-32) ⁽⁴²⁾.

Così, le parti possono risultare legate da συνάλλαγμα volontariamente, attraverso l'accordo, o indipendentemente dalla volontà, essendo la legge stessa all'origine di quel vincolo.

Quindi, per comprendere il nocciolo unitario della nozione di συνάλλαγμα, credo sia necessario guardare, senza sbilanciamenti, a ciò che tiene insieme le due articolazioni di significato. Osserva Maffi che le differenziazioni del συνάλλαγμα «si ricompongono tutte in una nozione, sia pure artificiosamente, unitaria: quella del vincolo che impone l'attuazione di uno scambio» ⁽⁴³⁾.

In effetti, proprio l'idea di vincolo di scambio è quella che, a mio giudizio, costituisce il nucleo essenziale e comune della nozione di συνάλλαγμα.

Ciò merita ora di essere osservato con particolare riferimento ad Aristone.

⁽⁴¹⁾ Così in special modo 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, in specie 15 ss.

⁽⁴²⁾ L'espressione «comunità fondata sullo scambio» è di A. MAFFI, 'Synallagma', cit., 15. Si veda inoltre, sul tema dello scambio nella società greca, E. WILL, *De l'aspect éthique des origines grecques de la monnaie*, in *Revue Historique*, CCXII, 1954, II, 215 ss., nonché M.I. FINLEY, *Aristotle and Economic Analysis*, in *Past and Present*, XLVII, 1970, poi in *Studies in Ancient Society*, London - Boston, 1974, 32 ss.; P. MILLET, *Sale, credit and exchange in Athenian law and society*, in 'Nomos'. *Essays in Athenian law, politics and society*, a cura di P. Cartledge, P. Millet, S. Todd, Cambridge, 1990, 167 ss.

⁽⁴³⁾ Così, esprimendo in estrema sintesi il suo pensiero, A. MAFFI, 'Synallagma', cit., 23, alla cui opinione ha aderito, tra i vari, B. BISCOTTI, *Dal 'pacere' ai 'pacta conventa'. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, 2002, 64 ss.

8. *Il συνάλλαγμα aristoniano.*

Tornando con lo sguardo al responso contenuto in D. 2.14.7.2, si è osservato come Aristone, dopo aver affermato la necessità del sussistere della causa, passasse a descrivere lo schema strutturale della fattispecie, in particolare proponendo l'esemplificazione *dedi ... ut ... aliam dares, dedi ut aliquid facias*, per concludere dicendo che 'questo' (*hoc*: quasi a segnare il distacco da Labeone) è il συνάλλαγμα⁽⁴⁴⁾.

Si osservi *per incidens* – in questo accogliendo una notazione di Santoro⁽⁴⁵⁾ – che anche nell'*ut* in sé considerato (*dedi ... ut ... aliam dares, dedi ut aliquid facias*) è ravvisabile l'espressione dell'immanenza dello scopo oggettivo, in specie dello scopo di scambio che con l'accordo si intende realizzare: sicché da ciò potrebbe trarsi un argomento a conferma di quanto sopra detto a proposito della causa come funzione.

Quel che, comunque, qui preme evidenziare è che nel *do ut des, do ut facias* si comprende esattamente ciò che deve intendersi come συνάλλαγμα: lo scambio che opera tra prestazioni di *dare* ovvero di *facere*.

Rispetto alla nozione labeoniana di συνάλλαγμα evocata in D. 50.16.19, Aristone era intervenuto apportando alcuni mutamenti, in effetti non tali per cui si possa parlare di una radicale contrapposizione, sul punto, rispetto al più antico giurista: quella operata da Aristone si profila piuttosto come una ponderata e consapevole rielaborazione del συνάλλαγμα di Labeone⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ Cfr.: ... *hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem*.

⁽⁴⁵⁾ Si veda R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 253.

⁽⁴⁶⁾ Dunque non accrediterei l'idea di una diretta derivazione del συνάλλαγμα aristoniano da quello labeoniano, secondo un'impostazione che si riscontra per esempio in A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, 142, ma da ultimo ancor più nitidamente in C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 98: «Aristone accettò interamente i risultati di Labeone, ed anzi li arricchì dogmaticamente (idea della *causa* del contratto) e precisò sul piano pratico (opposizione tra scambio e gratuità). La specifica operazione di Aristone consistette però nel riconoscere che le *dationes ob rem* (*do ut des, do ut facias*), già protette con la *condictio* per la restituzione del *datum re non secuta*, meritavano pure la tutela contrattuale mediante l'azione contrattuale generale labeoniana, la quale veniva così ad essere a disposizione del *dans* per la pretesa alla controprestazione, ma

In primo luogo, mentre il giurista augusteo aveva identificato il *συνάλλαγμα* con il contratto stesso ⁽⁴⁷⁾, così alludendo a un'idea fondamentale di reciprocità obbligatoria, nella prospettazione di Aristone viceversa il *συνάλλαγμα* si rivela strumentale alla descrizione dello schema strutturale della fattispecie (come si è visto, il *do ut des, do ut facias*): quindi a mio avviso il *συνάλλαγμα* non esaurisce l'idea di contratto, bensì semmai ne mette in luce un aspetto ⁽⁴⁸⁾.

In secondo luogo, se la sinallagmaticità di Labeone ha riguardo alle obbligazioni delle parti, per Aristone invece il *συνάλλαγμα* fa riferimento a un rapporto tra prestazioni intese in senso lato: mentre per il giurista più antico lo scambio assume un significato che potrebbe dirsi ristretto (o pregnante), in quanto coglie un nesso intercorrente tra obbligazioni, nel *responsum* aristoniano lo scambio che si realizza nel *do ut des, do ut facias* coinvolge comportamenti che vengono presi in considerazione a prescindere dal sussistere di una precedente obbligazione, così dunque valutabili come prestazioni sotto un aspetto prevalentemente economico, ossia nel senso lato in base al quale si usa anche parlare – nel linguaggio oggi corrente – di attribuzioni patrimoniali ⁽⁴⁹⁾.

anche dell'*accipiens* ove occorresse. Questa linea aristoniana rimase definitiva, e prevalente fino alla fine della giurisprudenza classica (Mauriciano, Ulpiano)».

⁽⁴⁷⁾ Cfr.: ... *contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant*.

⁽⁴⁸⁾ Su ciò, con argomentazioni di ordine testuale, T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 106 ss. (in sintesi: la non identificabilità tra *contractus* e *συνάλλαγμα* mi pare confermata dall'impiego del pronome *quod* nell'espressione *esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit*; infatti, sul presupposto che l'accusativo *contractum* sia forma del maschile *contractus*, il neutro *quod* non potrebbe a quest'ultimo concordarsi: dunque il *συνάλλαγμα* è 'nel' contratto, ma non è 'il' contratto).

⁽⁴⁹⁾ Sul punto, valgano le precisazioni di L. LANTELLA, '*Ultro 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, 103 s., nt. 6: «normalmente per 'prestazione' si intende l'oggetto dell'obbligazione. In questo caso, invece, il significato deve prescindere dall'esistenza di un rapporto obbligatorio ed è opportuno che designi 'ogni attribuzione oggetto del negozio', ovvero (trattandosi specificamente di contratti) 'ogni attribuzione patrimoniale oggetto del negozio' (nelle quali formulazioni il termine 'oggetto' è sufficientemente ampio e generico da lasciare aperta la possibilità che la 'attribuzione' si collochi come un elemento interno alla fattispecie, oppure si ponga come elemento del contenuto, oppure come effetto anche naturale)»; preferisce parlare di «utilità», che si richiede

Proprio in ciò è da ravvisarsi il più notevole tratto di discontinuità rispetto alla concezione labeoniana del *συνάλλαγμα*.

Per il giurista traiano davvero essenziale è che le parti sopportino ‘sacrifici giuridici’ legati in un vincolo di scambio. Nel passaggio da Labeone ad Aristone, si muove dunque dal punto di osservazione del profilo degli effetti obbligatori collegati al contratto a quello che – come in specie Filippo Gallo ha bene evidenziato⁽⁵⁰⁾ – si incentra sulle prestazioni – a carico delle parti (sempreché di prestazione si accolga la nozione ampia poc’anzi illustrata).

Quindi Aristone prescinde dalla considerazione delle obbligazioni scaturenti dal contratto, ritenendo invece necessario e sufficiente che ricorra il modello generale del *do ut des, do ut facias*.

Rimane estranea alle preoccupazioni del giurista l’adozione della prospettiva, tipicamente gaiana, delle *causae obligationum*: proprio questa prospettiva – come si è visto – conduce all’aporia ben messa in evidenza da Pietro de Francisci, in base alla quale i contratti innominati non possono dirsi reali, perché questi sono unilaterali, ma neppure consensuali, perché essi sono produttivi di azione solamente quando una delle parti abbia eseguito la prestazione a proprio carico⁽⁵¹⁾.

In forza della collocazione del contratto aristoniano sul piano delle prestazioni, invece, esso è riconquistato al terreno della sinallagmaticità. Il contratto di cui parla Aristone è sostenuto da una causa, che non è quella dell’obbligazione bensì del contratto, da intendersi come

siano realizzate dal contratto innominato aristoniano, P. VOCI, *Recensione* a R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 128. Si vedano al riguardo anche le osservazioni di G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963, 48 ss.; F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano. Siena 14-15 aprile 1989*, a cura di N. Bellocci, Napoli, 1991, in specie 53; ID., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto*, cit., 80; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, 87.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America*, VII, 1999, 27 ss.; ID., *Ai primordi*, cit., in specie 72; ID., *Synallagma*, II, cit., 90 ss. La prospettiva è poi accolta da L. LANTELLA, ‘*Ultero citroque*’, cit., 112 ss.; S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica edittale per i ‘pacta conventa’*, in *SDHI*, LXIV, 1998, 454; A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 340 ss.; sul punto ora B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip*, cit., in specie 86 s.

⁽⁵¹⁾ Sulla quale ci si è soffermati *supra*, § 6.

funzione, nonché fondato su una struttura che prevede uno scambio tra attribuzioni consistenti in un *dare* o un *facere*.

In esito alle osservazioni che si sono svolte sul *συνάλλαγμα*, si può allora concludere nel senso che questo concetto conservò, nel passaggio da Aristotele a Labeone, fino all'impiego da parte di Aristone, un'intima, ancorché certo non assoluta, continuità semantica: quello che trapassò integro fu in effetti un significato essenziale di vincolo di scambio, ancorché la sua portata venisse poi differentemente modulata. Se per il filosofo greco il *συνάλλαγμα* corrispondeva a un'idea generale – certamente non ancora caratterizzata in un senso tecnico-giuridico ⁽⁵²⁾ – collocata nel contesto di un discorso sulla giustizia particolare, nel quale si sarebbe inserita l'articolazione delle due forme del *συνάλλαγμα* volontario e di quello involontario, Labeone vedeva il *συνάλλαγμα* operante a livello di obbligazioni, mentre per Aristone esso avrebbe infine trovato collocazione sul piano delle prestazioni.

9. *Il ruolo della 'datio' nel contesto del συνάλλαγμα.*

Pur criticando l'opinione che identifica la *causa* con la *datio*, non per questo ritengo si possa concludere nel senso che la stessa *datio* sia irrilevante ai fini della tutelabilità delle convenzioni atipiche.

Se davvero la *datio* non assumesse alcun peso, sarebbe giocoforza proiettare la ricostruzione dei contratti innominati prospettata da Aristone verso il modello del *consensu contrahere* ⁽⁵³⁾: ma un'impostazione in termini schiettamente consensualistici (e così modernizzanti, sulla falsariga dell'art. 1321 cod. civ.) mi parrebbe inaccoglibile al pari di quella – già contestata – in termini di *re contrahere* ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ Utili i rilievi di R. MARTINI, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, in *Iura*, XLII, 1991, 105 s.

⁽⁵³⁾ È la conclusione cui nella sostanza giunge C.A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligerungsgrund 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 ss.; poi in *Id.*, *Contratto e causa*, cit., 55 s., valorizzando in specie la riconoscibilità civile di accordi atipici sulla base del mero consenso intorno a un «programma obbligatorio».

⁽⁵⁴⁾ Si oppone alla dogmatizzazione (nonché alla semplificazione) implicita tanto

Pare a me invece che la *datio* assuma un ruolo di rilievo, che è possibile comprendere con precisione solo se si consideri con attenzione il funzionamento del *συνάλλαγμα*.

Si è visto come la causa e il *συνάλλαγμα*, seppure sui diversi piani rispettivamente rappresentati dalla funzione e dalla struttura, risultino parimenti fondanti l'idea aristoniana di contratto. Ebbene, il rilievo della *datio* è da cogliersi proprio nel contesto del *συνάλλαγμα*, nel senso che l'esecuzione della prima prestazione, brevemente indicata come *datio*, risulta essenziale in quanto costituisce l'inizio di attuazione del meccanismo di scambio.

Questa è la cornice entro la quale è da valutarsi la necessità della *datio*.

In particolare, il giurista richiede che una delle due prestazioni sia eseguita, affinché risulti fondata la pretesa alla controprestazione: e così il *dedi* – al passato – dell'una parte (all'interno del *dedi ... ut ... aliam dares, dedi ut aliquid facias*) costituisce un segno di serietà e di impegnatività dell'accordo sullo scambio.

In ciò è da ravvisarsi una precipua caratteristica di funzionamento della sinallagmaticità per Aristone: lo scambio che si realizza con il *do ut des, do ut facias* deve essere qualificato dall'esecuzione della prima prestazione⁽⁵⁵⁾. Infine, è da notare che il rilievo della *datio* si inseri-

nell'idea di configurare i contratti innominati sul modello dei contratti reali quanto di quelli consensuali, G. MACCORMACK, *Contractual Theory and the innominate Contracts*, in *SDHI*, LI, 1985, 131 ss.

⁽⁵⁵⁾ Mi sembra si collochi su questa linea S. TONDO, *Note ulpianee*, 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 ...*')». Diversa nelle premesse ma non troppo dissimile nelle conclusioni la proposta ricostruttiva di P. GRÖSCHLER, *Auf den Spuren*, cit., 9 ss.: l'Autore infatti, recuperando la *Teorie der Zweckverfügung* di H.J. WOLFF (in specie in *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*, in *ZSS*, LXXIV, 1957, 63 ss.), ritiene che Aristone avesse avanzato la propria soluzione sulla base di una comparazione con il diritto greco (in relazione al quale è accolta l'idea wolffiana secondo cui l'inadempimento era inteso in termini di lesione patrimoniale per il fatto che risultava frustrato lo scopo della prestazione anticipata), di talché la *datio* sarebbe necessaria ma non coinciderebbe con la *causa*, essendo quest'ultima l'adempimento predisposto per uno scopo specifico, la 'prestazione funzionale' (riferimenti anche in P. GRÖSCHLER, *Recensione* a M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*', cit., in specie 534 ss.). Proprio sul punto della rilevanza – da me ipotizzata (soltanto)

sce coerentemente all'interno del *συνάλλαγμα*, da intendersi non già tra obbligazioni, bensì come vincolo di scambio tra i sacrifici giuridici a carico della parti ⁽⁵⁶⁾.

10. *Il valore paradigmatico dello scambio.*

I ragionamenti svolti sinora consentono di ricavare alcune considerazioni su un piano più generale.

Si è detto della necessità della causa, intesa come funzione, accanto al *συνάλλαγμα*, evocante la struttura rappresentata dal vincolo di scambio tra prestazioni, all'interno del quale assume rilievo la *datio*. La distinzione tra i due piani, quello della funzione e della struttura, che mi è sembrato di poter scorgere nell'argomentare di Aristone in D. 2.14.7.2, non impedisce di cogliere, in una visione di sintesi, la fondamentale concezione di contratto del giurista.

Ritengo che il profilo della funzione (*causa*) e quello della struttura (*συνάλλαγμα*) si integrino e si completino l'un l'altro: la funzione si realizza attraverso lo scambio e lo scambio realizza la funzione. In altri termini, per Aristone la funzione richiesta onde assicurare la tutelabilità civile per un accordo non rientrante nei tipi edittali è quella di scambio. Proprio nel paradigma dello scambio è da ravvisarsi l'idea portante che consente la trasposizione in termini giuridici di un accordo atipico in vista della sua tutelabilità civile.

Si colloca sostanzialmente in questa prospettiva Santoro, quando indica la necessità che per Aristone la funzione sia rappresentata da «una causa negoziale in senso stretto, ossia che non rivesta quel carattere di gratuità che è proprio della *donatio*» ⁽⁵⁷⁾. Dunque, stando alle parole dell'Autore, onde giudicare se un accordo atipico produca effetti civilmente tutelati, occorrerebbe guardare alla sua riconducibi-

all'interno del meccanismo di funzionamento del *συνάλλαγμα* – della *datio*, si concentra la critica nei confronti della mia tesi da parte di C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 70 ss.

⁽⁵⁶⁾ Secondo quanto si è osservato *supra*, § 8.

⁽⁵⁷⁾ Si veda R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 237; ID., *La causa delle convenzioni atipiche*, in *Causa e contratto*, cit., 90; sotto questo profilo, la medesima impostazione di fondo si riscontra in C.A. CANNATA, *Contratto e causa*, cit., 53 ss.

lità all'area del *negotium*, in contrapposizione alla *donatio* ⁽⁵⁸⁾: ed essenziale sarebbe l'identificazione della funzione che le parti intendano realizzare (la quale, *a contrariis*, si deduce che debba essere 'non donativa').

Non v'è dubbio che la schematizzazione impostata sul binomio '*negotium - donatio*' offra un importante quadro di riferimento generale per la qualificazione della causa, utile anche allo scopo di individuare la causa di cui parlava Aristone.

A questa schematizzazione sono riconducibili anche le considerazioni che si sono dianzi svolte: è chiaro che la necessità del *συνάλλαγμα* spinge il contratto aristoniano all'interno della più ampia area del *negotium*.

Attingendo all'idea generale dello scambio, si coglie un modello economico-giuridico che ha semplicità e forza straordinarie, sul quale è opportuno soffermare sia pur brevemente l'attenzione. Nello scambio è ravvisabile uno dei paradigmi fondanti per la comprensione del fenomeno negoziale del mondo antico ⁽⁵⁹⁾; inoltre, con il binomio '*negotium - donatio*', che sullo sfondo polarizza (ma certo non coincide con) quello 'onerosità - gratuità' (il quale attraversa l'area del *negotium* e in particolare caratterizza il sistema romano dei contratti), è evocata l'eterna contrapposizione 'scambio - dono', la quale accompagna, pur attraverso le tortuose complessità della storia, lo sviluppo di due imprescindibili modelli di giuridicità ⁽⁶⁰⁾. Se tanto sullo scambio

⁽⁵⁸⁾ Tant'è che, coerentemente, l'autore reputa «importantissimo per la determinazione del concetto di 'causa'» (cfr. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 215) il passo Ulp. 71 *ad ed. D.* 39.5.18 pr.-1, incentrato sulla contrapposizione tra la funzione negoziale e quella donativa, su cui porterò – pur rapidamente – l'attenzione nel seguito, § 13.

⁽⁵⁹⁾ Sui presupposti storici e concettuali del sistema 'scambio - dono' in Roma, si veda in specie V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka*, I, 1996, 63 ss., con ampi riferimenti di letteratura in argomento, in particolare alle ntt. 2 e 3; per un quadro generale sull'idea di *negotium*, P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 46 ss. Sull'idea di scambio nell'antichità greca, si veda *supra*, nt. 42.

⁽⁶⁰⁾ Fondamentale la ricerca di J. MICHEL, *Gratuité en droit romain. Études d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, 1962, nutrita anche di etnologia, di linguistica indoeuropea e di storia delle istituzioni romane, nella quale si muove dall'idea centrale secondo cui la gratuità consiste «dans l'absence de toute contrepartie obligatoire, en argent ou en nature, à un acte juridique qui, en raison de sa fonction écono-

quanto sul dono si costruiscono forme di vincolatività sociale (giacché anche le «service gratuit n'est que la concrétisation actuelle d'un lien durable, qui est tantôt la dépendance du protégé envers son protecteur»⁽⁶¹⁾), non v'è dubbio però che nello scambio si concretizza un meccanismo di immediata soddisfazione degli egoismi sociali che sono alla base di qualsiasi società mercantile. Si tratta dunque di un modello di utilità economica, prima ancora che giuridica, imprescindibile se si vuole condurre un'analisi di nuda efficienza del sistema. La forza dello scambio è tutta nella razionalità che deriva dal fatto di essere un meccanismo di immediata soddisfazione per i soggetti che a esso prendono parte.

Sulle sfaccettature dell'idea di scambio, in rapporto a quella di dono, nonché sulla valenza ermeneutica generale di questa schematizzazione, non è dato qui soffermarsi sotto il profilo antropologico, ancorché il tema appaia quantomai fertile di suggestioni: il fenomeno giuridico mostra le sue più profonde radici in strutture antiche e ricorrenti del comportamento umano, indagate con particola-

mique, peut ou doit normalement en comporter une» (così *ibidem*, 237; in specie sull'onerosità quale carattere dei contratti innominati, 258 s.), per poi sviluppare da quest'idea la partizione tra una gratuità propriamente detta, con la quale è realizzata una prestazione di lavoro o di servizio senza però che vi sia mai un acquisto di proprietà a vantaggio del beneficiario, e una gratuità fondata sulla cd. *causa lucrativa*, che invece dà luogo a un acquisto gratuito a vantaggio del beneficiario (in sintesi, *ibidem*, 598). Sul versante dello scambio, invece, è utile tornare a leggere la fredda analisi di Jhering, il quale in esso vedeva lo schema più antico dei traffici, addirittura la loro «forma originaria», configurandosi essi come «il sistema perfetto dell'egoismo, nulla di più»; per un approfondimento della «meccanica sociale» e delle «molle egoistiche del movimento sociale» attivate dal principio della remunerazione, R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*², Leipzig, 1884, trad. it., *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, 79 ss. D'altra parte, non si potrebbe non avvertire i rischi di un irrigidimento insito nell'identificazione di 'grandi modelli', specie a fronte della constatazione che il diritto del domani sembra andare sempre più verso il superamento delle coppie 'onerosità-gratuità', 'corrispettività-non corrispettività', come emerge dall'analisi di R. CIPPITANI, *Onerosità e corrispettività: dal diritto nazionale al diritto comunitario*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 503 ss.

⁽⁶¹⁾ Così J. MICHEL, *Gratuité*, cit., 596, riprendendo quell'idea dell'ambivalenza del dono (riflessa nel significato della parola 'gift' nelle lingue di origine sassone, dono, ma al tempo stesso anche veleno), illustrata nel suo sostrato antropologico soprattutto da Marcel Mauss ed Émile Benveniste, di cui alle ntt. seguenti.

re profitto da Mauss ⁽⁶²⁾, Benveniste ⁽⁶³⁾ e Polanyi ⁽⁶⁴⁾.

Il *συνάλλαγμα* aristoniano è dunque riconducibile entro uno dei modelli comportamentali sedimentati che il diritto recepisce dal costume sociale e restituisce in termini di ‘dover essere’: qui è la forza del suo richiamo, da parte di Aristone, nel contesto specifico della questione posta dalla tutelabilità degli accordi atipici.

Rispetto all’osservazione di Santoro in ordine alla necessità della causa negoziale in senso stretto, v’è soltanto da precisare che per quanto si è detto a proposito della *datio*, non si potrebbe ritenere di per sé sufficiente, affinché un affare riceva tutela civile, che con esso sia realizzata una funzione – nel senso appena esposto – *tout court* negoziale: ciò infatti condurrebbe a una ricostruzione in termini sostanzialmente consensualistici del contratto aristoniano ⁽⁶⁵⁾, la quale invece, al pari di quella che sospinge verso il *re contrahere*, si è ritenuto di non accreditare. Il *συνάλλαγμα* rappresenta il vincolo di scambio tra prestazioni qualificato dall’adempimento della prima prestazione. Quindi la causa aristoniana, da intendersi quale funzione, non può essere qualsivoglia funzione negoziale, bensì precisamente quella funzione negoziale che si realizza nei contratti in cui vi sia un *συνάλλαγμα* inteso nel modo descritto.

⁽⁶²⁾ M. MAUSS, *Essai sur le don*, Paris, 1950, trad. it., *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Torino, 2002.

⁽⁶³⁾ É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, I, Paris, 1969, trad. it., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, Torino, 2001, 47 ss.

⁽⁶⁴⁾ K. POLANYI, *Primitive, archaic, and modern economies*, Garden City, N.Y., trad. it., *Economie primitive, arcaiche e moderne. Ricerca storica e antropologia economica*, Torino, 1980, specie 5 ss.; si veda inoltre ID., *La sussistenza dell’uomo. Il ruolo dell’economia nelle società antiche*, trad. it., Torino, 1983, in particolare 69 ss., 99 ss., 111 ss. e 130 ss.

⁽⁶⁵⁾ Posizione verso la quale lo studioso sembra inclinare più chiaramente in R. SANTORO, *La causa*, cit., nonostante le precisazioni fatte *ibidem*, 91 ss., piuttosto che nel precedente ID., *Il contratto*, cit., in specie 274 ss., ove è espressa una più netta considerazione della necessità della *datio* (sebbene per la via – si potrebbe dire indiretta – del richiamo ritenuto implicito nel sostantivo *res* di cui in D. 2.14.7.2). Sulla problematica che si sviluppa intorno al binomio ‘consenso - contratto’, è intervenuto G. ROMANO, ‘*Conventio*’ e ‘*consensus*’. (A proposito di Ulp. 4 ‘*ad ed.*’ D. 2.14.1.3), in *AUPA*, XLVIII, 2003, 241 ss.; molto informata la panoramica di C. CASCIONE, ‘*Consensus*’. *Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, in specie 209 ss.

11. *L'influenza esercitata dal pensiero filosofico rispetto all'elaborazione della causa.*

Una volta chiariti i profili essenziali del contratto aristoniano, è opportuno ora tornare a considerare nello specifico l'elaborazione del concetto di causa.

Si è detto che il terreno di elaborazione dell'idea di causa era quello rappresentato dai problemi della *condictio*; inoltre, si è evidenziato come l'esito della riflessione aristoniana fosse quello di concepire la causa in termini di funzione contrattuale. È ora opportuno soffermarsi su un fattore che reputo decisivo rispetto a tale evoluzione.

Orbene, sarebbe senza dubbio semplicistico pensare che l'approfondimento delle potenzialità dell'idea di causa – nonché la sperimentazione della sua operatività in ambito contrattuale – sia ascrivibile al merito di un singolo giurista e del suo brillante ingegno, senza tenere conto del fatto che i presupposti concettuali per l'elaborazione di una causa teleologicamente orientata dovevano senza dubbio essere presenti nella cultura – latamente intesa, non solo giuridica – del suo tempo.

In particolare ritengo che, rispetto alla caratterizzazione in senso dinamico e finalistico dell'idea di causa, un ruolo determinante abbia svolto la progressiva sovrapposizione al segno latino *causa* dei significati del suo omologo greco *αἰτία*: e così, decisiva fu l'influenza esercitata dall'idea di *causa finalis*, sulla quale Aristone certamente ebbe modo di soffermare, anche sotto il profilo strettamente filosofico, la propria riflessione.

È noto che specialmente il pensiero di Aristotele, operando sul materiale concettuale platonico, riconobbe un'autentica centralità all'indagine sulla causa o, per meglio dire, sulle cause: nella *Metafisica*, per esempio, si rileva che «è ovviamente indispensabile l'acquisizione scientifica delle cause originarie, giacché noi affermiamo di conoscere la prima causa, e si parla di causa in quattro sensi, giacché in primo luogo affermiamo che è la *sostanza* o *essenza* (difatti la ragione d'essere di un oggetto si riconduce in ultima istanza, alla *definizione* e la primaria ragione d'essere è causa e principio); in secondo luogo è *materia* ossia sostrato; una terza causa è ciò che dà inizio al *movimento* e una quarta è quella che è opposta ad essa, ossia il *fine* e il

bene. Infatti è questo il termine di ogni generazione e di ogni movimento» (66).

Anche soltanto l'affacciarsi a questi temi condurrebbe a cospetto di questioni di complessità e ampiezza straordinarie: nel rimandare a quanto altrove ho ritenuto di poter dire sulla base di una loro complessiva analisi (67), mi limito qui ad alcune osservazioni di sintesi.

Occorre tener conto del fatto che la riflessione filosofica greca e in specie aristotelica consegnò alla cultura romana una nozione di *αἰτία* assai articolata, nella quale le singole specifiche accezioni si richiamano vicendevolmente (68).

(66) Così in *Metafisica*, I, 3, 983a, 24-32 (ARISTOTELE, *Opere*, III, Bari, 1973, con trad. di A. Russo), nella cornice di un discorso nel quale si afferma la necessità di passare dalla conoscenza dell'ᾠτι a quella del δὲ ᾠτι: la filosofia prima si distingue dalle altre scienze in quanto studia le cause e i principi primi. Com'è risaputo, nella sistemazione platonica dei fattori fondamentali, si distinguevano le cause intese come *id ex quo*, *id a quo*, *id in quo*, *id ad quod*, *id propter quod*. Aristotele tratta delle cause anche in apertura del Libro II della *Metafisica* (*alpha elátton*) – di cui peraltro è controversa l'autenticità –, riaffermando (cap. I) che la filosofia prima è la scienza delle verità, la quale coincide con la scienza delle cause supreme. La causa occupa un posto centrale in tutta l'opera aristotelica: l'attenzione del filosofo su di essa si era concentrata anche nella *Fisica*, già nel principio del Libro I, ove si legge che la scienza è, in termini generali, conoscenza della causa (si veda *an. post.* I, 2, 71b, 9-12), come poi nel Libro II, ove dapprima è formulata la teoria dei quattro generi di cause e, in conclusione, è riservata particolare attenzione alla causa finale; da ciò si trae occasione per manifestare una ferma opposizione al determinismo meccanicistico, affermando che i fenomeni naturali accadono in funzione di fini e che, quando la natura non riesce a raggiungerli, si ha la generazione di 'mostri'.

(67) Cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 264 ss.

(68) Per un inquadramento, D. QUARANTOTTO, *Ontologia della causa finale aristotelica*, in *Élenchos*, XXII, 2001, II, 329 ss.; C. NATALI, *Causa motrice e causa finale nel libro lambda della Metafisica di Aristotele*, in *Méthexis*, X, 1997, 105 ss., in specie 109, ove si rileva che «la nozione di causa di Aristotele è estremamente astratta. [...] in Aristotele il termine *aitia* ha svariati significati, ed è usato per indicare quattro differenti nozioni. *Aitia* per Aristotele indica, in generale, una relazione irreversibile di dipendenza ontologica: dati una causa ed un effetto, il secondo dipende dalla prima e non viceversa (cfr. *a. po.* II 16, 98b 16-19 e *cat.* 12,14b 11-13)»; si veda anche M. FREDE, *The original notion of cause*, in *Doubt and Dogmatism. Studies in Hellenistic Epistemology*, a cura di M. Schofield, M. Burnyeat, J. Barnes, Oxford, 1980, 217 ss.; R. SORABJI, *Causation, Law and Necessity*, *ibidem*, 250 ss.; inoltre A. CAPECCI, *Struttura e fine. La logica della teleologia aristotelica*, L'Aquila, 1978; C. GAISER, *Das zweifache 'telos' bei Aristoteles*, in *Naturphilosophie bei Aristoteles und Theophrast*, Heidelberg, 1969.

Che dalla riflessione filosofica greca – latamente intesa ⁽⁶⁹⁾ – il maturarsi del pensiero dei *prudentes* abbia ricevuto significativi influssi, specie sul finire dell'epoca repubblicana, è stato in più occasioni convincentemente dimostrato dagli studiosi ⁽⁷⁰⁾.

A partire dal primo secolo a.C., in particolare sotto l'influenza di Andronico ⁽⁷¹⁾, il pensiero di Aristotele fu assiduamente studiato dai membri della sua scuola, come Boeto, Aristone, Xenarco e Stasea, nonché da taluni membri di altre scuole, come il platonico Eudoro e gli stoici Atenodoro di Tarso e Areio Didimo ⁽⁷²⁾. Così, al crepuscolo della Repubblica, entro gli ambienti culturali le opere aristoteliche furono oggetto di ampia fruizione, contribuendo significativamente all'elaborazione di dottrine logiche, retoriche e anche giuridiche ⁽⁷³⁾. Lo stesso Cicerone possedeva nella sua biblioteca opere di Aristotele nell'edizione di Andronico ⁽⁷⁴⁾. Quindi, dopo un periodo di marcata incidenza dello stoicismo, dell'epicureismo e del cinismo ⁽⁷⁵⁾, il pensiero aristotelico vide riconosciuta, nel corso del secondo secolo d.C., una nuova posizione di centralità.

⁽⁶⁹⁾ Accolgo così la precisazione di M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus - species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano*, in *Quaderni Acc. Naz. Linc.*, CCXXI, Roma, 1977, 6, nt. 11, secondo il quale parlando di 'filosofia' occorrerebbe «ricomprendere praticamente la retorica e quella sorta di teoria generale della scienza, che presiede alla organizzazione delle *artes*».

⁽⁷⁰⁾ Da ultimo in questo senso L. WINKEL, *Alcune osservazioni*, cit., 62 s.: per ulteriori indicazioni bibliografiche si veda *supra*, nt. 37.

⁽⁷¹⁾ È nota la tradizione secondo cui, nell'anno 86 a.C., gli scritti acroamatici di Aristotele, che erano stati recuperati per opera di Apellico di Teo in una cantina di Skepsi, ove erano rimasti nascosti sino al 133, e trasportati ad Atene, furono requisiti da Silla e portati a Roma. Qui vennero affidati al grammatico Tirannione e successivamente ad Andronico di Rodi, che intorno al 50 ne diede un'edizione che seguiva l'ordine al quale ancor oggi siamo rimasti fedeli.

⁽⁷²⁾ Si veda H.B. GOTTSCHALK, *Aristotelian philosophy in the Roman world from the time of Cicero to the end of the second century AD*, in *ANRW*, II.36.2, Berlin - New York, 1987, 1080 s.; F. SENN, *De l'influence*, cit., 99 ss.

⁽⁷³⁾ Cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Bari, 1987, 173 s.

⁽⁷⁴⁾ A. SCHIAVONE, *Giuristi*, cit., 174.

⁽⁷⁵⁾ Per una panoramica, anche sulle reciproche connessioni, C.E. MANNING, *School Philosophy and Popular Philosophy in the Roman Empire*, in *ANRW*, II.36.7, Berlin - New York, 1994, 4995 ss.

Ciò che gli studiosi che si sono concentrati su questo tratto di storia della cultura tendono a evidenziare è che il secondo momento di penetrazione dell'aristotelismo nella Roma imperiale, specie in raffronto a quello verificatosi nel primo secolo a.C., trovò ben più ampia diffusione: esso non soltanto si propagò entro circoli ristretti o tra gli adepti di poche scuole, ancorché diverse da quella aristotelica, bensì ebbe vasta risonanza nel contesto dell'intera società mediamente acculturata; a ciò dovettero contribuire non poco la circolazione di compilazioni e di edizioni piuttosto accessibili, nonché la diffusione di un'ampia produzione di carattere 'sotto-filosofico', entro cui notevole incidenza ebbe quella riconducibile al cosiddetto pseudo-Pitagora, in cui risultavano combinate assieme intuizioni proprie dell'aristotelismo ed elementi di pensiero di origine affatto differente ⁽⁷⁶⁾.

Quanto alla modalità di penetrazione del pensiero aristotelico, si è parlato anche, con espressione efficace, di un assorbimento avvenuto sulla base di «ready-made set of components ⁽⁷⁷⁾», dunque per singoli elementi (o, si potrebbe dire, per 'nuclei problematici'), piuttosto che per l'insieme del sistema filosofico.

Il quadro generale suggerisce pertanto di tenere in conto la significativa influenza della filosofia greca e in specie dell'aristotelismo all'interno degli ambienti culturali romani del secondo secolo d.C.

12. *La trasposizione giuridica della 'causa finalis' aristotelica.*

La lingua ciceroniana attesta il definitivo compimento di un fenomeno, verificatosi tra il secondo e il primo secolo a.C., di articolazione e ricalibratura in senso astratto del valore di *causa*: in particolare, i suoi diversi significati vennero progressivamente a definirsi, a parti-

⁽⁷⁶⁾ Si veda H.B. GOTTSCHALK, *Aristotelian philosophy*, cit., 1081; P. DONINI, *Testi e commenti, manuali e insegnamento: la forma sistematica e i modi della filosofia in età postellenistica*, in ANRW, II.36.7, Berlin - New York, 1994, 5035 ss.; J.M. ANDRÉ, *Les écoles philosophiques aux deux premiers siècles de l'Empire*, in ANRW, II.36.1, Berlin - New York, 1987, 38 ss.

⁽⁷⁷⁾ Così H.B. GOTTSCHALK, *Aristotelian philosophy*, cit., 1174.

re dal nucleo risalente alla lingua più antica (intorno al quale si era sviluppato l'ampio reticolo semantico cui si è fatto cenno ⁽⁷⁸⁾), onde pervenire alla «adaptation consciente de causa à la traduction d'αἰτία» ⁽⁷⁹⁾.

Dopo Cicerone, l'approfondimento dei significati del segno *causa* alla luce della contemporanea elaborazione filosofica non ebbe più sosta, in specie per impulso di Seneca, nonché più in generale per il contributo derivante dalle dottrine stoiche le quali, oltre a propugnare una concezione fisica e deterministica della causa, evidenziavano l'esistenza di una materia inerte e di una forza che la orienta, insistendo sull'idea dell'unicità della causa ⁽⁸⁰⁾.

Nell'insieme si può dire che al tempo di Aristone doveva essere ormai giunta a maturazione la riflessione sul tema della causa e, con ciò, del tutto attestata la valorizzazione, nell'impiego del segno *causa*, di un significato orientato al divenire, connotato in senso finalistico, accanto a un altro invece caratterizzato in senso efficiente. In sostanza, era pienamente assorbita anche nella cultura romana la polarizzazione – di ascendenza platonico-aristotelica – tra causa efficiente e causa finale.

Il riferimento al dato caratterizzante dell'epoca, per comprovare l'influenza che la filosofia esercitò sull'elaborazione giurisprudenziale del tema della causa ⁽⁸¹⁾, rischia tuttavia di apparire ancora troppo ge-

⁽⁷⁸⁾ Si veda *supra*, § 1, nonché più ampiamente T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., in specie 58 ss.

⁽⁷⁹⁾ Così P.J. MINICONI, *Esquisse*, cit., 81.

⁽⁸⁰⁾ Ancorché sia forse corretto tenere presente la distinzione risalente a Crisippo tra αἰτία e αἴτιον, in base alla quale αἰτία sarebbe il λόγος, mentre il significato di αἴτιον andrebbe inteso in una caratterizzazione materiale e deterministica: sul punto, M. FREDE, *The original notion of cause*, in *Doubt*, cit., 222; A.M. IOPPOLO, *Il concetto di causa nella filosofia ellenistica e romana*, in *ANRW*, II.36.7, Berlin - New York, 1994, 4494 ss.

⁽⁸¹⁾ In tal senso, D. NÖRR, *Causa*, cit., 25, il quale osserva che l'elaborazione platonico-aristotelica della causa prese la forma di 'Prinzipien - oder Wesenslehre', piuttosto che divenire una moderna teoria della causalità; rileva, inoltre, che la riflessione sulla causalità ebbe diffusione anche per il tramite di discipline non speculative, come per esempio la medicina (*ibidem*, 25, nt. 1, con richiami di dottrina); si vedano anche le considerazioni di O. BEHREND, 'Iusta causa traditionis'. *La trasmissione della proprietà secondo il 'ius gentium' del diritto classico*, ora ripubblicato in *Scritti 'italiani'*, a cura di C. Cascione, Napoli, 2009, 74 ss.

nerico se non si tiene conto del fatto che Aristone certamente fu, oltreché giurista, intellettuale ricercato e assai attento ai problemi filosofici discussi in quegli anni⁽⁸²⁾. Occorre tenere presente che Aristone – già *auditor* di Cassio Longino e probabilmente per un certo tratto di tempo vicino agli ultimi maestri proculiani⁽⁸³⁾ – accanto agli in-

⁽⁸²⁾ Nelle parole di S. TAFARO, *Considerazioni minime sul metodo di Titius Aristo*, in *Seminario romanistico gardesano (19-21 maggio 1976)*, Milano, 1976, 49 ss., Aristone sarebbe stato un giurista «attento ai precedenti storici, sensibile alle influenze delle correnti filosofiche e retoriche dominanti, interlocutore nel dibattito tra 'arcaisti' e 'modernisti'»; cfr. inoltre ID., *La 'interpretatio' ai 'verba' 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980, 100, nt. 65-bis. Parla addirittura di un «sapiente accademico» V. SCARANO USSANI, *Il 'probabilismo' di Titius Aristo*, in *Ostraka*, IV, 1995, 321 ss., in specie 324 e nt. 90. In quest'ordine di considerazioni, si veda già P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα*, cit., 115, nt. 2; nonché, per la qualifica di «juriste savant», 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. Papoulias*, Athènes, 1934, 96.

⁽⁸³⁾ Secondo A.M. HONORÈ, *Julian's Circle*, in *T.*, XXXII, 1964, 6, Aristone sarebbe addirittura succeduto a Nerazio quale loro scolarca. È tuttavia discussa l'adesione di Aristone all'una o all'altra delle *sectae*. Propendono per una collocazione in ambito proculiano O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1885, 699; E. BETTI, *Sul valore*, cit., 26, nt. 1; P. FREZZA, *'Responsa' e 'quaestiones'. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*, XLIII, 1977, in specie 205 ss.; O. BEHREND, *Recensione a V. SCARANO USSANI, Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, in *Gnomon*, LV, 1983, 235 s. e nt. 23. Per la riconduzione alla *secta* dei sabiniani, invece, G. BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898 (rist. an. Roma, 1970), 30 ss.; M. TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle 'actiones in rem'*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, XLIII, 1964, 182, nt. 192; D. LIEBS, *Gaius und Pomponius*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, a cura di A. Guarino e L. Bove, Napoli, 1966, 66 ss., specie 69; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma - Bari, 1987, 258; J.W. TELLEGEN, *Gaius Cassius and the Schola Cassiana in Pliny's Letter VII 24,8*, in *ZSS*, CXVIII, 1988, 306. Lo ritengono sostanzialmente estraneo alle *sectae*, A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (rist. Aalen, 1963), 91; A. LONGO, *Titius Aristo. Contributo alla storia della giurisprudenza romana nell'età adrianea*, in *Antologia Giuridica*, II, 2, 1887-88, 311 ss.; F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973, 17 ss., nt. 28; A. CENDERELLI, *Ricerche su Sesto Pedio*, in *SDHI*, XLIV, 1978, 398; V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi: la scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino, 1989, 39; ID., *Il 'probabilismo'*, cit., 329 ss.; V. MAROTTA, *Tutela*, cit., 66, nt. 23; C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno delle due scuole*, in *Pacte, convention, contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur B. Schmidlin*, Genève, 1998, 433 ss., 441, sebbene presumibilmente vicino ai cassiani; da ultimo, per J. PARICIO, *Celso contra Nerazio*, cit., 6 [dell'estr.], nt. 15, è da ritenersi che probabilm-

teressi giuridici (scrisse le *Notae ai posteriores* di Labeone e ai *libri civiles* sia di Sabino che di Cassio) non mancò di cimentarsi anche in studi di carattere spiccatamente filosofico.

Di certo non è da ritenersi decisivo il fatto che Aristone fosse sensibile alle istanze dello stoicismo⁽⁸⁴⁾, o piuttosto a quelle della nuova accademia, con radicamento nei valori tradizionali dei gruppi dirigenti romano-italici⁽⁸⁵⁾, a fronte della considerazione – questa davvero indubitabile – che, al di là delle disparate e pur sempre congetturali ricostruzioni del suo preciso orientamento, gli studi filosofici⁽⁸⁶⁾, accanto a quelli di pura erudizione e di storia giuridica, ebbero per Aristone un ruolo di primissimo ordine⁽⁸⁷⁾.

Ma mi pare si possa dire di più. Se la riflessione filosofica, in specie aristotelica, sul tema della causa penetrò in Roma a partire dal secondo secolo a.C., testimoni e artefici di ciò essendo in particolare Cicerone e Seneca, e con maggiore capillarità l'aristotelismo trovò diffusione proprio nel secondo secolo d.C., Aristone, intellettuale protago-

te Aristone non fosse appartenuto ad alcuna delle due scuole. Giudicano insufficienti i dati per qualsivoglia tentativo di collocazione entro l'una o l'altra scuola: P. VOCI, *La dottrina*, cit., 245, 258 s.; F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 90 ss., più recentemente anche in ID., *Contratto*, cit., 26 s. Assai completo, sul punto, E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 14 ss. e nt. 55; ID., *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, 31 s. e nt. 217.

⁽⁸⁴⁾ P. FREZZA, *Responsa*, cit., 206.

⁽⁸⁵⁾ V. SCARANO USSANI, *Valori*, cit., 58 ss. e 62 ss., nonché ID., *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1986, 70 ss.

⁽⁸⁶⁾ Al di là della possibile appartenenza a differenti scuole, sottolinea la «scelta razionalista» che sosterrebbe l'intero pensiero aristoniano A. SCHIAVONE, *Studi*, cit., 146 ss.; sulla medesima linea anche D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, 138.

⁽⁸⁷⁾ Celebre il ritratto che si ricava da Plinio, *ep.* 1.22.1-3: *nihil est enim illo gravius, sanctius, doctius, ut mihi non unus homo, sed litterae ipsae omnesque bonae artes in uno homine summum periculum adire videantur. Quam peritus ille et privati iuris et publici! Quantum rerum, quantum exemplorum, quantum antiquitatis tenet! Nihil est quod discere velis, quod ille docere non possit: mihi certe, quotiens aliquid abditum quaero, ille thesaurus est. Iam quanta sermonibus eius fides, quanta auctoritas, quam pressa et decora cunctatio! Quid est quod non statim sciat? Et tamen plerumque haesitat, dubitat diversitate rationum, quas acri magnoque iudicio ab origine causisque primis repetit discernit expendit* (ed. M. Schuster). Si veda A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, Oxford, 1966, 137.

nista del proprio tempo e cultore di interessi filosofici, non poté non assorbire almeno gli elementi fondamentali di quella riflessione.

Credo quindi che un peso decisivo assunse l'elaborazione di una valenza teleologica della causa che, muovendo dal pensiero platonico-aristotelico, venne a combinarsi poi con le dottrine stoiche, intese a valorizzare nella causa il richiamo a quel che orienta l'ordine delle cose (*ratio*), a ciò che dà la direzione al divenire. Mi sembra allora del tutto plausibile che Aristone, il quale aveva fatto del tema della causa un campo di riflessione privilegiato, riconoscendo le straordinarie potenzialità intrinseche nella connotazione finale del termine, proprio con tale valenza avesse scelto di impiegare quest'ultimo all'interno della sua innovativa costruzione⁽⁸⁸⁾.

L'idea di funzione contrattuale era ricavata da quella di *causa finalis*, in un processo che in precedenza ho definito di 'giuridificazione' di tale significato.

È insomma da credere che Aristone avesse intuito la forza propulsiva dell'idea di causa implicante un fine, contenente in sé il senso di

⁽⁸⁸⁾ Che sia la causa, ma precisamente da intendersi «come 'causa finale'», a fungere per Aristone da «parametro che nell'ambito sempre della materia delle obbligazioni il giurista utilizza per stabilire quando gli effetti siano obbligatori o meno», riconosce A. MANTELLO, *I dubbi*, cit., 85. Lo stesso M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., 35, pur fedele all'idea tradizionale secondo cui nella causa è da vedersi il riferimento all'avvenuta esecuzione della *datio*, ammette che nel pensiero di Aristone «giuochi, più o meno chiaro, anche il concetto di causa come *causa finalis*, come scopo da realizzare attraverso il negozio». Il tema della causa ricorre in un significativo numero di passi aristoniani: oltre a quelli richiamati *infra*, § 13, si veda Paul. 7 *ad Sab.* D. 25.2.6.5: *Aristo et condici ei posse recte putat, quia ex iniusta causa apud eam essent*; Nerat. 7 *membr.* D. 36.3.13: *ei quoque, cui legatorum actio datur in eum, qui praetermissa institutione ab intestato possidet hereditatem, legatorum satisdatur et, nisi satisdabitur, in possessionem legatorum servandorum causa mittitur: ... idem Aristoni placet*; Ulp. 81 *ad ed.* D. 39.2.28: *... Aristo autem non male adicit, sicuti hic exigit Cassius, ut si iustus metus migrandi causam praebuerit, ita in eius personam qui fulsit eadem Cassium dicere debuisset, si iusto metu ruinae fulcire coactus est*; Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.2: *idem Aristo ait, si donationis causa in hoc tradatur servus, ut post quinquennium manumittatur, sit autem alienus, posse dubitari an usucapiatur, quia aliquid donationis interveniret*; Pomp. 8 *ad Sab.* D. 40.7.5 *pr.*: *statuliber rationem reddere iussus reliquum quod apparet solvit, de eo, quod obscurius est, satisdare paratus est. Neratius et Aristo recte putant liberum fore, ne multi ad libertatem pervenire non possint incerta causa rationis et genere negotii huiusmodi*; Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.21.3.6: *Aristo et de cuniculo restituendo, per quem vapor trahitur, in balneariis vaporibus putat utilem actionem competere: et erit dicendum utile interdictum ex hac causa competere.*

proiezione verso uno scopo obiettivo, e proprio avendo a mente ciò fosse giunto a delineare il significato, dotato di propria autonomia in ambito giuridico, di funzione.

Infine, ancora una considerazione: a ben vedere, un siffatto spostamento semantico, sospinto dall'idea di *causa finalis*, non avrebbe comportato un vero e proprio rovesciamento di prospettiva, da una causa che sta 'nel passato' (in senso eziologico) a una che si colloca 'nel futuro' (con valore finale) ⁽⁸⁹⁾. Almeno se si adotta quale punto di riferimento la *causa* dei *veteres* nel significato che emerge da D. 12.5.6 ⁽⁹⁰⁾, l'innovazione aristoniana appare piuttosto come un'evoluzione che dall'idea di ragione giustificativa del permanere di un'attribuzione 'nel presente' conduce a quella di funzione, dunque con proiezione 'nel futuro', nel senso che esprime la ragione giustificativa del contratto, che impone il realizzarsi di entrambe le prestazioni.

L'assorbimento della nozione di causa dall'ambito della *condictio* a quello contrattuale si accompagna quindi a una ridefinizione della nozione stessa (e in specie della sua caratterizzazione cronologica), ma senza che sia necessario pensare a un radicale ribaltamento.

⁽⁸⁹⁾ Si vedano in proposito le considerazioni di R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 253 s., il quale rileva che «lo scopo ... funge da causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale, secondo una facile inversione di prospettiva per cui ciò che verrà dopo (lo scopo), in quanto preordinato all'atto, che si compie in vista di esso, finisce con il rappresentarne la giustificazione (anche noi moderni diciamo: 'si giustifica in vista di ...'; cfr. il valore, oltre che causale, finale di 'perché'; ma la trasformazione della causa in senso teleologico in causa in senso etiologico è nello spirito latino. [...]. È a questo fondamento che Aristone ha pensato, quando ha affermato che perché l'affare produca obbligazione occorre che una *causa* 'subsistat'». Più in generale, sulle relazioni tra i concetti di 'causa', 'scopo', 'fine', cfr. R. VON JHERING, *Lo scopo*, cit., 17 ss.; inoltre, le brillanti intuizioni di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, Roma, 1951 (rist. Camerino, 1998), 243, secondo cui, attenendo la causa al momento teleologico dell'atto (distinto da quello psicologico), «*causa* è stato chiamato, già nel linguaggio romano, il fine del contratto e poi del negozio, appunto perché di lì prende inizio il movimento dell'agire»; il tema ritorna in ID., *Tempo perso*, Firenze, 1963, 337 ss., ove si osserva: «la causa è nel passato e il fine nel futuro. Peraltro il fine diventa causa: prima di San Tommaso i giureconsulti romani se ne sono accorti con il loro concetto della *causa contractus*, che poi è diventata, nel pensiero dei moderni, la causa del negozio e ha procurato a loro tanti grattacapi, fino che qualcuno invece di *causa* ha cominciato a parlare di *fine*».

⁽⁹⁰⁾ Testo al quale si è fatto riferimento *supra*, § 3.

13. *Le conferme dell'acquisizione del concetto di causa del contratto.*

Le considerazioni che si sono sin qui sviluppate intorno al concetto di causa hanno preso le mosse dalla fondamentale testimonianza di D. 2.14.7.2: nondimeno, l'elaborazione della tematica da parte di Aristone emerge anche da altri passi nei quali è riportato il pensiero del giurista, in ciascuno dei quali sembra possibile vedere le tracce di una concezione della causa in termini di funzione. Pur non dando corso – anche in tal caso – all'analisi dei testi, è però utile riferire del loro contenuto essenziale.

In Paul. 5 *ad Plaut.* D. 19.4.2 ⁽⁹¹⁾ desta interesse in particolare l'argomentazione in forza della quale Aristone afferma la necessità che l'oggetto della *permutatio* sia esente da vizi occulti: per il caso in cui uno schiavo fosse stato prestato sulla base di quella funzione (*qui ex causa daretur*), il giurista riteneva che esso dovesse risultare *sanum quoque furtis noxisque solutum et non ... fugitivum*, giacché la permuta è giudicata *vicina* alla vendita (testualmente: *quoniam permutatio vicina esset emptioni*). Quindi è proprio dall'assimilazione della compravendita alla permuta sotto il profilo funzionale che è ricavato quale conseguenza che al secondo contratto (atipico), così come previsto per il primo (tipico), si applichi il regime della garanzia per i vizi occulti.

In Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16.1 ⁽⁹²⁾ è riportata l'opinione espressa da Aristone a proposito di un tale che, dopo aver ottenuto il permesso di seminare e quindi di trarre i frutti da un fondo, si vede impedita questa seconda attività: il giurista afferma non esservi per il caso alcuna azione civile. Sebbene nel passo non sia fatta menzione della *causa*, mi sembra chiaro che la conclusione sia da porsi in diretto collegamento con la constatazione del fatto che manca una funzione contrattuale (potendosi semmai valutare se sia concedibile un'azione *in factum*, mentre resta esperibile l'*actio doli*). La soluzione è coerente

⁽⁹¹⁾ *Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur.*

⁽⁹²⁾ *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.*

con l'impianto generale del pensiero di Aristone: non vi è la causa perché non si riscontra la struttura dello scambio, trattandosi di una mera autorizzazione dell'un soggetto a tutto vantaggio dell'altro.

Nel racconto di Ulpiano conservato in Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-1⁽⁹³⁾, probabilmente attraverso la mediazione di Pomponio⁽⁹⁴⁾, si riferisce l'opinione di Aristone, secondo cui soltanto in presenza di un *negotium* sarebbe stato possibile *contrahere obligationem*; viceversa, in presenza di un negozio misto a donazione, prevalendo la causa donativa, non si sarebbero prodotti effetti obbligatori. Nella specie, un soggetto aveva consegnato uno schiavo, accordandosi affinché dopo un quinquennio venisse manomesso: in quel lasso di tempo la convenzione sarebbe rimasta improduttiva di effetti, operando essa analogamente a una *donatio*; allo scadere dei cinque anni sarebbe invece riemersa la funzione negoziale, essendo così ipotizzabile che a tal punto fosse esperibile l'azione contrattuale volta all'adempimento. Anche in questo passo non è fatta menzione della causa, però appare chiara la corrispondenza della soluzione rispetto all'impostazione aristoniana: se manca la funzione in grado di far sì che l'accordo atipico divenga contratto, e così non si ravvisi lo scambio, non si producono gli effetti obbligatori.

La costruzione di Aristone in tema di causa, alla quale mi pare siano riconducibili con sostanziale coerenza i testi qui richiamati, fu poi accolta da Ulpiano: il giurista severiano, cui si deve la memoria del *responsum* in D. 2.14.7.2, diede concreta applicazione alle idee del più antico giurista in Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15⁽⁹⁵⁾, ove è riconosciuta la

⁽⁹³⁾ *Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. 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 tradidissem, 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.*

⁽⁹⁴⁾ Circa l'incidenza del quale, rispetto al senso che emerge dal frammento, non v'è unanimità di vedute: cfr. E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, 522.

⁽⁹⁵⁾ *Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi ce-lentur: quae res non facit eos fures. solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc quod datur. quare qui accipit, quia ob causam ac-*

tutelabilità civile di un accordo atipico – il caso è quello celeberrimo dell'accordo avente per oggetto la cattura degli schiavi fuggitivi –, sulla base della considerazione che la *conventio* non è nuda, bensì *habet in se negotium aliquod*. Si riconosce quindi il ricorrere dell'argomentazione aristoniana, che collega alla presenza di una causa di scambio, qui evocata nel richiamo alla più lata idea del *negotium aliquod*, la tutelabilità civile dell'accordo.

Se il testo di D. 19.5.15 non fa espressa menzione del termine *causa*, va invece detto che in un altro passo, in specie Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8 pr. ⁽⁹⁶⁾, la cui chiusa è a mio parere di paternità ulpiana piuttosto che labeoniana, il medesimo termine è impiegato, senza possibilità di equivoco, nel significato di funzione contrattuale: in particolare, il riferimento è qui alla funzione realizzata da due contratti tipici, il mandato e il deposito.

Ma Ulpiano mostra anche di saper condurre a ulteriori sviluppi l'impostazione di Aristone: in tanto la causa sia assunta a elemento essenziale per il riconoscimento civile di un accordo atipico, in quanto la sua assenza o la sua illiceità comportano per conseguenza l'improduttività di effetti obbligatori dell'accordo stesso. Ciò si evince da Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.3-4 ⁽⁹⁷⁾, ove il giurista severiano passa dalla considerazione del sussistere della causa al rilievo della sua assenza. Dall'aspetto 'in positivo', l'attenzione si sposta dunque su quello 'in

cepit nec improbam causam, non timet condictionem. quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est ut, si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis. nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.

⁽⁹⁶⁾ *Si procuratorem dederò 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.* Trattasi, a parer mio, di una chiusa (*uniuscuiusque ... causam*) attribuibile direttamente ad Ulpiano (per le ragioni che ho esposto in T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 215 ss.); la sostanza tuttavia non muterebbe se si propendesse per una paternità labeoniana di tale chiusa, giacché comunque è fuori discussione che essa sia fatta propria da Ulpiano e inglobata nel suo ragionamento.

⁽⁹⁷⁾ *Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionem. sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

negativo': e purtuttavia il termine *causa* è sempre da intendersi nel significato di funzione contrattuale.

14. *Conclusioni.*

Il percorso che si è effettuato ha messo in evidenza nei suoi tratti essenziali le origini di un concetto, qual è quello della causa del contratto, che fu poi acquisito – attraverso un incessante lavoro nel diritto intermedio e nell'epoca della pandettistica – al patrimonio dogmatico dei moderni sistemi giuridici di tradizione romanistica.

I profili di quel concetto, dalla storia così lunga e tormentata, appaiono tutt'oggi tra i più controversi.

Sarebbe dunque addirittura velleitario – ben si comprende – il tentativo di ipostatizzare l'immagine della causa del contratto che ci è restituita dai passi aristoniani al di là e al di fuori della storia. Lo svolgersi delle idee è sempre segnato da momenti di (anche significativa) discontinuità. Ma la consapevolezza della complessità storica dei problemi non può, a mio modo di vedere, indurre a un atteggiamento di rinuncia rispetto al tentativo di conoscenza delle origini: al contrario, la sfida rappresentata da un'indagine sul 'come nascono' le categorie concettuali che compongono oggi il diritto dei privati, anch'esse mutevoli e però così irrinunciabili per il giurista, merita sempre di essere raccolta ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁸⁾ Ne fornisce l'ulteriore conferma – se ve ne fosse bisogno – il dibattito che proprio in questi tempi si sta accendendo, nella più sensibile dottrina, intorno allo statuto concettuale nonché all'utilità del negozio giuridico, soprattutto dopo che il cd. *Avant-projet Catala* (in specie agli artt. 1101-1 e 1101-2) e il *Draft of Common Frame of Reference* (all'art. II.-1:101) tornano a evocare quella categoria del pensiero giuridico: al progetto francese si è già fatto riferimento *supra*, nt. 13; quanto alle opzioni dogmatiche sottese al DCFR, si veda J.P. SCHMIDT, *Der 'juridical act' im DCFR: ein nützlicher Grundbegriff des europäischen Privatrechts?*, in *Zeup*, 2010, 304 ss. Così dopo gli anni della 'crisi' del negozio (da F. GALGANO, *Crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contratto e impresa*, 1987, 751 ss., ritenuto «ormai espressione di un dialetto giuridico parlato in alcune subaree della società del nostro tempo»), esso sembra oggi esprimere nuove potenzialità: si veda G.B. FERRI, *L'Avant-projet' di riforma dei titoli tre e quattro del libro terzo del 'code civil'*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 45 ss.; C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa e dir.*

Sono dunque persuaso che una ricerca condotta sull'elaborazione prima di un concetto, anzi addirittura sulla necessità che spinge al suo nascere, si riveli la strada obbligata per chi voglia comprendere un poco meglio in che cosa consista quello stesso concetto.

priv., 2009, 87 ss.; E. QUADRI, *A proposito della ristampa del 'Contributo alla teoria del negozio giuridico' di R. Scognamiglio*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 385 ss.