



**COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA**

Antonio Saccoccio

IL MUTUO NEL SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO

Profili di consensualità nel mutuo reale



G. Giappichelli Editore – Torino



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Terza Serie – 17

Antonio Saccoccio

IL MUTUO NEL SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO

Profili di consensualità nel mutuo reale



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3167-5

ISBN/EAN 978-88-921-8443-5 (ebook - pdf)

La pubblicazione di questo volume è stata subordinata alla valutazione positiva espressa da due docenti esterni anonimi, sorteggiati dalla Direzione scientifica all'interno del Comitato editoriale permanente, secondo il modello della 'revisione fra pari in doppio cieco'. I relativi giudizi sono conservati a cura della Direzione scientifica.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

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

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Direzione scientifica:

Antonio Saccoccio, Aldo Andrea Cassi, Chiara Minelli, Valerio Pescatore

Comitato editoriale:

Gaetano Azzariti (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”); Vittoria Barsotti (Università degli Studi di Firenze); Roberto Bartoli (Università degli Studi di Firenze); Francesco Bestagno (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Paolo Biavati (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Raffaele Bifulco (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Geraldina Boni (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Franca Borgogelli (Università degli Studi di Siena); Marina Calamo Specchia (Università degli Studi di Bari – “Aldo Moro”); Roberto Calvo (Università degli Studi della Valle d’Aosta); Cristina Campiglio (Università degli Studi di Pavia); Roberto Caranta (Università degli Studi di Torino); Antonio Carratta (Università degli Studi di Roma Tre); Riccardo Cardilli (Università degli Studi di Roma – “Tor Vergata”); Paolo Carnevale (Università degli Studi Roma Tre); Bruno Caruso (Università degli Studi di Catania); Pierluigi Chiassoni (Università degli Studi di Pisa); Giovanni Comandè (Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento “S. Anna” – Pisa); Daria Coppa (Università degli Studi di Palermo); Orazio Condorelli (Università degli Studi di Catania); Gabriella De Giorgi Cezzi (Università degli Studi del Salento – Lecce); Gian Paolo Demuro (Università degli Studi di Sassari); Francesco De Santis (Università degli Studi di Salerno); Maria D’Arienzo (Università degli Studi di Napoli – “Federico II”); Ettore Dezza (Università degli Studi di Pavia); Angelo Dondi (Università degli Studi di Genova); Vera Fanti (Università degli Studi di Foggia); Pierangela Floris (Università degli Studi di Cagliari); Gian Luigi Gatta (Università degli Studi di Milano Statale); Enrico Genta (Università degli Studi di Torino); Andrea Giussani (Università degli Studi di Urbino – “Carlo Bo”); Maurilio Gobbo (Università degli Studi di Padova); Donata Gottardi (Università degli Studi di Verona); Antonino Gullo (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Michele Graziadei (Università degli Studi di Torino); Fausta Guarriello (Università degli Studi di Chieti-Pescara – “G. d’Annunzio”); Andrea Lovato (Università degli Studi di Bari – “Aldo Moro”); Giovanni Luchetti (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Susanna Mancini (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Michela Manetti (Università degli Studi di Siena); Venerando Marano (Università degli Studi di Roma – Tor Vergata); Silvio Martuccelli (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Luigi Melica (Università degli Studi del Salento); Remo Morzenti Pellegrini (Università degli Studi di Bergamo); Mario Notari (Università Bocconi di Milano); Paolo Pascucci (Università degli Studi di Urbino); Baldassarre Pastore (Università degli Studi di Ferrara); Claudia Pecorella (Università degli Studi Milano – “Bicocca”); Aldo Petrucci (Università degli Studi di Pisa); Valeria Piergigli (Università degli Studi di Siena); Maria Cristina Pierro (Università degli Studi dell’Insubria); Giorgio Pino (Università degli Studi di Roma Tre); Giuseppe Piperata (Università IUAV di Venezia); Barbara Pozzo (Università degli Studi dell’Insubria); Roberto Pucella (Università degli Studi di Bergamo); Franco Randazzo (Università degli Studi Catania); Francesco Riccobono (Università degli Studi di Napoli); Dino Rinoldi (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Roberto Romboli (Università degli Studi di Pisa); Luigi Salamone (Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale); Aldo Schiavello (Università degli Studi di Palermo); Roberto Senigaglia (Università degli Studi di Venezia – “Ca’ Foscari”); Stefano Solimano (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Marco Saverio Spolidoro (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Emanuele Stolfi (Università degli Studi di Siena); Carmelo Elio Tavilla (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia); Antonio Felice Uricchio (Università degli Studi di Bari); Chiara Valsecchi (Università degli Studi Padova); Marco Versiglion (Università degli Studi di Perugia); Fabrizio Vismara (Università degli Studi dell’Insubria); Massimo Zaccheo (Università degli Studi di Roma – “La Sapienza”); Virginia Zambrano (Università degli Studi di Salerno).

*Magnus gubernator
et scisso navigat velo
et si exarmavit
tamen reliquias navigii
aptat ad cursum*

Seneca, Ep. ad Luc. 30

Ai miei studenti bresciani

INDICE GENERALE

<i>Prefazione</i>	<i>pag.</i> 1
-------------------	------------------

PARTE I DIRITTO ROMANO

CAPITOLO I LA STORIA

1. Un po' di storia della storiografia	5
1.1. La multipolarità del mutuo in diritto romano	5
1.2. Tempi moderni	11

CAPITOLO II LA GENESI

1. La nascita	23
1.1. Brevi osservazioni sistematiche	23
1.2. Il mutuo non ha storia	24
2. La gratuità: conseguenza obbligata o scelta consapevole?	26
3. L'eterogenesi di funzioni: l'espansione di Roma nel Mediterraneo	28
4. L'eterogenesi di funzioni (segue): mutuo per il consumo e mutuo per l'investimento	30
5. Tra realtà e consensualità	32

CAPITOLO III LA STRUTTURA

1. L'inquadramento dogmatico del mutuo nelle fonti romane	36
1.1. Considerazioni introduttive	36

1.2. La rilevanza della <i>conventio</i> per la determinazione di elementi accessori del mutuo (ad es. il termine per la restituzione o il <i>locus solutionis</i> , ecc.)	40
1.2.1. L'accordo sul luogo dell'adempimento	40
1.2.2. L'accordo sul tempo dell'adempimento	50
1.2.3. L'accordo sulla quantità da restituire	55
2. La <i>traditio brevi manu</i> e la <i>delegatio solvendi</i>	56
2.1. La volontà indirizza l'obbligazione restitutoria: la <i>datio</i> compiuta a nome altrui (cd. ' <i>Anweisungsdarlehen</i> ')	56
2.2. La <i>delegatio solvendi</i>	59
3. La 'conversione' in mutuo di un originario deposito	71
3.1. Mutuo e deposito irregolare	71
3.2. Mutuo e deposito nella prima scuola proculiana: D.12,1,9,9 e la 'trasformazione' del deposito in mutuo	75
3.3. Mutuo e deposito nella scuola sabiniana: Sabino	80
3.4. Mutuo e deposito nella scuola sabiniana (segue): Giuliano e Africano	82
3.5. Mutuo e deposito nella giurisprudenza severiana: la condizione ' <i>si voluisses, uteris</i> '	83
3.6. Mutuo e deposito nella giurisprudenza severiana (segue): il <i>permissum uti</i> non condizionato	84
3.7. Mutuo e deposito nella giurisprudenza severiana: D.16,3,24 e la <i>commendatio</i> di cento <i>nummi</i>	88
3.7.1. <i>Pap., 9 quaest.</i> D.16,3,24	88
3.7.2. La ricostruzione del testo	90
3.7.3. Il ragionamento del giurista e i suoi riflessi sulla dialettica deposito-mutuo	92
3.8. Mutuo e deposito irregolare: considerazioni riepilogative	98
4. La 'conversione' in mutuo di una somma dovuta in base a mandato	99
5. Il cd. <i>contractus mohatrae</i>	101
6. I <i>mutua cum stipulatione</i> : lo ' <i>Stipulationsdarlehen</i> '	107
6.1. La diffusione degli ' <i>Stipulationsdarlehen</i> '	107
6.2. Le ragioni della diffusione degli ' <i>Stipulationsdarlehen</i> '	109
6.3. L'utilità pratica e la struttura dogmatica degli ' <i>Stipulationsdarlehen</i> ': le fonti principali	115
6.4. L'utilità pratica (segue): le altre fonti	119
6.4.1. D.12,1,9,4-7 e la <i>datio ob causam</i>	119
6.4.2. C.2,18,(19),9	123
6.4.3. D.45,1,126,2	124
6.4.3.1. Il testo	124
6.4.3.2. La frase ' <i>plane-obligatione</i> '	127
6.4.3.3. Una possibile soluzione	132
6.4.4. C.4,2,14	133
7. La <i>non numerata pecunia</i> : verso la costituzione di una promessa di mutuo	134
7.1. <i>Stipulatio</i> e <i>numeratio</i>	134
7.2. <i>Paul. 5 ad Plaut.</i> D.12,1,30	136

	<i>pag.</i>
7.2.1. Il testo	136
7.2.2. La lettura deformante della dottrina in chiave di promessa di mutuo	137
7.2.3. D.12,1,30 non prova l'esistenza di una promessa di mutuo in diritto romano. La <i>stipulatio</i> di restituzione come tappa non vincolante nel processo di conclusione del mutuo reale	143
8. La promessa di mutuo nelle fonti romane	145
8.1. Le fonti letterarie	145
8.2. Le fonti giuridiche: D.45,1,68 e la cd. <i>stipulatio de mutuo dando</i>	149
8.2.1. La testimonianza della fonte	149
8.2.2. L'impossibilità di una condanna a pagare la somma oggetto del mutuo e la condanna al risarcimento del danno del promittente inadempiente	153

PARTE II

DIRITTO VIGENTE

CAPITOLO IV

LA DOGMATICA NEL MUTUO IN ITALIA TRA OTTOCENTO E NOVECENTO

1. Italia	161
1.1. Realtà o consensualità?	161
1.2. Gratuità od onerosità?	167

CAPITOLO V

IL MUTUO NEL NUOVO MONDO

1. Dalle <i>Siete Partidas</i> alle Codificazioni nazionali dell'America Latina	171
2. L'accoglimento del mutuo reale nei cd. Cc. della ' <i>transfusión del derecho romano</i> ' o della 'indipendenza'	179
2.1. Le opere che prepararono i cd. Cc. della ' <i>transfusión del derecho romano</i> ' o della 'indipendenza'	179
2.2. Il <i>Código de Andrés Bello</i>	181
2.3. Il Cc. dell'Uruguay	182
2.4. Il <i>Código de Vélez</i>	184
2.5. Il <i>Código Beviláqua</i> e il nuovo Cc. del Brasile (2003)	185
2.6. L'accoglimento del mutuo reale negli altri Cc. latinoamericani nel corso del XIX e XX secolo	188
2.6.1. La Colombia	188

	<i>pag.</i>
2.6.2. La Bolivia	189
2.6.3. Il Venezuela	190
2.6.4. Il Guatemala	191
2.6.5. Il Paraguay e altri Paesi	192
3. L'accoglimento del mutuo consensuale	194
3.1. Il Messico	194
3.2. Il Perù	197
3.3. Cuba	199
3.4. Il nuovo Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina: le novità in tema di contratti	200
3.4.1. Le spinte consensualistiche della dottrina argentina prima del 2015	200
3.4.2. Il Nuovo <i>Código civil y comercial de la nación Argentina</i> del 2015	205

CAPITOLO VI

IL MUTUO NELLA LEGISLAZIONE CINESE

1. Cina	209
---------	-----

CAPITOLO VII

CONCLUSIONI

1. Conclusioni che non concludono	213
1.1. Il mutuo reale e il mutuo consensuale nel sistema giuridico romanistico	213
1.2. Realtà o consensualità per il mutuo?	215
1.3. Servono ancora oggi i contratti reali?	218
2. Alcuni 'inconvenienti' pratici dell'abolizione dei contratti reali	220
3. Per l'attualità del contratto reale	221
4. Il contratto reale: questo 'immortale'	223

<i>Indice degli Autori</i>	225
----------------------------	-----

<i>Indice delle fonti</i>	235
---------------------------	-----

PREFAZIONE

La realtà del mutuo romano ha costituito per anni un inattaccabile caposaldo della dottrina romanistica¹. La più naturale eredità di questa impostazione appare in tutta la sua evidenza nel momento in cui ritroviamo la medesima collocazione sistematico-dogmatica del nostro contratto in tutti i Codici civili europei dei due secoli passati, ad eccezione dell'OR svizzero, che invece aveva addirittura abolito la categoria dei contratti reali². La scelta svizzera di qualificare il mutuo come un contratto consensuale è stata, poi, seguita da vari altri legislatori europei e latinoamericani: basti qui semplicemente ricordare il Cc. federale del Messico del 1927, o quelli del Perù del 1984 o di Cuba del 1987, mentre in Europa in questa direzione si è mossa la riforma del diritto delle obbligazioni in Germania del 2002. Per converso, altri codificatori contemporanei hanno

¹ A mero titolo esemplificativo, cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971², 530; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1995, 539 ss.; tra le opere specialistiche cfr. principalmente (e senza pretesa di esaustività) P.E. VIARD, *La "mutui datio". Contribution à l'histoire du fondement des obligations à Rome*, Paris, 1939; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, Milano, 1947; O. STANOJEVIĆ, *La «mutui datio» du droit romain*, in *Labeo*, 15, 1969, 311 ss.; F. SERRAO, *Sulla «mutui datio» da parte del servo comune (Contributo alla dottrina romana del mutuo)*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, III, Napoli, 1953, 66 ss.; M. SALAZAR REVUELTA, *La gratuidad del "mutuum" en el derecho romano*, Jaén, 1999. In un periodo a noi più vicino, dubbi su questo inquadramento ha avanzato soprattutto V. GIUFFRÈ, *Mutuo (storia)*, in *ED*, 27, 1977, 442 ss.; ID., *La «datio mutui»*. *Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1989, 25 ss.; alcuni profili di consensualità nel mutuo romano, che però non scalfiscono la saldezza dell'inquadramento consensuale dell'istituto, sono stati avanzati da chi scrive in *Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, a cura di R. FIORI, Napoli, 2011, 345 ss. Più in generale, sulla utilità della categoria dei contratti reali anche nel diritto vigente cfr. C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, 4 ss., mentre per una critica, vd. B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, 231 ss. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 540 («nel diritto attuale ... la categoria del contratto reale non ha più, praticamente, ragion d'essere»).

² Per la posizione 'ambivalente' dell'ALR prussiano del 1794, come anche del *Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni* del 1927, che codificano sia il mutuo reale che quello consensuale, vd. un cenno *infra*, p. 211 e ntt. 7-8; più ampiamente, cfr. A. SACCOCCIO, *L'eredità del 'sistema' romano dei contratti reali: tra diritto italiano e diritto cinese*, in *BIDR*, 110, 2016, 103 ss.

scelto di mantenere la categoria dei contratti reali, e di collocare al suo interno il mutuo: gli esempi più evidenti di questa tendenza sono il Cc. paraguayano del 1987 e quello brasiliano del 2003 e, appunto, proprio la Legge cinese sui contratti, che esamineremo di seguito³.

Mi pare interessante notare due fattori, propri del periodo contemporaneo: da un lato, la resistenza della realtà del mutuo in alcuni ordinamenti moderni, al netto delle forti spinte dottrinali e/o giurisprudenziali (e, in alcuni casi, anche legislative) in senso contrario; dall'altro lato, il modello sistematico adottato nella Legge cinese sui contratti del 1999, che ammette una struttura reale per il mutuo, pur nell'alveo di diffusa consensualità che pervade la legge. Entrambi questi dati si presentano come omologhi rispetto alla costruzione che deriva direttamente dal diritto romano. In particolare, proprio la (tutto sommato ancora recente) scelta del legislatore cinese, di sancire legislativamente l'esistenza della categoria dei contratti reali e di collocare il mutuo, seppure con le cautele che vedremo, all'interno di essa, mi pare giustifichi le pagine che intendo dedicare a questa tematica.

³ Anche la recentissima riforma che ha coinvolto il Cc. francese non appare aver modificato il punto.

PARTE I
DIRITTO ROMANO

CAPITOLO I

LA STORIA

SOMMARIO: 1. Un po' di storia della storiografia. – 1.1. La multipolarità del mutuo in diritto romano. – 1.2. Tempi moderni.

1. *Un po' di storia della storiografia*

1.1. *La multipolarità del mutuo in diritto romano*

In diritto romano, come è noto, con il mutuo un soggetto, detto mutuante, trasferisce in proprietà ad un altro soggetto, detto mutuatario, una certa quantità di denaro o di altre cose fungibili, e il mutuatario si impegna a restituire, alla scadenza, non le stesse cose, ma il *'tantundem eiusdem generis et qualitatis'*¹. Nell'esperienza giuridica romana, invero, appare più proprio parlare di *mutui datio*, perché è proprio intorno alla realtà della dazione dei fungibili che i giuristi romani vengono costruendo una nozione di contratto che si definirà reale: sul punto avremo modo di tornare diffusamente nel corso della trattazione.

La *mutui datio* nell'esperienza giuridica romana ha costituito da sempre un tale catalizzatore di interessi da parte della dottrina, che risulta difficile riassumere tutti i contributi accumulatisi nel corso degli anni. Si consideri, infatti, che la materia della *datio* creditizia è stata studiata da diversi profili; si pensi, ad esempio, al problema della *condictio*, che come è noto, rappresenta l'azione che tutela il mutuo, ma che trova anche numerose e diverse applicazioni, sia in campo contrattuale che extracontrattuale² o del pagamento dell'indebito e/o dell'arricchimento ingiustificato,

¹ Cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 541.

² Come si può facilmente comprendere, la bibliografia è sterminata. Per questo, e pur consapevole dell'arbitrio, esclusivamente per ragioni di spazio assunto, qui nelle note che seguiranno, l'anno 1950 come punto di partenza: cfr. G. DONATUTI, *Le causae delle conductiones*, in *Studi Parmensi*, 1, 1951, 33-169 (= in *Studi di diritto romano*, II, a cura di R. REGGI, Milano, 1977, 703-828); F. SCHULZ, «Condictio indebiti» und die Accessorietät der «sponsio» und «fideiussio», in *IURA*, 3, 1952, 15-20; U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach*

fattispecie che trovano numerosi punti di contatto con il mutuo³, al punto

römischem und geltendem Recht, Berlin, 1952; G.G. ARCHI, *Variazioni in tema di «indebiti solutio»*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo ins.*, III, Napoli, 1953, 335-389; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln, 1952; A. SIMONIUS, *Zur Frage zur einheitlichen «Causa condictio»*, in *Festschrift H. Lewald*, Basel, 1953, 161-174; A. D'ORS, *Observaciones sobre el 'Edictum de rebus creditis'*, in *SDHI*, 19, 1953, 134-201; ID., *Condictio ex stipulatione*, in *SDHI*, 26, 1960, 323-325; ID., *Los precedentes clásicos de la llamada «condictio possessionis»*, in *AHDE*, 31, 1961, 629-650; ID., *The «odio furum» of Gaius*, in *RIDA*, 12, 1965, 453-467; ID., *Replicas Panormitanas, I, De nuevo sobre «creditum» (Réplica a la crítica de Albanese)*, in *SDHI*, 41, 1975, 205-244; ID., *Replicas Panormitanas, IV, Sobre la supuesta «condictio» sin «datio»*, in *IURA*, 25, 1974, 1-45; E.H. KADEN, *Das Schrifttum der Jahren 1950-1953 zur römischen Bereicherungslehre*, in *ZSS RA*, 71, 1954, 555-590; J.C. VAN OVEN, *La «forêt sauvage» de la condictio classique*, in *TR*, 22, 1954, 267-307; A.M. HONORÉ, *Condictio and Payment*, in *Acta Juridica 1958. In memory of R. Warden Lee*, Cape Town-Amsterdam, 1959, 135-140; L. DI IORIO, s.v. *Conditiones*, in *NNDI*, 3, 1959, 1092-1095; A.M. PRICHARD, *The origin of the «legis actio per condictio»*, in *Synthese V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, 260-268; J.L. MURGA, *La actio condicticia ex lege: una acción popular justiniana*, in *RIDA*, 15, 1968, 353-387; M. KASER, *Zur Frage einer condictio aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht*, in *Festschrift für W. Felgenträger zum 70. Geb.*, Göttingen, 1969, 277-294 (= *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1976, 341-361); S.E. WUNNER, *Der Begriff 'causa' und der Tatbestand der 'condictio indebiti'*, in *Romanitas*, 9, 1970, 459 ss.; H.J. WOLFF, *Condictio ob Causa Datorum, Furtum, Aquilische Haftung*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geb. am 21 Aug. 1970*, a cura di W.G. BECKER e L. SCHNORR VON CAROLSFELD, Berlin, 1970, 537-544; A.L. OLDE KALTER, *Condictio ex causa furtiva und dominium*, in *TR*, 38, 1970, 107-134; R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in *AUPA*, 32, 1971, 181-512; 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; F. STURM, *La condictio ob transactionem*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, II, Milano, 1983, 627-670; W. WALDSTEIN, *Zur Frage der condictio bei irrtümlicher Leistung nichtgeschuldeter operae*, in *Iuris professio. Festgabe für M. Kaser zum 80. Geb.*, a cura di H.P. BENÖHR-K. HACKL-R. KNÜTEL-A. WACKE, Köln-Graz, 1986, 319-330; D. LIEBS, *The History of the Roman Condictio up to Justinian*, in *The Legal Mind. Essays for T. Honoré*, a cura di N. MACCORMICK e P. BIRKS, Oxford, 1986, 163-184; E. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1988; 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*, 64, 1998, 69-160; S. HÄNCHEN, *Die causa condictio. Ein Beitrag zum klassischen römischen Konditionenrecht*, Berlin, 2003; B. CORTESE, *Quod sine causa apud aliquem est potest condici*, Napoli, 2013; M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Palermo, 2008; ID., *Condictio e causa actionis*, in *AUPA*, 57, 2014, 267 ss.

³ Cfr. A.E. GIFFARD, *Observations sur l'enrichissement injuste incertain*, in *RIDA*, 4, 1950, 499-511; J.P. DAWSON, *Unjust Enrichment. A comparative analysis*, Boston, 1951; H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht. Der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung*, Weimar, 1953; M. TALAMANCA, *In tema di azioni di arricchimento*, in *AG*, 146-147, 1954, 33-74; W. FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, in *Festschrift für H. Niedermayer*, 1953, 103-176; J.L. GAY, *À propos d'études récentes: condictio et actions prétorienes d'enrichissement*, in *RHDFE*, 34, 1956, 327-355; G. ASTUTI, s.v. *Arricchimento*, in *ED*, 3, 1958, 52-63; D. LIEBS, *Bereicherungsanspruch wegen Mißerfolg und Wegfall der Geschäftsgrundlage*, in *JZ*, 21, 1978, 697 ss.; B. KUPISCH, *Einheitlichen Voraussetzungen des Bereicherungsanspruches – ein Mißgriff des Gesetzgebers*, in *De iustitia et iure. Festgabe für U. von Lübtow zum 80. Geb.*, a cura di M. HARDER e G. THIELMANN, Berlin, 1980, 501-545; ID., s.v. *Arricchimento nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, I, 1987⁴, 423-446;

che non è mancato chi a questo proposito è giunto fino ad elaborare per queste fattispecie la categoria del 'promutuo', volendo in questo modo maggiormente sottolineare le somiglianze tra le due fattispecie⁴.

Del resto, appare legata a doppio filo alla nostra problematica anche un'altra vicenda, altrettanto complessa e ricca di evoluzioni storicamente stratificate, cioè quella della genesi e dello sviluppo della classificazione delle fonti delle obbligazioni, all'interno della quale il mutuo, che sostiene praticamente da solo l'intera impalcatura dell'originario *re contrahere*, occupa un ruolo di primo piano⁵. È possibile, infatti, immaginare che in

C. WOLLSCHLÄGER, *Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geb. von F. Wieacker*, a cura di O. BEHREND-S. DIESSELHORST-W.E. VOSS, Ebelsbach, 1985, 41-88; B. CORTESE, *Indebiti solutio e arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Padova, 2009.

⁴ Sul cd. 'promutuo', cfr. E. QUADRATO, *Promutuum*, in *SDHI*, 73, 2007, 71 ss.

⁵ Cfr. E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile*, in *RDC*, 21, 1923, I, 494-512 (= in *Studi di diritto romano*, III, *Le obbligazioni*, Milano, 1936, 71-94); ID., *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in *Rend. dell'Ist. Lomb.*, 59, 1926, ora in *Studi di diritto romano*, III, cit., 97-140; E. BETTI, *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, in *AG*, 93, 1925, 267-318; G. SEGRÈ, *Sulla classificazione delle cause delle obligationes nelle Istituzioni di Gaio*, in *Rendiconti della R. Acc. Naz. dei Lincei*, Serie VI, vol. V, fasc. 3-4, 1929 29 ss. (= in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, s.d., ma 1952, 433-442); V. ARANGIO-RUIZ, *D.44,7,24 § 1 e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione*, in *Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil*, I, Paris, 1926, 88 ss. (= in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, 141-155); U. VON LÜBTOW, *Betrachtungen zum gajanischen Obligationslehre*, in *Atti del Congr. intern. di dir. rom. e di storia del dir. Verona 27-28-29 IX 1948*, III, a cura di G. MOSCHETTI, Milano, 1951, 239-264; A. DE LA CHEVALLERIE, *Observations sur la classification des obligations chez Gaius*, in *RIDA*, 1, 1952, 379-384; P. FUENTESECA, *Los sistemas expositivos de las obligationes contractuales en la jurisprudencia romana y la idea de contractus*, in *AHDE*, 23, 1953, 539-577; F.B.J. WUBBE, *Gaius et les contrats réels*, in *TR*, 35, 1967, 500-525; W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, in *RISG*, 97, 1970, 77-227; C.A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geb.*, Berlin, 1970, 431-455; ID., *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico (Studi sulle obbligazioni II)*, in *IURA*, 21, 1970, 52-70; ID., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni, vicende di un problema dottrinale e pratico (Prima parte)*, in *Mat. per una storia della cult. Giur.*, a cura di G. TARELLO, 4, 1974, 35-115; F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in *BIDR*, 76, 1973, 171-224; G. GROSSO, *Influenze aristoteliche nella sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana*, in *Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano (Roma, 14-17 aprile 1973)*, I, *Acc. naz. dei Lincei, Quad.* 221, Roma, 1976, 139-148; M. KASER, *Divisio obligationum*, in *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas*, a cura di P. STEIN e A.D.E. LEWIS, London, 1983, 73-86 (= in *Römisches Rechtsquellen und ausgewandte Juristenmethode. Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen*, Wien-Köln-Graz, 1986, 155-172); A. D'ORS, *Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones*, in *ZSS RA*, 109, 1992, 318-349; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en derecho clásico*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J.L. Murga Gener*, a cura di J. PARICIO, Madrid, 1994, 49-62; S. TONDO, *Classificazioni delle fonti d'obbligazione*, in *Labeo*, 41, 1995,

origine il *re contrahere*, inteso come essere obbligati in forza della presenza presso di sé di una cosa altrui, coprisse un ampio spettro di fattispecie, dal mutuo all'indebito, spingendosi fino al furto. Il *trait d'union* di questo complesso coacervo sarebbe stato costituito proprio dal regime della *condictio*, il cui articolarsi in contrattuale ed extracontrattuale (già evidente in modo maturo, sebbene ancora non del tutto assimilato dal punto di vista dogmatico) avrebbe poi determinato, grazie al lavoro della giurisprudenza, riflesso nei titoli dell'Editto del pretore e, più tardi, dello stesso Digesto, un progressivo affinamento della categoria⁶.

Allo stesso modo, chi studia il mutuo non può fare a meno di confrontarsi con alcuni tra gli altri contratti caratterizzati dalla realtà: penso, in particolare, al contratto di comodato, che con il mutuo condivide non solo la collocazione in una generale categoria di 'prestito' (l'uno prestito di consumo, l'altro prestito d'uso)⁷, ma anche l'originario inquadramento all'interno della tematica delle *res creditae*, testimoniato ancora dalla costruzione all'interno dell'editto del pretore di una unica Rubrica comprendente, tra le altre cose, anche queste due fattispecie⁸. Analogo discorso si potrebbe fare con il pegno, il cui inquadramento tra i contratti reali, sebbene discutibile dal punto di vista strettamente dogmatico (nel pegno, infatti, l'obbligazione restitutiva non sorge al momento in cui viene posta in essere la dazione da parte del debitore pignorante, ma solo al momento, successivo rispetto alla *datio*, in cui eventualmente si concretizzi da parte sua l'adempimento dell'obbligazione garantita), non appare revocato in dubbio dai giuristi romani⁹.

285-297; R. SCEVOLA, *Obligamur lege (Mod. 2 'reg.', D. 44,7,52 pr.) Alle radici di un problema antico e moderno*, in *Derecho de obligaciones: la importancia del derecho romano en la época contemporánea*, a cura di G. LUCHETTI, Bologna, 2016, 697 ss.

⁶ Ho cercato di seguire questo sviluppo in *Per una protostoria delle ripetizioni*, in corso di stampa negli Atti del Convegno *La Villa del Giurista e i suoi affreschi*.

⁷ Espressioni che si possono leggere ancora nel Cc. it. 1865, il quale le aveva mutate dal *Code Napoléon* e dai trattatisti francesi che lo avevano ispirato o commentato.

⁸ Cfr. C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, s.l., 1894; G. SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo ins.*, VI, Napoli, 1906, 331-390 (= in *Scritti vari di diritto romano*, Torino s.d., ma 1952, 61-113); F. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano. Con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano, 1954, G. SCHERILLO, s.v. *Comodato (dir. rom.)*, in *ED*, 7, 1960, 981-992; J. PARICIO, *La pretendida fórmula «in ius» del comodato en el Edicto pretorio*, in *RIDA*, 29, 1982, 235-251; ID., *Una nota complementaria sobre la pretendida fórmula de buena fe del comodato (Contraposición entre D.13,6,13 pr. y D.13,6,17,5)*, in *REHJ*, 8, 1983, 43-51; ID., *La primitiva protección procesal del «comodatium» (A proposito de una reciente monografía de Zannini)*, in *AHDE*, 54, 1984, 587-594; P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del comodatum*, Milano, 1983; P. CERAMI, *Il comodato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, a cura di J. PARICIO, Madrid, 1994, 301-332; A. MILAZZO, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Torino, 2018.

⁹ Cfr. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino,

Ma il mutuo presenta in qualche modo delle affinità anche con il contratto di deposito, non solo per la comunanza costituita dall'inquadramento reale di entrambi, ma soprattutto per la presenza all'interno dell'ordinamento giuridico romano, del cd. deposito irregolare, che addirittura molti giuristi romani trattano come ipotesi 'ordinarie' di mutuo (*mutua magis videtur quam deposita*: sul punto, vd. in particolare *infra*, pp. 71 ss.), alla stregua di quanto avviene in alcuni ordinamenti moderni¹⁰.

D'altra parte, lo studio del mutuo non può prescindere dall'approfondimento della tematica del contratto in generale in diritto romano, argomento che ha conosciuto notevoli e complessi sviluppi nella romanistica, giungendo a radicarsi in contrapposizioni quasi manichee tra opposte visioni (come è noto, a partire già dall'Ottocento, si sono divise il campo di diversa ricostruzione di questo istituto: dal 'contratto vincolo' di Bonfante, al contratto 'affare' di Perozzi, fino al contratto 'accordo' di Riccobono e al riconoscimento di un 'sistema romano dei contratti' già da parte di Grosso), conciliate solo, a partire dall'ultimo trentennio del secolo passato, da

1949; S. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959; C. RASCÓN, *Pignus y custodia en el derecho romano clásico*, Oviedo, 1976; M. KASER, in vari articoli, ora raccolti in *Studien zum römischem Pfandrecht*, Napoli, 1982.

¹⁰ Sul deposito in diritto romano, cfr. G. ROTONDI, *Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, Torino, 1908; ID., *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano: 1. Le due formole classiche dell'actio depositi*, in *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, a cura di E. ALBERTARIO, Pavia, 1922, 1-55; ID., *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano: 2. Appunti sulla teoria romana del deposito*, in *Scritti giuridici*, II, cit., 56-90; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1933; ID., *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR*, 18, 1906, 121-156; G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in *BIDR*, 19, 1907, 197-234 (= in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, s.d., ma 1952, 199-248); E. SACHERS, *Die Verschuldenshaftung des Depositars*, in *Festschrift für P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 80-112; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976; G. NEGRI, s.v. *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. delle disc. Priv. Sez. civ.*, V, Torino, 1989⁴, 219-252; R. EVANS-JONES, *The penal characteristic of the "actio depositi in factum"*, in *SDHI*, 56, 1990, 105-160; per il deposito irregolare in particolare, cfr.: L.J. NEUSTETEL, *Über unregelmäßige Depositum*, in *Römischrechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung*, I, Heidelberg, 1821, 1-26; TH. NIEMEYER, *Das Depositum irregulare*, Halle, 1889; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in *BIDR*, 49/50, 1947, 80-152; E. SEIDL, *Der Eigentumsübergang beim Darlehen und Depositum irregulare*, in *Festschrift F. Schulz*, I, Weimar, 1951, 373-379; B. ADAMS, *Haben die Römer 'depositum irregulare' und Darlehen unterschieden?*, in *SDHI*, 28, 1962, 360-371; H.T. KLAMI, «*Mutua magis videtur quam deposita*». *Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki, 1969; W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, in *RIDA*, 21, 1974, 215-262; ID., *Le dépôt irrégulier (II)*, in *RIDA*, 22, 1975, 279-315; A. VALMAÑA OCHAÍTA, *El depósito irregular en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1996; C. BUSACCA, *Sul cd. deposito irregolare in diritto romano*, in *Quaderni Lupiensi di storia e diritto*, 8, 2018, 309 ss. Con riferimento agli ordinamenti moderni, cfr., ad es., l'art. 1782 Cc. it. 1942, rubricato come 'Deposito irregolare': «Se il deposito ha per oggetto una quantità di danaro o di altre cose fungibili, con facoltà per il depositario di servirsene, questi ne acquista la proprietà ed è tenuto a restituirne altrettante della stessa specie e qualità. In tal caso si osservano, in quanto applicabili, le norme relative al mutuo».

nuove metodologie di studio del diritto romano da parte di una copiosissima letteratura che si è occupata del tema, fino ai giorni nostri¹¹.

Infine, e forse in maniera più diretta, rilevanti per l'argomento qui considerato sono gli studi dedicati alla tematica del contratto reale come categoria giuridico dogmatica¹², o al problema degli interessi (*usurae*, secondo la terminologia delle fonti romane: ovviamente limitando il discorso soltanto a quelle cd. convenzionali), che non manca di appassionare gli studiosi anche in chiave di comparazione con problematiche estremamente attuali¹³; o quello del prestito marittimo (*faenus nauticum* o *pecunia traiectica*), che oltre alla funzione più strettamente creditizia, svolge anche quella propria di un contratto di assicurazione, fondamentale in una logica di sviluppo di traffici e commerci a Roma già a partire dal III-II sec. a.C.¹⁴.

¹¹ Riassumere qui, seppur per sintesi, il serrato dibattito che ha occupato la dottrina sul punto, così come le sfaccettature delle diverse posizioni assunte di volta in volta dagli studiosi significherebbe riempire pagine di note, che non aiuterebbero la lettura; per questo mi sia consentito rinviare al riassunto dello *status quaestionis* che si legge in A. SACCOCCIO, *Dal 'Sistema romano dei contratti' di Giuseppe Grosso all'affermarsi del principio del consensualismo in America Latina*, in *Diritto@Storia*, 11, 2013.

¹² Cfr. U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno di insegn.*, II, Milano, 1930, 539-588; L.V. BERLIRI, *Appunti sui contratti reali*, in *RISG*, 7, 1932, 143-212; P.J. VERDAM, *Riflessioni sulla validità della categoria dei contratti reali*, in *Studi in mem. di E. Albertario*, II, Milano, 1953, 743-764; C.A. MASCHI, *Tutela. Fedecommessi. Contratti reali (omissioni nel manoscritto Veronese delle Istituzioni di Gaio)*, in *Studi in on. di E. Volterra*, IV, Milano, 1970, 667-774; ID., *La categoria dei contratti reali*, cit.; G. MACCOR-MACK, *Gift, obligation and the real contracts*, in *Labeo*, 31, 1985, 131-154; F. WUBBE, *I contratti reali alla fine della Repubblica*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana (Atti Copanello 1988)*, a cura di F. MILAZZO, Napoli, 1990, 109-121. Per i recenti lavori di Adolfo Wegmann, che sostanzialmente negano l'equipollenza del *re contrahere* romano alla nozione moderna di contratto reale, vd. *infra*, nt. 69.

¹³ Cfr. G. BILLETTER, *Geschichte der Zinfußes im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, Leipzig, 1898; G. CARUSO, *L'usura. Studio sul mutuo ad interesse e sulle leggi limitatrici del saggio dell'interesse nella storia del diritto e specialmente nella storia del diritto romano*, s.l., 1906; V. DE VILLA, *Le usurae ex pacto nel diritto romano*, Roma, 1906; ID., *Le "usurae ex pacto" nel diritto romano*, Roma, 1937; C. APPLETON, *Contribution à l'histoire du prêt à intérêt à Rome. Le taux du 'fenus unciarium'*, Paris, 1919; G. CASSIMATIS, *Les intérêts dans la législation de Justinien et dans le droit byzantin*, Paris, 1931; G. CERVENCA, s.v. *Usura (diritto romano)*, in *ED*, 45, 1992, 1125-1135; M.G. BIANCHINI, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, II, Milano, 1982, 389 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Ultra sortis summam usurae non exiguntur*, in *Labeo*, 38, 1982, 164 ss.; EAD., *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in *Index*, 25, 1997, 555 ss. (= in *L'usura ieri ed oggi. Convegno su: "L'usura ieri ed oggi"*, Foggia, 7-8 aprile 1995, a cura di S. TAFARO, Bari, 1997, 179 ss.); EAD., *Tassi usurari e giurisdizione*, in *Diritto@Storia*, 7, 2008; F. FASOLINO, *Studi sulle usurae*, Salerno, 2006; A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, 2012; A. ARNESE, *Usura e modus. Il problema del sovraindebitamento dal mondo romano antico all'attualità*, Bari, 2013.

¹⁴ Sul quale mi si consenta, dopo gli importanti lavori di De Martino e Biscardi (cfr. soprattutto F. DE MARTINO, *Sul foenus nauticum*, in *Riv. dir. navig.*, 1, 1935, 217 ss. [= in *Diritto, economia e società nel mondo romano*, I, *Diritto privato*, Napoli, 1995 1 ss.]; ID., *Ancora sul*

1.2. *Tempi moderni*

È però a mio avviso importante, nell'accingersi ad una ricerca sulla tematica qui prescelta, ricordare almeno le tappe fondamentali che hanno condotto all'inquadramento attualmente dominante dell'oggetto sottoposto ad esame, cioè la *datio* creditizia. Cercherò, pertanto, di lumeggiare i contributi più importanti in materia, o quelli che hanno rivestito maggiore interesse per il particolare approccio che la presente ricerca intende dedicare all'argomento.

Le prime trattazioni della materia sono inserite nei commentari generali o nelle elaborazioni aventi ad oggetto l'intero Corpo delle Pandette, da parte dei giuristi tra il XIV e il XVI secolo (vd., ad esempio, la trattazione della *res credita* da parte di Bartolo o il trattato sulle usure di Alessandro Bonini [1270-1314]¹⁵): tali opere, spesso presentano scarso interesse dal nostro punto di vista, perché solitamente si limitano a ripetere nozioni già diffuse presso la scienza giuridica dal tempo dei glossatori.

Già a partire dalla seconda metà del 1500, oltre ai commentari ai relativi titoli del Digesto nelle opere di studiosi come Alciato, ma poi anche Cuiacio, Donello, Duareno ecc., si incontra qualche trattazione monografica, dedicata espressamente al nostro contratto¹⁶. Però, una vera e propria fioritura di studi sul mutuo si ha a partire dal '600 con lavori dedicati

foenus nauticum, in *Riv. dir. navig.*, 2, 1936, 433 ss. [= in *Diritto*, cit., 33 ss.]; ID., *Sull'actio pecuniae traiecticiae*, in *Riv. dir. navigaz.*, 15, 1943-49, 3 ss.; ID., s.v. *foenus nauticum*, in *NNDI*, 7, 1961, 421 ss.; A. BISCARDI, *La struttura classica del foenus nauticum*, in *Studi Albertoni*, Padova, 1936, 345 ss.; ID., *Actio pecuniae traiecticiae*, Siena, 1947), il richiamo dei soli lavori più recenti: cfr. H. KUPISZEWSKY, *Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali*, in *Index*, 3, 1972, 368 ss.; W. LITEWSKI, *Römisches Seedarlehen*, in *IURA*, 24, 1973, (pubbl. 1976), 112 ss.; ID., *Bemerkungen zum römisches Seedarlehen*, in *Studi Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 381 ss.; U. VON LÜBTOW, *Catos Seedarlehen*, in *Festschrift E. Seidl*, Köln, 1975, 103 ss.; J. ROUGÉ, *Prét et société maritimes dans le monde romain*, in *Memoirs of the American Academy in Rome (Roman Seaborne Commerce)*, 36, 1980, 291 ss.; A. CASTRESANA HERRERO, *El prestamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana*, Salamanca, 1982; G. PURPURA, *Tabulae Pompeianae 13 e 34: due documenti relativi al prestito marittimo*, in *Atti della Accademia di Scienze Lettere e Arti di Palermo*, ser. V, II, 1981-82, II, 449 ss. (= in *Atti del XVII Congresso Intern. di Papirologia*, Napoli, 1984, 1245 ss.); V. GIUFFRÈ, «Faenus» e intraprese commerciali, in *Seminarios Complutenses de der. rom.*, 7, 1995, 133-168; E. CHEVREAU, *La traiecticia pecunia. Un mode de financement du commerce international*, in *MHSDB (Mém. de la Soc. pour l'hist. du droit et des instit. des ancien pays bourgougnons, comtois et romands)*, 65, 2008, 37 ss.; I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, 2011; G.J. BLICHARZ, *Pecunia traiecticia and Project Finance: the Decodified Legal Systems and Investments in Risky Venture*, in *TSDP*, 10, 2017.

¹⁵ Cfr. ALEXANDER AB ALEXANDRIA, *Tractatus de usuris*, manoscritto redatto nel 1302, ma pubblicato per la prima volta solo nel 1962 a cura di A.M. HAMELIN: cfr. *Un traité de morale économique au 14 siècle: le Tractatus de usuris de Maître Alexandre d'Alexandria*, Louvain, 1962.

¹⁶ Cfr. H. BOCERUS, *Disputatio de mutuo*, Tubingae, 1586; A. VILAGUT, *Tractatus de usuris circa contractum mutui ecc.*, Venetiis, 1589.

al tema, anche nel più ampio quadro delle *res creditae*¹⁷, o al problema delle usure, problema al tempo molto sentito, che però tocca solo tangenzialmente il contratto di mutuo, dal quale normalmente gli interessi sono generati, ma in realtà senza apportare contributi significativi agli aspetti dogmatici dell'istituto¹⁸.

In questo torno di tempo, molto famosa è stata la polemica ingenerata da alcuni scritti dello studioso francese Salmasius (Claude Saumaisie, 1588-1653), il quale ha più volte e con vigore sostenuto l'eterodossa teoria per cui nel mutuo romano non fosse necessario il passaggio della proprietà sui fungibili mutuati¹⁹. Violentissima fu la reazione a questa originale costruzione da parte di una serie di altri studiosi, i quali si sono scagliati contro il Salmasius con argomenti e soprattutto con toni che a volte sfiorano l'insulto: tra i tanti, segnalò qui i tedeschi Johan Jakob Wissenbach (1607-1665)²⁰ ed Ernst Friedrich Schröter (1621-1676)²¹, ma soprattutto il francese Fabrotus (Charles Annibal Fabrot, 1580-1669)²², certamente il più deciso tra gli oppositori del Salmasio. Ciò ha determinato l'abbandono di questa teoria, così che il nome di Salmasius nel corso dei secoli è rimasto quasi ad indicare l'autore di una teoria sì originale, ma destituita di ogni fondamento scientifico²³.

Nel corso del Settecento il numero di trattazioni dedicate al mutuo si intensifica, anche se non sempre a ciò corrisponde un innalzamento della qualità scientifica dei contributi, che spesso si limitano a ripetere cose già

¹⁷ Cfr. I. GOAEDDEUS, *De rebus creditis sive de mutuo commentarius*, Goslariae, 1618; G.D. LOCAMER, *Disputatio de mutuo*, Argentorati, 1621; J. SCHWARTZKOPFFS, *Disputatio juridica de mutuo*, Helmaestadi, 1621; J. THOMAE, *Discursus juridicus de mutuo*, Jenae, 1650; J. NERGERN, *Exercitatio juridica de contractu reali, mutuo*, Vittenbergae, 1661; W. LEYSER, *Disputatio juridica de obligatione, quae ex mutuo oritur*, Vittenbergae, 1674; K. ZIEGLER, *De mutuo. Exercitatio juridica*, Vittenbergae, 1679; F.I. WOLLER, *Tractatus juridicus de rebus creditis et contractu mutui ecc.*, Oeniponti, 1691.

¹⁸ Cfr. B. VOLCKMAR, *Discursus juris de monetarum solutione in quo thaleris vel aliis corporibus mutuo datis, corpora sine detractioe esse reddenda*, Lubecae, 1615; R. DELLA TORRE, *Tractatus de cambiis*, Genuae, 1641.

¹⁹ C. SALMASIUS, *Dissertatio de foenore trapeziticum in tres libros divisa*, Lugduni Batavorum, 1640; ID., *Diatriba de mutuo non esse alienationem adversus Ciprianum quendam iuris doctorem*, Lugduni Batavorum, 1640; ID., *Disquisitio de mutuo quae probatur non esse alienationem*, Lugduni Batavorum, 1645.

²⁰ J.J. WISSENBACH, *Diatribae de mutuo esse alienationem*, Franekeræ, 1645.

²¹ E.F. SCHRÖTER, *Dissertatio juridica inauguralis, de alienatione in mutuo contra Salmasium*, Jenae, 1675.

²² C.A. FABROTUS, *Epistula Car. Ann. Fabroti de mutuo cum responsione Cl. Salmasii ad Aegidium Menagium*, Lugduni Batavorum, 1645; ID., *Replicatio adversus C. Salmasii refutationem in qua mutuum alienationem esse ostenditur*, Parisiis, 1647.

²³ Analoga sorte sarà riservata al tentativo fatto da von Lübtow nella seconda metà del Novecento, il quale, pur senza collegarsi espressamente a Salmasius, ha sostenuto la possibilità di superare il requisito della *traditio* traslativa nel mutuo: vd. *infra*, nt. 46.

dette in precedenza da altri. In particolare, troviamo sia una serie di *Disputationes inaugurales* in cui viene affrontata in maniera tutto sommato generica la trattazione del mutuo²⁴, anche nel più complesso quadro delle *'res creditae'* (di cui però ancora non si riesce a cogliere la esatta portata)²⁵, sia trattazioni riguardanti alcuni aspetti particolari del nostro contratto²⁶, così come trattazioni dal sapore tutt'altro che dogmatico, e tendenti essenzialmente a contrastare o quantomeno a condannare il fenomeno dell'usura, che veniva collegata, come detto, principalmente al contratto di prestito di denaro²⁷. A volte (ma non sempre) ci troviamo di fronte a contributi stimolanti per lo storico del diritto moderno, che però si muovono nell'ottica di un singolo frammento del Digesto o del Codice o dell'esame di una singola problematica: questi studiosi mostrano una conoscenza impressionante delle fonti antiche ma anche della (invero non copiosa) letteratura del secolo precedente, e si muovono a loro agio nel

²⁴ Cfr. G.S. TRENNER, *Disputatio juridica inauguralis de mutuo*, Argentorati, 1701; J. BORN, *Exercitatio academica de conditione certi ex mutuo de in rem verso ex contractu administratorum contra civitatem competente*, Lipsiae, 1704; J.P. LUDEWIG, *Dissertatio inauguralis de differentiis iuris romani & germanici in mutuo*, Hale Venedorum, 1715; E. WEGENER, *Dissertatio historico-politica de mutuo studii historici et politici nexui*, Ienae, 1737; J.E. LINCK, *Dissertatio juridica de contractibus realibus, mutuo, commodato, deposito et pignore*, Argentorati, 1738; F.R. MORITZ, *Dissertatio inauguralis juridica de mutuo*, Argentorati, 1756; P.F. BESSON, *Disputatio inauguralis juridica quasdam positiones exhibens*, Argentorati, 1764; S.H. AB IDSINGA, *Disputationes iuridicae de mutuo et veteri litterarum obligatione pars prior*, in G. OELRICHS, *Thesauri Novi dissertationum iuridicarum selectissimarum*, Breae, 1771, 107 ss.; J.H. GUNTZ, *Dissertatio inauguralis juridica de mutuo*, Argentorati, 1778; F.G. ZOLLER, *Dissertatio juridica observationes quasdam circa mutuum continens*, Lipsiae, 1778.

²⁵ G. BARCLAJUS, *In titulos Pandectarum de Rebus creditis et de jurejurando commentarii*, in E. OTTO, *Thesaurus Juris Romani*, III, Trajecti ad Rhenum, 1733; E. MERILLIUS, *Ad titulum digestorum de rebus creditis, si certum petetur, et de conditione commentarius*, in E. OTTO, *Thesaurus*, III, cit.; C.L. CRELL, *De mutuo foeminae aliis crediturae dato. Ad legem 11 et 12 D. Ad Sc.tum Velleianum*, Vitenbergae, 1738.

²⁶ A puro titolo esemplificativo, sul mutuo concesso a *filiis familias*, cfr. G.A. SCHUBERTH, *Dissertatio juridica de fideiussione pro filiofamilias mutuum contrahente invalida*, Lipsiae, 1723; F.A. HOMMELL, *Dissertatio juridica de mutuo filii familias iam ante Sc.tum Meceдонianum invalido*, Lipsiae, 1726; J.G. SCHERZ, *Dissertatio juridica de mutuo filii familias*, Argentorati, 1731; J.G. BRÜCKMANN, *Dissertatio juridica de filio familias in genere paciscente, in specie mutuum contrahente ecc.*, Erfordiae, 1748; J.P. ANDLAUNDER, *Dissertatio inauguralis juridica de minore contra mutuum restituendo ecc.*, Argentorati, 1748; sulla gratuità del mutuo cfr. A. KÄSTNER, *Mutuum adhuc hodie esse gratuitum*, Lipsia, 1726; sulla *cd. condictio Iuventiana* cfr. W.A. LAUTERBACH, *Disputatio inauguralis ad L. Si me et Titium 32 D. De rebus creditis (10. Mai 1673)*, in *Dissertationum academicarum*, III, Tubingae, 1728; J.L. CONRADI, *Iuventiana condictio quae est in L. XXXII D. De reb. cred.*, Marburgi, 1774; sulla donna mutuante, cfr. C.F. WALCH, *Dissertatio inauguralis juridica de femina mutuum contrahente ecc.*, Ienae, 1778; sulla necessità del consenso, cfr. C.H. BREUNING, *Quaestio iuris controversi an mutuum contrahi possit inter ignorantes*, Lipsiae, 1772.

²⁷ Cfr. ad es. G. NOODT, *De foenere et usuris libri tres*, Lugduni Batavorum, 1698; E. CORRIOLS, *Tractatus de mutuo et usura et de contractibus qui cum mutuo frequentius uniuntur, vel in ipsum aliquando certis conditionibus adiectis convertuntur*, Romae, 1792.

creare collegamenti e rimandi non sempre intuitivi. Dal punto di vista della costruzione dogmatica del contratto, però, il contributo di questi scritti per il giurista moderno è tutto sommato poco significativo, perché nessuno di essi si discosta dalla tralatizia affermazione che il mutuo è un contratto reale, e nessuno valorizza quelle fonti romane che potrebbero far apprezzare una prospettiva parzialmente divergente.

Ciò porta, ancora in pieno XVIII secolo, alla sintetizzazione da parte di Pothier delle modalità con le quali il contratto di mutuo sarebbe stato accolto nella successiva opera codificatoria²⁸, determinando così il suggello di quell'inquadramento sistematico-dogmatico del nostro contratto che dominerà il campo nei Codici civili europei.

Con la monumentale opera di Heimbach²⁹ il problema del mutuo e della *mutui datio* viene studiato nel più ampio campo del *credere*, laddove, peraltro, lo aveva collocato dogmaticamente già il pretore romano nel suo editto (vd. la Rubrica XVII), e, sulla scia di ciò, anche Giustiniano, il quale aveva creato il Titolo 1 del Libro 12 del Digesto. Proprio sulla base di questa nozione heimbachiana, poi, la stessa dottrina tedesca inizialmente ha individuato riscontri nelle fonti letterarie³⁰, e successivamente, prima con Endemann³¹, poi con le precisazioni aggiunte all'impostazione di questi da parte di Roesler³², ha provveduto a fissare le differenze tra il concetto romano di *creditum*, che si fonda essenzialmente soltanto ed esclusivamente su alcune precise prestazioni materiali (*dationes* o '*Leistungen*'), e quello più moderno, quasi sociologico di '*Kredit*', che consisterebbe nel «leihweise Gebrauch fremden Werthe», e potrebbe perciò inerire a qualsiasi tipo di contratto (detto per questo «Kreditsgeschäft»), come avviene, ad esempio, nel caso detto appunto volgarmente di compravendita 'a credito'. Tale differenza tra le due nozioni di 'credito' è ancora fondamentale al giorno d'oggi, e andrà tenuta presente nel corso dell'esposizione.

Tralasciando i lavori che pongono in essere comparazioni con altri sistemi giuridici dell'antichità³³, più strettamente aderente al negozio di

²⁸ R.J. POTHIER, *Traité du prêt de consommation et de matières qui y ont rapport*, in *Euvre*, IV, Paris, 1824, 47-148.

²⁹ G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig, 1849.

³⁰ Mi riferisco all'interessante lavoro di E.I. BEKKER, *Loci plautini de rebus creditis*, Græphiae, 1861, 1-25.

³¹ W. ENDEMANN, *Der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Goldschmidt's Zeitschr.)*, 4, 1861, 30-81 e 191-246.

³² H. ROESLER, *Über das Wesen des Credits und die Creditnatur des Darlehens*, in *Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht (Goldschmidt's Zeitschr.)*, 12, 1868, 337-420.

³³ Cfr. J.H. RAPPAPORT, *Das Darlehen nach talmudischem Recht*, Diss. inaug., Stuttgart, 1932 (= in *Zeitschr. für vergl. Rechtswiss.*, 47/3, 1933, 256 ss.); M. SAN NICOLÒ, s.v. *Darlehen*,

mutuo nel diritto romano è invece la prima monografia dedicata in tempi moderni al contratto qui in oggetto da parte dell'Huschke³⁴, a merito del quale va ascritto l'aver delineato la nozione del mutuo come cd. 'Vermögensgeschäft', sulla quale avremo modo di intrattenerci nel corso dell'esposizione.

In entrambi i casi (Heimbach ed Huschke) si tratta di opere fondamentali per la comprensione del problema che a noi sta cuore; da esse però la nozione di base del mutuo non risulta modificata rispetto a quella tramandata dalle fonti giustiniane: si continuano a richiamare i due elementi della 'Hingabe' (seppure in un significato più allargato rispetto alla mera 'Eigentumsübergang') e del 'Willenseinigung' come necessari per la nascita dell'*obligatio*, senza indagare se sia possibile individuare lo sviluppo storico che ad essi ha condotto. Niente di nuovo aggiungono a questo stato di cose una serie di contributi, spesso di carattere prettamente riepilogativo, apparsi prevalentemente sulla scena tedesca a cavallo del passaggio tra il XIX ed il XX secolo³⁵, se non per l'apertura, fatta ad opera della scienza giuridica pandettistica (chiaramente al fine di nobilitare con un precedente storico la volontà, poi resa effettiva, di prevedere legislativamente la possibilità di stipulare un *Darlehensvorvertrag*)³⁶.

Proprio sfruttando la scia di questa breccia aperta nel meccanismo della realtà del mutuo per mezzo della prevedibilità di un precontratto di mutuo, si avvertono, sempre nella dottrina teutonica, i primi attacchi al monolite costituito dalla configurazione necessariamente reale del nostro

estr. da *Reallexicon der Assyriologie*, 2, Berlin, 1938, 123-131; E. COSTA, *Mutui ipotecari greco-egizi*, in *BIDR*, 17, 1905, 96 ss.; H.A. RUPPRECHT, *Untersuchungen zum Darlehen im Recht des Graeco-Aegyptischen Papyri der Ptolemäerzeit*, München, 1967.

³⁴ PH.E. HUSCHKE, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen und den dazu gehörigen Materien*, Stuttgart, 1882 (rist. Amsterdam, 1965).

³⁵ Cfr. L. ALEXANDER, *Über die Formen der Darlehensbegründung im römischen Recht. Inaugural-Dissertation*, Heidelberg, 1908; H. STORCH, *Der heutigen, insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag und die Bedeutung der l. 20 D.12,1*, Berlin, 1878.

³⁶ Cfr. soprattutto J. KOHLER, *Gesammelte Abhandlungen aus der gemeinen und heutigen französischen Zivilrecht*, Mannheim, 1883, 48, il quale affermava, nell'ambito di un problema che tanto appassionava la dottrina del tempo, la possibilità di concludere un valido «Vorvertrag» di mutuo nella forma della *stipulatio*; G. LÜBBERT, *Der Kreditvertrag. Ein Beitrag zur Geschichte und Dogmatik des Darlehens*, in *Jhering's Jahrb. für die Dogmatik des bürgerl. Rechts*, 52, 1907, 313 ss.; L. FOURMAN, *Das pactum de mutuo dando*, 1896 (rist. Whitefish, Montana, 2010); F. SUFFRIAN, *Das pactum de mutuo dando nach den Grundsätze des heutigen römischen Rechtes*, Münster, 1866, il quale, in un libriccino di appena 14 pp., evidenzia l'applicazione nell'*heutigen römischen Recht* del suo tempo del concetto di «Darlehensversprechungsvertrag». Per una critica al 'Vorvertrag' (e in particolare a quello agganciato a un contratto reale), vd., nello stesso tornio di anni, S. SCHLOSSMANN, *Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontracte*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 45, 1903, 1 ss. Sul punto, vd. anche *infra*, p. 155, nt. 404.

contratto: le conseguenze si lasciano apprezzare dapprima nel denso e, per molti versi, ricco di spunti innovativi, saggio di E. Lübbert³⁷, dove si afferma essere il consenso nell'originario negozio di mutuo in diritto romano presente, ma non significativo dal punto di vista giuridico («rechtlich unerheblich»)³⁸; e poi soprattutto con il lavoro di Viard, il quale tende, se possibile, ancora di più a comprimere il ruolo dell'elemento spirituale nel mutuo romano classico, fino a farlo constare della sola *datio*, a cui sarebbe sufficiente accostare una unilaterale manifestazione di volontà del dante³⁹.

Certo in tempi di fervida discussione intorno al modello, per così dire, guida costituito dal negozio giuridico, tale tentativo, a cui peraltro faceva senza dubbio difetto un adeguato approfondimento della prospettiva storica, non poteva che essere destinato inevitabilmente al fallimento⁴⁰. Né poteva bastare il 'gancio' storiografico costituito da quel filone di studiosi che, ancora fino alla metà del secolo passato, propugnavano la cd. nozione oggettiva del contratto in diritto romano⁴¹.

³⁷ E. LÜBBERT, *Der Kreditvertrag*, cit., 313-410; il lavoro è estremamente utile anche per il carattere riassuntivo delle tesi sostenute in Germania a partire dalla metà dell'Ottocento sull'inquadramento dogmatico del contratto reale, su cui vd. la nt. seguente.

³⁸ L'approfondimento dell'analisi del pensiero di questo a. potrebbe condurre la discussione su dei binari che esulano dai fini della presente ricerca. In particolare non è mio intento addentrarmi nello studio della *ratio* intrinseca al meccanismo del contratto reale. Il Lübbert, ad esempio, si pronuncia in proposito per la tesi che vede nel contratto reale niente più che una permuta, intervallata nel tempo, di due corrispondenti somme di denaro; dottrina invece combattuta pochi anni prima da H. LAMMFROMM, *Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag. Untersuchung aus dem Privatrecht*, Leipzig, 1897, 66 ss., con dovezia di argomentazioni e di richiami di letteratura. Questo dibattito, così come quello sulla funzione della realtà in generale, è tutt'altro che sopito ancora nell'attuale panorama dogmatico civilistico: vd., per tutti, l'inquadramento dato alla materia da E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1994. Dal punto di vista della presente ricerca, è bene osservare che il tentativo di saldare la funzione del contratto reale a Roma con l'emergere della permuta è viziato, a mio avviso, quanto meno dalla mancanza di una sufficientemente approfondita prospettiva storica nello studio delle fonti, e provoca inevitabilmente la sovrapposizione di strutture sicuramente non emerse contemporaneamente nell'esperienza giuridica romana, come, ad esempio, *mutui datio* e cd. contratti innominati. Ciò, se era tollerabile nell'*usus modernus pandectarum*, è invece assolutamente inaccettabile al giorno d'oggi.

³⁹ P.E. VIARD, *La "mutui datio"*, cit.

⁴⁰ La critica arriva, seppure con qualche anno di ritardo, con un meticoloso contributo di F. RABER, *Hoc animo dare*, in *TR*, 33, 1965, 51-77, il quale si aggancia a diverse fonti per ribadire l'essenzialità della *voluntas* anche nel mutuo.

⁴¹ Pur lasciando da parte quanti (cfr. soprattutto M. LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio*. [A proposito di recenti studi], in *SDHI*, 4, 1938, 177 s.; S.E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz, 1964, 216 ss.) ritenevano che per i giuristi romani il termine *contractus* avesse una valenza non tecnica e fosse privo di contenuti positivamente determinabili, è necessario qui ricordare sia i sosteni-

Non stupisce, quindi, che a distanza di pochi anni si assista ad un ritorno all'impostazione del secolo precedente, con il Corso dedicato al prestituto di fungibili dal Longo⁴² e la ripresa della vecchia teoria, già dei glossatori, della «*reconciliatio mutui*» per spiegare alcune fonti incompatibili con un inquadramento strettamente negoziale (in senso moderno) della *mutui datio* stessa⁴³.

Ma già con il d'Ors⁴⁴ emergono delle prospettive nuove: è nota la contrapposizione proposta da questo Studioso tra la nozione di *creditum* presente nelle fonti romane, in cui rientra, insieme ad altre fattispecie, anche il mutuo, e quella di *contractus*, a suo avviso emersa soltanto successiva-

tori della teoria del cd. 'contratto-vincolo', sia i fautori della teoria del cd. 'contratto-affare', i quali sostanzialmente pensavano che l'essenza del *contractus* romano fosse lo stringere un vincolo, una relazione duratura, laddove la presenza o meno della volontà fosse un fatto tutto sommato è indifferente: cfr., per la prima ricostruzione S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, (rist. Aalen, 1980), 8 ss.; A. PERNICE, *Parerga*, III, *Zur Vertragslehre des römischen Juristen*, in *ZSS RA*, 9, 1888, 195 ss. e 219 ss. in particolare; P. BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del 'contractus'*, in *Rend. dell'Ist. Lomb.*, 40, 1907, 888 ss. (= in *Scritti giuridici varii*, III, *Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino, 1926, 105 ss.); ID., *Il contratto e la causa del contratto*, in *RDCo*, 6, 1908, 115 ss. (= in *Scritti*, III, cit., 125 ss.); ID., *Sui «contractus» e sui pacta*, in *RDCo*, 18-1, 1920, 1 ss. (= in *Scritti*, III, cit., 134 ss.); P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ, *Storia e dottrina dei contratti innominati*, II, Pavia, 1916, 313 ss. e 329 ss.; E. BETTI, *Sul significato di contrahere in Gaio e sulla non classicità della denominazione «quasi ex contractu obligatio»*, in *BIDR*, 25, 1912, 65 ss.; ID., *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere» in giuristi proculiani e sabiniani*, in *BIDR*, 28, 1915, 10 ss.; ID., *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1957, 17 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, II,1, Padova, 1960, 68 s.; per la seconda ricostruzione, vd. invece essenzialmente S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a F. Schupfer nel XXV anno del suo insegnamento*, I, Torino, 1888, 163 ss. (= in *Scritti giuridici*, II, a cura di U. BRASIELLO, Milano, 1948, 563 ss.); ID., *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, 31, nt. 1 (= in *Scritti giuridici*, II, cit., 337, nt. 1); ID., *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928², 17; ma anche E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni*, cit., 493 ss. (= 73 ss.); ID., *Ancora sulle fonti*, cit. (= 100 ss.). Per una sottolineatura del ruolo 'psicologico' del 'consenso' nel sistema contrattuale romano cfr. invece F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, I, Weimar, 1936, 80 ss.; ID., *Irrtum, Dissens oder gegenstandlose Leistungsbestimmung?*, in *Mélanges P. Meylan*, I, Lausanne, 1963, 383 ss.; sul punto, cfr. anche S. SEGALINI, «*Contrahere» senza «consentire»? Il punto di vista dello storico*, in *Rivista di diritto romano*, X, 2010, 1 ss. (dell'estratto).

⁴² C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, cit.

⁴³ Cfr., ad esempio, P. CHEVALLIER, *La «reconciliatio mutui». Contribution à l'étude du prêt dans la Rome ancienne*, in *RHDFE*, 33, 1955, 376-411.

⁴⁴ Il d'Ors, come è noto, ha dedicato la sua intera vita di studioso all'analisi di queste problematiche. Mi limito in questa sede a richiamare il suo primo contributo sul punto, dal titolo A. D'ORS, *Re et verbis*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, Verona, 27-28-29, IX, 1948, III, a cura di G. MOSCHETTI, Milano, 1951, 265-303. A questo ne seguiranno molti altri ancora fino quasi ai nostri giorni, anche in risposta alle critiche che gli erano state mosse da diverse parti del mondo romanistico. Su tutti questi lavori ovviamente si tornerà spesso nel corso della trattazione, per cui posso omettere di riportarli ora per intero. Sul problema del famoso contratto *re et verbis*, dato dal concorso di mutuo e *stipulatio*, vd. meglio *infra*, 115 ss.

mente. Tale inquadramento, per quanto in generale non accolto positivamente dalla dottrina⁴⁵, ha inevitabilmente finito per spingere la romanistica ad ulteriori riflessioni. Si spiega anche in questo modo la proposizione, intorno alla metà del secolo passato, di una teoria come quella del von Lübtow, il quale vede mutuo e furto racchiusi nella stessa prospettiva, grazie all'unitarietà dello strumento di tutela (la *condictio*), e a una elaborata estensione del concetto di *datio* sottintesa ad entrambi i negozi, ed evidentemente tutt'altro che coincidente con quello fino a quel momento diffuso di trasferimento della proprietà⁴⁶.

Il ritorno alla teoria dominante, di Heimbach, Huschke e Longo, quella cioè che vede il mutuo composto di *traditio* e *animus*, si ha prima con un articolo a carattere riassuntivo di Stanojević⁴⁷. Meritano una segnalazione anche i due lavori del belga Michel, l'uno per noi trasversale, ma non per questo meno importante, nel quale la *mutui datio* si vede dedicate un cospicuo numero di attente (anche se spesso non al dato meramente tecnico dogmatico) considerazioni; e l'altro espressamente dedicato al prestito di consumo⁴⁸.

Un nuovo punto di rottura, rispetto a questo schema è poi rappresentato soprattutto dai due noti lavori in tema di Giuffrè, il quale ha fatto seguire alla voce enciclopedica dedicata al nostro contratto in una prospettiva storica una agile monografia di chiaro carattere isagogi-

⁴⁵ Famosa è la polemica con l'Albanese (vd., ad es., B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, in *AUPA*, 32, 1971, 5-179; ID., *Rilievi minimi sul "credere edittale"*, in *Scritti in onore di A. Biscardi*, I, Milano, 1981, 223-233 = *Scritti giuridici*, II, a cura di M. MARRONE, Palermo, 1991, 1551-1563), a cui lo stesso d'Ors replicò con le note *Replicas Panormitanas* (A. D'ORS, *Replicas Panormitanas*, I, *De nuevo sobre "creditum"*, cit., 205-244; ID., *Replicas Panormitanas*, II, *El "contractus" según Labeón (A propósito de una crítica de Albanese)*, in *REHJ*, 1, 1976, 17-32; ID., *Replicas panormitanas*, III, «Conventiones» y «contractus», in *AHDE*, 46, 1976, 125-143; ID., *Replicas Panormitanas*, IV, cit., 1-45; ID., *Sobre D.12.1.9.1 [Replicas panormitanas V]*, in *Labeo*, 23, 1977, 54-58).

⁴⁶ Benché il von Lübtow abbia dedicato un'opera monografica al mutuo, dal titolo *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht, mit Beiträgen zur Delegation und Novation*, Berlin, 1965, di cui soltanto la prima parte è dedicata al diritto romano, le sue idee innovative in materia sono piuttosto racchiuse nel precedente lavoro dal titolo *Beiträge zur Lehre von der Condictio*, cit.

⁴⁷ O. STANOJEVIĆ, *La «mutui datio»*, cit., 311-326, un'opera senza dubbio preziosa per il suo carattere riepilogativo dei più recenti orientamenti dottrinali, che si intuiscono alla base delle problematiche discusse ma che è però purtroppo macchiata qua e là da qualche grave inesattezza dogmatica (vd., per esempio, proprio in apertura, 311: «les contrats réél sont aujourd'hui les contrats chez lesquels outre l'accord de volontés il est nécessaire que l'une des parties exécute son obligation»); o da qualche evidente errore di citazione della letteratura tedesca (vd., ad esempio, la citazione di Kaser a p. 313 e nt. 5), che, peraltro, non ha mancato di indurre in errore anche qualche illustre studioso della nostra Penisola.

⁴⁸ Cfr. J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962; ID., *Le prêt de consommation en droit romain*, in *Travaux et conférences*, II, Bruxelles, 1963.

co⁴⁹. A quest'ultimo Autore va ascritto il merito sia di aver proposto, seppure come mera «ipotesi di lavoro», l'interessante prospettiva di ricostruire *e contrario* la *causa credendi* del mutuo, reputandola cioè esistente ogni qual volta l'ordinamento non appronti una altra *causa* che consenta all'accipiente di tenere la cosa presso di sé; sia, inoltre, quello di aver avanzato l'idea di una probabile maggiore corrispondenza di un 'mutuo consensuale' alle modalità con cui effettivamente questa operazione economica trova realizzazione nel nostro tempo.

Recentemente, infine, il prestito di consumo ha suscitato interesse in Spagna, con il lavoro di Roset⁵⁰, che per la verità pare segnalarsi soltanto per una ripresa della vecchia tesi di d'Ors della progressiva estensione in via utile della disciplina del mutuo alle altre fattispecie contenute nell'Editto del pretore sotto la rubrica *de rebus creditis*; e di Salazar Revuelta, attenta al profilo della gratuità del rapporto, ma non eccessivamente incisiva dal punto di vista della ricostruzione dogmatica⁵¹.

Infine, sempre per quanto riguarda il contratto di mutuo in diritto romano, l'ultimo cinquantennio del XX secolo ha altresì condotto ad un crescente numero di brevi (seppure a volte molto densi) studi su aspetti particolari di esso che, se possibile, ne esauriscono quasi l'intero spettro di problematicità. Vari sono gli articoli da ricordare.

Così, Feliciano Serrao riprende la vecchia tesi di Viard (vd. *supra*, nt. 39), senza però arrivare agli 'eccessi' di Viard nell'ipotizzare un mutuo senza *conventio*, ma corredandola con una indagine esegetica decisamente più raffinata: egli arriva in tal modo a far rilevare il marcato ruolo da attribuire, nel contratto di mutuo, alla *datio* rispetto alla *conventio*, almeno a giudicare dall'esame dei casi di mutuo concesso dal servo comune⁵². Dal canto suo, Max Kaser⁵³, ha studiato l'immanenza alla *mutui datio*, almeno a partire da Sabino e Cassio, di eventuali accordi di volontà (come quelli sul termine o sul luogo di restituzione); i risultati raggiunti dallo studioso austriaco, poi, sono stati sostanzialmente ribaditi (per la verità senza apparire in qualche punto approfonditi) da Giuseppina Sacconi⁵⁴.

Carlo Alberto Maschi, invece, si è intrattenuto sulla gratuità del contratto di mutuo, arrivando a ravvisare le reali motivazioni di essa non tanto, come

⁴⁹ Cfr. V. GIUFFRÈ, s.v. *Mutuo*, cit., 414-444; ID., *La «datio mutui»*, cit.

⁵⁰ J. ROSET, «Mutui datio» y otros supuestos de «condictio», in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, a cura di J. PARICIO, Madrid, 1994, 225-250.

⁵¹ Cfr. M. SALAZAR REVUELTA, *La gratuidad del mutuum*, cit.

⁵² F. SERRAO, *Sulla «mutui datio»*, cit., 51-87.

⁵³ M. KASER, *Mutuum und stipulatio*, in *Eranion in honorem G. S. Maridakis I*, Athenis, 1963, 155-182 (= in *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1976, 271-300).

⁵⁴ G. SACCONI, «Conventio» e «mutuum», in *Index*, 15, 1987, 423-438.

la dottrina dominante, in ragioni di ordine processuale (cioè nella natura di stretto diritto della *condictio*), ma nel modo stesso in cui le parti realizzano la *datio* (la *traditio*) su cui si fonda il contratto⁵⁵. A mio avviso, però, l'a. non considera adeguatamente il fatto che la nota avversione dei romani verso gli usurari ha certamente contribuito a saldare questa struttura dogmatica del mutuo in chiave di non onerosità: sul punto torno *infra*, p. 27 nt. 19.

Von Lübtow⁵⁶, in aggiunta ai lavori sopra (nt. 46) citati, ha dedicato brevi note al ruolo del *procurator* nel prestito di consumo; mentre Geoffrey MacCormack⁵⁷, nell'affrontare l'annoso problema delle ragioni dogmatiche della originaria concessione di tutela alle fattispecie di prestito di fungibili⁵⁸, ha proposto l'originale teoria della progressiva dotazione di difesa giuridica di una iniziale "donazione con attesa di restituzione".

Infine, Hallebeek⁵⁹, ha esposto una possibile interpretazione di un noto frammento celsino (sulla cd. *condictio iuventiana*); alla quale vanno aggiunte le brevi osservazioni di Watson⁶⁰.

Il resto è storia recente, di contributi che coprono sia particolari periodi nella storia del contratto, come quello di Sandro Angelo Fusco⁶¹, che si occupa essenzialmente del periodo postclassico; sia particolari gruppi di problematiche, come il lavoro di Giuseppe Giliberti⁶² sulle modalità di collocazione del denaro ad interesse; o quelli di Francesco Lucrezi⁶³ e Sara Lon-

⁵⁵ C.A. MASCHI, *La gratuità del mutuo reale classico*, in *Studi in onore di Balladore Pallieri*, Milano, 1973.

⁵⁶ U. VON LÜBTOW, *Die Darlehensgewährung durch den Prokurator*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, Milano, 1971, 149-152; accanto al quale non si può non citare il pure datato contributo di S. SCHLOSSMANN, *Das Darlehen auf fremden Namen*, in *Zeitsch. für das Privat und öff. Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschr.)*, 9, 1882, 505-566, in parte convergente con la prospettiva qui scelta dal von Lübtow.

⁵⁷ Cfr. G. MACCORMACK, *Gift, obligation and the real contracts*, cit., 131-154.

⁵⁸ In questo campo, come è noto, superata la tesi del Pernice, che vedeva la motivazione della tutela del mutuante nell'ingiustificato arricchimento ai suoi danni del mutuatario, si va sempre più affermando la tesi, già di Kaser, secondo la quale si dovrebbe ipotizzare piuttosto una originaria tutela penale della fattispecie; infine, non del tutto abbandonata (e invero a mio avviso decisamente da preferire) può dirsi anche la teoria (d'Ors e, apparentemente, Giuffrè) che fa leva sulla violazione della sacra *fides* come primigenia sanzione di un dovere di restituzione implicito nella dazione stessa dei fungibili, sul punto, vd. anche *infra*, p. 26, nt. 16.

⁵⁹ J. HALLEBEEK, *Some remarks concerning the so-called Condictio Iuventiana (D.12,1,32)*, in *RIDA*, 32, 1985, 247-255.

⁶⁰ A. WATSON, *D.12.1.32 and 'delegatio'*, in *SDHI*, 29, 1963, 285-287.

⁶¹ S.A. FUSCO, «Pecuniam commodare», *Aspetti economici e sociali della disciplina giuridica dei rapporti di credito nel V secolo d.C.*, Perugia, 1980; a cui bisogna aggiungere il contributo, decisamente meno incisivo, di E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*, Valencia, 1992.

⁶² G. GILIBERTI, *Legatum Kalendarii. Mutuo feneratorio e struttura contabile del patrimonio nell'età del principato*, Napoli, 1984.

⁶³ F. LUCREZI, *Il problema del mutuo di denaro erogato dal «filius familias»*, Napoli, 1993;

go⁶⁴ sul regime del *Senatusconsultum Macedonianum*; o, infine, sia le problematiche usuali, ma viste da nuovi e differenti punti di vista, come nella recente monografia di Peter Gröschler, che prende spunto dalle note Tavollette cerate di Pompei ed Ercolano⁶⁵. La voce enciclopedica curata da Anna Maria Giomaro e Morosini è attenta prevalentemente a cogliere, pur sulla base dell'impianto romanistico, profili di riforma nella dottrina attuale civilistica del mutuo⁶⁶, ma nulla di nuovo aggiunge alla ricostruzione storica sopra fatta, mentre un rapido excursus dedica al nostro argomento Andreas Engels⁶⁷.

Al mutuo in tempi recenti ha dedicato attenzione anche Maria Vittoria Bramante, la quale, dopo la tesi di dottorato, si è occupata dei formulari del nostro contratto così come dei mutui in derrate e della *bonitas* della merce da restituire^{67-bis}.

Toccano tangenzialmente le tematiche qui esaminate anche le recentissime ricerche di Stefania Roncati, la quale difende un inquadramento sostanzialmente consensualistico del contratto di mutuo⁶⁸ e soprattutto di Adolfo Wegmann Stockenbrand, del quale, però, non condivido l'opinione per cui ancora per Gaio il *re contrahere* sarebbe inserito in quella opinione 'ampia' di *contractus* (vd. *supra*, nt. 41), entro la quale si raccoglierebbe 'tutto ciò che non è *delictum*'⁶⁹. Il seguito della trattazione renderà chiare le ragioni del dissenso.

ma in proposito vd. anche J.J. DE LOS MOZOS, *Acerca del fin y régimen del Senadoconsulto Macedoniano*, in *AHDE*, 53, 1983, 379-384.

⁶⁴ S. LONGO, *Senatusconsultum Macedonianum. Interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano*, Torino, 2012.

⁶⁵ P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin, 1997.

⁶⁶ A.M. GIOMARO-P. MOROSINI, s.v. *Mutuo nel diritto romano, medioevale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 11, 1994³, 584-610.

⁶⁷ A. ENGELS, *Realverträge: das mutuum*, in *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, a cura di F.J. ANDRÉS SANTOS-C. BALDUS-H. DODEK, München, 2011, 60 ss.

^{67bis} Cfr. M.V. BRAMANTE, *Il formulario dei contratti di mutuo nei documenti della prassi*, in *Fides, Humanitas, Ius. Studii in onore di L. Labruna*, I, a cura di C. CASCIONE e C. MASI, Napoli, 2007, 465-494; EAD., *Il formulario dei contratti di mutuo in lingua greca nell'Egitto di epoca romana*, in *Forme e modi delle lingue e dei testi tecnici antichi*, a cura di R. GRISOLIA e G. MATINO, Napoli, 2012, 31-53; EAD., *A proposito di D.12,1,3 (Pomp. 27 ad Sab.): il mutuo di res fungibiles, il vinum, la bonitas*, in *RIDA*, 63, 2016, 109-142.

⁶⁸ Cfr. S. RONCATI, *Il principio consensualistico nelle vicende del mutuo: da contratto reale a contratto consensuale*, in F. REINOSO BARBERO (a cura di), *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014.

⁶⁹ Cfr. A. WEGMANN STOCKENBRAND, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannte Kategorie der Realverträge im römischen Recht*, Tübingen, 2017; ID., *En torno al carácter (cuasi) contractual de la solutio indebiti en las Instituciones de Gayo*, in *REHJ*, 39, 2017, 85 ss.; ID., *Sobre la noción de contrato en las Instituta de Gayo*, in *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, 34, 2018, 19 ss. (vd. <https://doi.org/10.18601/01234366.n34.02>); ID., *Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo*, in *REHJ*, 40, 2018, 97 ss.; ID. *Causa credendi y obligatio re contracta en las Res Cottidianae*, in *REHJ*, 41, 2019, 87 ss.

Al mutuo oneroso in età giustiniana dedica un breve saggio recentemente anche Giovanni Luchetti⁷⁰, il quale, però, si sofferma prevalentemente sul problema delle *usurae* e dei loro limiti, mentre, infine, recentissime sono le ricerche dello studioso messicano Jorge Mena Brito Paz sulla realtà del mutuo in diritto romano e sulle recenti tendenze, a partire proprio dal diritto messicano, alla sua consensualizzazione⁷¹.

⁷⁰ G. LUCHETTI, *Il prestito di denaro a interesse in età giustiniana*, in *Cultura giuridica e diritto privato*, 2016, 1 ss.

⁷¹ Cfr. J. MENA BRITO PAZ, *Sobre el carácter real y unilateral del mutuo romano clásico*, in *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el Profesor S. Schipani*, Bogotá, 2013, 377 ss.; ID., *Estudio sobre la naturaleza equívoca del contrato de mutuo en el Derecho civil mexicano y algunas consideraciones sobre su naturaleza consensual en el Derecho chino*, in *II Coloquio internacional de estudios chinos y mexicanos. Del diálogo al entendimiento*, Pechino, 2017, 247 ss.

CAPITOLO II

LA GENESI

SOMMARIO: 1. La nascita. – 1.1. Brevi osservazioni sistematiche. – 1.2. Il mutuo non ha storia. – 2. La gratuità: conseguenza obbligata o scelta consapevole? – 3. L'eterogenesi di funzioni: l'espansione di Roma nel Mediterraneo. – 4. L'eterogenesi di funzioni (segue): mutuo per il consumo e mutuo per l'investimento. – 5. Tra realtà e consensualità.

1. *La nascita*

1.1. *Brevi osservazioni sistematiche*

Il mutuo è senz'altro uno dei contratti più importanti nella tradizione romanistica, e, per i romani come per noi, esso costituiva uno strumento fondamentale nella gestione della vita quotidiana. Però, se si leggono le fonti, una prima singolare anomalia balza subito agli occhi. Infatti, tra le fonti giuridiche, questo contratto trova un Titolo specificamente dedicato all'interno delle Istituzioni giustinianee (e prima ancora all'interno delle Istituzioni di Gaio), opera espressamente dedicata alla didattica e che pertanto abbisognava, per la migliore comprensione degli istituti da parte degli studenti, di una certa chiarezza espositiva e di una didascalica schematicità.

Viceversa, all'interno del Digesto (così come anche del *Codex*), che pure contiene Titoli dedicati a tutti gli altri contratti 'tipici'¹, vanamente si cercherebbe un Titolo dedicato al mutuo, la cui trattazione è invece accorpata in un Titolo, D.12,1, dedicato a '*Si certum petetur*', cioè all'istituto della *condictio* e delle ripetizioni. Ciò, come ho cercato di mostrare in altra sede², è coerente con la storia della *condictio* e del 'sistema' che *ab antiquo* intorno

¹ Sono infatti presenti Titoli dedicati a tutti gli altri contratti reali (deposito, comodato e pegno), ai contratti consensuali (compravendita, locazione-conduzione, società e mandato) e alla *stipulatio*. Come è noto, contratti desueti al tempo di Giustiniano sono deliberatamente esclusi dalla trattazione, come è il caso della *fiducia* e dei *nomina transscripticia*.

² Mi riferisco a un saggio dal titolo *Per una protostoria delle ripetizioni*, in corso di stampa.

ad essa crea la giurisprudenza romana: il mutuo, in una sua fase primordiale, non è che una delle cause che giustificano il ricorso all'azione di ripetizione per intimazione, e la *'Aktionrechtlichesdenken'* propria dei giuristi romani ne giustifica la trattazione congiunta dapprima all'interno dell'Editto del pretore, poi nelle grandi opere compilatorie dei giuristi di età severiana³, e da qui anche nella Compilazione giustiniana. E anche quando si concretizza una elaborazione 'positiva' della nozione di contratto⁴, la trattazione giurisprudenziale del tema rimane congiunta a quella delle altre cause di ripetizione (*dationes ob rem; datio ob turpem causam; datio indebiti* ecc.), per una sorta di vischiosità che è ben conosciuta alle fonti romane.

Ciò dimostra, a mio avviso, la estrema risalenza di questo contratto, che affonda le sue radici nella fase più antica dell'esperienza giuridica romana, quando la nitidezza del confine tra i vari istituti non era ancora stata tracciata con nettezza da una giurisprudenza che si trovava ancora nella fase embrionale del suo sviluppo. E anche quando il successivo affinamento delle tecniche giuridiche porta alla compiuta maturazione di istituti diversi, all'interno del quale più opportuna collocazione trovava il mutuo, le modalità di esposizione della materia rivelano l'ancestralità delle origini di questo istituto, e ci parlano delle sue origini quasi come un fossile ritrovato all'interno della roccia.

1.2. *Il mutuo non ha storia*

Per la società romana antica, il prestito si rivelava «una necessità della vita sociale per una intera classe di cittadini»; non senza enfasi, è stato affermato che «il mutuo rimonta ai tempi più remoti del diritto romano»⁵: infatti, pur senza voler sopravvalutare il mito dell'autarchia della società romana arcaica⁶, si deve riconoscere che per una comunità agricolo pasto-

³ Penso soprattutto al libro 26 dell'*ad edictum* di Ulpiano e al libro 28 dell'omonima opera di Paolo.

⁴ Per usare la terminologia di Giuseppe Grosso: vd. p. 40, nt. 19, meglio sul punto.

⁵ Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni*, II², cit., 251, nt. 3, il quale si spingeva ad affermare che per questo il mutuo romano «non ha storia»: nella stessa logica si può leggere l'affermazione di C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, cit., 1 e 6, secondo il quale «più che altro è lo svolgimento generale del sistema contrattuale romano che impone di ritenere che il mutuo abbia avuto una storia». In senso analogo, afferma C.A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum*, cit., 57 che: «la storia del mutuo ci rimane ignota; quella che si racconta abitualmente nei manuali non è che un'invenzione». Sul punto vd. anche *infra*, le ntt. 7 e 8.

⁶ Così vd. P. VEYNE, *Mito e realtà dell'autarchia a Roma*, in *La società romana*, trad. it. di C. DE NONNO, Roma-Bari, 1990, 136 ss. Si rifletta, ad es., sul fatto che il primo trattato romano-cartaginese è (secondo la cronologia varroniana) del 509/508 a.C., e testimonia che a quell'epoca l'economia romana era tutt'altro che esclusivamente chiusa nei ristretti confini del Lazio: cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *In margine al primo trattato tra Roma e Cartagine*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano, 1971, 174 ss.

rale 'chiusa', come era la Roma dell'VIII-VII sec. a.C., il prestito di consumo di sementi o derrate, o anche di piccole somme di denaro doveva essere il fulcro intorno al quale ruotava l'intero sistema economico, anche se di ciò a noi non sono praticamente pervenute tracce⁷. In un tempo in cui la popolazione era dedicata essenzialmente all'agricoltura o alla pastorizia, un periodo caratterizzato da scarsità di mezzi di produzione e da evidente economia di sussistenza, è chiaro come la funzione ricoperta dal nostro contratto fosse importantissima⁸. Infatti, di fronte ad un raccolto andato male per il cattivo tempo, o alla fattoria distrutta dai nemici o dai briganti, era normale ricorrere al prestito di consumo, fidando sulla solidarietà (in qualche modo incarnata dal valore romano della *fides*) dei vicini o dei parenti.

I giuristi romani di epoca più tarda riconoscevano alla base dell'idea del 'prestare qualcosa ad altri' proprio valori come *fides*, *fiducia*, *amicitia*, cioè, sostanzialmente, una fondata aspettativa che colui al quale ho prestato mi restituirà quanto gli ho dato⁹: si tratta di valori che è verosimile supporre si trovassero alla base del mutuo già a partire da questa età. Nasce così il cd. mutuo informale¹⁰, cioè il prestito di consumo, in cui l'*accipiens* acquista la proprietà di quanto datogli, obbligandosi nel contempo a restituire alla scadenza pattuita altrettanto dello stesso genere e qualità¹¹. Alla sua base si

⁷Per una risalenza delle pratiche del prestito di denaro, si può argomentare sia dalle norme che le XII Tavole dettano a proposito del *nexum* (*XII Tab.*, 6,1), sia dalle sanzioni che le stesse prevedevano per il caso del superamento del limite del *fenus unciarum* (*XII Tab.*, 8,18a): entrambe le norme rivelano che nel V sec. a.C. i romani erano giunti a dare delle forme tutto sommato complesse al prestito di fungibili, fino a limitarne perfino gli interessi, recuperando legislativamente delle prassi certamente più antiche: vd. anche *infra*, la nt. seguente.

⁸Sul punto, cfr. V. GIUFFRÈ, *Istituzioni di diritto romano*. Corso, Napoli, 2001, 190, il quale ritiene il mutuo la figura negoziale più rilevante nella vita socio economica dell'antica Roma (ma vd., in senso apparentemente contrario, lo stesso V. GIUFFRÈ, *La «datio mutui»*, cit., 25: «l'abitudine atavica all'autarchia del gruppo familiare o para-familiare rendevano il prestito estremamente raro»).

⁹Ulpiano (III sec. d. C.) riferisce che già un secolo prima il giurista Celso, nello scrivere una introduzione alla Rubrica dell'editto del pretore intitolata alle *Res creditae*, all'interno delle quali veniva trattato il mutuo, affermava (*Ulp. 26 ad ed. D.12,1,1,1*) che: ... *omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur; nam, ut libro primo quaestionum Celso ait, credendi generalis appellatio est* («esso, appunto, comprende tutti i contratti che poniamo in essere rimettendoci all'altrui affidabilità; infatti, come afferma Celso nel libro primo *Delle questioni*, l'espressione 'confidare che qualcosa ci venga restituito' ha un valore generale»: cfr. Iustiniani Augusti *Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, III (12-19), a cura di S. SCHIPANI, Milano, 2007, ad h.l.); cfr. C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 10 ss.

¹⁰Per questa terminologia, vd. per es. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 543.

¹¹Cfr. I.3,14 pr.: *Mutui autem obligatio in his rebus consistit, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata aere argento auro. Quas res aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur*. Lascio qui da parte i prestiti che coin-

colloca la *datio*, cioè la consegna dei fungibili, che vengono usati dal ricevente e restituiti in una quantità equivalente: tale consegna, in qualche modo, come pure è stato affermato, alle origini costituisce essa stessa tutto il contratto¹². Questa preponderanza dell'elemento reale è talmente evidente agli occhi dei giuristi romani, che essi stessi creano per la parola '*mutuum*' una etimologia (*mutuo da 'ex meo tuum fiat'*)¹³ che, seppure palesemente falsa dal punto di vista scientifico¹⁴ (*mutuum*, infatti, come ricorda l'erudito latino Varrone¹⁵, deriva dalla parola greca '*moiton*', che indica l'idea del movimento, cioè del muovere il denaro dall'uno all'altro soggetto), ben rappresenta questa centralità dell'elemento della dazione.

2. La gratuità: conseguenza obbligata o scelta consapevole?

Con ogni verosimiglianza, il mutuatario inadempiente era alle origini sanzionato mediante l'*actio sacramenti in personam*¹⁶, e poi, quando que-

volgevano persone appartenenti a diversi strati sociali, e che verosimilmente erano onerosi e si svolgevano nella forma dell'autopignoramento proprio del *nexum*: sul punto, bibliografia recente in R. CARDILLI, *Plebiscita e leges antiusura. Leges fenebres, ius civile ed indebitamento della plebe. A proposito di Tac., Ann. 6,16,1-2*, in *Diritto@Storia*, 8, 2007. È poi possibile, ma, contro l'autorevole opinione di O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, 34 ss. e ID., *Das nexum in Manzipationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehens*, in *RIDA*, 3, 1974, 137 ss., poco probabile, che già in questo periodo più antico i prestiti fossero coperti esclusivamente dallo schema giuridico della *sponsio*.

¹²F. SERRAO, *Sulla «mutui datio»*, cit., 66 ss.; come è noto, il filone di studi e ricerche in cui si inserisce Serrao è piuttosto risalente (vd. soprattutto Viard, *supra*, p. 16 nt. 39), e si nutre di quell'impostazione 'oggettiva' del contratto, che per lungo tempo ha avuto una certa diffusione negli studi romanistici.

¹³Cfr. *Gai* 3,90 (= con poche non significative varianti, in I. 3,13, pr.): *Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me tibi datum est, ex meo tuum fit*.

¹⁴'Falsa'; 'pseudo-etimologica'; 'fantasiosa' sono solo alcune delle qualificazioni che la dottrina ha riservato ad essa: citazioni puntuali in M.V. BRAMANTE, *Il mutuum nell'esperienza giuridica romana. Linee di studio, profili interpretativi e prassi*, Tesi di dottorato, a.a. 2007-2008, 9. Per una ipotesi sul modo in cui la falsa etimologia sarebbe stata linguisticamente ipotizzata vd. invece C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, Torino, 1008, 52 nt. 11. È bene comunque considerare che la stessa denominazione di '*mutuum*' è tutt'altro che frequente nelle fonti romane, dove si trova più spesso *mutui datio*, proprio ad indicare la centralità nel contratto dell'elemento della dazione: cfr. P.E. VIARD, *La «mutui datio»*, cit.; V. GIUFFRÈ, *La «datio mutui»*, cit.

¹⁵*Varro, De ling. lat.* 5,179: *Si datum quod reddatur, mutuum, quod Siculi μο ... τὸν. Itaque scribit Sophron μο ... τὸν ἀντι μο ... <ἰτον>. Et munus, quod mutuo animo qui sunt dant officii causa*; sul passo si sofferma M.V. BRAMANTE, *Il mutuum*, cit., 12 ss.

¹⁶Chiara sul punto appare la testimonianza di *Gai.* 4,20, in cui il giurista rimanda alla *l.a. sacramenti*, ma anche alla *iudicis postulatio*. Alcuni studiosi, di ambito essenzialmente germanofono, ritengono che la prima sanzione per la mancata restituzione dei fungibili prestati sia stata di tipo furtivo, venendo in tal modo accomunato il mutuatario inadempiente al

sta azione nacque, con la *legis actio per condictioem*, che costituiva l'archetipo della *condictio* formulare, azione di stretto diritto di ampia applicazione, volta alla ripetizione soltanto di quanto dato. Pertanto, il mutuo 'informale' era per i romani un contratto 'naturalmente' gratuito: per la corresponsione di interessi era necessario collegare a esso un altro contratto, la *stipulatio usurarum*, avente ad oggetto esclusivamente le *usurae*¹⁷.

È bene però precisare che la gratuità del mutuo, sebbene legata alle riferite ragioni tecnico-procedurali, era strettamente connessa altresì ad altre e ben più solide motivazioni di ordine etico: le XII Tavole sanzionano pesantemente il *fenerator* che, come ricorda Catone¹⁸, era considerato due volte ladro, andando incontro alla pena del quadruplo, la più grave stabilita dall'ordinamento giuridico romano, pari soltanto a quella prevista a carico del *fur manifestus* e doppia rispetto a quella posta a carico del *fur nec manifestus*¹⁹: la votazione tra il IV e il III sec. a.C. di una legge che puniva

ladro: cfr. M. KASER, *Das altrömische Jus. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, 286 ss. e poi ID., *RP I*, cit., 170 e 531; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio*, cit., 279-281; U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio*, cit., 120 ss. La tesi mi pare però poco persuasiva, a tacer d'altro (è bene ricordare che il mutuario acquistava la proprietà delle cose mutuategli, e, nonostante M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 543, invochi una certa genericità nella costruzione dogmatica del furto in età decemvirale, non è facile immaginare il furto di una cosa propria), perché non spiega in quale momento e perché si sarebbe passati da una sanzione di tipo extracontrattuale a una di tipo contrattuale: cfr. V. GIUFFRÈ, s.v. *Mutuo (storia)*, cit., 414 ss.; e ID., *La «datio mutui»*, cit., 34; sul punto, vd. anche *supra*, p. 20 nt 58.

¹⁷ Cfr., sul punto, dopo J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, cit., 303 ss., soprattutto C.A. MASCHI, *La gratuità del mutuo reale*, cit., 289 ss. Il mutuo oneroso doveva trovare applicazione, già nel periodo più antico, quando ragioni di convenienza sociale guidavano all'abbandono di quella solidarietà che aveva consentito la nascita e la formazione della struttura di questo contratto nella comunità più antica. Nei fatti, la naturale gratuità del mutuo romano venne ampiamente derogata, soprattutto nel periodo tardoclassico, anche a prescindere dal ricorso alla *stipulatio usurarum* e particolarmente con riferimento agli argentarii, per i quali è ragionevole supporre che in età giustiniana la regola fosse la naturale onerosità, cfr., per es., *Nov. 135*, cap. IV ed Ed. 9,5 e 9,7,1 su cui cfr. F. MATTIOLI, *Giustiniano, gli argentarii e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, Bologna, 2019, 125.

¹⁸ Catone viene definito '*asperior in faenore coercendo*' da Liv., 32,27, allorché lo storico patavino narra dell'episodio della cacciata dei *faeneratores* dalla Sardegna ad opera dello stesso Catone, al tempo (siamo nel 198 a.C.) governatore dell'isola: cfr., da ultima, B. STELZENBERGER, *Kapitalmanagement und Kapitaltransfer im Westen des römischen Reiches*, Rahden, 2008, 108 ss.; non è però possibile nascondere che lo stesso Catone finì per praticare quel prestito feneratizio che in linea di principio condannava: cfr. I. SHATZMAN, *Senatorial Wealth and Roman Politics*, Bruxelles, 1975, 75.

¹⁹ Cfr. Cato, *De re rust.*, praef.: *Maiores in legibus posierunt furem dupli condemnari, feneratorum quadrupli*; cfr. anche Tac., *Ann.* 6,16: *Nam primo XII Tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret*: sul passo, vd. da ultimo A. ARNESE, *Usura e modus*, cit., 61 e nt. 214 con lett. In questa sede non interessa tanto la datazione del provvedimento (per una scansione temporale diversa, che collega il limite solo alla *lex Duilia Menenia de unciario faenore* del 357 a.C., vd. Liv. 7,16,1: per un rapido esame della questione, cfr., per la prima opzione, P. CAPONE, *«Unciaria lex»*, Napoli, 2012, 25 ss.; per la seconda, L. SOLIDORO, *Tassi*

con la *manus iniectio* i *fenetores*, legge di cui ci dà testimonianza Gaio, conferma questa prospettiva²⁰.

3. L'eterogenesi di funzioni: l'espansione di Roma nel Mediterraneo

Nel mutuo romano si assiste ad una vera e propria eterogenesi di funzioni, il cui punto di svolta può essere ravvisato nel III secolo a.C.

Nel periodo che va dalla fine della monarchia ai primi secoli della Repubblica, la ricchezza a Roma era sostanzialmente nelle mani di un numero limitato di famiglie, le quali investivano praticamente tutto nella terra, che, grazie soprattutto ad una economia decisamente condizionata dal lavoro degli schiavi, offriva una produzione così fortemente orientata verso l'autoconsumo, da lasciare in secondo piano la possibilità di percepire profitti²¹. Per tali ragioni, quindi, in questo periodo i prestiti erano per la maggior parte diretti all'autoconsumo e alla sussistenza²²: l'inde-

usurari e giurisdizione, in *Diritto@Storia*, 8, 2007, § 3), quanto piuttosto il fatto che la condanna morale degli usurari da parte di Catone segni un netto «distacco della concezione romana da quella moderna»: cfr. R. CARDILLI, *Plebiscita e leges antiusura*, cit., § 3. Pertanto, troppo estremiste mi paiono sul punto le opinioni di J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, cit., 303 ss., e soprattutto di C.A. MASCHI, *La gratuità del mutuo reale*, cit., 289 ss., ma vd. anche l'intervento di G. NICOSIA sulla relazione di U. SANTARELLI, in *Imprenditorialità; e diritto nell'esperienza storica. Erice 22-25 novembre 1988*, a cura di M. MARRONE, Palermo, 1992, 96 ss., i quali, non valutando adeguatamente la prospettiva morale, affermano che il mutuo romano era gratuito solo per ragioni tecniche.

²⁰ Cfr. *Gai.* 4,23: *sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectioem, sed puram, id est non pro iudicato: veluti ... lex Marcia adversus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectioem cum eis ageretur*. La datazione della legge è estremamente incerta: si oscilla tra il 352 e il 196 a.C.: lett. in A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, 94, nt. 80. Una invettiva contro gli usurari si legge anche in Plauto (*Plaut., Curc.* 507, il quale accusa gli usurari di rovinare il genere umano [*lacerare homines*]: cfr. L. SOLIDORO, *Tassi usurari*, cit., § 8), mentre ancora Plinio il Vecchio, nel I sec. d.C., definisce il prestito ad interesse come la *prima origo avaritiae*: cfr. *Plin., Nat. hist.* 33,48.

²¹ Si tratta di questioni molto conosciute e sulle quali esiste sostanzialmente una *communis opinio*: mi limito qui a rimandare a E. LO CASCIO, *La proprietà della terra, i percettori dei prodotti e della rendita*, in *Storia dell'agricoltura italiana*, I, *L'età antica*, 2, *L'età romana*, Firenze, 2002, 259 ss. (= in ID., *Crescita e declino. Studi di storia dell'economia romana*, Roma, 2009, 19 ss.), il quale data al II-I sec. a.C. il passaggio dall'autoconsumo della fattoria al mercato proprio della cd. villa schiavistica.

²² G. SALVIOLI, *Il capitalismo antico (Storia dell'economia romana)*, Bari, 1929, 14-17; F.M. HEICHELHEIM, *Wirtschaftsgeschichte des Altertums von Paläolithikum bis zur Völkerwanderung der Germanen, Slaven und Araber*, Leiden, 1938 cito dalla trad. inglese *An Ancient Economic History from the Paleolithic age to the migrations of the Germanic, Slavic, and Arabic Nations*, III, Leyden, 1970 (1° ed. inglese 1938), 119; PH. LÉVY, *L'économie antique*, Paris, 1981³, cito dalla trad. it. *L'economia antica*, Napoli, 1984, 67. Per quanto la Roma etrusca abbia conosciuto una ricca fioritura dell'artigianato e dell'edilizia, che ha a sua vol-

bitamento delle classi più povere era un problema sociale molto sentito e determinava i tantissimi conflitti, che sono ampiamente testimoniati dalle fonti²³.

Con la fondazione di un vero e proprio «impero mediterraneo»²⁴, i cui prodromi possono riscontrarsi già nelle vittorie contro Cartagine (265-241 e 218-202 a.C.), Roma si apre a traffici e commerci, che prima, nella chiusa città dedita ad agricoltura e pastorizia, erano decisamente più limitati: si tratta di un'epoca in cui nell'Urbe affluiscono schiavi, merci, derrate; si intensificano gli scambi e i commerci, anche transmarini; fiorisce l'impresa e il capitale commerciale appare in continuo aumento. L'Urbe si avvia già da questo momento a diventare il «centro internazionale degli affari»²⁵; nascono e si sviluppano forme di ricchezza nuove e alternative rispetto al mero sfruttamento della terra a scopo di sussistenza²⁶; i commercianti, i mercanti, gli imprenditori, costituiscono la classe finanziariamente più raffinata, e ricorrono di rado all'uso del denaro liquido, potendo contare su strumenti finanziari più avanzati, che limitavano la necessità del ricorso alla moneta²⁷.

ta rafforzato la rete di scambi commerciali (per i quali basti qui il rimando a F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze, 1979, 9-11) è difficile ipotizzare, con L. SOLIDORO, *Tassi usurari*, cit., § 1, che tali traffici trovassero il loro fondamento in denaro preso in prestito. In ogni caso, il sostrato agricolo-pastorale che appare chiaramente riflesso alla base della successiva legislazione decemvirale, sposta decisamente in avanti, verso il III sec. a.C., con l'avvento della moneta coniatata, la diffusione della pratica dei prestiti per l'investimento (vd. *infra*, il paragrafo seguente).

²³ Rilevano qui soprattutto i racconti, famosissimi, di Livio e Dionigi; per le occorrenze, cfr. specialmente L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I, *Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano, 1981, 42 ss. con lett.; A.D. MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti. Forme di remissione del debito dall'antichità all'esperienza europea*, Bologna, 2013, 21 ss.

²⁴ Mutuo la terminologia di F. CARLÀ-A. MARCONE, *Economia e finanza a Roma*, Bologna, 2011, 141.

²⁵ A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1984, 32.

²⁶ Cfr. F. DE MARTINO, *Storia economica*, I, cit., 62 ss. e 125 ss.; A.J. TOYNBEE, *Hannibal's Legacy. The Annibalic War's effects on Roman life*, II, *Rome and Her Neighbours after Hannibal's Exit*, London, 1965 cito dalla trad. it. *L'eredità di Annibale. Le conseguenze della guerra annibalica nella vita romana*, II, *Roma e il Mediterraneo dopo Annibale*, Torino, 1983, 418 ss.; A. DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 31 ss. Interessante appare anche la prospettiva messa in luce da un giovane studioso pisano, il quale ha posto l'accento sulla diffusione della pratica di percepire redditi anche dalla locazione di edifici urbani: cfr. A. GRILLONE, *La gestione immobiliare urbana tra la tarda Repubblica e l'età dei Severi. Profili giuridici*, Torino, 2019.

²⁷ Cfr. D.B. HOLLANDER, *The demand for Money in the Late Roman Republic*, in *The Monetary Systems of the Greek and Romans*, a cura di W.V. HARRIS, Oxford, 2008.

4. *L'eterogenesi di funzioni (segue): mutuo per il consumo e mutuo per l'investimento*

In questo periodo, e conseguentemente al succedersi degli eventi come sopra ricostruiti, anche la funzione del contratto di mutuo muta radicalmente. Le imprese hanno bisogno di sempre maggiori capitali, così che il ricorso al credito diventa la normale fonte di finanziamento dell'azienda. È nel vero, quindi, chi si batte per il riconoscimento di una funzione importante anche per il 'credito all'investimento' nelle società antiche²⁸, affermando che «una cultura del debito era ampiamente diffusa presso la classe dirigente romana e il sistema creditizio diffuso e ampiamente utilizzato»²⁹.

La natura del presente lavoro, dedicato a indagare essenzialmente la natura dogmatica del mutuo nell'antica Roma e nel sistema giuridico da essa fondato, non consente di ricostruire con maggiori dettagli questo processo, al quale, peraltro, sto dedicando un apposito contributo di prossima pubblicazione nella rivista *RIDA*. Per quanto qui, rileva, è bene sottolineare che certamente continua a sussistere il cd. mutuo 'povero', quello cioè che i più deboli economicamente continuavano ad assumere per la sussistenza: in questo tipo di operazioni economiche, il nostro contratto continua a servire essenzialmente per la risoluzione di problemi contingenti della vita, dalla sussistenza all'appagamento di bisogni ultranei, ma sempre improduttivi di reddito. Ma accanto a questa tipologia di prestiti, se ne affianca rapidamente un'altra, legata al nuovo impulso che l'economia romana andava ricevendo a seguito della riferita espansione militare e del conseguente sviluppo commerciale. Ai semplici 'prestatori di denaro', che concedono in prestito denaro loro proprio, si affiancano dei banchieri di professione, che ricevono depositi ed erogano prestiti, sul modello dei moderni istituti di credito: i primi, si limitano a trasferire il proprio potere di acquisto a terzi; i secondi, invece, creano nuovo potere di acquisto, i cui riflessi saranno più che evidenti soprat-

²⁸ Cfr. J. ANDREAU, *Le financières romains entre la ville et la campagne*, in *L'Origine des richesses dépensées dans la ville antique. Actes du Colloque organisé à Aix en Provence, les 11 et 12 Mai 1984*, a cura di PH. LEVEAU, Aix en Provence, 1985 (= in ID., *Patrimoine échanges et prêts d'argent: l'économie romaine*, Roma, 1997, 85 ss.); E. LO CASCIO, *Introduzione, in Credito e moneta*, cit., 5 ss.; A. TCHERNIA, *Les Romains et le commerce*, Naples, 2011 (versione inglese *The Romans and the Trade*, Oxford, 2016) 48 ss. e 175 ss.; H.W. PLEKET, *Urban Elites and Business in the Greek part of the Roman Empire*, in *Trade in Ancient Economy*, a cura di P. GARNSEY-K.HOPKINS-C.R.WHITTAKER, Berkeley and Los Angeles, 1983, 138; S. VON REDEN, *Money in Classical Antiquity*, New York, 2010, 92 ss.

²⁹ Cfr. F. CARLÀ-A. MARCONE, *Economia e finanza*, cit., 136; sul punto. cfr. anche C. ROLLINGER, *Solvendi sunt nummi. Die Schuldenkultur der späten römischen Republik im Spiegel der Schriften Ciceros*, Berlin, 2009, 11 ss.

tutto nel periodo immediatamente seguente a quello qui considerato³⁰.

Il mutuo, come vari altri 'istituti commerciali' dell'antichità romana, pressato da necessità pratiche nuove, viene destinato «all'adempimento di sempre più vaste e frequenti funzioni»³¹. Accantonato il semplice prestito di denaro diretto al consumo, la nuova funzione del mutuo, orientata verso l'investimento, incoraggiò rapidamente il diffondersi di più complesse operazioni commerciali, come l'intermediazione creditizia³², la cessione dei crediti, i prestiti alle città³³ o le attività più complesse degli *argentarii* o dei *coactores argentarii*, i quali anticipavano per conto dei loro clienti i prezzi nelle *auktiones* pubbliche e private e compivano altre complesse operazioni commerciali³⁴.

Il mutuo, riconosciuto così come un contratto *iuris gentium*, e come tale aperto anche ai *peregrini*, conobbe una fioritura, che giocò un ruolo fondamentale nel tentativo di affrancazione dalla dogmatica delle sue origini. Le imprese romane racimolavano i capitali necessari per la loro attività attraverso il ricorso al credito e attraverso la creazione di banche o imprese di banchieri; queste utilizzavano strumenti raffinati (lettere di cambio, trasferimenti di denaro; forme di assicurazione del capitale ecc.), che nulla hanno da invidiare alle moderne attività bancarie³⁵, ma che non

³⁰ Per una analisi economica del diffondersi del credito tra la fine della Repubblica e i primi secoli del principato, ma con scaturigini nel periodo qui considerato, vd. P. TEMIN, *Intermediation in the Early Roman Empire*, in *Journal of Economic History*, 64, 2004, 705 ss.

³¹ Prendo in prestito qui la terminologia di E. ALBERTARIO, *Istituti commerciali del diritto romano*, in *Atti dell'Ist. Naz. delle Ass.ni*, cito da *Studi di diritto romano*, VI, *Saggi critici e studi vari*, Milano, 1953, 261 ss.; vd. anche L. LABRUNA, *Il diritto mercantile dei romani e l'espansionismo*, in *Le strade del potere. Maiestas populi romani, imperium, coercitio, commercium*, a cura di A. CORBINO, Catania, 1994, 120 ss. (= in *Matrici romanistiche del diritto attuale*, Napoli, 1999, 29 ss.; = ID., *Römisches Marktrecht und Expansionspolitik*, in *Collatio iuris romani. Études dédiés à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, I, Amsterdam, 1995, 227 s.).

³² Per es. dall'epistolario ciceroniano (cfr., ad es., Cic. ad Att., 6,2,3) si vince il ruolo di intermediazione creditizia svolto da Cluvio e Vestorio, i quali erano legati ai migliori commercianti di Pozzuoli, a cui procuravano il denaro di cui essi necessitavano per i loro affari: J. ANDREAU, *Banking and Business in the Roman World*, Cambridge, 1999, cito dalla versione francese *Banque et affaires dans le monde romain. IV^e siècle av. J.-C. – III^e siècle ap. J.-C.*, s.l., 2001, 36, il quale (42 ss.) sottolinea come il ruolo di tali intermediatori fosse strutturalmente diverso da quello dei banchieri, non operando i primi una raccolta del risparmio, propria di questi ultimi.

³³ Cfr. J. ANDREAU, *Banque et affaires*, cit., 40 s.

³⁴ Per fonti e bibliografia su questo complesso di attività mi sia consentito rinviare a P. CERAMI-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2010³, 109 ss.

³⁵ Sul punto, oltre alla nt. precedente, cfr. soprattutto A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana II sec. a.C. – metà del III sec. d.C.*, Napoli, 1991; ID., *Prime riflessioni su banca e interessi nell'esperienza romana*, in *Atti del Congresso "L'usura*

necessariamente sottostanno al requisito della dazione per la nascita del vincolo³⁶.

5. Tra realtà e consensualità

In questo mutato contesto socio-economico, l'atto negoziale diretto al prestito (soprattutto) di denaro ruota ancora intorno al concetto della *fides* (affidamento), e lo schema della realtà per il mutuo non appare messo in dubbio da nessuna fonte³⁷. Però, è evidente che, divenuto il mutuo un contratto commerciale, da un lato, si sente l'esigenza di corroborare l'obbligo alla restituzione con elementi ultronei rispetto alla vincolatività della mera dazione, elementi che garantiscano in maniera più incisiva il prestatore sulla eventualità della restituzione di quanto prestato³⁸; dall'altro lato, si assiste al tentativo di elaborare modelli dogmatici che superino i limiti costituiti dalla dazione stessa per la produzione degli effetti (obbligatori) del contratto di mutuo, sforzandosi anzi, in qualche modo, di aggirarne la stessa necessità ai fini della conclusione di una operazione finanziaria, che comunque rimane, nella sua sostanza, un prestito di denaro³⁹. Ciò, ovviamente, soprattutto, ma non solo, ai fini di poter percepire gli interessi in via meno mediata, e di aggirarne le limitazioni.

Le fonti giurisprudenziali sul punto appaiono essere così attraversate da una avvertibile tensione tra la teorizzazione della realtà del mutuo, che mantiene fermo, con forza, il requisito della consegna della cosa ai fini della produzione dell'effetto obbligatorio, da un lato, e la ricerca continua di nuovi e possibili schemi giuridici in grado di aggirarla, dall'altro lato. Sempre partendo dai dati offerti dalle fonti, i romani, come detto,

ieri e oggi", a cura di S. TAFARO, Bari, 1997; ID., *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002.

³⁶ Cfr. G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, I, Roma, 1999, 181 s.

³⁷ Nessun giurista romano ha mai dubitato, dal punto di vista dogmatico, dell'inquadramento del mutuo tra i contratti reali: di «nocciolo duro della realtà quale elemento indefettibile e sintomatico dell'esistenza del contratto» parla M.V. BRAMANTE, *Il mutuum*, cit., 5.

³⁸ Cfr. sul punto soprattutto A. D'ORS, *Re et verbis*, cit., 281; ma poi vd. anche A. CASTREJANA, *La estipulación*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, a cura di J. PARICIO, Madrid, 1994, 442: «la *mutui datio* non satisfacía, como es sabido, las necesidades del comercio internacional que desarrolla Roma, a gran escala, a lo largo de buena parte de la República». Del resto, nessuna banca oggi (ma anche nessun privato mutuante) presterebbe del denaro come operazione commerciale senza avvalersi degli opportuni strumenti che garantiscano in qualche modo la restituzione.

³⁹ Il punto di appoggio per queste costruzioni giuridiche è costituito, per i giuristi romani, soprattutto dall'astrattezza della *stipulatio*: cfr. M. KASER, «*Mutuum*» und «*stipulatio*», cit., 155 ss. (= 271 ss.).

non giungono mai ad ammettere espressamente l'esistenza di un mutuo consensuale, ma procedono attraverso una sempre maggiore valorizzazione del momento volontaristico nel rapporto, che fa sì che il mero accordo di mutuo, spesso rivestito di diverse vesti formali, non sia del tutto irrilevante. Sul punto mi sono ampiamente soffermato in altre sedi, ciò che mi consente qui di procedere schematicamente, limitandomi a sottolineare quelli che a mio avviso costituiscono gli snodi fondamentali del processo sopra delineato.

CAPITOLO III

LA STRUTTURA

SOMMARIO: 1. L'inquadramento dogmatico del mutuo nelle fonti romane. – 1.1. Considerazioni introduttive. – 1.2. La rilevanza della *conventio* per la determinazione di elementi accessori del mutuo (ad es. il termine per la restituzione o il *locus solutio-nis*, ecc.). – 1.2.1. L'accordo sul luogo dell'adempimento. – 1.2.2. L'accordo sul tempo dell'adempimento. – 1.2.3. L'accordo sulla quantità da restituire. – 2. La *traditio brevi manu* e la *delegatio solvendi*. – 2.1. La volontà indirizza l'obbligazione restitutoria: la *datio* compiuta a nome altrui (cd. '*Anweisungsdarlehen*'). – 2.2. La *delegatio solvendi*. – 3. La 'conversione' in mutuo di un originario deposito. – 3.1. Mutuo e deposito irregolare. – 3.2. Mutuo e deposito nella prima scuola proculiana: D.12,1,9,9 e la 'trasformazione' del deposito in mutuo. – 3.3. Mutuo e deposito nella scuola sabiniana: Sabino. – 3.4. Mutuo e deposito nella scuola sabiniana (segue): Giuliano e Africano. – 3.5. Mutuo e deposito nella giurisprudenza severiana: la condizione '*si voluisses, uteris*'. – 3.6. Mutuo e deposito nella giurisprudenza severiana (segue): il *permissum uti* non condizionato. – 3.7. Mutuo e deposito nella giurisprudenza severiana: D.16,3,24 e la *commendatio* di cento *nummi*. – 3.7.1. *Pap. 9 quaest.* D.16,3,24. – 3.7.2. La ricostruzione del testo. – 3.7.3. Il ragionamento del giurista e i suoi riflessi sulla dialettica deposito-mutuo. – 3.8. Mutuo e deposito irregolare: considerazioni riepilogative. – 4. La 'conversione' in mutuo di una somma dovuta in base a mandato. – 5. Il cd. *contractus mohatrae*. – 6. I *mutua cum stipulatione*: lo '*Stipulationsdarlehen*'. – 6.1. La diffusione degli '*Stipulationsdarlehen*'. – 6.2. Le ragioni della diffusione degli '*Stipulationsdarlehen*'. – 6.3. L'utilità pratica e la struttura dogmatica degli '*Stipulationsdarlehen*': le fonti principali. – 6.4. L'utilità pratica (segue): le altre fonti. – 6.4.1. D.12,1,9,4-7 e la *datio ob causam*. – 6.4.2. C.2,18,(19),9. – 6.4.3. D.45,1,126,2. – 6.4.3.1. Il testo. – 6.4.3.2. La frase '*plane-obligatione*'. – 6.4.3.3. Una possibile soluzione. – 6.4.4. C.4,2,14. – 7. La *non numerata pecunia*: verso la costituzione di una promessa di mutuo. – 7.1. *Stipulatio* e *numeratio*. – 7.2. *Paul. 5 ad Plaut.* D.12,1,30. – 7.2.1. Il testo. – 7.2.2. La lettura deformante della dottrina in chiave di promessa di mutuo. – 7.2.3. D.12,1,30 non prova l'esistenza di una promessa di mutuo in diritto romano. La *stipulatio* di restituzione come tappa non vincolante nel processo di conclusione del mutuo reale. – 8. La promessa di mutuo nelle fonti romane. – 8.1. Le fonti letterarie. – 8.2. Le fonti giuridiche: D. 45,1,68 e la cd. *stipulatio de mutuo dando*. – 8.2.1. La testimonianza della fonte. – 8.2.2. L'impossibilità di una condanna a pagare la somma oggetto del mutuo e la condanna al risarcimento del danno del promittente inadempiente.

1. L'inquadramento dogmatico del mutuo nelle fonti romane

1.1. Considerazioni introduttive

Da sempre i giuristi romani hanno inquadrato il contratto di mutuo tra i contratti reali: ciò risulta evidente da una lettura, anche superficiale, delle Istituzioni di Gaio o di Giustiniano, o dello stesso Digesto¹, dove la realtà del mutuo è da essi affermata e difesa a varie riprese; a questo proposito, si suole citare, a mo' di brocardo, una emblematica affermazione di Africano, conservata in *Afr.*, 8 *quaest.* D. 17, 1, 34 pr., che, seppure enunciata ad altri scopi e con altri intenti, ben esemplifica il discorso che stiamo qui svolgendo: *'nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse'*².

Questo inquadramento non è mai stato revocato in dubbio dalla dottrina romanistica, sia specialistica³, sia manualistica⁴.

In verità, *ab antiquo*, il mutuo era inserito in un ampio concetto di *re contrahere*, in cui la *traditio* della *res* che faceva sorgere l'obbligazione costituiva, in quanto 'elemento obbligante', non solo il fondamento di essa, ma anche la misura della sua estensione, commisurandosi ad essa l'obbligo di restituzione⁵.

¹ Cfr.: *Gai.* 3,89 con cui, sul punto coincide I.3,13,3: *re contrahitur obligatio velut mutui datione*; D.12,1,2,1 (*Paul.* 27 *ad ed.*): *Mutui datio consistit in his rebus quae pondere numero mensura consistunt; quoniam eorum datione possumus in creditum ire ...; appellata est autem mutui datione ab eo, quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio*; vd. anche D.12,1,3 con cui cfr. di recente V. BRAMANTE, *A proposito di D. 12,1,3 cit.*, 109 ss.

² Anche C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, XII, Erlangen, 1809 (cito dalla trad. it. a cura di C. BERTOLLINI, *Commentario alle Pandette*, XII, Milano, 1901, § 779, 14) cita il *dictum* come esemplificativo di un modello giuridico. Nel passo, il giurista adrianeo, nel negare la riconducibilità all'interno del mutuo della fattispecie in cui un procuratore, avendo esatto dei crediti del *dominus negotii*, comunica a quest'ultimo di voler trattenerne a mutuo la somma incassata, afferma testualmente, nel motivare la propria decisione: *'alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse'*.

³ Cfr., per non citare che le più rilevanti tra le opere specificamente dedicate al tema, in tempi da noi non troppo lontani, P.H.E. HÜSCHKE, *Darlehen*, cit.; P.E. VIARD, *La «mutui datio»*, cit.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, cit.; ID., s.v. *Mutuo*, in *NNDI*, 10, 1964, 1048 s.; F. SERRAO, *Sulla «mutui datio»*, cit., 51 ss.; O. STANOJEVIĆ, *La «mutui datio»*, cit., 311 ss.; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., partic. 140 ss.; E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo*, cit.; J. ROSET, *«Mutui datio»*, cit., 227 ss.; M. SALAZAR REVUELTA, *La gratuidad del mutuum*, cit.; J. BYOUNG-HO, *Darlehensvaluation im römischen Recht*, Göttingen, 2002. Per un differente inquadramento, è bene ricordare come già U. VON LÜBTOW, *Darlehensbegriff*, cit., 21 ss. avesse segnalato un progressivo indebolimento del ruolo della *datio* come frutto dell'elaborazione dei giuristi romani a partire dal II sec. d.C. mentre una vera e propria voce distonica rispetto al coro ricordato appare quella di V. GIUFFRÈ, s.v. *Mutuo*, cit., 414 ss.; e ID., *La "datio mutui"*, cit., che coglie evidenti profili di consensualità nel contratto di mutuo romano.

⁴ Cfr. ad es. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 539 ss.

⁵ Sul punto, mi sia consentito il rinvio a quanto dico in A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei classici alle conditiones giustinianee*, Milano, 2002, *passim* e, più in dettaglio, nel saggio in corso di stampa in *Minima Epigraphica et Papirologica*.

Con l'individuazione di un nucleo 'contrattuale' all'interno di questo antico *re obligari*, si venivano anche precisando le dinamiche interne della *mutui datio*, che da sempre mettevano in relazione i due elementi della *conventio* e della *traditio*.

Un importante salto di qualità nella storia di questo contratto si ha con lo sviluppo dei traffici commerciali, che avvenne a Roma intorno al III sec. a. C., quando il mutuo, riconosciuto ormai come un contratto '*iuris gentium*', e come tale aperto anche agli stranieri (*peregrini*), diventa uno degli istituti giuridici maggiormente praticati dai mercanti e per questo maggiormente discussi dai giuristi⁶.

Da un lato, esso era sanzionato da un'azione di stretto diritto, la *condictio*, volta alla ripetizione di quanto dato: pertanto il mutuo, per ragioni essenzialmente tecnico-procedurali (a cui si univano le ragioni di carattere etico sopra ricordate⁷) era per i romani un contratto essenzialmente gratuito. Però è assurdo pensare che i prestatori di denaro concedessero i loro capitali senza pretendere degli interessi come corrispettivo: per questo i romani avevano ideato un meccanismo di 'aggiramento' della rigidità della *condictio*, collegando al mutuo reale fondato sulla *datio* un altro contratto, avente ad oggetto esclusivamente gli interessi, la *stipulatio usurarum*⁸.

Dall'altro lato, una costruzione così elementare del mutuo, tutta schiacciata nel senso detto sulla *traditio* (intesa come fondamento e misura dell'obbligazione contratta), se può forse corrispondere alle esigenze di una società essenzialmente agricolo-pastorale, non è più in grado di soddisfare le esigenze di una società già relativamente articolata e complessa, come doveva essere quella romana già a partire dal II-I sec. a.C.: sicuramente i mutui romani erano più complessi di quanto si pensi ragionando solo in astratto, perché altrimenti dovremmo ammettere che nessun prestatore romano percepiva interessi, né fissava dei termini esatti per la restituzione, né richiedeva prove della *datio* effettuata o garanzie sui mutui erogati ecc.⁹

⁶ Il mutuo, ad es., ricorre molto frequentemente nelle commedie di Plauto (III sec. a.C.); sulla valenza giuridica di queste ultime, vd. E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890 (rist. Roma, 1968); e, di recente, P. LEITNER, *Die plautinischen Komödien als Quellen des römischen Rechts*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. CANTARELLA e L. GAGLIARDI, Milano, 2007, 69 ss.

⁷ Ma vd. meglio *supra*, p. 27 nt. 19.

⁸ Un mero patto costituito tra le parti a tale scopo sarebbe rimasto privo di effetti: cfr. ad es. P.S. 2,14,1: *Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit nullius est momenti*.

⁹ Cfr. A. D'ORS, *Re et verbis*, cit., 281; ma poi, sulla complessità dell'economia romana della media Repubblica, cfr. anche F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, II, Firenze, 1980, 497 ss.; J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain: les métiers de manieurs d'argent (IV^e siècle av. J.C. – III^e siècle ap. J.C.)*, Roma, 1987; ID., *Banque et affaires*, cit., 100 ss.; A. CASTRESANA, *La estipulación*, cit., 442. Sul punto, vd. anche *supra*, p. 32 nt. 38. Per l'opposto e più antico inquadramento, che, per dir così, analizza il dato giuridico astraendo da quello socio-economico e di realtà, vd. invece J. MICHEL, *Gratuité en droit ro-*

La verità è che il mutuo incarna il prototipo delle operazioni commerciali e finanziarie, che mai o quasi mai adottano in maniera per così dire 'pura' gli schemi che la dottrina giuridica per essi propone, adattandosi invece, con un singolare sincretismo, alle molteplici sfaccettature della vita concreta.

In questo campo, del resto, dobbiamo ritenere ormai superata sia la ricostruzione, risalente al Goldschmith, secondo il quale il ricorso al credito sarebbe stato sostanzialmente inconsistente nella Roma del cd. 'primo impero'¹⁰, sia la vecchia impostazione 'finleyana', che riteneva esistente il credito nel mondo antico solo nella forma di 'credito al consumo'¹¹, aderendo invece, confortati sia dai numerosi ritrovamenti epigrafici¹², sia dalle dottrine storico-economiche (che lentamente vanno muovendo proprio nella direzione indicata)¹³, a quella costruzione che rivendica un ruolo importante anche per il 'credito all'investimento' nelle società antiche.

Del resto, anche a voler lasciare da parte i documenti della pratica commerciale, frutto di fortunosi quanto preziosi ritrovamenti, la cui analisi non intendo affrontare in questa occasione, ma che comunque testimoniano della relativa complessità delle operazioni di prestito, le stesse fonti giurisprudenziali¹⁴ sul punto appaiono essere attraversate da una avvertibile tensione tra la teorizzazione della realtà del mutuo, che mantiene fermo, con forza, il requisito della consegna dei fungibili per la pro-

main, cit., 103 ss.; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 104 ss. e 338 ss.; ID., *La gratuità del mutuo reale*, cit., 289 ss.; S.A. FUSCO, *Pecuniam commodare*, cit.

¹⁰ Cfr. R.W. GOLDSCHMITH, *Premodern Financial Systems. A Historical Comparative Study*, Cambridge, 1987 (trad. it. *Sistemi finanziari premoderni. Uno studio storico comparativo*, Bari, 1990); sul punto vd. anche con la stessa impostazione P. CIOCCA, *Moneta e credito nella Roma del primo impero*, in *Atti Acc. Cost.*, 12, 1998, 25 ss.

¹¹ Cfr. M.I. FINLEY, *The Ancient Economy*, Berkeley-Los Angeles-London, 1973, 141 ss. e 196 ss., il quale non cambia la sua posizione né nella seconda edizione del 1985, né nella edizione aggiornata del 1999, da cui cito; A.H.M. JONES, *The Roman Economy. Studies in Ancient Economic and Administrative History*, a cura di P.A. BRUNT, Oxford, 1974, 187 s.

¹² Per non citare che un solo esempio, peraltro rilevante ai nostri fini, vd. la complessa operazione di finanziamento, descritta nei tre documenti conservati in *TPSulp.* 53, 46 e 79 (cfr. G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, I, cit., 181 ss.), con cui tra il 13 ed il 15 marzo del 40 d.C. il banchiere *Sulpicius Faustus* eroga al *mercator frumentarius L. Marius Iucundus* un mutuo pignoratizio di 20.000 sesterzi, con cui il mutuatario acquista una partita di grano (peraltro costituendola in pegno per il mutuo stesso), per rivenderla e restituire il capitale con il ricavato dalla vendita; sul punto, interessanti considerazioni si leggono in G. CAMODECA, *Il credito negli archivi campani: il caso di Puteoli e di Herculaneum*, in *Credito e moneta*, cit., 80 ss.; vd. anche la nt. seguente.

¹³ Cfr. S. VON REDEN, *Money in the Ancient Economy: A Survey of Recent Research*, in *Klio*, 84, 2002, 141 ss. (particolarmente 168, con diverse precisazioni); E. LO CASCIO, *Introduzione*, in *Credito e moneta*, cit., 5 ss. con ampi rimandi bibliografici, a cui adde i contributi di V. GIUFFRÈ, *Il 'mercato comune' nel IV secolo a.C. Il credito e la "Lex Silia"*, in *Credito e moneta*, cit., 33 ss.; e di G. CAMODECA, *Il credito negli archivi campani*, cit., 80 ss.

¹⁴ Con ciò non si vuole teorizzare alcun ordine di importanza tra le due serie di fonti, ma solo dare conto di una scelta di mera contingente opportunità.

duzione degli effetti del nostro contratto, da un lato, e la ricerca continua di nuovi e possibili schemi giuridici in grado di aggirare questa, che veniva valutata come una sovrastrutturante complessità, dall'altro lato.

I giuristi romani, infatti, a volte appoggiandosi in maniera forte alla astrattezza della *stipulatio*¹⁵, a volte lavorando invece, per così dire, 'dall'interno', estendendo fin dove possibile la portata della *traditio*, sforzandosi anzi, in qualche modo, di aggirarne la stessa necessità ai fini della conclusione di una operazione finanziaria che potremmo definire di prestito, mostrano di conoscere in campo creditizio fattispecie più complesse della semplice consegna accompagnata dall'accordo di restituire il *tantundem*, finendo così per aggirare in qualche modo il requisito stesso della realtà, a cui pure in astratto essi non rinunciano mai¹⁶.

Già la Pandettistica, in ossequio allo schema al tempo dominante del negozio giuridico, che poneva in primo piano nella gestione dei rapporti giuridici soprattutto la volontà, aveva tentato di legittimare con una presunta ampia diffusione nelle fonti romane lo schema di un 'Vorvertrag' di mutuo¹⁷, così come quello della promessa di mutuo, o addirittura ha creduto di riconoscere il ricorrere di profili consensuali in questo contratto, ricavando tali risultati dall'analisi di alcuni passi che, trattando altre tematiche (come ad esempio il pegno collegato ad un mutuo futuro, o la *stipulatio* di restituzione di un mutuo non ancora erogato, la cd. *non numerata pecunia*)¹⁸, coinvolgono altresì problematiche attinenti alla struttura dogmatica del nostro contratto. In realtà, vedremo come questi passi non autorizzino una simile conclusione, per quanto senza dubbio attestino di uno spostamento del centro focale del mutuo più verso il momento della *conventio* che non verso quello della *datio*: ma la *datio* rimane pur sempre necessaria ai fini della nascita dell'obbligazione di restituzione. Vedremo invece, in conclusione di questa indagine (vd., in particolare, *infra*, pp. 145

¹⁵Sul punto, vd. l'analisi compiuta da M. KASER, «*Mutuum*» und «*stipulatio*», cit., 155 ss. (= 271 ss.), rispetto al quale nulla appare aggiungere G. SACCONI, «*Conventio*» e «*mutuum*», cit., 423 ss.

¹⁶Per questo non mi sento assolutamente di condividere l'impostazione, di A. TORRENT, *Usurae supra legitimum modum. Del edicto de Lucullo a los Severos*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VIII, Milano, 2007, 255 ss., il quale pensa che ancora in età classica esistesse una diffusa pratica di percezione delle *usurae* (financo *ultra modum*) in violazione al noto obbligo di dedurle formalmente in una *stipulatio*, ciò che avrebbe consentito di aggirare sotto vari aspetti il profilo della realtà del contratto.

¹⁷Cfr., ad es., H. DEGENKOLB, *Zur Lehre der Vorvertrag*, originariamente pubblicato in *Fünfzigjährigen Jubiläum Dr. Fritz*, io cito da *Archiv für die Civilistische Praxis*, 71, 1887, 43 ss. e ID., *Neue Beiträge zur Lehre der Vorvertrag*, *ibidem*, 63 s.; J. KOHLER, *Darlehen und Vorvertrag*, in *Annalen der badische Gerichte* 41, 1875, ora in *Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht*, Mannheim, 1883, 44 ss.; K. ADLER, *Realcontract und Vorvertrag*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen un deutschen Privatrechts (Jhering's Jahrbücher)*, 31, 1892, 190 ss. Sul punto vd. anche *infra*, pp. 134 ss.

¹⁸Sul punto mi sono soffermato in A. SACCOCCIO, *Mutuo reale, accordo di mutuo*, cit., 345 ss.

ss.) che una vera e propria promessa di mutuo, formalizzata con la veste giuridica della *stipulatio*, è attestata nelle fonti giuridiche soltanto in un passo di Paolo (D.45,1,68), che stranamente la dottrina sopra ricordata, così come la dottrina che si è occupata in maniera specialistica del mutuo, tendono a passare sotto silenzio.

1.2. *La rilevanza della conventio per la determinazione di elementi accessori del mutuo (ad es. il termine per la restituzione o il locus solutionis, ecc.)*

1.2.1. *L'accordo sul luogo dell'adempimento*

Dalle fonti a noi pervenute, traspare in maniera abbastanza nettamente percepibile che, nella dialettica *traditio-consensus* all'interno del mutuo, alle origini una netta prevalenza era accordata alla *res*, nella quale si identificava l'elemento vincolante.

Agli studi di Giuseppe Grosso risale infatti la ricostruzione del 'sistema' romano dei contratti come formato dall'unione di un elemento obbligante (*res, verba, litteris*) con il consenso, a formare quella che questo a. chiama la 'determinazione positiva' del contenuto del contratto¹⁹.

Non che il mutuo abbia attraversato una fase in cui il consenso era ir-rilevante, ma è solo che nell'originario concetto di '*re obligari*', la *res*, in quanto elemento obbligante, era da sola in grado di giustificare la nascita di una obbligazione, come nel caso del furto, del pagamento dell'indebitato, o nelle cd. *dationes ob causam*, e quindi, conseguentemente, a maggior ragione era in grado di farlo quando fosse accompagnata dal consenso²⁰. Così si giustificano, a mio avviso, quelle fonti in cui sembra

¹⁹Per il ruolo fondamentale rivestito dal Grosso nel far uscire la tematica del contratto dalle pastoie in cui era ingabbiata nella prima metà del secolo passato, vd. il mio scritto A. SACCOCCIO, *Dal 'Sistema romano dei contratti'*, cit. Ovviamente, per molti aspetti i risultati al tempo raggiunti dal Grosso non sono più attuali: vd. almeno 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*, I, Torino, 1992; II, Torino, 1995; A. BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *Labeo*, 38, 1992, 200 ss.; ID., *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, in *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1988; ID., *Panoramica del contratto nelle dottrine della giurisprudenza romana*, in *Fides, humanitas, ius. Studii in onore di L. Labruna*, I, a cura di C. CASCIONE e C. MASI, Napoli, 2007, 565 ss., che costituisce l'introduzione alla raccolta di saggi sulla stessa tematica; ID., *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, a cui però sono da aggiungere i più recenti C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del sunallagma di Aristone*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni*, I, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2007, 3 ss.; R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*, in *Studi Labruna*, cit. III, 1954 ss.; e ID., *'Contrahere' in Labeone*, in *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de M. Humbert*, a cura di E. CHEVREAU, Paris, 2012, 311 ss.; R. MARINI, *Contrarius consensus*, Padova, 2017.

²⁰Mi pare utile rimandare a quanto sul punto osservavo già nel mio A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., particolarmente 98 ss.

che i giuristi mettano in secondo piano la *conventio* rispetto al ricorrere della *datio*, senza dover necessariamente costruire una struttura anomala dell'istituto del contratto nel mondo romano.

Ben presto, però, nella riflessione dei giuristi romani in tema di mutuo la *conventio* conquista un importante spazio vitale, fino a determinare la portata stessa dell'obbligazione che sorge dalla *datio*, anche oltre l'espressione di un generale *animus obligandi*. Possiamo partire dal considerare come nelle operazioni creditizie la *conventio* risulta giocare un ruolo non secondario ai fini della determinazione del termine della restituzione di quanto prestato, così come anche del *locus solutionis*²¹.

Certamente attestata risulta la possibilità di individuare convenzionalmente il *locus solutionis* di un mutuo, formalizzando tale accordo in una *stipulatio*.

D.45,1,122 pr. (Scaev. 28 dig.)

*Qui Romae mutuam pecuniam acceperat solvendam in longinqua provincia per menses tres eamque ibi dari stipulanti spondisset, post paucos dies Romae testato creditori dixit paratum se esse Romae eam numerare detracta ea summa, quam creditorum usurarum nomine dederat. Quaesitum est, cum in integrum summam, qua stipulatione obligatus est, optulerit, an eo loco, in quo solvenda promissa est, sua die integra peti posset. Respondit posse stipulatorem sua die ibi, ubi solvendam stipulatus est, petere*²².

²¹ Certamente al tema del *locus solutionis* è stato dedicato scarso interesse sia dai giuristi romani, sia dalla dottrina; in una linea di prima approssimazione, possiamo affermare che non fosse consentito al debitore, in presenza di una apposita stipulazione in merito, adempiere in un luogo diverso da quello pattuito *invito stipulatore* (cfr. *Ulp. 47 ad Sab. D.13,4,9*, per cui vd. *infra*, p. 44 nt. 32); al contrario, se nulla era stato previsto dalle parti, in caso di fungibili il *locus solutionis* si identificava con il *locus petitionis* (*ibi dari debet ubi petitur*: è ragionevole supporre che in tali casi si adempisse o nel *locus contractae obligationis* [così S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, I, Napoli, 1935², 107 e 110 s.] oppure al *domicilium debitoris* [cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, Berlin, 1849, 231, nt. V; M. TALAMANCA, *Giuliano, L. 53 «Digestorum», D.46.1.16.1 ed il «locus solutionis» nella «stipulatio»*, in *Études offertes à J. Macqueron*, Aix-en-Provence, s.d. [ma 1970], 629 ss.); in caso di immobili, invece, la prestazione doveva essere eseguita nel *locus rei sitae* (*ibi dari debet ubi est*): cfr. soprattutto *Lic. Ruf., 4 reg. D.5,1,38* (ma vd. anche *Iul., 4 ex Min. D.12,1,22; Gai., 9 ad ed. prov. D.13,3,4; Ulp., 22 ad Sab. D.30,47,1; Pomp., 5 ad Sab. D.33,1,1*) e in generale M. KASER, *RP I*, cit., 638 s., e poi specialmente S. SOLAZZI, *L'estinzione*, I, cit., 108 s.; F. AMARELLI, *Locus solutionis. Contributo alla teoria del luogo dell'adempimento in diritto romano*, Milano, 1984, soprattutto 49 ss. (pur con gli evidenti limiti di questo lavoro).

²² «Colui che ha ricevuto a Roma denaro da restituirsi in una provincia lontana in tre rate mensili e abbia promesso con stipulazione di restituirlo in quel luogo, dopo pochi giorni disse a Roma al creditore, davanti a testimoni, di essere pronto ad adempiere a Roma, detratta la somma che aveva dato al creditore a titolo di interessi. Fu posto il quesito se, poiché egli aveva offerto per intero la somma per la quale si era obbligato con stipulazione, il creditore avesse potuto chiedere giudizialmente l'intero, rispettando le scadenze, in quel luogo, dove era stato promesso l'adempimento. Il giurista rispose che il creditore da stipulazione poteva chiedere, rispettando le scadenze, nel luogo dove si era promesso con stipulazione l'adempimento».

Un tale aveva ricevuto del denaro in mutuo a Roma, con l'accordo di restituirlo in tre rate²³ in una località lontana e ad un certo tasso di interesse²⁴; dopo pochi giorni, egli, davanti a testimoni, si dichiara pronto a restituire la somma immediatamente e a Roma, in un'unica rata, ma dedotto l'ammontare degli interessi già pagati in anticipo.

Si chiede al giurista se, qualora il debitore offra di pagare a Roma l'intera somma promessa con stipulazione, il creditore possa rifiutare la somma, e chiederla *in provincia* alle singole scadenze originariamente pattuite e, ovviamente, tenendo altresì fermo il tasso di interesse concordato²⁵.

Il verbo *'dederat'* usato nella prima parte del passo permette la fondata supposizione che tali interessi erano stati anticipatamente calcolati e dovevano essere pagati a rate mensili, di cui, evidentemente, la prima rata (o forse addirittura l'intero ammontare) era già stata versata (*detracta ea summa, quam creditori usurarum nomine dederat*)²⁶.

In tal modo, però, risulta un evidente cortocircuito con la seconda parte del passo, laddove si afferma che il debitore abbia offerto l'intera somma promessa in stipulazione (*cum in integrum summam, qua stipulatione obligatus est, optulerit*)²⁷. Ora, poiché è evidentemente illogico che il debitore prometta di restituire la somma senza defalcare gli interessi (già pagati) di quel periodo nel quale non ha goduto del denaro, mi pare una buona soluzione accogliere la

²³ O dopo tre mesi, se, accettando la lezione della *Vulgata*, si legge *'post'* invece di *'per'*.

²⁴ Sul modo di computare gli interessi, cfr. P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden*, cit., 157 s., il quale definisce il metodo qui descritto metodo dell'«accrescimento» (*'Disagio'*), che egli distingue dal metodo della «capitalizzazione degli interessi» (*'Kapitalisierung der Zinsen'*), in cui di norma il tasso è più basso, perché si paga solo sulla somma effettivamente numerata (nel primo caso, invece, il computo avviene su un ammontare più alto di quello concretamente ricevuto a mutuo). Per una possibile applicazione pratica, vd. R. LAURENDI, *Mutuuum cum pactum adiactum e nuovi formulari contrattuali in una tabella cerata londinese*, in *Iuris Antiqui Historia. An International Journal on Ancient Law*, 9, 2017, 75 ss.

²⁵ Anche questo appare un punto tutt'altro che chiaro; l'espressione *sua die*, infatti, può essere interpretata tanto nel senso indicato nel testo, quanto nel significato di «alla prima scadenza», come fa Gotofredo (cfr. *ad h.l.* nt. 42 cito dall'ed. Lipsiae, 1720: *id est primo mense*): in tal caso, però, si ribalta completamente il senso del passo, perché Scevola avrebbe sostanzialmente ammesso la decadenza dal beneficio della rateizzazione per il debitore che offra l'intero, ancorché in un luogo diverso da quello pattuito: tale interpretazione sembra irragionevole o, quantomeno, eccessivamente dura per il debitore.

²⁶ Cfr., in questo senso, anche J.G. WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: die Konditionen des C. Sulpicius Cinnamus*, in *SDHI*, 45, 1979, 170; G. CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpicii*, I, Napoli, 1992, 176, nt. 37; L. SOLIDORO, *Sulla disciplina degli interessi*, cit., 573, nt. 18, la quale parla di «interessi computati e aggiunti al capitale prestato»; C. VITTORIA, *Le «usurae usurarum» convenzionali e l'ordine pubblico economico a Roma*, in *Labeo*, 49, 2003, 310 s., la quale, fondandosi su *Plut.*, *de vit aere alieno* 5, sostiene essere questa una prassi di origine ellenistica.

²⁷ Infatti, già la Glossa notava come questa parte del testo fosse oscura, perché *'in integrum'* (o *'integram'*, secondo la *Vulgata*) avrebbe generato una contraddizione con la deduzione degli interessi (*deducta ea summa* ecc.) sopra menzionata: vd. *gl. integram ad h.l.*

proposta di Mommsen, che emenda l'espressione '*in integrum*' in '*nec integrum*': il debitore, cioè, offre al creditore di pagare a Roma, in un'unica soluzione, non l'intera somma promessa in stipulazione, ma solo quanto residua delle dotte le *usurae versate*²⁸.

Il giurista risponde che il creditore ha diritto di pretendere l'intera somma promessa (*integra*), alla scadenza concordata (*sua die*) e nel luogo concordato (*eo loco, in quo solvenda promissa est*)²⁹.

Al di là del contenuto sostanziale della *quaestio* e della risposta, che qui interessano marginalmente, di cui la ricostruzione sopra offerta rappresenta soltanto una ipotesi (sebbene a mio avviso molto probabile), il passo mostra a livello applicativo l'uso di fissare con *stipulatio* il *locus solutionis* (*ibi dari stipulanti spondisset*) dei mutui pecuniari, così come anche, verosimilmente, le scadenze dei singoli pagamenti. Ed è interessante notare la sottolineatura del giurista, che tiene fermo il contenuto della determinazione assunta con la *stipulatio* stessa: un semplice *pactum* non sortirebbe evidentemente lo stesso effetto.

Della *conventio loci* in caso di mutuo pecuniario si occupa anche un brevissimo testo di Pomponio, conservato in D.13,4,6.

D.13,4,6 (*Pomp., 22 ad Sab.*)
*[actio arbitraria competit si]*³⁰ *aut mutua pecunia sic data fuerit, ut certo loco reddatur*³¹.

Da Pomponio apprendiamo che veniva concessa l'*actio arbitraria* (cd. *actio de eo quod certo loco*) per un caso di *mutua pecunia* da restituire in un luogo convenzionalmente individuato.

²⁸ Ovviamente a me questa pare la lettura più ragionevole del passo, e così la intendeva già Gotofredo; al contrario, Cuiacio pensava che il senso del passo fosse che il creditore, in forza della stipulazione, avrebbe potuto chiedere solo la prima *pensio*, ma il debitore, offrendosi di pagare l'intero a Roma, rinuncia al beneficio della rateizzazione (in cambio della possibilità di pagare a Roma e non in provincia), così che lo stipulante può chiedere l'intero. Per altre e più complesse ipotesi vd. la gl. *obtulerit ad h.l.*

²⁹ Ancora impreciso F. AMARELLI, *Locus solutionis*, cit., 51, il quale afferma: «come il debitore non può, prima del tempo stabilito, essere convenuto in provincia dal creditore per il pagamento dell'intera somma, così il creditore, spiega Scevola, non può essere costretto a ricevere il denaro», laddove andrebbe chiarito che il creditore non può essere costretto a ricevere il denaro a Roma, se ne abbia pattuito la restituzione in provincia, e prima del termine (evidentemente senza corrispondere i relativi interessi), se ne sia stato pattuito uno.

³⁰ Dal punto di vista sintattico, i compilatori hanno collegato questo § a quello precedente (*Paul., 28 ad ed. D.13,4,5: Si heres a testatore iussus sit certo loco quid dare, arbitraria actio competit*), che gli fornisce il soggetto grammaticale (*arbitraria actio competit*): cfr. G. SACCONI, «*Conventio*» e «*mutuum*», cit., 425; F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco. Studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Milano, 2009, 306.

³¹ «Oppure nel caso in cui sia stato dato denaro a mutuo con la clausola che venisse restituito in un determinato luogo»: trad. it. *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, III, cit., 89.

Il caso considerato è evidentemente quello di una operazione finanziaria avente i caratteri di una certa complessità, in cui un tale assume un mutuo in un certo luogo (supponiamo: a Roma), impegnandosi contestualmente a restituirlo in un luogo diverso concordato (supponiamo: ad Efeso). In tali casi, il debitore era tenuto ad adempiere la prestazione nel luogo convenuto³² (nell'esempio fatto: Efeso), però al creditore, per prevenire possibili abusi da parte del debitore³³, era lecito convenirlo in un luogo diverso (ovviamente, sempre facendo salvi i criteri previsti in materia di competenza; nell'esempio fatto: Roma), avvalendosi proprio dell'Editto *de eo quod certo loco*.

La possibilità di agire con la cd. *actio de eo quod certo loco dari oportet*³⁴ nasce in relazione alle *stipulationes* di dare una somma di denaro in un certo luogo (ad es.: *'Ephesi dari spondes?'*), in quanto la *condictio*, azione di stretto diritto, non consentiva in nessun caso di adeguare il tenore della *condemnatio* al fatto che non si adempisse nel luogo convenuto³⁵: la *condemnatio*, proprio gra-

³² Cfr. Ulp. 47 ad Sab. D.13,4,9: *Is qui certo loco dare promittit nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest*, dove, ovviamente, si fa salva la facoltà del creditore di accettare l'adempimento in un luogo diverso da quello convenuto (si può argomentare dall'*invito stipulatore*). Sul luogo dell'adempimento vd. quanto detto sopra, p. 41 nt. 21.

³³ Il creditore, infatti, per lo *ius civile* poteva chiedere l'adempimento soltanto nel luogo concordato, pena la *pluris petitio loci*; in tal modo, il debitore, dal momento che il processo romano non poteva svolgersi in contumacia, avrebbe potuto fraudolentemente frustrare l'iniziativa del creditore semplicemente non recandosi mai nel luogo convenuto; spiegano bene il meccanismo Gai. 9 ad ed. prov. D.13,4,1: *sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promississet, numquam accederet (...), non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare*; e Par. Teof. 4,6,33c: (cito dalla trad. di C. FERRINI): *... ita a te sum stipulatus: 'Ephesi C aureos mihi dare spondes?' ... sed cum ita fieret, ut ego a te nunquam petere possem, cum nunquam Ephesi esses (neque enim Ephesi petere poteram, cum ibi nunquam inveniendus esses, neque extra Ephesum, ne in plus petitionem inciderem), ideo praetor hanc intentionem proposuit*; l'introduzione della *clausola arbitraria* con la *commemoratio loci* risolve entrambi i problemi; sul punto, vd. anche C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIII, trad. it. di G. LEONI, Milano, 1906, § 845, 74; B. BIONDI, *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, in *AUPA*, 1, 1916, 24; S. SOLAZZI, *L'estinzione*, I, cit., 107; A. ARNESE, *Usura e modus*, cit., 70 ss.

³⁴ L'opinione tradizionale identifica con questo nome un'azione, che le fonti chiamano piuttosto *actio arbitraria*, con cui il pretore avrebbe sostituito la *condictio certae creditae pecuniae* ogni qual volta la determinazione di un *locus solutionis* avrebbe fatto correre all'attore il rischio o di una *pluris petitio loci* o di vedere frustrato il proprio diritto (vd. nt. precedente).

³⁵ Già G. NOODT, *Commentarius in D. Iust. sacr. princ. libros XXVII Dig. sive Pand., ad h.l., in Opera Omnia*, II, Coloniae Agrippinae, 1732, 247 ss. pensava che l'*actio* (per lui *condictio*) *de eo quod certo loco* fosse sorta inizialmente per la *stipulatio*, e fosse poi stata estesa a mutuo, testamento, *constitutum* ecc.; sul punto cfr. anche E. TREPTOW, *Zur Lehre von der actio de eo quod certo loco*, Hache, 1875, secondo il quale la *condictio certi* è la madre dell'*a.d.e.q.c.l.*; G. LEONI, *Prima appendice del traduttore al § 845* nella trad. it. di Glück, cit., 80; A. DUMAS, *L'action «de eo quod certo loco dari oportet» en droit classique*, in *NRHDFE*, 34, 1910, 618 ss. Per questo, non certo casuale appare, da questo punto di vista, la vicinanza di questa azione alla *condictio* sia nell'Editto del pretore, sotto il titolo *'De rebus creditis'* (vd. O. LENEL, *Das E-*

zie alla clausola arbitraria prevista in questo editto, diventava così *'incerta'*, permettendo quindi al giudice di valutare anche questo tipo di interesse (*utilitas*)³⁶.

In sostanza, se il creditore di una somma *'certa'* di denaro agiva nel luogo convenuto (o nel luogo indicato dal testatore in caso di legato), le fonti in nostro possesso dicono che egli agiva *'pure'*, cioè esperiva la formula (qualunque fosse la struttura dell'azione intentata: vd. *infra*, ntt. 38 e 40) senza necessità di aggiungervi alcunché. Se, invece, per i motivi sopra ricordati, decideva di agire *'alibi'*, servendosi della cd. *actio de eo quod certo loco* per evitare il rischio della *pluris petitio loci*, doveva far inserire nell'*intentio* della formula la *commemora-*

dictum perpetuum. *Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig. 1927³, rist. Aalen, 1985, XVII e § 96 240 ss.), sia nel Digesto (D.12,1-13,3 e D.13,4). Al di là di alcune differenze nella ricostruzione di questa azione, lo stretto legame palinogenetico esistente tra *condictio* e *actio de eo quod certo loco* si trova ribadito, oltre che dagli aa. sopra cit., ad es. anche da B. BIONDI, *Sulla dottrina romana*, cit., 24 ss.; ID., *Di nuovo sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, in *BIDR*, 26, 1933, 5 ss.; F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco*, cit., 140 ss. e 306 ss. Ormai superata deve ritenersi la vecchia tesi di M. CONRAT (COHN), *Die sogenannte actio de eo quod certo loco. Eine Untersuchung aus dem römischen Recht*, Berlin, 1877 (rist. Aalen, 1969), 129 ss., il quale pensava ad una *formula in factum concepta*. Al contrario, l'ipotesi di C.F. GLÜCK, *Pandette*, XIII, cit., § 846, 128, secondo il quale si sarebbe trattato più che di un'azione autonoma, di una sorta di *qualitas adiecta* dell'azione principale (la *condictio*), che veniva aggiunta in via utile ad essa, è stata ripresa successivamente da V. ARANGIO-RUIZ, *Studii formularii*, I, *De eo quod certo loco dari oportet*, in *BIDR*, 25, 1913, 130 ss., il quale riteneva che l'*actio de eo quod certo loco* fosse creazione giustiniana, e che i classici avessero usato per questi fini la stessa *condictio*, però con una *intentio* adattata grazie all'*adiectio loci*.

³⁶ L'*actio de eo quod certo loco dari oportet* richiamava espressamente l'*arbitrium* del giudice (qualunque cosa ciò volesse significare), ciò che gli conferiva ampi poteri di stimare *quemadmodum actori satisfieri oporteat*: cfr. I.4,6,31. In realtà, le fonti chiariscono come la pattuizione del *locus solutionis* poteva essere in funzione tanto dell'*utilitas* dell'attore, quanto del convenuto: cfr. *Ulp.*, 27 *ad ed.* D.13,4,2 pr.: *arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, maioris pecuniae fiat* (nello stesso senso vd. anche il § 8 dello stesso fr.). In dottrina, accanto a chi pensa che tale azione fosse nata per valutare l'interesse del creditore a ricevere il pagamento nel luogo pattuito, così che la *condemnatio* dovesse essere maggiorata del relativo ammontare (cfr. già C.F. GLÜCK, *Pandette*, XIII, cit. [trad. G. LEONI], § 846, 137, ma poi soprattutto, dopo Beseler, V. ARANGIO-RUIZ, *Studii formularii*, I, cit., 130 ss., il quale, negando la classicità dell'*actio de eo quod certo loco*, riteneva che i giuristi classici avessero tenuto presente esclusivamente l'interesse dell'attore ad essere pagato nel luogo concordato, e mai quello corrispondente del convenuto), si trova anche l'opinione (più convincente, in quanto conforme pure a I.4,6,33c) di quanti ritengono che la *utilitas* in gioco fosse invece quella del convenuto, per il quale, qualora gli fosse stato richiesto di adempiere in un luogo diverso da quello convenuto, la *condemnatio* sarebbe stata necessariamente inferiore all'effettivo importo del credito (così vd. O. LENEL, *Zum Ediktum perpetuum*, in *ZSS RA*, 37, 1916, 121 ss.; ID., *Das edictum perpetuum*³, cit., § 96, 243; B. BIONDI, *Sulla dottrina romana*, cit., 24 ss.; ID., *Di nuovo sulla dottrina romana*, cit., 1933, 5 ss.; D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht der Schadenersatz*, Köln-Graz, 1962, 264, a giudizio dei quali [seppure seguendo ricostruzioni testuali non concordi e non senza differenze tra loro] sarebbe stato Giuliano [Lenel] o addirittura i bizantini [Biondi] ad introdurre la valutazione a questi fini anche dell'interesse dell'attore: questa ricostruzione, però, presenta la debolezza di dover supporre il rimaneggiamento di alcuni dei passi in cui viene evocata la tutela dell'interesse del creditore).

*tio loci*³⁷, e nella *condemnatio* il pretore invitava il giudice, conferendogli a tale proposito un piuttosto ampio *arbitrium*³⁸, a valutare in qualche modo la lesione all'*utilitas* che potesse derivare ad una delle due parti dal fatto che l'adempimento si verificasse in un luogo diverso da quello previsto.

Al contrario, il ricorso all'editto *de eo quod certo loco dari oportet* era espressamente escluso per le pretese fondate su *iudicia bonae fidei*³⁹, evidentemente perché la buona fede consentiva di per sé di estendere la discrezionalità del giudice sia alla *aestimatio*, sia all'*id quod interest*, senza dover ricorrere a clausole aggiuntive all'interno della formula.

Discorso in parte diverso deve farsi per le *stipulationes* di dare cose diverse dal denaro, perché sia l'*actio ex stipulatu* che la *condictio certae rei* avevano già la *condemnatio incerta* (al *quanti ea res erit*), dovendo il giudice stimare il valore dell'oggetto dovuto, e quindi appare dubbio che l'attore dovesse essere costretto anche in questi casi ad agire con l'*actio arbitraria*⁴⁰.

³⁷ Cfr. *Gai.* 4,53c: *Loco plus petitur, veluti si quod certo loco dari promissum est, id alio loco sine commemoratione eius loci petatur, velut si quis ita stipulatus fuerit 'Ephesi dare spondes?', deinde Romae pure intendat 'sibi dare oportere'*. Cfr. anche l'identico I.4,6,33c.

³⁸ Si trattava, cioè, di un'azione 'arbitraria' non nel senso tecnico di questa espressione, ma nel senso che il giudice, accertata la fondatezza della pretesa attoria, ordinava al convenuto di prestare una stipulazione di garanzia, con la quale questi si impegnava a pagare nel luogo convenzionalmente determinato: se questi obbediva, lo assolveva; se non obbediva, lo condannava secondo le modalità sopra viste, cioè tenendo conto dell'*utilitas*: cfr. *Ulp.* 27 ad ed. D.13,4,4,1 *Interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda ubi promissa est. Quid enim si ibi vel oblata pecunia actori dicatur vel deposita vel ex facili solvenda? Nonne debet interdum absolvere? In summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est*. In questo senso, vd. G. SACCONI, *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977, 139 ss. È appena il caso di precisare che in caso di pagamento nel luogo convenuto l'attore non poteva in nessun modo pretendere nulla di più di quanto dovutogli, se non per mora o per stipulazione aggiuntiva: cfr. il pr. del passo sopra cit. (D.13,4,4 pr.): *Quod si Ephesi petetur, ipsa sola summa petetur nec amplius quid, nisi si quid esset stipulatus, vel si temporis utilitas intervenit*.

³⁹ Cfr. soprattutto *Paul.* 28 ad ed. D.13,4,7 pr.-1: pr. *In bonae fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex empto vel vendito vel depositi actio competit, non arbitraria actio; 1. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit; ma vd. pure, ad es., Ulp., 28 ad ed. D.13,6,5 pr.: Si ut certo loco vel tempore reddatur commodatum convenit, officio iudicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat; sul punto cfr. anche C.F. GLÜCK, *Pandette*, XIII, cit., § 845, 74.*

⁴⁰ In realtà il punto è tutt'altro che incontrovertito. Infatti, da un lato in dottrina non sono mancati quanti hanno ritenuto che per le pretese aventi ad oggetto una *certa res* diversa dal denaro si dovesse comunque agire con l'*actio de eo quod certo loco*: così vd. B. BIONDI, *Sulla dottrina romana*, cit., 35 ss.; S. SOLAZZI, *L'estinzione*, I², cit., 107 e nt. 1; F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco*, cit., 94 ss., la quale reputa che la *condemnatio al quanti ea res est* non comprendesse necessariamente una valutazione dell'utilità contenuta nell'adempimento in un luogo diverso da quello convenuto, ipotizzando che a ciò in realtà il giudice potesse arrivare soltanto grazie all'*arbitrium* permessogli dall'editto qui in considerazione. D'altra parte, anche tra quanti ritengono che per le pretese sorte in base a una *stipulatio certae rei* non fosse necessaria l'*actio de e.q.c.l.*, ma bastasse la *condemnatio incerta della condictio certae rei* (modificata con la *adiectio loci nell'intentio*) non c'è accordo né sull'estensione applicativa

Dal passo, quindi, per quanto qui di rilievo, possiamo facilmente desumere come anche in caso di mutuo reale l'accordo sul luogo di restituzione entrasse pienamente a far parte del programma contrattuale delle parti, e in linea di principio non potesse essere disatteso in sede di adempimento⁴¹: incorrerebbe infatti in *pluris petitio loci* il creditore che chiedesse *alibi*, cioè non rispettando il luogo convenuto, mentre la possibilità di fruire dell'*edictum 'de eo quod certo loco dari oportet'*, inserendo la *commemoratio loci*, era concessa al solo scopo di evitare frodi da parte dei debitori.

In questo caso, l'espressione usata dal giurista (*sic dare, ut certo loco reddetur*) non consente di aderire alla corrente impostazione dottrinarica che reputa anche in questo caso formalizzato in una *stipulatio* l'accordo sul luogo di adempimento; al contrario, la formulazione, più che un *pactum adiectum* ad un originale mutuo (*obligatio re contracta*)⁴², sembra voler piuttosto indicare un particolare orientamento, convenzionalmente determinato, della *traditio* costitutiva del mutuo stesso, che è strutturata in modo tale (*sic ut*) da comprendere al suo interno anche il luogo, convenzionalmente determinato, dove dovrà avvenire la restituzione.

della *condictio certae rei* in tali casi (ad es. O. LENEL, nella seconda edizione del suo *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1883, 235, nt. 1, pensava che l'*actio certae rei* con *condemnatio incerta* si applicasse solo nel caso in cui la pattuizione del luogo si trovasse in una convenzione accessoria, mentre se essa apparteneva al contenuto essenziale dell'obbligazione si dovesse usare l'*actio arbitraria* [cd. *de eo quod certo loco*]; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901 [rist. Goldbach, 1997], 1366 pensava l'esatto contrario [ciò che induce lo stesso Lenel a stemperare la sua ricostruzione nella terza ed. cit. dell'Editto, § 96, 241, nt. 6]), né sulla possibile struttura di una tale *condemnatio*, reputando ad esempio taluni che essa fosse diretta al *quantum interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi* (così O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., § 96, 242 ss.), altri, invece, più semplicemente al *quanti ea res est/erit* (cfr., oltre a A. DUMAS, *L'action «de eo quod certo loco»*, cit., 660 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Studii formulari*, I, cit., 130 ss., per il quale, come abbiamo visto *supra*, nt. 36, i classici non avrebbero conosciuto l'*actio arbitraria*, A.M. CONRAT [COHN], *Die sogenannte actio de eo quod certo loco*, cit., 194 ss.; G. BESELER, *Das Edictum de eo quod certo loco*, Leipzig, 1907, 48 ss.; Id., *Romanistische Studien*, in *TR*, 8, 1928, 327; P. BERETTA, *Le formule in 'id quod interest'*, in *SDHI*, 3, 1937, 432 s., secondo il quale non si tratterebbe di un'azione nuova, ma soltanto della *condictio certae rei* o della *condictio certae creditae pecuniae* modificate con l'inserimento del *locus solutionis* nell'*intentio*, per quanto riguarda la prima azione, e con la *condemnatio* al *quanti ea res erit*, in aggiunta alla prima modifica, per quanto riguarda la seconda azione; D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 263 ss.; per quest'ultima soluzione si pronunciano successivamente anche G. SACCONI, *La «pluris petitio»*, cit., 136 ss.; EAD., «Conventio» e «mutuum», cit., 424, nt. 6; B. PERIÑÁN, *Forum debitoris y locus solutionis*, in *SDHI*, 68, 2001, 322 ss.).

⁴¹ G. SACCONI, «Conventio» e «mutuum», cit., 425 parla di una pattuizione che diviene «elemento integrante del contratto e relativo quindi al modo di essere dell'*obligatio*»; in senso difforme, cioè per la non vincolatività dell'accordo sul *locus solutionis*, vd. invece F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco*, cit., 307 s., sul presupposto, però, della non afferenza del passo al tema dell'*actio de eo quod certo loco* nel pensiero di Pomponio.

⁴² Vd. A. DUMAS, *L'action «de eo quod certo loco»*, cit., 668, il quale nota come i poteri del giudice nell'*actio de eo quod certo loco* si avvicinano a quelli che lo stesso ha nelle azioni di buona fede.

Lo schema della realtà del mutuo non risulta così intaccato. Il passo, però, pone bene in evidenza il fatto che la considerazione della dazione come costituente una *'res obligata'* (cioè come 'fondamento' e 'misura' dell'obbligazione dell'accipiente) si rivelava tutto sommato inadatta, di per sé sola, a comprendere in sé alcune operazioni finanziarie che le parti intendessero porre in essere. La *conventio*, infatti, poteva influire sull'obbligazione restitutoria al di là di quanto determinato semplicemente sulla base della *traditio*, aggiungendo l'elemento *'locus'* alla *datio* originariamente posta in essere. Si assiste quindi al principio dell'abbandono della vecchia impostazione del mutuo, come costituito in sé essenzialmente dalla sola dazione, in funzione di una costruzione più moderna, in cui l'elemento volitivo entra a far parte, in modo netto, dello schema negoziale, in una funzione decisamente ultronea e più permeante della espressione di una mera volontà di obbligarsi.

Del resto, nelle fonti del II-III sec. d.C., oltre a Pomponio, troviamo altre tracce della possibilità di convenire espressamente (sempre senza il necessario ricorso alla *stipulatio*) un luogo di restituzione per il mutuo: possiamo ricordare a tale proposito almeno un rescritto della cancelleria imperiale del tempo di Diocleziano.

C.4,2,9 (*Impp. Diocl. et Max. AA et Cc. Alexandro a. 293*)

*Cum te in Gallia cum Syntropho certum auri pondus itemque numeratam pecuniam mutuo dedisse, ut Romae solveretur, precibus adseveras, aditus competens iudex, si duos reos stipulandi vel re pro solido tibi quaesitam actionem sive ab heredibus Syntrophi procuratorem te factum animadverterit, totum debitum alioquin quod dedisti solum restitui tibi iubebit*⁴³.

La *quaestio* posta alla cancelleria dell'imperatore Diocleziano è la seguente: un certo Alessandro, insieme ad un tale Sintrofo, avevano concesso in mutuo in Gallia una certa quantità di oro ad un terzo, che non viene nominativamente indicato, oltre ad una somma in contanti, che avevano concordato dovesse essere loro restituita a Roma; morto Sintrofo, Alessandro domanda all'imperatore se può chiedere giudizialmente l'intero⁴⁴. L'imperatore gli risponde che può farlo solo in tre casi, cioè se ci sia stata una *stipulatio* che li abbia costituiti entrambi come creditori solidali; se ci

⁴³ «Dal momento che nella tua istanza asserisci che tu, trovandoti in Gallia con Sintrofo, hai dato <a taluno> a mutuo dell'oro di un certo peso e del denaro contante da restituirti a Roma, il giudice competente a cui ti presenterai esaminerà la questione e se risconterà che siete stati costituiti come creditori solidali in base a stipulazione o l'azione risulti a te acquisita per mezzo di una dazione solidale, o che tu sia stato costituito come procuratore dagli eredi di Sintrofo, ordinerà che ti sia restituito l'intero; altrimenti, che ti venga restituita soltanto la parte che avevi dato».

⁴⁴ Dal momento che l'imperatore richiama il *'iudex competens'* (cioè il giudice di Roma), l'azione non può essere l'*actio de eo quod certo loco*, ma deve per forza di cose essere la *condictio*: cfr. F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco*, cit., 72 s.

sia stata una dazione che in qualche modo li abbia resi tali; se gli eredi di Sintrofo lo abbiano costituito *procurator ad litem*. In caso contrario, egli potrà chiedere solo l'ammontare che aveva dato⁴⁵.

Mentre le ipotesi della *stipulatio* e del *procurator ad litem* non risultano difficili da comprendere, non appare invece agevole prospettarsi come possa in concreto avvenire la richiamata *datio pro solido* (che dobbiamo intendere celsarsi dietro l'espressione '*re pro solido tibi quaesitam actionem*') al punto che per lungo tempo questa parte è stata ritenuta interpolata⁴⁶ o frutto di una particolare impostazione dei giuristi tardo-classici⁴⁷.

In ogni caso, contrariamente ad Anja Steiner⁴⁸, non penso che ciò possa essere avvenuto per mezzo di un servo comune, perché proprio il passo citato dall'a. (*Ulp. 26 ad ed. D.12,1,13,2*⁴⁹) dimostra che in tal caso in diritto romano in capo ad ogni comproprietario nasceva una obbligazione *pro parte* e non solidale: meglio avrebbe fatto l'a. a citare il notissimo D.45,3,1,2, in cui sembra che Giuliano voglia accordare la *condictio* soltanto al *dominus* proprietario esclusivo del peculio dal quale il *servus communis* concede il mutuo⁵⁰. In ogni caso, però, anche in D.45,3,1,2 mi pare che l'attribuzione della *condictio* per l'intero a uno solo dei due *socii* possa meglio spiegarsi con il ricorrere nella fattispecie di uno *Stipulationsdarlehen*, che fosse da solo in grado di giustificare la nascita di due azioni (una *condictio* per il proprietario del denaro, una *actio ex stipulatu* [peraltro paralizzabile in via di *exceptio*] per lo stipulante)⁵¹. È evidente, però, che anche quest'ultimo passo escluda il ricorrere di una obbligazione solidale a seguito di una dazione.

Non sembra neanche percorribile la via di immaginare che i due mutuanti

⁴⁵ Il caso, a partire dalla errata traduzione che ne viene offerta, è del tutto mal compreso da S. CONNOLLY, *Lives behind the Laws. The World of the Codex Hermogenianus*, Bloomington (USA), 2010, 108, la quale, a tacer d'altro, immagina che Sintrofo sia il mutuatario e Alessandro il mutuante.

⁴⁶ Cfr. E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, 54; G. SEGRÉ, *Le obbligazioni solidali*, II, Torino, 1924, 296; S. PEROZZI, *Istituzioni*², cit., 139, nt. 1.

⁴⁷ Cfr. G. BRANCA, *Intorno alle fonti della solidarietà contrattuale*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, cit., III, 329 s., il quale pensa ad una particolare posizione della cancelleria di Diocleziano.

⁴⁸ Cfr. A. STEINER, *Die römische Solidarobligation. Eine Neubesichtigung unter aktionsrechtlichen Aspekten*, München, 2009, 172 e nt. 621.

⁴⁹ *Ulp. 26 ad ed. D.12,1,13,2: Si servus communis decem crediderit, puto, sive administratio servo concessa est, sive non et consumantur nummi, quinum competere actionem: nam et si communes tibi nummos credidero centum, posse me quinquaginta condicere libro octavo quaestionum Papinianus scribit, etiamsi singula corpora communia fuerint.*

⁵⁰ Sul passo nel senso qui riferito, vd. soprattutto F. SERRAO, *Sulla «mutui datio»*, cit., 51 ss., ma cfr. anche M. BRETONNE, *Servus communis: contributo alla storia della proprietà romana in età classica*, Napoli, 1958, 25 ss.

⁵¹ In questo senso cfr. P. APATHY, *Animus novandi. Das Willensmoment beim römischen Schuldenerneuerungsvertrag*, Wien-New York, 1975, 54 ss. e poi, con maggiore puntualità, soprattutto M. TALAMANCA, *'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta'*, in *IURA*, 50, 1999, 43 ss.

abbiano concesso insieme a mutuo una massa d'oro e una somma di denaro di cui in precedenza erano comproprietari, perché anche in questo caso l'azione da mutuo nascerebbe a favore di ciascuno solo pro parte⁵². È possibile però ipotizzare che entrambi fossero comproprietari pro indiviso di una massa d'oro di un certo peso, e supporre, per questo, la nascita di una obbligazione solidale riguardo a questa, che però non può coinvolgere anche la quantità di denaro data.

Per la parte che qui interessa, sembra riconosciuta da Diocleziano e Massimiano la possibilità di accompagnare il mutuo di denaro con una determinazione, non necessariamente rivestita delle forme della *stipulatio* (di cui nel passo non c'è alcuna menzione), con la quale si fissava il luogo dell'adempimento (*ut Romae solveretur*)⁵³, e che le parti dimostrano di rispettare, adendo il *iudex competens*.

1.2.2. L'accordo sul tempo dell'adempimento

Dalle fonti risulta altresì anche una serie di passi in cui le parti, oltre al luogo in cui deve avvenire l'adempimento, determinano convenzionalmente anche il tempo in cui deve aver luogo la restituzione della somma ricevuta a mutuo, senza che, ancora una volta, risulti che la pattuizione sia stata calata all'interno della forma della *stipulatio*. In tali casi, la *conventio* stessa finisce indiscutibilmente per influire sulla *traditio*, fino a determinare il luogo o il tempo in cui debba essere restituito ciò che è stato consegnato.

D.12,1,22 (*Iul.*, 4 ex *Min.*)

*Vinum, quod mutuuum datum erat, per iudicem petitum est; quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an, cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si dictum non esset, quanti tunc fuisset*⁵⁴, *cum petitum esset. Interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat. Respondi, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum*⁵⁵.

⁵² Cfr. *Pap. 8 quaest.* D.46,3,94,1: *Sin autem communes nummos credam aut solvam, confestim pro parte mea nasceretur et actio et liberatio, sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis esse intellegat sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.*

⁵³ Così vd. G. SACCONI, «Conventio» e «mutuum», cit., 425; da ultimo, il pensiero di questa a. non appare condiviso sul punto da F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco*, cit., 72, di cui però non si riescono bene a comprendere le ragioni del dissenso.

⁵⁴ La frase '*si dictum non esset, quanti tunc fuisset*' manca nella *Florentina*, che ha '*si non quanti tunc esset*', ma solo per l'intervento di un correttore: sul punto, cfr. TH. MOMMSEN, *Über die kritische Grundlage unseres Digestentextes*, in *Jharb. des gem. Rechts*, 5, 1862, 424 (= in *Gesammelte Schriften*, II, *Juristische Schriften*, II, 1907, rist. Zürich und Hildesheim, 1994, 121). La lezione riportata è quella oggi unanimemente accolta.

⁵⁵ «Fu richiesto giudizialmente il vino che era stato dato a mutuo. Si pone la questione, a quale momento debba essere riferita la stima, se al momento in cui il vino era stato dato o

Il testo, che a torto – mi pare – veniva fatto rientrare tra le *leges damnatae* del Digesto⁵⁶, affronta un caso all'apparenza di non elevatissima complessità. Un tale, che aveva dato a mutuo del vino, ne chiedeva giudizialmente la restituzione, verosimilmente con la *condictio certae rei*⁵⁷; poiché tale azione aveva una *condemnatio* al *quanti ea res est*⁵⁸, si poneva il problema di quale fosse il momento al quale il giudice dovesse ancorare la quantificazione, se quello in cui era avvenuta la *datio*, o quello in cui era avvenuta la *litis contestatio*, o, infine, quello in cui la sentenza veniva emanata⁵⁹. Sabino risponde che, in linea di principio, deve tenersi fermo il momento della *litis contestatio*, salvo che le parti non si fossero accordate (*si dictum non esset*) diversamente.

È possibile supporre che la soluzione accordata nel frammento da Sabino risalisse ad un più o meno consolidato orientamento diffuso nella scuola da egli diretta.

Innanzitutto, bisogna notare come il fr. qui in esame è tratto da un'opera dedicata da Giuliano (caposcuola sabiniano) a Minicio, *auditor* proprio di Sabino, di cui nel testo viene richiamato il *responsum*⁶⁰.

al momento della istituzione del giudizio o a quello in cui intervenga la sentenza. Sabino diede il responso che, se era stato detto in quale momento il vino doveva essere restituito, ci si deve riferire a quanto sarà in tale momento il valore della cosa oggetto del giudizio; se non era stato detto nulla, al valore del momento in cui la cosa è stata richiesta giudizialmente. Chiesi, al prezzo di quale luogo si debba fare riferimento. Rispose che se si fosse convenuto di restituire il vino in un certo luogo, si dovrebbe fare riferimento al prezzo di quel luogo; se non si fosse detto nulla, al prezzo del luogo in cui era stato chiesto giudizialmente»; trad. it. *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, III, cit., 15.

⁵⁶ Così vd. S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in *BIDR*, 8, 1895, 232.

⁵⁷ L'azione non viene menzionata nel testo; possiamo supporre trattarsi dell'*actio (condictio) certae rei* (così vd. V. ARANGIO-RUIZ, *Studii formulari*, I, cit., 132 s.), laddove la *condemnatio incerta* poteva consentire al giudice una certa discrezionalità; ma nulla esclude che si trattasse dell'*actio arbitraria* (cioè la cd. *actio de eo quod certo loco*).

⁵⁸ Cfr. O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., § 95, 239 s.; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999², num. 22, 49: *C. Aquilius iudex esto. Si paret N^{um} N^{um} A^o A^o tritici Africi optimi modios centum dare oportere, qua de re agitur, quanti ea res est tantam pecuniam C. Aquilius iudex N^{um} N^{um} A^o A^o condemnato; s.n.p.a.*

⁵⁹ Il passo, quindi, non ha nulla a che vedere con il problema dell'individuazione del *locus solutionis* nel mutuo in caso di mancato accordo tra le parti, come erroneamente mostra di credere F. AMARELLI, *Locus solutionis*, cit., 63; questo a. ritiene di dedurre da questo testo una regola generale sul tema, peraltro citando a sostegno di questa sua ipotesi D.5,1,38 che, sebbene parli dell'obbligazione di dare dei fungibili, nulla a che fare ha con il mutuo (nello stesso senso, vd. anche P. APATHY, *Recensione a F. Amarelli*, in *ZSS RA*, 104, 1987, 760), così come nulla a che fare con il mutuo hanno alcuni dei testi che lo stesso Amarelli cita alla nt. 58, come D.30,47,1 [che è in tema di legato] o D.33,1,1 [che non solo è in tema di legato, ma non ha nemmeno ad oggetto fungibili].

⁶⁰ Sulla base dell'attuale tenore letterale del passo (*Sabinus respondit ... interrogavi*), è peraltro possibile ipotizzare che originariamente il parere di Sabino avesse riguardato solo il

Inoltre, lo stesso ordine di criteri ermeneutici qui individuati per la fissazione della *aestimatio litis* (momento o luogo convenuti, momento o luogo in cui avviene la *litis contestatio*) si trova anche in un testo di un altro esponente della scuola sabiniana, cioè Gaio (*Gai.*, 9 *ad ed. prov.* D.13,3,4), laddove per l'adempimento di una obbligazione di dare fungibili (peraltro, gli stessi menzionati in D.12,1,22: *vinum, oleum, frumentum*), di cui però non è ricordata la causa (potrebbe cioè essere tanto un mutuo quanto una *stipulatio* o altro) il giurista antoniniano richiama gli stessi criteri fatti propri già da Sabino e da Giuliano, guardando cioè prima alla eventuale *conventio* e poi alla *litis contestatio*⁶¹.

La terminologia impiegata nella *l.* 22, come anche nel passo collegato D.13,3,4, (*si dictum esset; si convenisset; convenit*) non consente di ipotizzare il ricorrere di accordi volti ad individuare il tempo o il luogo dell'adempimento e rivestiti della forma della *stipulatio*⁶², ma avvalora piuttosto l'ipotesi di una semplice *conventio diei* (o *loci*), precedente o concomitante con la *numeratio*⁶³, la quale entrava a far parte del programma contrattuale stabilito dalle parti secondo delle modalità che il giudice non poteva disattendere neanche in un giudizio di stretto diritto, come la *condictio (certae rei)*⁶⁴.

dies solutionis e che sia stato proprio Giuliano ad estenderlo anche al *locus*. D'altro canto, si è affermato che proprio da questi passi emergerebbe all'interno della *secta* sabiniana un 'nuovo' concetto di mora, che non si limitasse a valutare gli effetti della impossibilità sopravvenuta, ma si ponesse come obbiettivo quello di addossare al debitore lo svantaggio economico subito dal creditore a seguito del ritardo nell'adempimento; in tal modo, si rendeva possibile il sorgere di *usurae* cd. legali dal ritardo nell'adempimento, anche a prescindere dalla previsione di una apposita *stipulatio poenae*: cfr. C.A. CANNATA, *s.v. Mora (storia)*, in *ED*, 26, 1976, 924 ss.; P. COSTA, *Pecunia constituta: ipotesi interpretative*, in *SDHI*, 77, 2011, 22, nt. 88.

⁶¹ Cfr. *Gai.* 9 *ad ed. prov.* D.13,3,4 *Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum oleum frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit: si de die nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur. Idemque iuris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit, si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. Quod et de ceteris rebus iuris est.* In dottrina, colgono il riferito legame tra i due passi V. ARANGIO-RUIZ, *Studii formulari*, I, cit., 133; G. SACCONI, «Conventio» e «mutuum», cit., 424; F. AMARELLI, *Locus solutionis*, cit., 119, nt. 27; B. PERIÑÁN, *Forum debitoris*, cit., 331; F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco*, cit., 68 ss. con bibl.

⁶² Così vd già O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., § 95 (ma vd. anche le edizioni precedenti dell'opera: cfr. *supra*, nt. 40), 241, il quale però trae da ciò un argomento (dubbio) per spiegare i motivi per cui non era stata richiamata in questo caso l'*actio de eo quod certo loco; contra*, vd. invece V. ARANGIO-RUIZ, *Studii formulari*, I, cit., 131 ss.

⁶³ Così vd. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, 169, il quale parla di «ein durch formlose Konvention festgesetzter Darlehensfüllungsort»; V. ARANGIO-RUIZ, *Studii formulari*, I, cit., 133.

⁶⁴ Cfr. G. ASTUTI, *Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento*, I, *Il costituito di debito*, in *Ann. Camerino*, 11, 1937, 41 (dell'estratto); J. ROUSSIER, *Le constitué*, in *Études de droit romain*, III, Paris, 1958, 106. In proposito, appare convincente ipotizzare che la valutazione di questo interesse dell'attore a ricevere nel momento indicato potesse essere tenuta presente già nella *aestimatio* che il giudice doveva compiere ai sensi della *condemnatio* della *condictio certae rei*, come crede G. SACCONI, «Conventio» e «mutuum», cit., 425 e 434, nt. 6;

Sempre sul tema del tempo dell'adempimento appare muoversi il caso discusso da Papiniano in D.22,1,9 pr., in cui però dichiarato è il ricorso alla *stipulatio*, ma per evidenti motivi legati alla fissazione di una penale.

D.22,1,9 pr. (Pap., 11 resp.)

*Pecuniae faenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimae usurae respondi non tenere: quare pro modo cuiuscumque temporis superfluo detracto stipulatio vires habebit*⁶⁵.

Un creditore da mutuo oneroso si fa promettere con stipulazione che, se la somma capitale concessa a mutuo non gli sarà restituita entro un certo termine, il debitore gli pagherà una penale del doppio del capitale stesso, il cui ammontare finiva però per superare il limite costituito dal tasso legale⁶⁶ di interesse⁶⁷. Papiniano risponde che una tale *stipulatio* vale solo per la parte che non eccede tale limite, perché altrimenti si finirebbe per superare il limite legalmente fissato per le *usurae* cd. convenzionali, mascherando come clausola penale l'accordo che le preveda⁶⁸.

perché nella *conventio temporis* il rischio di una *pluris petitio* (*tempore*) non appare concretizzarsi negli stessi termini di quanto avviene nella *conventio loci*; sul punto vd. anche F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco*, cit., 140 ss.

⁶⁵ «Non essendo stato pagato entro il termine stabilito il debito di una somma a interesse, ho dato il responso che la promessa con stipulazione per il doppio al di sopra del limite legittimo degli interessi non vincoli <per l'intero>: per la qual cosa, la stipulazione avrà efficacia secondo il periodo di tempo dovuto, detratto il sovrapiù»; trad. it. Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. *Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, IV (20-27), a cura di S. SCHIPANI, Milano, 2011, 123.

⁶⁶ Dal nostro punto di vista, non cambia il senso del passo l'accoglimento della proposta di TH. MOMMSEN, *Judicium legitimum*, in ZSS RA, 12, 1891, 270 (= in *Gesammelte Schriften*, III, *Juristische Schriften*, III, 1907, rist. Zürich und Hildesheim, 1994, 358), la quale per la verità non appare suffragata da convincenti argomentazioni, di sostituire '*legitimae*' con '*centesimae*'.

⁶⁷ È noto come in diritto romano in alcuni casi, la *stipulatio poenae* finiva sostanzialmente per svolgere lo stesso ruolo di una pattuizione di *usurae ex mora*, eventualmente *ultra modum*: cfr. ad esempio *Pomp. 3 ex Plaut.* D.45,1,90 (*cum stipulati sumus pro usuris legitimis poenam in singulos menses, si sors soluta non est ...*) e, per un cenno in dottrina, cfr. già KLINGMÜLLER, s.v. *Fenus*, in *PWRE*, VI,2, 1909, 2197. Mi pare però quantomeno dubbio affermare che nel caso qui in esame siamo di fronte ad una tale applicazione della *stipulatio poenae*, come sostiene invece K. VISKY, *L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale in diritto romano*, in *IURA*, 19, 1968, 66 ss: infatti, qui la previsione di una penale appare rivolta a sanzionare il fatto stesso di non aver restituito il capitale alla scadenza prevista. Diverso sarebbe il caso in cui la previsione di interessi moratori avesse sanzionato la mancata restituzione del capitale in ragione di ogni singolo periodo di ritardo nella restituzione stessa. Sul passo, cfr., anche per altri aspetti, R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, 354 s.

⁶⁸ Cfr. A. BERGER, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunde. Ein Beitrag zum gräko-ägyptischen Obligationenrecht*, Leipzig und Berlin, 1911, 122. Cfr. L. SOLIDORO, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali*, cit., 565: «è dunque chiaro che, secondo l'opinione del giureconsulto, la convenzione avente ad oggetto *usurae supra modum* è nulla, nei limiti in cui essa risulta incompatibile con il precetto normativo».

Per quello che qui rileva, interessa notare come fosse normale accompagnare una operazione di prestito finanziario (*pecunia faenebris*) con pattuizioni aggiuntive, di norma rivestite della forma della *stipulatio*, in cui venivano devolute alcune delle modalità eventuali di esercizio del prestito stesso, come ad es. il termine finale o la penale per il mancato rispetto di questo⁶⁹.

Peraltro, la stessa vicenda è attestata anche da un rescritto di Gordiano del 242 d.C.⁷⁰.

C.4,32,15 (*Imp. Gord. A. Claudio Portorio a. 242*)

*Cum adleges uxorem tuam ea condicione mille aureorum numero quantitatem sumpsisse, ut, si intra diem certum debito satis non fecisset, cum poena quadrupli redderet quod accepit, iuris forma non patitur legem contractus istius ultra poenam legitimarum usurarum posse procedere*⁷¹.

Un tale si rivolge all'imperatore per indagare sulla validità di un mutuo di mille aurei assunto dalla propria moglie, la quale si era impegnata, con una convenzione accessoria alla *traditio*, a restituire il quadruplo nel caso in cui non avesse rispettato la scadenza convenuta.

L'operazione economica posta in essere appare chiaramente essere quella di un finanziamento ricevuto dalla donna, operazione che è possibile constasse di un mutuo di denaro con connessa, forse, una *stipulatio* di *usurae* convenzionali. Accanto a tale contratto, le parti avevano verosimilmente previsto, come una sorta di clausola accessoria, che l'imperatore non esita a definire espressamente '*lex contractus*', la promessa di una penale del quadruplo (nella forma della *stipulatio poenae*) nel caso di mancata restituzione entro il termine.

L'imperatore disapprova una simile costruzione giuridica, reputandola contraria alla '*iuris forma*', che non tollera che il tasso di interesse di un mutuo feneratizio venga ad eccedere il tasso legale di interesse, neppure attraverso l'inserimento di una clausola aggiuntiva contenente la *stipulatio poenae*.

⁶⁹ Merita appena rilevare come *Ulp. 32 ad ed. D.19,1,13,26 (Ibidem Papinianus respondisse se refert, si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur, in fraudem constitutionum videri adiectum, quod usuram legitimam excedit: diversamque causam commissoriae esse ait, cum ea specie, inquit, non faenus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur; cfr. anche VF., 11)*, in cui pure si parla di un accordo di pagare il doppio del capitale se non si adempisse alla scadenza convenzionalmente fissata, non sembra riguardare un caso di mutuo, come invece pare ritenere G. CAMODECA, *L'archivio puteolano*, I, cit., 225 e nt. 48, ma di compravendita: vd. in questo senso esattamente K. VISKY, *L'applicazione del limite delle usure*, cit., 72.

⁷⁰ Vd. K. VISKY, *L'applicazione del limite delle usure*, cit., 76.

⁷¹ «Dal momento che tu asserisci che tua moglie ha preso in prestito una somma di mille aurei con la condizione che, se non avesse soddisfatto il debito entro un certo giorno, avrebbe dovuto restituire quanto ricevuto con una penale del quadruplo, l'autorità del diritto non permette che la clausola di un tale contratto possa condurre la penale a superare il limite legale degli interessi».

1.2.3. L'accordo sulla quantità da restituire

La *conventio*, poi, poteva intervenire anche nel determinare il *quantum* della *datio*, nel senso di fissare la quantità delle cose date per le quali dovesse intendersi essere sorto l'obbligo di restituzione. In tali casi, però, la *conventio* stessa trovava un limite massimo invalicabile nell'ammontare della *datio*, in quanto la quantità delle cose da restituire non poteva in nessun caso superare l'ammontare di quanto consegnato.

D.12,1,11,1 (*Ulp. 26 ad ed.*)

*Si tibi dederò decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere, quam novem. Sed si dederò, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse*⁷².

Ulpiano approva espressamente l'opinione di Proculo, a giudizio del quale a fronte di una dazione di dieci con pattuizione di restituire solo nove, solo i nove sono dovuti ipso iure⁷³; al contrario, non troverebbe tutela una pattuizione di restituire anche una sola unità in più rispetto a quanto ricevuto.

La *conventio*, quindi, poteva in vario modo interagire con l'elemento materiale della *traditio*, determinando luogo, data e perfino ammontare (ma solo se minore) della restituzione. L'unico punto in cui la *traditio* rappresentava un elemento insuperabile, che costituiva un punto fermo di resistenza del tipo contrattuale, era la quantità da restituire, che non poteva essere in nessun caso maggiore dell'ammontare della *traditio* stessa. Alla luce di ciò, anche la precisazione che, in caso di pattuizione di restituire nove, solo nove sono dovuti ipso iure appare tutt'altro che irrilevante: infatti, con la locuzione '*ipso iure*' il giurista vuole a mio avviso sottolineare come in questo caso non si tratti di attribuire una qualche rilevanza ad un patto aggiunto al mutuo, che, essendo questo un contratto di stretto diritto, potrebbe operare solo *ope exceptionis*⁷⁴; si tratta piuttosto di un parti-

⁷² «Proculo afferma, e correttamente, che, se io ti avrò dato dieci, così che poi tu mi debba nove, tu, ipso iure, non devi più di nove. Ma se io ti avrò dato dieci, così che tu mi debba undici, Proculo reputa che non si possa esperire l'azione per intimazione <di ripetizione> per più di dieci»; trad. it. *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, III, cit., 11.

⁷³ Si intende comunemente, a partire già da Donello (H. DONELLUS, *Ad Tit. Dig. De reb. cred. Si cert. pet.*, in *Opera omnia*, cito dalla ed. Florentiae, 1847, X,1, c. 211 ss.) come la restante unità risulti donata, sebbene nel passo la *causa donandi* non risulti in alcun modo menzionata; per altre ipotesi, vd. G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia. Patti e contratti*, Torino, 1928, 6 s., il quale pensa alla inerenza del patto (sebbene non ci muoviamo nell'ambito di un *iudicium bonae fidei*); E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II,1, Padova, 1960, 236, il quale ipotizza che ricorra una remissione parziale sorta contesualmente al debito.

⁷⁴ Così vd. già, a proposito di questo passo, A. DE ROBERTIS, *La interpretazione del Corpus iuris in Oriente e in Occidente. Approccio comparativo alle posizioni ermeneutiche degli scolasti bizantini e della Glossa di Accursio*, Napoli, 1984, 58. Invero, una chiave di lettura per

colare modo di operare della volontà stessa, che in questo caso incide sulla dazione, limitandone l'ammontare a nove soltanto, così che ipso iure solo nove sono dovuti.

Né mi pare che la differenza tra l'*ait* con cui Proculo (peraltro condiviso sul punto da Ulpiano) fissa il limite inferiore della obbligazione e il *putat* con cui fissa invece il limite superiore possa essere fatto valere per indebolire la conclusione, facendola passare come una opinione personale del giurista del I sec. d.C. non necessariamente condivisa da altri⁷⁵. Credo che Proculo abbia qui voluto personalmente ribadire il limite per l'obbligazione restitutoria costituito dall'ammontare di quanto dato, limite invalicabile anche qualora si tentasse di aggirarne la operatività costruendo l'operazione come una sorta di contratto innominato di *do ut des*: anche in tal caso, infatti, la realtà intrinseca all'operazione, che rimarrebbe comunque un prestito di denaro, impedisce di valicare il confine di quanto dato, se non nella forma delle *usurae*.

2. La traditio brevi manu e la delegatio solvendi

2.1. La volontà indirizza l'obbligazione restitutoria: la datio compiuta a nome altrui (cd. 'Anweisungsdarlehen').

Nel corso dell'esperienza giuridica romana non mancano anche altri elementi che potrebbero spingere l'interprete a dubitare di un monolitico inquadramento del mutuo tra i contratti reali.

In primo luogo, è bene ricordare la costante 'smaterializzazione', attestata ripetutamente dalle fonti romane, dell'elemento della *traditio* nel mutuo. Innanzitutto i giuristi romani ammettevano la possibilità che taluno versasse volontariamente del denaro al mutuatario a nome di un altro, il quale acquisiva così il credito da mutuo, pur non avendo materialmente posto in essere la dazione.

cui i *pacta adiecta in continenti* a giudizi di stretto diritto se non al creditore possano almeno giovare al debitore era stata tentata già da Stefano: cfr. sc. ἐὰν δαρείσω σοι (= *si credidero tibi*) a B.23,1,11,1 (Heimb. II,603 = Schelt. B IV, 1524); non dissimile appare la posizione della Glossa: vd., infatti, la gl. *condici non potest ad h.l.*, dove si legge che di per sé il dal patto in continenti potrebbe sorgere una '*nova actio*', ciò che in questo caso non avviene solo '*odio usurarum*'. Evidente appare il tentativo conciliatorio della Glossa, anche a scapito delle regole del diritto romano classico.

⁷⁵ Cfr. già Cuiacio (I. CUIACIUS, *In Tit. I de reb. Cred. Lib. XII Digest. Commentaria*, in *Opera omnia*, VII, cito dalla ed. Neapoli, 1758, c. 659 s.) a giudizio del quale il *putat* avrebbe nascosto una opinione piuttosto isolata di Proculo in tema di non operatività del *pactum in continenti pro actore* nei *iudicia stricti iuris*. Per uno spunto in tal senso, vd. ora, sebbene in maniera molto prudente («il *putat* fa pensare») L. LANTELLA, *Manuali e topoi. Per una ipotesi di sperimentazione didattica*, in A. Pierluigi Zannini, *Scritti di diritto romano e giusantichistica*, a cura di F. ZUCCOTTI e M.A. FENOCCHIO, Torino, 2018, 172 s.

In linea di principio, questa situazione è comprovata da D.12,1,2,4, un testo di Ulpiano strategicamente collocato dai compilatori pressoché in apertura della *sedes materiae* nel Digesto (D.12,1 è dedicato, come è noto, proprio al mutuo).

D.12,1,2,4 (Paul., 28 ad ed.)

*In mutui datione oportet dominium esse dantem, nec obest, quod filius familias et servus dantes peculiare nummos obligant: id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint*⁷⁶.

Paolo chiarisce che la regola per cui il mutuatario deve di norma essere proprietario del denaro che concede in mutuo soffre di alcune eccezioni, o, per meglio dire, temperamenti. Una eccezione più apparente che reale è quella del mutuo erogato con denaro peculiare da un figlio *in potestate* o da un servo: in tal caso la *condictio* si acquisisce al *pater* o al *dominus*, che tecnicamente sono proprietari del denaro che materialmente viene erogato dal figlio o dal servo. Diverso (e per noi più interessante) è invece il caso in cui un terzo (il *Tu* della fonte) eroghi un mutuo sulla base di una mia indicazione: in tal caso, secondo Paolo l'azione si acquista a me, anche se, ovviamente, *Tu* ha dato denaro suo e non mio.

A mio avviso, è proprio l'indicazione della mia volontà (*voluntate mea*) che rende a me imputabile la dazione della *mutua pecunia*, fisicamente eseguita da un altro con denaro proprio⁷⁷, realizzando in tal modo praticamente gli effetti di una rappresentanza diretta, sebbene senza porre in essere il meccanismo, non praticato dai romani⁷⁸. Ovviamente, anche in questo caso è da escludere che *Ego* abbia formalizzato la propria *voluntas* nelle forme di una *stipulatio*, di cui nel testo non vi è traccia alcuna e che comunque non si armonizzerebbe facilmente con il tenore della fattispecie affrontata nel passo.

In un passo di Scevola è poi affrontata una applicazione pratica di questo principio.

⁷⁶ «Nella dazione a mutuo occorre che colui che dà sia il proprietario; né osta che il figlio in potestà ed il servo che danno <a mutuo> denaro tratto dal peculio possano obbligare <alla restituzione>: infatti, ciò è simile a quando tu dia <a mutuo> denaro per mia volontà; invero <anche in quest'ultimo caso> l'azione si acquista a me, anche se le monete non siano state mie»; trad. it. *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, III, cit., 6 s.

⁷⁷ Il passo, quindi, non ha nulla a che vedere con la problematica del *mandatum pecuniae credendae*, in cui la *voluntas* del mandante non è in grado di far acquistare a lui l'azione per la restituzione della somma mutuata, ma solo, al massimo e dopo uno *ius controversum* sul punto, di costruire una sua responsabilità in quanto garante per la mancata restituzione: *contra*, vd. invece M.V. BRAMANTE, *Il mutuum nell'esperienza giuridica romana*, cit., 70.

⁷⁸ Così vd. F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I, *L'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano, 2007, 472, nt. 471.

D.39,5,35,2 (*Scaev.*, 31 *dig.*)

*Avia sub nomine Labeonis nepotis sui mutuum pecuniam dedit, et usuras semper cepit et instrumenta debitorum a Labeone recepit, quae in hereditate eius inventa sunt: quaero, an donatio perfecta esse videatur. Respondit, cum debitor Labeoni obligatus est, perfectam donationem esse*⁷⁹.

Una certa Avia concede ad un tale un mutuo a nome del proprio nipote Labeone. Secondo il parere di Scevola, il mutuuario risulta obbligato alla restituzione della somma capitale nei confronti non di Avia, ma del nipote Labeone, così che risulta integrata una donazione (della somma capitale) dalla nonna in favore del nipote.

Il giurista chiarisce che l'obbligazione del debitore è sorta direttamente a carico del mutuuario nei confronti di Labeone, sebbene la nonna Avia, quando era ancora in vita, si sia comportata come la vera creditrice del mutuo, esigendo gli interessi e ricevendo dal medesimo i documenti attestanti il debito (*instrumenta*), che poi vengono ritrovati nella sua eredità⁸⁰.

Il meccanismo appare lo stesso rappresentato in via teorica da Paolo nel passo precedente: l'indicazione del nome di Labeone fatta dalla nonna Avia al momento di effettuare la *traditio* (*sub nomine Labeonis ... mutuum pecuniam dedit*) appare sufficiente a giustificare l'attribuzione dell'azione direttamente in favore del nipote, sebbene ella abbia mantenuto per sé sia i documenti del prestito, sia le *usurae*.

Anche qui appare decisiva per l'imputazione del dovere restitutorio la mera indicazione del creditore (*sub nomine Labeonis nepotis*), senza che sia necessario formalizzare ciò con una stipulazione⁸¹; né mi pare possibile ipotizzare una ratifica da parte del nipote Labeone⁸², di cui il passo assolutamente non fa parola.

Lo stesso procedimento appare ricorrere in un responso di Paolo, con

⁷⁹ «Avia diede del denaro a mutuo a nome del nipote Labeone, e ricevette sempre gli interessi e ricevette da Labeone i documenti attestanti il debito, che erano stati trovati nella sua eredità: pongo il quesito, se la donazione si consideri perfetta. Il giurista diede il responso che, poiché il debitore si era obbligato nei confronti di Labeone, la donazione è perfetta».

⁸⁰ Almeno questa è l'interpretazione del passo, che peraltro si legge già in PH.E. HUSCHKE, *Darlehen*, cit., 37 s., che mi sembra preferibile; possibile (e forse più rispettosa del latino) appare anche la diversa lettura (per la quale Pothier *ad h.l.* [vd. *infra*, nt. 82], a cui evidentemente si ispira la traduzione di Vignali) per cui i documenti si trovano nell'eredità di Labeone. Salomonicamente, la gl. *eius* al testo afferma: «Aviae vel Labeonis», a rivelare che qualsiasi soluzione si adotti il senso del passo non appare mutare ai nostri fini.

⁸¹ Cfr. già in questo senso R. VON JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *Jahrb. für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht (Jhering's Jahrbücher)*, 2, 1858, 105 (= in *Gesammelte Aufsätze*, Jena, 1881, 223), in contrapposizione con Savigny.

⁸² Come fa R.J. POTHIER, *Le pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine*, cito dalla versione italiana Venezia, 1842, III, 427, nt. 7 con l'evidente scopo di rendere più facilmente intellegibile la soluzione del passo.

cui il giurista risolve il seguente caso prospettatogli: un certo Crisogono, *servus actor*, attesta insieme al proprio *dominus*, Flavio Candido, di aver ricevuto da Giulio Zosa, un liberto che agiva nell'interesse di Giulio Quintiliano, una certa somma a mutuo e promette solennemente di restituirla entro un certo termine allo stesso Giulio Quintiliano, con impegno altresì a pagare degli interessi, il cui ammontare non viene precisato. La *quaestio* che, pur non essendo esplicitata nel testo, doveva vertere sulla validità dell'intera operazione economica, vede la seguente risposta di Paolo⁸³:

D.45,1,126,2 (*Paul.*, 3 *quaest.*)

*Respondi: per liberam personam, quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. Plane, si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur*⁸⁴.

Paolo ribadisce in prima battuta la regola notissima del diritto romano, per cui di norma non è possibile acquistare una obbligazione per mezzo di un terzo, che non sia una persona sottoposta alla nostra potestà o un *liber homo bona fide serviens*. Però, continua il giurista, nel caso di obbligazione sorta da mutuo, è possibile che colui il quale eroga la somma a mutuo indichi, nel momento stesso in cui effettua la *traditio*, la persona alla quale il denaro deve essere restituito (*nostro nomine pecuniam daret*), il quale diviene di fatto l'effettivo mutuante, e sarà titolato a chiedere la restituzione della somma con la *condictio*.

Ancora una volta appare come la volontà sia in grado di indirizzare la dazione, fino al punto di mutare l'autore della dazione, rendendo a lui imputabile la restituzione.

In tutti questi casi, non ci troveremmo di fronte ad una fattispecie che rompe il noto principio per cui al diritto romano era sconosciuta la rappresentanza diretta, ma si tratterebbe piuttosto di casi in cui la *datio* viene orientata nell'una o nell'altra direzione dalla volontà enunciata dal *dans* al momento di compierla, così da fare di questi una sorta di *longa manus* del vero mutuante, che proprio per questo fa acquistare a lui la *condictio*⁸⁵.

2.2. *La delegatio solvendi*

In una testimonianza in cui si trova riflesso il parere di Giuliano pare riscontrarsi un ulteriore allargamento di questo modello che collega la concessione della *condictio* ad una relazione obiettivamente instaurata tra

⁸³ Per altri profili del passo, qui non rilevanti, vd. *infra*, pp. 124 ss.

⁸⁴ Per la traduzione, vd. *infra*, p. 125, nt. 297.

⁸⁵ Così cfr. A. CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht*, Berlin, 1973, 247 ss.; P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden*, cit., 124 e nt. 186.

due individualità patrimoniali in conseguenza di un atto o di un fatto del *dans*. Si può esaminare D.12,1,9,8, dove per Giuliano questo atto o fatto che rende imputabile il trasferimento rimane pur sempre in primo piano, ma sembra supplito da altre vicende.

D.12,1,9,8 (Ulp. 26 ad ed.)

Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristone scribit adquiri tibi conditionem: Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si mea pecunia tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret⁸⁶ futuro debitori nostro⁸⁷.

Ego dà ad un terzo (A) del denaro di sua (di *Ego*) proprietà, ma a nome di *Tu*, cioè come se fosse di *Tu* (*veluti tuos*), e ciò non solo in assenza di *Tu* (*absente te*), ma anche a sua insaputa (*et ignorante*); Ulpiano riferisce che Aristone concedeva direttamente a *Tu* una *condictio* nei confronti di A, e che Giuliano, interrogato in proposito, nel decimo libro dei suoi *Digesta*, non solo aveva approvato la decisione di Aristone, ma aveva altresì ricordato come, nel caso in cui *Ego* avesse dato a mutuo del denaro proprio (di *Ego*), non solo a nome di *Tu*, ma anche per volontà di costui, si dovesse ritenere acquistata a *Tu* stesso una obbligazione; infatti si verificherebbe tutti i giorni che, allorché desideriamo concedere un prestito, chiediamo ad un terzo⁸⁸ di *numerare* a nostro nome al nostro futuro debitore, rendendoci così creditori.

⁸⁶ La *Florentina* ha *creditor meus et* al posto di *creditor numeret* e la *o* finale di *futuro* risulta soltanto da una correzione di una precedente e (*future*) (vd. la riedizione del famoso manoscritto a cura di A. CORBINO-B. SANTALUCIA, Firenze, 1988); dopo le osservazioni di C.F. GLÜCK, *Pandekten*, XII, cit., 19 ss., con richiamo di numerosi commentatori del diritto comune, risulta impossibile voler mantenere una simile lettura; interessante per la citazione di varie lezioni di diversi manoscritti è anche C.F. MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderung nach den römischen Rechts*, Greifswald, 1836³, 106, nt. 220; tra le altre ricostruzioni, meritevoli di citazione mi sembrano quelle di GOTHOFREDUS, *ad h.l.* (*credamus* [o *credatur*] *futuro debitori nostro*) e di S. DE COCCEIUS, *Ius civile controversum*, Lipsiae, 1774, Part. I, Tom II, ad h.l., *Quaest.* 10 (*creditor meus det*); del tutto particolare, e rimasta isolata in dottrina, è la ricostruzione di R. VON JHERING, *Mitwirkung*, cit., 101, nt. 43 (= 219, nt. 43), il quale pensa ad una corruzione del testo, e legge '*nostro nomine periculoque*', con la precisazione, però, che anche una lettura diversa non modificherebbe il senso del passo.

⁸⁷ «Aristone scrive che, se io avrò dato <a mutuo> monete mie, a nome tuo, come se fossero tue, in tua assenza e a tua insaputa, l'azione <di ripetizione> per intimazione si acquista a te. Anche Giuliano, interpellato su questo nel libro decimo <Dei digesti> scrive essere vero il parere di Aristone ed essere indubbio che, se avrò dato denaro mio, a tuo nome e per tua volontà, l'obbligazione si acquisti a te, poiché accade ogni giorno che noi, quando ci accingiamo a concedere un mutuo, chiediamo denaro in prestito ad un altro, affinché questo creditore lo versi in contanti a nostro nome a colui che sarà il nostro futuro debitore»; *Iustiniani Augusti Digesta*, III, cit., 9.

⁸⁸ *Ab alio poscamus*: è possibile che il giurista avesse in mente un *argentarius*: vd. *infra*, nel testo.

Possiamo ritenere il passo come sostanzialmente genuino: le correzioni testuali sostenute dalla dottrina, o sembrano corrispondere a delle visioni preconcepite, che tentano di indirizzarne la lettura, allo scopo di evitare il problema della difficile convivenza tra le opinioni di Aristone e di Giuliano⁸⁹, oppure risultano addirittura funzionali alla interpretazione qui di seguito proposta⁹⁰.

A mio avviso, nell'esegesi del passo bisogna partire dal secondo caso, in cui Giuliano ammette il ricorrere di un mutuo che vede acquistarsi a *Tu* la *condictio 'ex mutuo'*, allorché la *datio* venga effettuata da *Ego* con denaro proprio, ma su ordine di *Tu* (*voluntate tua*), oltre che in suo nome: da tale risultato, che sia dallo stesso Giuliano, sia da Ulpiano viene presentato come un dato non contestabile (*nec dubitari*) e addirittura di ricorrenza quotidiana (*cottidie*), possiamo ricavare il principio generale, per cui è comunque imputabile ad un soggetto, che diviene l'effettivo mutuante, la dazione concretaente compiuta da un terzo con denaro proprio, ma su incarico del mutuante stesso (*voluntate tua*) e per suo conto (*tuo nomine*).

Più difficile appare spiegare la prima parte del passo, in cui Giuliano dichiara di aderire al parere di Aristone. Essa, in verità, non appare né le-

⁸⁹ A tale scopo, o si ritiene interpolata l'intera ultima frase da '*nec dubitari*' alla fine (così P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Paris, 1947, 320; P. KRÜGER, *ad h. l.*, nell'Ed. ster. del Digesto), oppure si afferma che Ulpiano avrebbe scritto: *Aristo scribit <non> adquiri tibi conductionem* (cfr. A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, III,1, Halle, 1892 [rist. Aalen, 1963, Teil C], 222, nt. 2; G. SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede*, cit., 336, nt. 2 [= 65, nt. 7]; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1908³, 668, nt. 1 [ma vd. anche la 4° ed. a cura di G. GROSSO, Milano, 1953, 246, nt. 3; 512, nt. 5]); oppure *Aristo negat invece che Aristo scribit* (cfr. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 126; con cui dichiara di concordare G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, in *BIDR*, 27, 1914, 157, nt. 1); oppure ancora, infine, che Ulpiano, nel riportare il pensiero di Aristone, avrebbe scritto che *mihi* (e non *tibi*) *condictio adquiri* (cfr. ancora G. BESELER, *Fruges et Paleae*, II, *Romanistische Untersuchungen*, in *Festschrift Fritz Schulz*, I, Weimar, 1951, 28, nt. 1).

⁹⁰ Mi riferisco all'emendamento di '*ab alio*' con '*ab argentario*', e di '*creditor*' con '*is*': cfr. L. MITTEIS, *Trapezitika*, in *ZSS RA*, 19, 1898, 238, nt. 1; ID., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, 226 e nt. 79; B. KÜBLER, *Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur*, in *ZSS RA*, 29, 1908, 191, nt. 3 (seppure con dei dubbi); S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano)*, in *BIDR*, 23, 1911, 141, nt. 3; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1902¹⁰ (rist. Torino, 1966), 474, nt. 1; M. KASER, *Stellvertretung und "notwendige Entgeltlichkeit"*, in *ZSS RA*, 91, 1974, 178, nt. 123; L. WENGER, *Die Stellvertretung im Rechte der Papyri*, Leipzig, 1906 (rist. Aalen, 1966), 210, nt. 5; S. RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, in *AUPA*, 14, 1930, 409 s.; A. CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 249; *contra* l'ipotesi dell'argentario vd. G. SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano, 1971, 174, la quale ritiene il termine *creditor* genuino, e riferentesi al rapporto di provvista delegante/delegato (critico M. KASER, *Stellvertretung*, cit., 178, nt. 123); mentre PH.E. HUSCHKE, *Darlehen*, cit., 31 preferisce invece la sostituzione di *creditor* con *quid creditur*.

gata a quanto segue da un nesso eziologico, né sembra trovare in essa il proprio fondamento⁹¹.

Infatti, dal tenore testuale del fr. non risulta in alcun modo provato che anche nel primo caso alla base della fattispecie discussa ci fosse uno *iussum* di *Tu*, che, al contrario, è addirittura presentato come assente ed inconsapevole della *datio*⁹²: non è facile, pertanto, ravvisare una linea di continuità tra le due ipotesi descritte nel fr., andando alla ricerca di una unica ragione unificante per le due *condictiones* ivi concesse⁹³. Da questo

⁹¹ Cfr. in tal senso già cfr. P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929⁸, 544-545, nt. 5; e poi anche P. BONFANTE, *Istituzioni*¹⁰, cit., 474, nt. 2, il quale nota come «il ragionamento di Giuliano non giustifica la tesi di Aristone»; da ultimo, vd. anche A. CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 248.

⁹² La supposizione che alla base di tutte e due le decisioni dei giuristi ci fosse un comando impartito da *Tu* ad *Ego* di compiere quella determinata operazione economica, facendo leva soprattutto sul '*tua voluntate*' della parte finale del passo, e riferendo quest'ultimo anche alla prima ipotesi, ha, invece, costituito per lungo tempo la spiegazione principale con cui si tentava di conciliare le due parti del fr.: per raggiungere tale risultato, c'è chi cancella il '*velut tuos*' (cfr. U. VON LÜBTOW, *Die Darlehensgewährung*, cit., 151) chi lo corregge in '*voluntate tua*' (cfr. E. SOAREZ A RIBEIRA, *Observationum juris liber*, caput XII, in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus juris civilis et canonici*, V, Hagae Comitum, 1752, 573; A. BRINZ, *Die Lehre von der Stellvertretung, bei Eingehung von Verträgen*, Rostock und Schwerin, 1852 [= *Kritische Blätter*, num. 2, Erlangen, 1852] 26 e 31; ID., *Lehrbuch der Pandekten*, II,1, Erlangen und Leipzig, 1879², § 296, n. 11, 476; IV, Erlangen und Leipzig, 1892², § 580, 358 ss. e nt. 13; Digesto di Milano, *ad h. l.*; L. WENGER, *Die Stellvertretung*, cit., 2; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio*, cit., 244, nt. 51; H. HONSELL-TH. MAYER-MALY-W. SELB, *Römisches Recht*, Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokio, 1986⁴, 113, nt. 9; H. SIBER, *Römisches Recht*, II, Darmstadt, 1968 (1° ed. Berlin, 1928), 415; M. KASER, *RP I*, cit., 263 e nt. 27, il quale, però, in seguito si esprime in termini più sfumati in ID., *Stellvertretung*, cit., 178, nt. 123; dubbiosi si mostrano P.F. GIRARD, *Manuel*⁸, cit., 544-545, nt. 5, e G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 157, nt. 1); e chi si limita a ritenere soltanto sottintesa una manifestazione di volontà da parte di *Tu* nella fattispecie (F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, IV, Berlin, 1841, 122, nt. q; W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, 96 s.; A. WATSON, *Contract of mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, 83, nt. 3). Contro «le tesi che negano il ricorrere, in questo caso, della rappresentanza» vd. però ancora di recente B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 359, nt. 441.

⁹³ Cfr. C.F. GLÜCK, *Pandekten*, XII, cit., 23 parla di una *condictio certi utilis*, che sarebbe concessa a *Tu* fondamentalmente per ragioni di equità (*Billigkeit wegen*); e A. PERNICE, *Labo*, III 1, cit., 222, nt. 2. A tale scopo, però, tali aa. sono costretti a considerare interpolato l'intero periodo finale *nec dubitari-nostro*, il quale altrimenti sembrerebbe deporre a favore di una complessità di ipotesi non riconducibili ad unità; per questa interpolazione, vd. già C.F. MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession*, cit., 106, nt. 220; in seguito, condividono tale orientamento, seppure per motivi diversi, B. KÜBLER, *Griechische Tatbestände*, cit., 191, nt. 3 (ma con un punto interrogativo); S. RICCOBONO, *Lineamenti* cit., 409; A. WATSON, *Contract of mandate*, cit., 83; U. VON LÜBTOW, *Die Darlehensgewährung*, cit., 151. Cfr. anche P. COLLINET, *La nature des actions*, cit., 321; e, da ultimo, A. CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 248 s., il quale ritiene la forma '*obligatio*' frutto soltanto di una generalizzazione attribuibile ai compilatori, i quali hanno voluto inserire forzatamente il passo in tema di rappresentanza oppure ad Ulpiano stesso (Giuliano, come Aristone, avrebbe parlato soltanto di *condictio*); in principio contrario a tale ultima impostazione è M. KASER, *Stellvertretung* cit., 178, nt. 123, il quale pure ammette che dalla sostituzione il testo ne guadagnerebbe.

punto di vista, non si è esitato ad affermare che Giuliano solo nel secondo caso stesse ragionando del ricorrere di un mutuo, mentre nel primo si stesse solo chiedendo se a *Tu* spettasse comunque una *condictio* per ripetere quanto dato da *Ego*⁹⁴, perché in questo caso, a differenza dell'altro, di fronte alla 'inconsapevolezza' di *tu* sarebbe difficile invocare la ricorrenza di un mutuo⁹⁵; secondo alcuni, qui il fondamento della concessione della *condictio* andrebbe riscontrato in ragioni di equità⁹⁶, oppure nell'esigenza di proteggere l'affidamento ingenerato con la dichiarazione compiuta all'atto della *datio* (*velut tuos; tuo nomine*)⁹⁷.

Io credo che, coerentemente con quanto abbiamo visto nelle fonti precedentemente esaminate, l'indicazione, fatta da *Ego* all'atto della *datio*, di *Tu* come il soggetto da cui in definitiva deriverebbe la dazione stessa, sarebbe in grado di indirizzare in favore di quest'ultimo quella relazione oggettiva tra i due patrimoni, che, per Giuliano, sarebbe l'elemento minimo indispensabile, ma allo stesso tempo sufficiente, per concedere al vero '*dans*' (cioè a *Tu*) la *condictio*. Ciò, nel caso di una coerente *voluntas* del terzo (cioè di *Tu*) renderebbe costui partecipe dell'operazione negoziale; diversamente, come nel caso per primo esaminato dal giurista, lo renderebbe soltanto titolare dell'azione di ripetizione: così si spiegherebbe la differenza tra *adquirere conditionem* della prima parte del passo e *adquirere obligationem* della seconda, in cui non a caso si fa espresso riferimento ad una *mutua pecunia*, riferimento che manca nella prima parte del passo⁹⁸.

⁹⁴ La distinzione che è alla base di tale ragionamento si trova enunciata già in G. NOODT, *Commentarius ad Digesta*, in *Opera Omnia* II, Lugduni Batavorum, 1724, 277; vi aderiscono poi anche C.F. GLÜCK, *Pandekten*, XII, cit., 22 ss.; e soprattutto PH.E. HUSCHKE, *Darlehen*, cit., 32, nt. 1; per maggiori ragguagli sul punto, mi permetto nuovamente di rinviare ad A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 323 ss.

⁹⁵ In mancanza di tale manifestazione di volontà di *Tu* si raggiungerebbe il risultato (giudicato inaccettabile) «daß wir ohne unser Geld und ohne unseren Willen Darlehensgläubiger werden können»: cfr. PH.E. HUSCHKE, *Darlehen*, cit., 32 ss. e 32, nt. 1; A. BRINZ, *Pandekten*, II², cit., 476, nt. 11; G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 157, nt. 1.

⁹⁶ Cfr. C.F. GLÜCK, *Pandekten*, XII, cit., 23; e A. PERNICE, *Labeo*, III 1, cit., 222, nt. 2, *supra*, nt. 93.

⁹⁷ Cfr. A. CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 144 ss., il quale pensa ad una '*condictio ex mutuo*' nel secondo caso, e ad una *condictio* basata sulla '*Vertrauensschutz*' nel primo; M. KASER, *Durchgangserwerb (Neufassung)*, in *Römisches Rechtsquellen und ausgewandte Juristenmethode. Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen*, Wien-Köln-Graz, 1986, 269, nt. 50 (l'articolo è una versione riveduta di quella apparsa in *Labeo*, 26, 1980, 25-60): «die Klage auf Rückzahlung wird dem Dritten gegeben, aus dessen Vermögen das Geld stammt; ja sogar auch, wenn es Geld des Gebers ist, und der Empfänger nur glaubt, daß es aus dem Vermögen des Dritten stamme»; il problema, però, è che nel primo caso di D.12,1,9,8 non è l'accipiente che 'crede' che il denaro provenga dal patrimonio di un terzo (per usare la terminologia del Kaser), ma è lo stesso soggetto che consegna a riferire all'*accipiens* di così dover considerare quella dazione che egli viene ponendo in essere.

⁹⁸ Per conoscere il mio pensiero sul punto, mi permetto di rinviare a quanto dico in A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 326 ss.

In sostanza, nel caso in cui la *datio* è compiuta da *Ego voluntate tua* si realizza un vero e proprio mutuo, i cui effetti si riversano nella sfera giuridica di *Tu*, al quale per questo '*obligatio adquiritur*'; invece, nel caso in cui la *datio* venga compiuta *tuo nomine*, ma '*absente te et ignorante*', non è possibile spingersi fino a vedere il ricorrere di un mutuo nella fattispecie, ma la *condictio* per il recupero del denaro (che si trovava presso l'accipiente senza che questi potesse legittimamente trattenerlo) deve essere comunque concessa a *Tu*, al quale in questo caso, a differenza che nel primo, '*condictio*' (ma non *obligatio*) '*adquiritur*': il rapporto di provvista tra *Ego* e *Tu* provvederà poi a giustificare causalmente la concessione dell'azione.

Per quanto qui rileva, vale la pena sottolineare come, nel secondo dei casi ipotizzati dal giurista, *Tu* si ritroverebbe ad acquistare l'obbligazione propria del mutuante, pur senza avere effettivamente sborsato la somma concessa a mutuo, essendo in realtà *Ego* l'autore effettivo della dazione⁹⁹. Il punto decisivo sembra costituito dalla *voluntas* (nella quale non deve necessariamente vedersi uno *iussum*: vd. invece *supra*, nt. 92), del futuro mutuante, che consente di rendere a lui imputabile la dazione 'contrattuale' realmente compiuta da un altro.

Lo stesso risultato appare raggiunto anche da Africano¹⁰⁰, il quale estende la possibilità di una '*traditio sine datio*' anche ad altre ipotesi, come quella della *pecunia depositata* e del cd. *contractus mohatrae*.

D.17,1,34 pr. (*Afr. 8 quaest.*)

Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exgisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. Respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecu-

⁹⁹ Tale caso, quindi, rappresenterebbe una delle due principali circostanze, insieme all'acquisto del possesso, in cui il diritto romano avvertiva come troppo stringente il cd. divieto della rappresentanza diretta: cfr. S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., 141; S. RICCOBONO, *Lineamenti*, cit., 389 ss. ed in particolare 409 ss.; R. ORESTANO, s.v. *Rappresentanza (Diritto romano)*, in *NNDI*, 14, 1967, 795 s.; M. KASER, *Zum Wesen der römischen Stellvertretung*, in *Romanitas. Revista de cultura Romana*, 9, 1970, 350 (= in *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1976, 264).

¹⁰⁰ Per questo fr. (D.17,1,34), così come per quello che lo precede e per quello che lo segue, la *Littera Florentina* non riporta il nome del giurista; concordemente, però, il passo è attribuito ad Africano/Giuliano: cfr. già l'ed. Mo-Kr. *ad h.l.* nt. 18 e P. CERAMI, *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano (A proposito di D.35,2,88 pr.)*, in *IURA*, 22, 1971, 136 s.; secondo altri, invece, il passo sarebbe di Giuliano: cfr. M. BRETONNE, *Note minime su Celsus filius*, in *Labeo*, 9, 1963, 338 (= *Celso polemista*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1984², 198) e R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 136.

*niam, credita fiat, id enim benigne receptum est*¹⁰¹. *His argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. Et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut*¹⁰², *quamvis ipsius periculo nummi fierent*¹⁰³ *tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat*¹⁰⁴.

Un tale, dopo aver gerito gli affari di un certo Lucio Tizio, gli comunica per lettera di avere presso di sé una certa somma, e di volerla trattenerne a titolo di *pecunia credita*, corrispondendo il 6% annuo a titolo di interessi. Ci si chiede (caso A) se il denaro possa essere richiesto dal mandante¹⁰⁵

¹⁰¹ Ci aspetteremmo 'esse', in dipendenza del *respondit* iniziale; lo rilevano giustamente W. SCHARLACH, *Das jus singulare im römischen Recht*, in *A.f.c.P.*, 62, 1879, 454, nt. 22; e U. VON LÜBTOW, *Darlehensbegriff*, cit., 22 e nt. 36, il quale propende per uno *Schreibfehler*.

¹⁰² La proposta di Mommsen, il quale, nell'ed. *maior ad h.l.*, vol. I, 490, nt. 4 legge: '... *obligatum fore procuratorem, quamvis ipsius periculo nummi fierent: ut tamen ...*', sebbene migliori il testo dal punto di vista grammaticale, non mi pare agevoli la comprensione della frase, la quale, del resto, è stata al centro di diffusi dibattiti per quanto riguarda sospetti di rimaneggiamento: vd. *infra*, ntt. 105 ss.; la correzione mommseniana è invece giudicata «viel besser» da E. ZITELMANN, *Digestenexegese. 20 Fälle aus dem römischen Recht*, Berlin-Grunewald, 1925, 41.

¹⁰³ Così leggono Mo e Mo-Kr., e tale lezione è diffusamente accettata (per una difesa esplicita di essa, vd. anche E. ZITELMANN, *Digestenexegese*, cit., 40); si tratta, però, di una ricostruzione non appoggiata da alcun testo (così vd. G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, *Verus et falsus procurator*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza di Perugia*, 33, 1921, serie IV, vol. III, 698 [= *Studi di diritto romano*, I, a cura di R. REGGI, Milano, 1977, 156]). Infatti, in alcuni manoscritti (come il Codice *Vaticanus* [V]) si legge *fuerant*; in altri (come la *Florentina* [F] e il Codice *Parisinus* [P]) troviamo corretto in *fuerint* un precedente (rispettivamente) *ferint* o *fierint*; e proprio *fuerint* è la lezione che propone di accogliere PH.E. HUSCHKE, *Darlehen*, cit., 62 e nt. 1.

¹⁰⁴ «Colui che, in qualità di procuratore, <geriva> gli affari di Lucio Tizio, avendo riscosso denaro dai debitori di quest'ultimo, gli inviò una lettera nella quale lo informava di avere presso di sé, in ragione dell'amministrazione, una somma <di denaro> determinata e che di essa, <considerandola datatgli> in prestito, era debitore con gli interessi del sei per cento; fu posto il quesito se, in base a tale causa, il denaro potesse essere richiesto in giudizio <come fosse dato> in prestito, e se si potessero richiedere gli interessi. <Giuliano> diede il responso che il denaro non era <dato> in prestito; altrimenti si sarebbe dovuto dire che il <denaro dovuto>, in base a qualunque contratto, avrebbe potuto diventare <dato> in prestito mediante un nudo patto. Né è simile a questa l'ipotesi in cui si sia convenuto che tu tenga come dato in prestito il denaro depositato presso di te, perché in tal caso le monete che erano mie diventano tue. Parimenti, è stato recepto in modo benevolo che se ti avrò ordinato di ricevere denaro dal mio debitore, esso diventa denaro dato in prestito. Argomento a favore di ciò è che colui il quale, volendo dare denaro a mutuo avesse dato <al futuro debitore un oggetto di> argento per venderlo, altrettanto correttamente chiederà in giudizio il denaro come dato in prestito, e tuttavia il denaro ricavato dall'<oggetto di> argento sarà a rischio e pericolo di colui che ricevette l'<oggetto di> argento. E perciò, nel caso proposto <nel quesito>, si deve dire che il procuratore sarà obbligato con l'azione di mandato, affinché, sebbene le monete fossero a suo rischio e pericolo, tuttavia egli debba prestare gli interessi che aveva convenuto»; *Iustiniani Augusti Digesta*, III, cit., 285.

¹⁰⁵ Si è sostenuto che nella fattispecie trovasse luogo una semplice *negotiorum gestio*, e

come *pecunia credita* (e, se, di conseguenza, il mandante possa esperire la *condictio*), e se si possano chiedere le *usurae*. Alla prima domanda la risposta è negativa, perché – afferma il giurista – in caso contrario si dovrebbe ammettere che una *credita pecunia* possa sorgere da un nudo patto.

Tale soluzione viene rafforzata adducendo dapprima due fattispecie dissimili (in cui, cioè, può concedersi la *condictio*), poi una simile (in cui, come nel caso di partenza, non può concedersi tale azione). Le prime due riguardano, rispettivamente, la pattuizione di trasformare in *creditum* il denaro originariamente dato a titolo di deposito (caso B), in cui si ravvisa comunque un passaggio della proprietà; e lo *iussum* dato dal creditore ad un proprio debitore di trasferire una certa quantità di denaro a chi gli richieda un mutuo (caso C), in cui il ricorrere del '*creditum*' sarebbe stato '*benigne receptum*'. Invece, la fattispecie simile a quella di partenza (in cui il giurista negava il ricorrere del mutuo) riguarda il cd. *contractus mohatrae*, in cui un soggetto dà ad un altro una *res vendenda*, consentendogli di trattenere a mutuo il ricavato (caso D): per Giuliano/Africano anche tale fattispecie, come quella di partenza, non integra una *pecunia credita*.

Il risultato di tutto questo ragionamento (*et in proposito*-fine), quindi, è che nel caso di partenza (A) non solo il mandatario sarà obbligato con l'*actio mandati*, ma dovrà altresì corrispondere anche gli interessi pattuiti, in base alla buona fede che connota questa azione.

La critica interpolazionistica ha tentato in ogni modo di indebolire questa testimonianza, o giudicandola in toto di origine compilatoria¹⁰⁶, oppure sem-

non un mandato, il richiamo al quale nella parte finale del passo si è voluto considerare spurio: cfr. V. DE VILLA, *Le "usurae ex pacto"*, cit., 128 s.; F. SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947, 128 s., per i quali si dovrebbe cancellare il richiamo al mandato, perché un classico non avrebbe mai attribuito efficacia ad un *pactum ex intervallo* (vd. il '*nuda pactione*' della fonte), ancorché inerente ad un rapporto di buona fede. In realtà, il caso in questione pare riguardare un mandato cd. *omnium bonorum* (vd. per tutti in tal senso già E. ZITELMANN, *Digestenexegese*, cit., 36), in cui appare scorretto riferire l'inerenza del patto esclusivamente al momento di partenza della nascita del vincolo, perché i centri focali del rapporto sembrano piuttosto costituiti dai singoli atti di gestione; pertanto può apparire coerente che proprio a questi, e non al momento genetico del vincolo, si colleghi anche l'inerenza dei patti. Sul punto cfr. anche P. ANGELINI, *Il «procurator»*, Milano, 1971, 113, il quale sottolinea altresì sia la collocazione palinogenetica del frammento (nel libro VIII delle *Quaestiones* di Africano si parla del mandato: cfr. anche O. LENEL, *Africans Quästionen und ihr Verhältnis zu Julian*, in *ZSS RA*, 2, 1881, 39); sia la trattazione in tema di mandato del successivo § 1 dello stesso frammento. Peraltro, l'inquadramento della fattispecie nell'ambito della *negotiorum gestio* renderebbe difficile spiegare la frase finale '*ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse*'. Più di recente, questo passo è stato addotto (insieme ad altri) come prova della tendenza dei giuristi romani a «ravvisare nel rapporto intercorrente tra *dominus* e *procurator* gli estremi per l'applicazione dell'*actio mandati*, e progressivamente dunque anche per la configurazione di un contratto di mandato»: cfr. M. MICELI, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, I, Milano, 2008, 209 e nt. 218.

¹⁰⁶ Cfr. K.F.F. KNIEP, *Die Mora des Schuldners nach römischen und heutigen Recht*, II, Rostock, 1872, 528; P. BONFANTE, *Sulla genesi*, cit., 114, nt. 2. Al contrario, in piena epoca

plificando l'andamento del passo espungendone alcuni passaggi, come ad esempio il riferimento alla *benignitas*¹⁰⁷; oppure la frase *alioquin-fieri posse*¹⁰⁸; o quella finale *et in proposito-debeat*¹⁰⁹. Io accedo a quella parte della dottrina

interpolazionistica si pronunciava per la genuinità del fr. A. PERNICE, *Parerga*, III, *Zur Vertragslehre*, cit., 219, nt. 6.

¹⁰⁷ Espungono l'avverbio 'benigne' G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 41, il quale, non senza un certo arbitrio, propone di sostituirlo con <contra rationem>; G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., 697 (= 155); E. SACHERS, *Die Verschuldenschaftung*, cit., 85, nt. 17; U. VON LÜBTOW, *Darlehensbegriff*, cit., 22, il quale, però, oltre a sostituirlo con <utilitatis causa>, inserisce altresì prima del punto, e senza essere in grado di fornire alcuna dimostrazione, le parole <, quia perinde habendum sit, ac si ego acceperim pecuniam et eandem tibi dederim>; da ultimo propende per l'interpolazione anche J. ROSET, «Mutui datio», cit., 234, se ben intendo. Per l'opinione contraria alla cancellazione, vd. già O. LENEL, *Afrikans Quaestionen*, cit., 39, nt. 3; ma poi cfr. anche E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz, 1965, 93, nt. 76; F. WUBBE, *Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium*, in *Festgabe für A. Herdlitzcka zu seinem 75. Geburtstag*, a cura di F. HORAK e W. WALDSTEIN, München-Salzburg, 1972, 304; S. WEYAND, *Der Durchgangserwerb in der juristische Sekunde. Systemdenken oder Problemendenken im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1989, 134; e soprattutto A. PALMA, *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1997, 81 ss., il quale avverte che «la *benignitas* non costituisce un atto di grazia o benevolenza verso una delle parti, ma piuttosto un criterio utilitaristico di conservazione dell'efficacia di transazioni commerciali».

¹⁰⁸ Cfr., ad esempio, S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, cit., 188 (= 587), il quale, però, cancella da *alioquin* alla fine del fr.; V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e le città*, ora in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene. 1854-1954*, Napoli, 1954, 142, nt. 1 (si tratta del *Discorso inaugurale* letto per l'inaugurazione dell'anno accademico nell'Università di Messina, e originariamente pubblicato negli *Annali di Messina*, 1913-14); P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, II, cit., 460; mentre P. BONFANTE, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette. Note e riferimenti al diritto civile italiano*, V, Torino, 1926, 457 elimina solo *ex omni contractu*, reputandolo superfluo; concordano con Bonfante P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 38; E. BUND, *Untersuchungen*, cit., 93, nt. 73, quest'ultimo però con l'argomento, a mio avviso destituito di ogni fondamento, che il '*Kontraktbegriff*' sarebbe stato sconosciuto ai classici; e M. BREONE, *Note minime*, cit., 338, nt. 23 (= *Celso polemista*, cit., 206). Per l'opinione contraria all'interpolazione, vd. invece O. LENEL, *Afrikans Quästionen*, cit., 39; mentre, contro la modifica soltanto formale della frase proposta da G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *TR*, 10, 1930, 205, vd. M. BREONE, *loc. ult. cit.*

¹⁰⁹ La si è ritenuta sgrammaticata e in contrasto con l'attribuzione del *periculum* al mandatario: cfr. PH.E. HUSCHKE, *Darlehen*, cit., 62 e nt. 1; G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., 697 (= 155); G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *TR*, 10, 1930, 205, il quale, al solito, senza addurre motivazione propone di sostituirla con un lunghissimo periodo; F. SERRAO, *Il procurator*, cit., 128; più limitati gli interventi di J.C. NABER, *Observatiunculae de iure romano*, XCIII, *De deposito usurario*, in *Mnemosyne. Bibliotheca philologica batava*, 34, 1906, 61, nt. 1, che espunge soltanto da '*ut quamvis*' alla fine; O. LENEL, *Afrikans Quästionen*, cit., 39, il quale cancella solo *ut quamvis-debeat*; B. FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratorur*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, IV, Palermo, 1936 (rist. Aalen, 1974), 440, che espunge solo le parole '*actione mandati*'; V. DE VILLA, *Le "usuræ ex pacto"*, cit., 126, il quale, oltre ad *ut quamvis*-fine, taglia anche le parole '*actione mandati*'; ed infine U. VON LÜBTOW, *Darlehensbegriff*, cit., 22, il quale, pur criticando come eccessiva la cancellazione dell'intero brano, non si fa scrupolo di riscriverlo pressoché interamente, addirittura mutandone il senso nel suo contrario, grazie all'inserimento di un provvidenziale <non> (contro il quale basterebbero le parole già di I. CUIACIUS, *Ad Africa-*

che ritiene il passo sostanzialmente genuino, seppure non privo di punti oscuri¹¹⁰.

Come detto, i casi affrontati da Giuliano/Africano sono quattro. Nel caso (A), il mandatario chiede al mandante di poter trattenere a titolo di mutuo, pagando beninteso il 6% di interessi, la somma esatta nel corso dell'esecuzione del mandato. Il giurista nega il ricorrere in questo caso di un mutuo, ma senza addurre giustificazioni.

Si potrebbe ipotizzare che la ragione risieda nell'*epistulam mittere*' con cui il mandatario comunica la sua volontà al mandante, e che non giungerebbe a concretizzarsi in un accordo: tale ipotesi è però smentita dal richiamo fatto dallo stesso giurista subito dopo alla *nuda pactio*, che invece presuppone una bilateralità delle volontà.

Più verosimile appare supporre che la motivazione del diniego da parte del giurista risieda nel fatto che, in seguito all'espletamento del mandato, il denaro che si vorrebbe restituire come *credita pecunia* è diventato di proprietà del mandatario stesso, e tale somma, sebbene il mandatario sia comunque obbligato a versarla al mandante, non può in alcun caso essere considerata proveniente dal patrimonio del mandante, che quindi non può in alcun modo rivestire il ruolo di *dans* (mutuante)¹¹¹. In tale caso, non si può ipotizzare il ricorrere di una dazione creditizia, nemmeno attraverso il meccanismo della finzione di una avvenuta dazione, perché il preteso futuro mutuuario (cioè, in sostanza, il mandatario) è già proprietario del denaro che pretenderebbe di assumere in mutuo, e pertanto l'esistenza di tale contratto risulterebbe totalmente sfornita dell'elemento reale e riposerebbe soltanto sul mero accordo (*pactio*).

Il ragionamento del giurista continua, con il meccanismo dell'argomentazione *e contrario*, allorché egli adduce altri casi in cui, invece, si giunge a

num Tractatus, lib. VIII, in *Opera omnia*, I, Neapoli, 1722, ad h.l., 1464: «quod interpres juris nescio quis non intelligens, audet in fine huius quaestionis negationem apponere & legere, praestare non debeat».

¹¹⁰ Per non fare che un solo esempio, prima dell'ultimo *tamen* appare necessario inserire un *'et'* (*tamen et usuras*), perché altrimenti il testo dovrebbe essere interpretato nel senso che il *procurator* deve soltanto le *usurae* e non anche la *sors*: così vd. PH.E. HUSCHKE, *Darlehens*, cit., 62 e nt. 1.

¹¹¹ Che questa fosse la vera ragione per la quale non si ammetteva nella fattispecie l'esistenza di un mutuo (*rectius*: di una *pecunia credita*), era affermato già da G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, II, cit., 697 (= 155). Peraltro, la ricorrenza in questa fattispecie di un mandato costituisce un ostacolo insormontabile per l'accoglimento della ricostruzione fatta propria dalla gl. *certam summam ad h.l.*, dove si legge che il mutuo sarebbe stato considerato come concluso in caso di consumazione del denaro; infatti, a parte ogni considerazione sulla teoria della cd. *reconciliatio mutui* (oggi non più accoglibile), bisogna riconoscere che la stessa Glossa ipotizzava che la consumazione servisse a sanare la situazione creatasi con la dazione di denaro altrui, mentre qui, al contrario, il denaro è già dell'*accipiens*; del resto, già I. CUIACIUS, *Ad Africanum Tractatus*, cit., lib. VIII, ad h.l., 1465 aveva rilevato che se la questione della consumazione fosse stata il *cardo rei*, il giurista stesso non avrebbe mancato di attribuirle maggiore importanza.

configurare l'esistenza di un mutuo, sebbene imputando la dazione al supposto mutuatario attraverso un meccanismo di finzioni sempre più astratto. Sui casi (B), che prevede la 'trasformazione' in mutuo di un originario deposito e (D), che affronta la dazione di una *res vendenda*, in vista della costituzione del mutuo sulla somma incassata come prezzo, è opportuno sospendere qui l'analisi, e rinviarla alle considerazioni che tra breve esporrò¹¹².

Convieni qui invece affrontare il caso che abbiamo denominato (C), in cui il giurista severiano afferma essere stato '*receptum*' grazie alla '*benignitas*' che l'operazione negoziale con cui un debitore delegato paghi ad un terzo delegatario in forza di uno *iussum* del delegante costituisca un mutuo tra quest'ultimo ed il delegatario stesso, che a lui deve restituire il denaro ricevuto. A questo proposito, il giurista sottolinea come la configurazione di un contratto di prestito sarebbe stata '*benigne recepta*', evidentemente perché solo in via estensiva si può ammettere che all'accipiente pervenga denaro del delegante. Si noti il passaggio tra il pensiero di Africano, che ancora sente la necessità di ancorarsi alla '*benignitas*' per riconoscere un mutuo in una fattispecie come quella descritta, e il pensiero di Ulpiano, il quale invece la identifica come una fattispecie di ricorrenza quotidiana (vd. *supra*, nel passo precedentemente esaminato, a proposito di D.12,1,9,8: *cottidie ... poscamus*).

Per quello che qui rileva, vale la pena sottolineare come Africano ammetta come *datio mutui* sia la prestazione originariamente effettuata per costituire un deposito, successivamente trasformato in mutuo, sia la prestazione effettuata per conto del mutuante da un suo delegato a seguito di apposito *iussum*.

Al contrario, per il medesimo giurista non era ammissibile che la finzione si spingesse fino al punto di ammettere come *datio mutui* la semplice dichiarazione del mutuatario di trattenere a mutuo il denaro riscosso nell'esecuzione del mandato (perché il mandatario ne era già divenuto proprietario), né l'incasso del prezzo della vendita di una cosa del mutuante da questi appositamente concessa allo scopo di costituire un mutuo sul prezzo stesso.

È facile constatare come per entrambe queste fattispecie la giurisprudenza romana conosca una evoluzione di pensiero, che porta ad ammettere la configurazione del mutuo sia nel caso di un originario mandato, sia nel caso della *res vendenda* (cd. *contractus mohatrae*).

Ora mentre al secondo punto (*contractus mohatrae*) sarà dedicato un apposito paragrafo, per cui è necessario rimandare per il momento la discussione (vd. *infra*, pp. 101 ss.), per il primo punto (mandato che si evolve in mutuo) possiamo brevemente esaminare, in via esemplificativa, D.12,1,15, in cui Ulpiano ammette l'esistenza della *pecunia credita* nel caso del mandato, sebbene sottolineandone la 'peculiarità'.

¹¹² Vd., oltre che in questo stesso §, anche *infra*, pp. 98 ss.

D.12,1,15 (Ulp., 31 ad ed.)

*Singularia quaedam recepta*¹¹³ sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta¹¹⁴.

Secondo Ulpiano, riguardo al mutuo si sono affermate delle peculiari singolarità, che consistono nel fatto che si può diventare mutuatari anche senza percepire direttamente il denaro del mutuante, come avviene nel caso di *delegatio promittendi* o nel caso in cui si convenga tra mandante e mandatario che quest'ultimo trattenga come prestito la somma incassata *ex causa mandati*.

Sugli innumerevoli tentativi che, a partire già dagli scolasti i cui frammenti sono raccolti nei Basilici e fino ai tempi moderni, si sono succeduti nel tentativo di raccordare tra loro le opinioni di Africano ed Ulpiano, che, allo stato, appaiono una «valde difficilis & obscura antinomia»¹¹⁵, mi sia consentito di rinviare a quanto in altra sede già detto¹¹⁶.

A mio avviso la soluzione non va ricercata tanto nel fatto che «Africanus ius summum; Ulpianus aequitate secutus fuisse»¹¹⁷; quanto piuttosto nel fatto che mentre Africano ribadisce una «sententia juris» diffusa ai suoi tempi, Ulpiano, invece, propone soltanto «opinionem suam nondum receptam, quam recipi, increcere & invalescere cupit»¹¹⁸.

Siamo cioè di fronte ad una evoluzione giurisprudenziale sul punto. Per Giuliano ed Africano esistevano casi 'particolari', in cui comunque si ammetteva la possibilità di 'convertire' in mutuo un diverso negozio, come il deposito, o di considerare come proveniente dal mutuante la somma in realtà numerata a seguito dello *iussum dandi* da un suo delegato. Mi pare

¹¹³ Contro la lettura '*praecepta*' che ricorre in F² e in S, osserva G. BARCLAJUS, *In titulos Pandectarum*, cit., 857 che il termine è coerente con il '*receptum est*' di D.17,1,34 pr.

¹¹⁴ «In materia di crediti da mutuo di denaro sono state recepite alcune particolarità. Infatti, se io avrò ordinato ad un mio debitore di dare una somma di denaro a te, tu sarai obbligato nei miei confronti, sebbene tu non abbia ricevuto denaro mio. Ciò che, dunque, si recepisce con riferimento a due persone distinte deve essere recepito anche per un'unica persona, di modo che, qualora tu a causa di mandato mi debba del denaro, e si sia convenuto che tu lo trattenga a titolo di mutuo, si considera che tale denaro sia stato dato a me e da me sia passato a te»; cfr. *Iustiniani Augusti Digesta*, III, cit., 12 s.

¹¹⁵ Così cfr. F. DUARENUS, *In lib. III Codicis, in Tit. Si certum petatur*, cap. II, in *Opera omnia*, cit., 879; analogamente vd. anche A. FABER, *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Coloniae Allobrogum, 1615, lib. III, cap. 19, 72; E. MERILLIUS, *Ad titulum digestorum de rebus creditis*, cit., 671.

¹¹⁶ Cfr. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 404 ss.

¹¹⁷ Così G. RANCHINUS, *Variarum lectionum libri tres*, in E. OTTO, *Thesaurus Juris Romani*, V, Trajecti ad Rhenum, 1735, cap. 3, 360.

¹¹⁸ I. CUIACIUS, *Ad Africanum Tractatus*, cit., lib. VIII, ad h.l., 1465.

evidente che al tempo di Africano e Giuliano, da un lato, l'estensione interpretativa non era stata condotta fino alle sue massime potenzialità espansive¹¹⁹, per cui essi non concedevano la *condictio* in fattispecie in cui il trasferimento non poteva proprio considerarsi avvenuto, o comunque non poteva essere fatto risalire al soggetto che pretendeva di esperire la *condictio*, come nel caso del mandatario o in quello del cd. *contractus mohatrae*. Dall'altro lato, anche nelle ipotesi in cui essi proponevano l'estensione interpretativa, l'operazione poggiava su basi dogmatiche non ancora del tutto solide, come dimostra il '*benigne receptum*' di D.17,1,34 pr. di Africano a proposito dello *iussum* delegatorio, come anche la 'singolarità' (*singularia praecepta*) invocata sul punto ancora da Ulpiano (ma anche il *videatur* con cui il giurista severiano esprime la sua difforme opinione sul punto), che dimostra certo un 'salto di qualità' nell'inquadramento dogmatico della fattispecie, ma non ancora il suo completo assorbimento nel tessuto giuridico del diritto contrattuale del II secolo d.C.

Significativa mi appare anche la finzione («si considera che tale denaro sia stato dato a me e da me sia passato a te») con cui il giurista severiano costruisce una sorta di 'juristische Sekunde', ponendo a giustificazione di una (non) avvenuta *datio*.

3. La 'conversione' in mutuo di un originario deposito

3.1. Mutuo e deposito irregolare

Per i giuristi romani, pure la cd. *traditio 'brevi manu'* validamente è in grado di fondare un mutuo, nonostante anche ciò costituisca un '*singulare receptum*'. Ciò vale sia, con gli sviluppi che abbiamo appena visto in D.17,1,34 pr., per dazioni che originariamente avevano dato esecuzione ad un contratto di mandato, sia per dazioni che invece in origine avevano dato luogo ad un deposito (*si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat*).

Per quanto riguarda un originario mandato, valga quanto abbiamo osservato nelle pagine precedenti. Per quanto invece riguarda la 'trasformazione' in mutuo di un deposito, in cui la dazione originariamente fatta viene a valere, attraverso il meccanismo della *traditio ficta*, come *mutui*

¹¹⁹ Proprio questa ritenuta evoluzione, che a mio avviso trova un possibile argomento a sostegno nel richiamo al '*benigne receptum*' potrebbe costituire una risposta all'interrogativo sollevato contro Cuiacio da G. BARCLAJUS, *In titulos Pandectarum*, cit., 858, il quale sostiene che non si capisce perché lo stesso Africano, che pure conosce la finzione di *traditio* nel caso dello *iussum dandi* dato dal potenziale mutuante al proprio debitore, non si sia spinto ad applicare l'estensione anche all'ipotesi del mandato nella l. 34 pr., come invece fa Ulpiano.

datio, le fonti risalgono addirittura ai primi corifei della scuola proculiana. Il problema coinvolge l'inquadramento del cd. deposito irregolare e i suoi rapporti con il mutuo.

Il punto merita una precisazione.

In questa materia, da sempre la dottrina romanistica ha seguito di fatto due ricostruzioni tra loro antitetiche. Da un lato, vi erano gli esponenti di una corrente dottrinale più antica, i quali ritenevano che l'istituto del deposito irregolare non fosse in realtà mai stato conosciuto dai romani, che vedevano nella consegna di una somma di denaro 'aperta' nulla più che un mutuo¹²⁰, mentre l'accostamento di una tale fattispecie al deposito fosse dovuto piuttosto ai giustinianeî, i quali sarebbero stati spinti a ciò da prassi ellenistiche¹²¹ e avrebbero finito per creare una sorta di negozio ibrido (il deposito irregolare, appunto), a cui si applicavano regole tutto sommato peculiari.

Dall'altro lato, si ponevano quanti, seppure con diverse sfumature ricostruttive, pensavano che invece il deposito irregolare fosse stato conosciuto e in qualche modo regolamentato già dai giuristi romani stessi, quantomeno da alcuni¹²², se non da tutti¹²³, o che fosse ammesso come tale solo in

¹²⁰ Cfr. ad es. TH. NIEMEYER, *Das Depositum irregulare*, cit., 74 ss., il quale però riteneva che almeno Paolo e Ulpiano avrebbero concesso in tale fattispecie l'*actio depositi*, perché l'applicazione della *condictio* avrebbe potuto condurre a conseguenze inique (l'a., però, stranamente non prende in esame D.12,1,9,9, che affronteremo nel § successivo); C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR*, 18, 1906, 121 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Il deposito*, cit., 111 ss.

¹²¹ Cfr., seppure con diverse sfumature, J.C. NABER, *Observatiunculae de iure romano*, XCIII, *De deposito usurario*, cit., 59 ss.; C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, 93; ID., *La categoria dei contratti reali*, cit., 381 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Lineamenti del sistema contrattuale nel diritto dei papiri*, Milano, 1928, 59 ss.; G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano: 1. Le due formole classiche dell'actio depositi*, cit., 62 ss., 173 ss. e 247 ss.; F. SCHULZ, *The Post-classical Edition of Papinian's «Libri Quaestionum»*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, IV, Milano, 1949, 255.

¹²² Ad. es. G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare*, cit., 204 ss.; e B. KÜBLER, *Griechische Tatbestände*, cit., 189 ss. pensavano che il deposito irregolare fosse stato conosciuto al solo Papiniano, al quale secondo Frezza (vd. nt. seg.) andrebbe aggiunto anche Scevola; al contrario, E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Basel, 1955, 460 s. pensava che il solo dei giuristi classici a conoscere questa figura fosse stato Paolo; invece V. ARANGIO-RUIZ, *Lineamenti*, cit., 59 ss. pensava che il deposito irregolare fosse stato considerato come un mutuo dai giuristi classici, a differenza di quelli repubblicani, i quali, meno raffinati dei primi, vi vedevano invece un deposito. Nello stesso filone ricostruttivo si possono inserire anche B. ADAMS, *'Depositum irregulare'*, cit., 360 ss.; K. GEIGER, *Das Depositum irregulare als Kreditsgeschäft*, München, 1962; R. VIGNERON, *Résistance du droit romain aux influences hellénistiques: le cas du dépôt irrégulier*, in *RIDA*, 31, 1984, 307 ss. e 316 ss.

¹²³ Cfr. ad es. F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 80 ss., il quale pensa che nel caso di concessione del permesso di usare il denaro depositato i giuristi classici avrebbero concesso tanto la *condictio* quanto l'*actio depositi*; E. KIESSLING, *Über den Rechtsbegriff der Paratheke*, in *Akten des VIII. internationalen Kongress für Papyrologie, Wien, 1955* (Mitteilungen aus der Papyrussammlung der österreichischen Nationalbibliothek), Wien, 1956, 69 ss.; P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ, in *EOS. Commentarii Societatis Philologiae Polonorum*, 48/1, 1956,

alcune operazioni di prestito, e non in altre¹²⁴.

In questa sede, non interessa tanto individuare quali caratteristiche possa aver avuto il deposito irregolare o sottolineare le differenze di questo istituto rispetto al mutuo, quanto piuttosto tentare di ricostruire il pensiero dei giuristi romani in merito allo schema 'consegna di fungibili in deposito/accordo di poterli usare'¹²⁵. Ed è per questa ragione che alla tematica del deposito irregolare si darà spazio solo nei limiti delle necessità legate all'argomento qui affrontato.

A questo proposito, riepilogando brevemente lo *status quaestionis*, pur nella consapevolezza della complessità delle vicende storiche coinvolte¹²⁶, è bene ricordare come tra gli stessi giuristi romani esiste un filone, che comprende almeno Scevola, Papiniano e Paolo, che propendeva per il mantenimento in questi casi dello schema del deposito, seppure nella sua articolazione 'irregolare': si tratta di D.16,3,28 (*Scaev., 1 resp.*), in cui nel *iudicium bonae fidei* richiamato alla fine deve vedersi l'*actio depositi*¹²⁷; D.16,3,24 (*Pap., 9 quaest.*), dove il giurista

Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae, Vratislaviae-Varsaviae, 1956, 152 ss.; G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 33 ss., il quale pensa che la figura sia stata recepita dai giuristi dalla prassi, ma non sia stata da essi compiutamente metabolizzata. Particolare sul punto appare la posizione di H.T. KLAMI, «*Mutua magis videtur*», cit., particolarmente 227 ss., il quale, percorrendo una via in realtà in precedenza già battuta da U. BRASIELLO, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali*, I, *L'aspetto innovativo-interpretativo*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, IV, Milano, 1956, 476 ss. e 485 ss., pensa che i giuristi romani non si sarebbero preoccupati dell'inquadramento dogmatico dell'istituto, ma piuttosto si sarebbero interessati a problemi specifici che poneva il deposito di denaro, come l'accollo del *periculum*, l'esperibilità dell'*actio depositi*, la validità del *pactum usurarum* ecc., e che sulla base di questo assunto si spieghino le apparenti divergenze che percorrono le fonti. Da ultima torna sull'argomento F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino, 2008, 184 s., la quale, in maniera per la verità non del tutto chiara, afferma che il deposito irregolare non avrebbe costituito per i romani un *tertium genus* tra deposito e mutuo, ma nel contempo dà rilievo alla circostanza che la fattispecie in alcuni casi (ad es. quando si discute degli interessi) sarebbe concepita come un vero e proprio deposito, in altri, invece (ad es. quando si discute sulla responsabilità di chi riceve il denaro), come un mutuo.

¹²⁴ Cfr. già L. MITTEIS, *Trapezitika*, in *ZSS RA*, 19, 1892, 212, secondo il quale il deposito irregolare senza pattuizione di interessi sarebbe stato considerato dai romani come un vero e proprio deposito, mentre il deposito irregolare con interessi avrebbe costituito un *genus* distinto sia dal deposito che dal mutuo. Cfr. anche W.G. GORDON, *Observations on "depositum irregulare"*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milano, 1982, 368 ss., il quale pensava che il deposito di monete si convertisse in un mutuo nei prestiti rivolti al consumo (*loans for use*), ma mantenesse la configurazione giuridica del deposito nel caso di prestiti per investimento, fatti ad un banchiere. Per delle evidenti oscillazioni dogmatiche tra i giuristi romani propende anche Aldo Petrucci: per i numerosi lavori dedicati da questo a. a questa tematica vd. *supra*, p. 31 e ntt. 34 e 35.

¹²⁵ Per una panoramica storica, un po' datata ma ancora efficace, vd. A. GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, I, *La costruzione del rapporto*, Milano, 1968.

¹²⁶ È noto come la classicità del deposito irregolare abbia costituito un discusso problema nella romanistica più risalente: oltre quanto detto poco sopra nel testo, vd. il dibattito tra gli studiosi sintetizzato da G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 149 ss., e, per il periodo successivo, da Litewski (vd. *supra*, p. 9, nt. 10), e Petrucci, più volte cit.

¹²⁷ Ad una possibile alternativa con l'*actio mandati* pensa H.T. KLAMI, «*Mutua magis videtur*», cit., 38 s., il quale ritiene che proprio per questo motivo Scevola non avesse indicato espressamente di quale azione si trattasse.

afferma espressamente '*respondi depositi actionem locum habere*'; D.16,3,26,1 (Paul, 4 resp.), in cui, in una parte per la verità molto sospetta del testo¹²⁸, a Paolo viene fatto dire che '*usurae quoque actione depositi peti possunt*'; più dubbio è il riferimento all'*actio depositi* che implicitamente si legge in PS. 2,12,5, che collide in maniera stridente con la qualificazione di mutuo che alla stessa operazione nella medesima opera si dice doversi preferire (*mutua magis videtur quam deposita*: P.S. 2,12,9)¹²⁹. In senso analogo si può vedere anche un rescritto di Gordiano conservato in C.4,34,4.

L'ipotesi che mi pare emerga dalla lettura delle fonti di seguito riportate, e che mi pare opportuno qui anticipare per comodità di esposizione, è che il deposito irregolare fosse originariamente sconosciuto ai romani, dovendo in ogni caso il depositario procedere alla restituzione della *eadem res* e configurandosi invece un mutuo ogni qual volta la dazione avesse avuto ad oggetto dei fungibili. Quando, sulla spinta delle pratiche commerciali e bancarie (forse provenienti prevalentemente dal mondo ellenistico) questo istituto venne recepito anche dalla giurisprudenza, che ne tenta una regolamentazione, il regime si afferma magmaticamente e i giuristi romani si pongono il problema di quale istituto giuridico risulti configurato.

Per questo, i giuristi affermano che se *ab origine*, nel dare in deposito una somma 'aperta', si prevede la restituzione del *tantundem* e non dell'*idem*, si debba ammettere il ricorrere di un deposito, seppure caratterizzato dai canoni della irregolarità: in particolare, essi discutono di alcuni punti che riguardano l'applicabilità dell'*actio depositi*, che da questo inquadramento discende, come ad es. (e soprattutto) la possibilità di perseguire attraverso questa azione anche il pagamento delle *usurae*. La differenza con il mutuo, oltre che nel regime sanzionatorio, risulterebbe evidente nel fatto che in simili fattispecie l'iniziativa contrattuale fa normalmente capo al futuro creditore (depositante) e non al debitore (nel mutuo: il mutuatario), e che sempre in capo al creditore, e non al debitore, si coagula in via principale l'interesse alla conclusione del contratto.

Al contrario, se in origine era stato concluso un deposito 'chiuso', con obbligo della restituzione dell'*idem*, l'accordo successivo che consenta al

¹²⁸ Cfr. F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 135 s.; F. SCHULZ, *The Postclassical Edition*, cit., 260; B. ADAMS, *'Depositum irregulare'*, cit., 368.

¹²⁹ Vari sono i tentativi succedutisi di conciliazione tra questi due testi: vedili ben riassunti in W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier (II)*, cit., 295 ss. e 301; a cui adde J. DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des 'praefectus urbi' über die 'argentarii' in klassischen römischen Recht*, in ZSS RA, 107, 1991, 315 ss.; da ultimo sul punto Petrucci oscilla tra ritenere l'autore delle *Pauli sententiae* estremamente dubbioso circa la configurazione dogmatica della nostra fattispecie, al punto da mantenere ancora l'alternativa tra deposito e mutuo (così in A. PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., 226) e pensare invece a una accezione più ristretta da attribuire al *permissum uti* di PS. 2,12,5a, che, avvicinandosi più al significato di 'tollerare' che a quello di 'consentire', comprenderebbe solo il collocarlo ad interesse presso terzi (cfr. ID., *Profili giuridici*, cit., 82; P. CERAMI-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*³, cit., 156).

depositario di usare dei fungibili così consegnatigli non riesce a permeare la struttura già formatasi del tipo negoziale del deposito. Ed è solo attraverso un percorso non privo di ostacoli che i giuristi romani giungono ad ammettere in questi casi il ricorrere di un mutuo, attraverso lo schema della *traditio brevi manu* e a concedere, di conseguenza, la *condictio* per la restituzione del denaro.

Vediamo i testi.

3.2. *Mutuo e deposito irregolare nella prima scuola proculiana: D.12,1,9,9 e la 'trasformazione' del deposito in mutuo*

Per il discorso che sto qui conducendo, interessa richiamare in primo luogo D.12,1,9,9.

D.12,1,9,9 (*Ulp., 26 ad ed.*)

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere <me>¹³⁰ quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. Ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici¹³¹.

Se *Ego* ha depositato presso *Tu* dieci, e in seguito ha permesso a *Tu* di usarne, Nerva e Proculo ritengono esperibile la *condictio* anche prima dell'effettivo uso, in quanto si sarebbe in qualche modo concretizzato un mutuo (*quasi mutua condicere*). Ulpiano, nell'approvare questa decisione, la ricorda condivisa già da Marcello. La motivazione risiederebbe nel fatto che il depositario avrebbe acquisito '*animo*' il possesso, così che si sarebbe accollato anche il *periculum* della perdita dei fungibili.

La ricostruzione testuale si presenta tutt'altro che semplice, in considerazione delle molteplici prospettive dalle quali va affrontato il frammento. A mio avviso, va rifiutata una lettura che accantona del tutto questa testimonianza, giudicandola radicalmente spuria al punto da non potersi più ricostruire il pensiero dei giuristi classici citati¹³²: a tacer d'altro, non si

¹³⁰ Vd. Mo. *ed. maior*, secondo una correzione diffusamente accolta; in alternativa, il *Dig. mil.* propone l'impersonale '*condici*'.

¹³¹ «Ho depositato presso di te dieci, poi ti ho permesso di farne uso: Nerva e Proculo affermano che io possa ripetere con l'azione <di ripetizione> per intimazione da te <tale somma> come concessa in mutuo, anche prima che essa sia stata usata. Ed è vero, come sembra anche a Marcello: infatti, con l'intenzione si è cominciato a possedere. Dunque, il rischio e pericolo passa a colui che ha chiesto il mutuo, e contro questi si potrà agire con l'azione <di ripetizione> per intimazione; cfr. *Iustiniani Augusti Digesta*, III, cit., 10.

¹³² Cfr. in questo senso W. STINTZING, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, I, *Zur Geschichte der condictio und der actio certae creditae pecuniae*, Jena, 1901, 53; e poi anche M. FREUDENTHAL, *Zur Entwicklungsgeschichte der römischen Condictio*. Inaugural-Dissertation, Breslau, 1910, 38, nt. 2.

capisce il motivo per cui i compilatori, nel procedere alla pretesa interpolazione, non si sarebbero dati cura di tagliare anche il riferimento a Nerva, Proculo e Marcello. Al massimo, mi pare che si possa dire che il passo indubbiamente presenta numerose mende, sia formali¹³³, sia sostanziali¹³⁴; ma mi pare altrettanto indubitabile che tali imprecisioni non ne intacchino la sostanziale genuinità, potendosi al massimo convenire che tutto il fr., o, quanto meno, il pensiero di Proculo in merito alla motivazione sia stato riassunto nella attuale veste forse dai compilatori, o forse dallo stesso Ulpiano¹³⁵.

Il tenore del passo appare essere il seguente. Dopo (*postea*) la conclusione di un iniziale deposito (*deposui apud te*) 'chiuso'¹³⁶, il depositante

¹³³ Ad es., nell'ultima frase si passa all'uso della terza persona (*coepit possidere; transit periculum; poterit condici*), mentre invece nella prima parte il discorso era condotto tra *Ego* e *Tu*; inoltre l'ultima frase sembra una ripetizione di quanto già detto, al punto che più di qualche aa. ha proposto l'espunzione di tutta l'ultima parte del fr.: cfr. F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, 64; ID., *The Postclassical Edition*, cit., 257; P. KRÜGER, nei *Supplementa adnotationis*, 965; F. PRINGSHEIM, *Animus donandi*, in *ZSS RA*, 42, 1921, 288 (= in *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, 263); ID., *Animus in Roman Law*, in *LQR*, 49, 1933, 390 (= 322); G. BESELER, *Miscellanea*, in *ZSS RA*, 44, 1924, 375; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig, s.d. (ma 1927), 163 (169) nt. 2; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 125; U. BRASIELLO, *Aspetti innovativi*, cit., 484; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *AUPA*, 26, 1957, 316, nt. 86; U. VON LÜBTOW, *Darlehensbegriff*, cit., 54; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, 57, nt. 127; W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier (II)*, cit., 281; ID., *Rec. a G. GANDOLFI*, in *BIDR*, 79, 1976, 284; ID., *Figure speciali di deposito. Rec. a J. SONDEL*, in *Labeo*, 20, 1974, 414; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione. Alle scaturigini della moderna teoria della responsabilità contrattuale*, II, Bari, 1982, 643 s.; A. VALMAÑA OCHAÍTA, *El depósito irregular*, cit., 107; mantengono aperta la questione K. OLIVECRONA, *The Acquisition of Possession*, in *Three Essays of Roman Law*, Copenhagen, 1949, 77, nt. 48; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 305 s., e H. HAUSMANINGER, *Besitzerwerb solo animo*, in *Festgabe für A. Herdlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, a cura di F. HORAK e W. WALDSTEIN, München/Salzburg, 1972, 116; mentre propendono decisamente per la genuinità PH.E. HUSCHKE, *Darlehen*, cit., 58 e nt. 2; G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 163 s.; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in *ZSS RA*, 104, 1987, 548 s.; e, almeno implicitamente, anche G. MACCORMACK, *Periculum*, in *ZSS RA*, 96, 1979, 160, nt. 151, ma senza ulteriori approfondimenti; solo la parte relativa alla sopportazione del rischio è invece ritenuta di origine giustiniana da W.M. GORDON, *Studies in the Transfer of Property by traditio*, Aberdeen, 1970, 78.

¹³⁴ Da questo punto di vista il principale problema riguarda le parole '*et antequam moveantur*', che secondo P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, I, Milano, 1977, 196 ss. e nt. 4, sarebbero state introdotte da un inesperto e maldestro glossatore, il quale avrebbe in questo modo voluto creare un parallelo con il famoso caso dell'acquisto 'spiritualizzato' del possesso sul tesoro, riportato in D.41,2,3,3.

¹³⁵ Sul punto, per maggiori dettagli, rimando a quanto ho già sostenuto in A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 234 ss.

¹³⁶ Senza dubbio ci troviamo qui di fronte ad un iniziale deposito di denaro 'chiuso', altrimenti non avrebbe senso né la concessione del permesso di usare il denaro successiva alla

chiede al depositario di poter usare quella *pecunia* di cui aveva la custodia in quanto depositario come se fosse una somma ricevuta a titolo di mutuo (*mutuam rogaverit*)¹³⁷; il depositante acconsente, concedendo il permesso di usare tale denaro (*permisi tibi uti*). Si realizza qui una *conventio ex intervallo*, che si va ad aggiungere all'originario deposito, e che non riesce a modificare dall'interno la struttura del deposito, il quale si dimostra ad essa impermeabile, neanche attraverso il ricorso alla categoria della irregolarità, che infatti non appare in questo caso richiamata dal giurista¹³⁸, il quale si limita a concedere la *condictio* (azione che, come è noto, sanziona il mutuo), già a partire dal momento dell'accordo sull'uso (*permissum uti*) che, come appare estremamente probabile, sarà stato preceduto da una conforme richiesta in tal senso del depositario (si può argomentare dal '*mutuam rogaverit*').

In tal modo, si ha come effetto una sorta di 'conversione' del deposito in mutuo¹³⁹, senza che, come è ovvio, sia necessario attendere l'effettivo

conclusione del deposito stesso, né tutto il ragionamento condotto nel passo: cfr. O. CONSTANTIN, *L. 9 § 9 und l. 10 D.XII,1 im Streite über depositum irregulare und Darlehen. Inaugural-Dissertation*, Berlin, 1908, 18; B. ADAMS, '*Depositum irregulare*', cit., 370; U. VON LÜBTOW, '*Darlehensbegriff*', cit., 56; H.T. KLAMI, '*Mutua magis videtur*', cit., 68; W. LITEWSKI, nella *Rec. a quest'opera*, in *Index*, 3, 1972, 562; A. VALMAÑA OCHAÏTA, '*El depósito irregular*', cit., 111.

¹³⁷ Possiamo ricostruire lo schema come deposito iniziale, *rogatio mutui* da parte del depositario, *permissum* accordato dal depositante: così, in maniera chiara, vd. anche i Basilici (cfr. B.23,1,9 Heimb. II,601 = Schelt. A III,1096): ἔχων μοι ἐν παρακαταθήκη δέκα νομίσματα ἤτεσάς με δανείσαι σοι (= *rogasti me, ut eos tibi crederem*). Si è detto che la *rogatio mutui* non ricorre nella prima parte del passo, ma solo nella seconda (F. BONIFACIO, '*Ricerche sul deposito irregolare*', cit., 125; ma vd. anche W. LITEWSKI, '*Le dépôt irrégulier [II]*', cit., 282), che peraltro è quella che molti ritengono interpolata (così cfr. W. LITEWSKI, *Rec. a G. GANDOLFI*, cit., 284). A mio avviso non si tratta di argomenti decisivi: ad una *rogatio mutui* fanno riferimento sia i Basilici, nel passo sopra citato, sia la Glossa (vd. la gl. *deposui* di Giovanni da Bassiano a D.12,1,9,9: «tibi roganti volentique uti»; o quella *quod si ab initio* di Accursio a D.12,1,10); in dottrina, dopo C.F. GLÜCK, '*Ausführliche Erläuterung der Pandekten*', XV, Erlangen, 1813, § 940, 155, cfr.: O. CONSTANTIN, *L. 9 § 9*, cit., 42 ss.; TH. NIEMEYER, '*Depositum irregulare*', cit., 55; F. SCHULZ, '*Einführung*', cit., 64; U. BRASIELLO, '*Aspetti innovativi*', cit., 486, nt. 5; U. VON LÜBTOW, '*Darlehensbegriff*', cit., 54; P. ZAMORANI, '*Possessio*', cit., 200, nt. 11; H.T. KLAMI, '*Mutua magis videtur*', cit., 70 s. (solo per Marcello).

¹³⁸ È questo, a mio avviso, il motivo per il quale nel passo non viene affatto richiamato il deposito irregolare. Non ritengo pertanto corretto considerare il fr. in questione come uno dei testi chiave per la non classicità del cd. deposito irregolare, come fanno invece, tra i tanti, K.A. VON VANGEROW, '*Lehrbuch der Pandektenrecht*', III, Marburg-Leipzig, 1876⁷, § 631, 422; E. KIESLING, '*Über den Rechtsbegriff*', cit., 71; W. LITEWSKI, '*Rec. a G. GANDOLFI*', cit., 284.

¹³⁹ Di '*mutatio contractus*' parla già Stefano, nello scolio ἔχων μοι ἐν παρακαταθήκη (= *cum a me in deposito*) a questo testo nei Basilici (cfr. B.23,1,9 Heimb. II,601 = Schelt. B IV,1521): ὡς τοῦ συναλλάγματος ἀμειφθέντος (= *quasi contractu immutato*). Si è parlato di una novazione del deposito attraverso un sopravveniente mutuo: cfr. O. CONSTANTIN, *L. 9 § 9*, cit., 18 ss.; in senso contrario si è obiettato che il secondo subentrerebbe al primo solo sul piano prettamente fattuale: cfr. C. SALKOWSKI, '*Zur Lehre von der Novation nach römischen Recht. Ein Beitrag zum römischen Obligationenrecht*', Leipzig, 1866, 53 s.; U. VON LÜBTOW, '*Darlehensbegriff*', cit., 60 s.

impiego del capitale, perché attraverso il ricorrere dell'*animo possidere*¹⁴⁰ risulta integrato anche l'elemento materiale del mutuo (*traditio* traslativa), così che il mutuatario già da questo momento sopporterà il *periculum* e potrà essere convenuto con la *condictio*.

Il problema qui discusso dei rapporti tra deposito e mutuo doveva coinvolgere un più ampio dibattito tra i giuristi romani, che si estendeva fino a discutere della '*natura contractus*' e della resistenza del tipo contrattuale.

La discussione, che nel passo considerato non si trova nemmeno abbozzata, in quanto le parti orientano fin dall'inizio la discussione sulla possibilità di considerare concluso un mutuo, anziché sulla possibile forzatura della 'resistenza' del tipo contrattuale del deposito¹⁴¹, doveva riguardare fino a quale punto il 'tipo' contrattuale resisteva ai 'cambiamenti' che le parti intendevano introdurre rispetto alla sua struttura 'tipica', fossero tali cambiamenti concordati successivamente alla nascita del contratto con una determinata sua struttura originaria (come nel caso in questione, il deposito), o fossero invece frutto di un accordo iniziale che comunque deviava dalla struttura tipica del negozio stesso.

In sostanza, si presentavano all'esame del giurista circostanze, eventi, accordi che la struttura tipica di un determinato contratto non era in grado di assorbire, come ad esempio il *pactum de omni periculo praestando* nel deposito, che Ulpiano pare giudicare '*contra iuris formam*' in *Ulp. 4 ad ed. D.2,14,7,15*¹⁴², ma anche altre circostanze o accordi rispetto ai quali la struttura tipica manifestava una diversa e minore resistenza, seppure attraverso artifici e circonlocuzioni, come era il caso del deposito di fungibili¹⁴³, che tanto potevano spingere il giurista a riconoscere concluso un mutuo, come nel passo qui in esame, tanto potevano fargli ammettere la ricorrenza di un deposito irregolare, come vedremo accadere in D.16,3,24.

¹⁴⁰ La compresenza di *corpus* e *animus* nel possesso è insegnamento traslatizio nel diritto romano: vd. almeno F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, Giessen, 1837^o, 110 ss. Mi pare però errato riconoscere in questo passo uno dei casi di acquisto '*solo animo*' del possesso, perché in realtà il depositario ha già la materiale disponibilità della cosa.

¹⁴¹ In effetti, il problema della *natura contractus* non pare costituire la prospettiva dalla quale la questione viene affrontata dal giurista nel passo; nondimeno il dubbio in questo senso era stato già sollevato dall'Anonimo nello scolio ἔχων μοι ἐν παρακαταθήκῃ (= *cum a me in deposito*) al corrispondente testo di B.23,1,9 (Heimb. II,601; mentre Sch. B IV,1520 [n. 56], cancellando il richiamo all'Anonimo, lo accorpa al precedente sc. δανεῖσαι [= *mutuum ei dare*], che però pare riferirsi alla parte di testo corrispondente a D.12,1,9,8).

¹⁴² Sul passo, vd. ora la raffinata analisi di R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale in diritto romano: tra natura contractus e forma iuris*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, a cura di R. FIORI, Napoli, 2008, 35 ss. (= in spagnolo in *Roma e America. Diritto romano comune*, 26, 2008, 188 s.).

¹⁴³ In questo senso, la categoria della 'irregolarità' finiva per svolgere le funzioni di una sorta di 'testa di ponte' per mitigare la resistenza del tipo contrattuale, e consentire l'ingresso di nuove istanze all'interno dello schema negoziale che invece, di per sé, avrebbe teso ad espellerle. La irregolarità costituisce addirittura una categoria giuridica, secondo l'opinione di G. CRIFÒ, *Intorno alla categoria della irregolarità*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 7-9 aprile 1987), Milano, 1988, 215 ss.

Per quello che qui rileva, interessa sottolineare come il fr. descriva una fattispecie in cui *sine datione* (o meglio: sfruttando la dazione compiuta al momento di concludere un diverso contratto, cioè un deposito) deponente e depositario realizzano un vero e proprio mutuo, sovrapponendolo al deposito, che così si dissolve¹⁴⁴.

Non è passato inosservato il fatto che la riferita 'conversione' in mutuo di un deposito a cui venga aggiunto il *pactum* relativo alla possibilità di usare il denaro venga qui corroborata da parte di Ulpiano dal richiamo dei capiscuola della setta proculiana (Nerva, Proculo), quasi che il principio così esposto fosse tutt'altro che pacifico al tempo della sua proposizione¹⁴⁵. Però di tale presunta disputa, a parte un fugace cenno da parte dell'Anonimo scoliaste dei Basilici¹⁴⁶, le fonti non conservano alcun ricordo¹⁴⁷.

A questo proposito, un chiarimento merita il 'quasi' dell'espressione '*quasi mutua condicere*', che potrebbe sia avere valore 'fondativo' o 'dichiarativo' (*quasi* = 'in quanto si tratta di un mutuo')¹⁴⁸, rendendo così evidente la impermeabilità del deposito al patto successivo e la fondazione di un nuovo diverso contratto (il mutuo)¹⁴⁹, ma, secondo una interpretazione forse più convincente,

¹⁴⁴ Cfr. per tutti A. MEINHART, *Dogmengeschichtliches und Dogmatisches zum Eigentumsvorbehalt*, in ZSS RA, 105, 1988, 732, nt. 17, a giudizio del quale in D.12,1,9,9 la concessione della *condictio* riposerebbe sul verificarsi del meccanismo della *traditio brevi manu*, grazie al quale si sarebbe verificata una «Eigentumsverschaffung durch Besitzerwerb *solo animo*». Per il ricorrere di una *condictio 'ex causa mutui'* nella fattispecie, cfr. espressamente anche U. VON LÜBTOW, *Darlehensbegriff*, cit., 56, il quale dedica alcune giuste considerazioni contro la teoria di A. EHRHARDT, *Iusta causa traditionis. Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischen Recht*, Berlin und Leipzig, 1930, 150 del quasi-mutuo (*infra*, nt. 150).

¹⁴⁵ Cfr. F. SCHULZ, *Einführung*, cit., 64; U. VON LÜBTOW, *Darlehensbegriff*, cit., 57; P. ZAMORANI, *Possessio*, cit., 196, nt. 4.

¹⁴⁶ Cfr. sc. ἔχων μοι ἐν παρακαταθήκῃ (= *cum a me in deposito*) a questo testo nei Basilici (cfr. B.23,1,9 Heimb. II,601 = Schelt. B IV,1521): *erant quidam, qui dicerent, quamvis permiserit uti nummis depositis, si tamen eos depositarius quasi ex causa mutui non attigerit, mutuum non contrahi, sed manere depositum. Quod non sic se habet.*

¹⁴⁷ Così vd. già C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, cit., 47.

¹⁴⁸ Sulle sfumature del 'quasi' latino nei testi giuridici basti in questa sede il rimando a H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Recht*, Jena, 1926¹¹ (rist. Graz, 1971), s.v. *quasi*, num. 2, 484; G. WESENER, *Zur Denkform des «quasi» in der römischen Jurisprudenz*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, III, Milano, 1973, 1412. Interpreta il *quasi* in tal senso U. VON LÜBTOW, *Darlehensbegriff*, cit., 56, nt. 224; possibilista W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier (II)*, cit., 281, il quale però sottolinea che questa interpretazione non allontanerebbe «une certaine hésitation» nell'affermazione.

¹⁴⁹ Cfr. sul punto le recenti traduzioni, sia quella tedesca («als Darlehen kondizieren»: cfr. *Corpus iuris civilis. Text und Übersetzung*, III, [Digesten 11-20], a cura di O. BEHREND-S-R. KNÜTEL-B. KUPISCH-H.H. SEILER, Heidelberg, 1999), sia quella italiana ("ripetere ... <tale somma> come concessa in mutuo»: cfr. *Iustiniani Augusti Digesta*, III, cit.). Peraltro, quanto qui affermo non contraddice quanto rilevavo in A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 246 ss., cioè che il contesto topico da cui verosimilmente Nerva e Proculo consideravano la fat-

potrebbe anche avere valore ‘assimilante’ (si esperisce la *condictio* ‘come se fosse un mutuo’), lasciando in tal modo trasparire i dubbi e la cautela con cui ancora si muovevano sul punto i giuristi romani.

In ogni caso, inaccettabile mi pare parlare a questo proposito di un ‘quasi-mutuo’, espressione che non appare evocare alcun concetto dai confini comprensibilmente percepibili dal punto di vista giuridico¹⁵⁰.

Al contrario, dallo stesso passo emerge come la soluzione elaborata verosimilmente all’interno della scuola proculiana fosse condivisa quantomeno da Marcello e dallo stesso Ulpiano, che ne riferisce, mentre altri testi corroborano l’ipotesi che la medesima posizione fosse condivisa forse anche da Sabino, e, certamente, da Giuliano/Africano.

3.3. *Mutuo e deposito nella scuola sabiniana: Sabino*

Una soluzione non difforme da quella proposta dai proculiani deve leggersi anche all’esito di un caso verosimilmente discusso all’interno della prima scuola sabiniana, e riferitoci da Ulpiano: si tratta di D.12,1,4 pr.

D.12,1,4 pr. (*Ulp., 34 ad Sab.*)

*Si quis nec causam nec propositum faenerandi habuerit et tu empturus praedia desideraveris mutuam pecuniam nec volueris creditae nomine antequam emissas suscipere atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emissas, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est eius qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit*¹⁵¹.

Il caso è il seguente: *Tu*, avendo intenzione di acquistare alcuni fondi, ha bisogno di un prestito di denaro, ma non vuole assumere il mutuo prima di aver perfezionato l’acquisto; dal canto suo, *Ego* ha la disponibilità di una somma di denaro, che deve collocare in qualche modo, in vista

tispecie qui in oggetto non era tanto quello dell’esistenza o meno di un mutuo, quanto piuttosto della concessione o meno della *condictio* per il recupero della *pecunia deposita*: infatti, la verifica del ricorrere dei presupposti per la concessione dell’azione, che era quanto interessava primariamente ai due giuristi, non impedisce loro di riflettere pure sulla integrazione dell’una o dell’altra figura contrattuale.

¹⁵⁰ Per il ‘quasi mutuo’, vd. invece A. EHRHARDT, *Iusta causa traditionis*, cit., 150.

¹⁵¹ «Se taluno non abbia avuto né il motivo né il proposito di prestare denaro a interesse e tu abbia desiderato di ricevere denaro a mutuo per comprare dei terreni, e se tu non abbia voluto ricevere la somma a titolo di prestito prima di avere comprato, e così il creditore, poiché aveva ad esempio la necessità di partire, ti abbia consegnato a titolo di deposito quella stessa somma di denaro <che tu richiedevi>, affinché tu, se avessi fatto l’acquisto, rimanessi obbligato a titolo di prestito, <allora> tale deposito è a rischio e pericolo di chi ha ricevuto <il denaro>. Infatti, anche chi abbia ricevuto una cosa per venderla, in modo da disporre del prezzo, avrà la cosa a suo rischio e pericolo»; cfr. *Iustiniani Augusti Digesta*, III, cit., 7.

di una partenza. Le due parti allora convengono che *Tu* avrà tale denaro in deposito (verosimilmente chiuso, ma il punto non è affatto pacifico), ma lo terrà (e lo restituirà poi) come mutuo (*crediti nomine*), una volta perfezionato l'acquisto. Il giurista afferma che anche il deposito è a rischio e pericolo di *Tu*, così come avviene per chi richieda una *res vendenda* da convertire in denaro contante a scopo sempre di mutuo.

Non convincenti appaiono gli attacchi portati al testo, che appaiono il frutto di una superata metodologia di studi¹⁵².

Anche qui, come nei casi precedenti, ci troviamo di fronte ad una *conventio* successiva rispetto alla originaria determinazione dei contraenti che muta il tipo contrattuale inizialmente concluso dalle parti (deposito), soltanto che in questa *conventio* la volontà del futuro mutuante è condizionata al perfezionamento della compravendita da parte del futuro mutuatario¹⁵³: solo in questo momento si verifica infatti la condizione e il deposito diviene mutuo. Soltanto che un tale deposito, sussistente come tale fino alla realizzazione dell'*emptio*, quando si 'converte' in mutuo, ha una natura piuttosto particolare, che rispecchia l'utilità del depositario piuttosto che del deponente, così che appare giusto accollare al primo anche il *periculum*, pure per il periodo precedente al perfezionamento della vendita, senza che ciò incida sul superamento del tipo contrattuale del deposito¹⁵⁴.

Il '*pactum ut pecuniam uteretur*', che si concretizza nel momento in cui il depositario acquista i fondi, converte in mutuo l'originario deposito: tale conclusione, oltre ad essere confermata dall'andamento generale del passo, si può leggere tra le righe di quanto afferma il giurista nella frase '*si*

¹⁵² Cfr. G. BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS RA, 1934, 24, il quale, criticando l'uso di *antequam* con il congiuntivo più che perfetto, giudica l'intero brano «unklassische Darstellungsweise»; per l'interpolazione vd. anche E. SACHERS, *Die Verschuldenshaftung*, cit., 83, nt. 7, però senza addurre motivazioni persuasive.

¹⁵³ Si tratta della condizione sospensiva potestativa '*si emisses*', che è apposta al patto con cui si concorda la possibilità di usare il denaro; a mio avviso non è corretto ravvisare nella fattispecie descritta addirittura un mutuo condizionato, come fanno C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 122 e poi soprattutto W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 228, perché la fattispecie è decisamente più complessa; a giuste critiche viene sottoposta l'ipotesi, adombrata dalla Glossa (cfr. *gl. si quis nec causam ad h.l.*) che ricorra in questo caso un comodato: vd. A. DE ROBERTIS, *La interpretazione del Corpus iuris*, cit., 50.

¹⁵⁴ Ciò appare coerente con quanto lo stesso Ulpiano afferma in *Ulp. 4 ad ed. D.2,14,7,15* (*Sed et si quis paciscatur, ne depositi agat, secundum Pomponium valet pactum. Item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam*); del resto, l'ammissibilità del patto con cui il depositario si impegna a *praestare omne periculum* risulta per Ulpiano anche da *Ulp. 30 ad ed. D.16,3,1,35* (*Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit*): sul punto vd. anche R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 469 ss.

emisses, crediti nomine obligatus esses', che non mi pare possa essere altrimenti interpretato¹⁵⁵. Del resto, un argomento in tal senso potrebbe riscontrarsi nel paragone con la compravendita condotto nella parte finale del passo, laddove, analogamente, si afferma che colui che accetta una *res vendenda* si accolla il *periculum* dal momento dell'accordo. In questo caso, però, noi sappiamo che altri giuristi di scuola sabiniana (Giuliano e Africano: vd. *supra*, a proposito di D.17,1,34 pr.), discutevano la configurabilità del mutuo nel momento in cui la cosa fosse stata venduta, sebbene l'acquirente di norma sopportasse il *periculum* già prima di avere posto in essere la vendita. Ed è possibile che, sebbene Giuliano ed Africano si pronunciavano all'apparenza contro l'ipotesi della configurabilità di un mutuo in tale fattispecie, la questione non fosse incontrovertita all'interno della scuola sabiniana: quello però che sappiamo per certo è che Ulpiano risolve definitivamente, e in senso favorevole, il tema della ricorrenza di un mutuo in consimili casi.

3.4. Mutuo e deposito nella scuola sabiniana: Giuliano e Africano

Da D.17,1,34 pr., già considerato ad altri fini nelle pagine precedenti, apprendiamo che la teoria secondo cui l'accordo pattizio (*conventio*) di usare il denaro depositato trasformasse il deposito in mutuo emergeva chiaramente anche nel pensiero di Giuliano/Africano. Il passo, di cui riporto qui solo la parte di interesse, potrebbe essere interpretato come la testimonianza di una certa diffusione di questa soluzione anche nell'ambito della stessa scuola sabiniana.

D.17,1,34 pr. (*Afr. 8 quaest.*)

*Nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt*¹⁵⁶.

Abbiamo già affrontato l'esegesi del passo sopra (vd. pp. 64 ss.); qui preme soltanto sottolineare l'affermazione di Giuliano/Africano, per i quali la *pecunia deposita*, dopo la *conventio* vertente sulla concessione al depositario della possibilità di usarla, diviene un mutuo vero e proprio (*credita fiat*). E qui la giustificazione offerta da Nerva e Proculo in D.12,1,9,9 in chiave di passaggio del *periculum* è resa ancora più esplicita: essi, infatti, affermano che con l'accordo si ha il passaggio di proprietà dal depositante al depositario, che integra l'elemento reale del mutuo, ad accompagnare la *conventio* precedentemente stipulata.

¹⁵⁵ In effetti, è questa l'interpretazione solitamente data alla frase: cfr. W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 249 s.

¹⁵⁶ Vd. *supra*, p. 65 nt. 104.

3.5. *Mutuo e deposito nella giurisprudenza severiana: la condizione 'si voluisses uteris'*

Anche nella giurisprudenza severiana ricorrono alcuni casi in cui la *conventio ex intervallo* di 'conversione' in mutuo di un originario deposito non è immediatamente efficace, ma necessita del verificarsi di un ulteriore elemento, identificato proprio nell'uso del denaro, che funziona a mo' di condizione sospensiva. Si tratta di due passi, molto conosciuti, entrambi ulpiani, sebbene escerpiti da contesti palinogenetici differenti, in cui è l'uso stesso del denaro ad essere sottoposto ad una condizione¹⁵⁷: D.12,1,10

D.12,1,10 (*Ulp., 2 ad ed.*)

*Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum*¹⁵⁸,

e D.16,3,1,34, tratto dalla stessa opera da cui era escerpito D.12,1,9,9 (*Ulp., 30 ad ed.*).

D.16,3,1,34 (*Ulp., 30 ad ed.*)

*Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses uteris, prius quam utaris depositi teneberis*¹⁵⁹.

In entrambi i casi ci troviamo di fronte ad un iniziale deposito di denaro¹⁶⁰ 'chiuso' al quale si sovrappone il *permissum uti* sottoposto alla *condicio* potestativa 'si voles/voluisses'¹⁶¹: come è fatto chiaro da Ulpiano, il

¹⁵⁷ Segnalo come U. VON LÜBTOW, *Darlehensbegriff*, cit., 60 ha sostenuto che bisognerebbe cancellare l'*inscriptio* di D.12,1,10, non essendo il fr. altro se non la continuazione della l. 9,9; è stato giustamente sottolineato che non vi è alcun argomento a prova di ciò: cfr. W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier (II)*, cit., 281, nt. 180.

¹⁵⁸ «Se fin dall'inizio, cioè dal momento in cui io ti abbia consegnato <delle cose fungibili> in deposito, ti avrò permesso di farne uso, ove tu lo voglia, non sono in prestito prima che le cose vengano usate, dal momento che <prima dell'uso> non è certo se tu diventerai un debitore <da mutuo>»; cfr. *Iustiniani Augusti Digesta*, III, cit., 10.

¹⁵⁹ «Ma se sia stato depositato del denaro presso di te, fin dall'inizio, con questa clausola, che se tu lo avessi voluto avresti potuto farne uso, prima che tu ne abbia fatto uso sarai tenuto per deposito»; cfr. *Iustiniani Augusti Digesta*, cit., III, 246.

¹⁶⁰ È possibile che in D.12,1,10 sia caduta la parola '*pecunia*', come non si è mancato di rilevare: cfr. C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 122; G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare*, cit., 198; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 126; W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier (II)*, cit., 281. La questione, però, non ha alcuna rilevanza sostanziale sul passo.

¹⁶¹ Il riconoscimento di una *condicio* in tale fattispecie è diffusamente condiviso: vd. già A. ALCIATUS (Andrè Alciat, 1492-1550), *In Digestorum, sive Pandectarum Lib. XII*, in *Opera omnia*, I, Lugduni, 1538, *ad h.l.*, 125 (la numerazione non è progressiva), il quale, sebbene consapevole del fatto che «*condicio quae tacite inest actui, nihil operetur*», parla per questa fattispecie di *condicio tacita*; ma poi cfr. anche: L.J. NEUSTETEL, *Über unregelmäßige Depositum*, cit., 7; F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*⁶, cit., 244, nt. 4; PH.E. HUSCHKE, *Darlehen*, cit., 59; G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum*, cit., 134 e 436; C.F.F. SINTENIS, *Über*

debitore è tenuto *ex deposito* prima di usare il denaro, *ex mutuo* dopo. In tal caso, comunque si voglia risolvere il problema della condizione meramente potestativa (*si voles/voluisses*)¹⁶², la *conventio* produrrà i suoi effetti di ‘conversione’ del deposito in mutuo solo nel momento in cui il depositario avrà usato del denaro, a differenza del caso descritto nel sopra visto D.12,1,9,9 (laddove il *permissum uti* non è sottoposto a condizione alcuna), con il quale, pertanto, non esiste nessuna contrapposizione¹⁶³.

3.6. *Mutuo e deposito nella giurisprudenza severiana (segue): il permissum uti non condizionato*

Queste conclusioni escono a mio avviso rafforzate dalla lettura del notissimo testo di P.S. 2,12,9 (= *Coll.* 10,7,9).

Coll. 10,7,9

*Si pecuniam deposuero ea[m]que tibi <uti>*¹⁶⁴ *permisero, mutua magis videtur quam deposita, ac per hoc periculo tuo erit*¹⁶⁵.

stillschweigende Novation, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß (Linde Zeit.)*, 9, 1836, 145; O. CONSTANTIN, *L. 9 § 9*, cit., 45 e 64 ss., il quale addirittura rimprovera (p. 54) a von Vangerow, Windscheid e Salpius un “penoso aggiramento della parola *Bedingung*”; C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 124; ID., *Corso di diritto romano. Il deposito*, cit., 120; ID., *Corso di diritto romano. Il mutuo*, cit., 48; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 126; U. VON LÜBTOW, *Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder und der Vorbehalt dinglicher Rechte*, *Lahr*, 1949, 60 e nt. 251; H.P. BENÖHR, *Rec. a H.T. KLAMI*, in *ZSS RA*, 89, 1972, 438; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 306; W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier (II)*, cit., 283; A. VALMAÑA OCHAÍTA, *El depósito irregular*, cit., 109; dubbio H.T. KLAMI, «*Mutua magis videtur*», cit., 74 s. Il Maestro bizantino Stefano aveva addirittura scorto nella fattispecie un contratto di mutuo condizionato, di cui però aveva immediatamente sottolineato la pochezza dogmatica, parlando di ‘*συναλλάγματα σαθρά*’ (= *contractus fragiles*): cfr. sc. ἕως οὗ κινήθωσιν (= *antequam mota sit*) a B.23,1,10 (Heimb. II, 602 = Sch. B IV,1522), sul quale cfr. la lunga discussione di O. CONSTANTIN, *L. 9 § 9*, cit., 55 ss. Non si può fare a meno di rilevare come la Glossa accursiana con estrema finezza eviti l’uso della parola ‘*condicio*’, parlando di «voluntatem vel propositum utendi», o del ‘*si voles*’ come di un «verbum nimis extensum»: vd. gl. *quod si ab initio* a D.12,1,10. Contro il ricorrere di una vera e propria condizione nei due passi, cfr. soprattutto C.F. GLÜCK, *Pandekten*, XV, cit., § 940, 156 s.

¹⁶² Infatti, o si considera come valida la condizione meramente potestativa, e allora l’uso del denaro da parte del depositario farà produrre effetti alla *conventio* stessa, oppure la si considera come non apposta, e allora la volontà del depositante (*permissum uti*) si incontrerà con quella che il depositario avrà manifestato attraverso l’uso effettivo del denaro.

¹⁶³ Al massimo, se si volesse seguire uno spunto offerto da R.M. THIBAUT, *Über Besitz und Verjährung*, Jena, 1802, § 19, 41, nt. 3, si potrebbe dire che solo in D.12,1,9,9 le parti erano entrambe presenti al momento della conclusione della *conventio* modificativa.

¹⁶⁴ Su questa lezione (da preferire alla variante: ‘*eamque tibi permisero*’), cfr.: *Pauli Sententiae. Testo e interpretatio*, a cura di M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, Padova, 1955, 34 e nt. 20.

¹⁶⁵ «Se avrò depositato del denaro presso di te e ti avrò permesso di usarne, si considera essere denaro dato a mutuo piuttosto che in deposito, e per tale ragione sarà tuo il rischio e pericolo».

Il testo è tratto dalla *Collatio*, e riporta pensiero paolino o pseudo paolino¹⁶⁶. L'affermazione, famosissima, che vi si legge, ricorda come se si conceda una somma di denaro in deposito e successivamente¹⁶⁷ si conceda al depositario il permesso di usarne, le parti hanno in realtà concluso un mutuo e non un deposito (*mutua magis videtur quam deposita*).

Da questo testo esce rafforzata l'idea che un deposito accompagnato (in un momento successivo) dal *permissum uti* è in realtà, dal punto di vista della qualificazione giuridica della fattispecie¹⁶⁸, da considerarsi come un mutuo¹⁶⁹.

A questa fonte è da sempre stato contrapposto un altro passo, sempre tratto dalle *Sententiae* pseudo-paoline, ora conservato in D.13,6,29,1, che però mi pare si comprenda meglio se letto insieme al pr.

D.16,3,29 (*Paul.*, 2 sent.)

*pr. Si sacculum vel argentum signatum deposuero et is penes quem depositum fuit me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit*¹⁷⁰.

1. *Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur*¹⁷¹.

¹⁶⁶ Sul punto, vd. D. LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch eine neuen Palin-genesie*, in ZSS RA, 112, 1995, 151 ss. e 166 in particolare.

¹⁶⁷ La successione cronologica dei due momenti (deposito del denaro e *permissum uti*) non è esplicitata nel testo. Però i tempi dei verbi usati (*deposuero*, *permisero*) fanno pensare che dapprima il denaro sia stato depositato, e solo successivamente sia intervenuto il *permissum uti*; peraltro, dal '*per hoc*' che accompagna l'accollo del *periculum* si può fondatamente dedurre il sopraggiungere, in un momento successivo, di un evento (il *permissum*, appunto), che determina l'inversione del criterio di ripartizione del rischio. D'altra parte, l'*et* (= *que*) che separa grammaticalmente i due momenti del deposito e del permesso di usare il denaro sembra consentire soltanto l'ipotesi che il giudizio voglia qui scaglionare due momenti cronologicamente distinti.

¹⁶⁸ L'idea di G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 161, a giudizio del quale il '*magis*' importerebbe una mera assimilazione dal punto di vista dell'effetto, che non impedirebbe la concessione dell'*actio depositi*, mi pare una mera petizione di principio: infatti, a prescindere dal fatto che è indimostrabile la concessione dell'*actio depositi* nella fattispecie, il *magis* non comporta affatto una assimilazione, ma semmai una dichiarazione di configurazione dogmatica, rispetto alla quale l'accollo del *periculum* all'accipiente è uno dei tanti 'effetti', come, ad esempio, la concessione della *condictio* di cui si legge in D.12,1,9,9.

¹⁶⁹ Così vd. anche G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 160 s., il quale, però, sorprendentemente conclude per l'affermazione da parte di Paolo in questo caso di una assimilazione tra mutuo e deposito irregolare soltanto dal punto di vista degli effetti processuali.

¹⁷⁰ Il testo è duplicato in *Coll.* 10,7,5 (= P.S. 2,15,5), praticamente senza varianti.

¹⁷¹ «Se avrò depositato un sacchetto o dell'argento sigillato e colui presso il quale fu depositato lo abbia sottratto contro la mia volontà, mi compete contro di lui sia l'azione di furto che quella di deposito. Se, con il mio permesso, colui presso il quale fu depositato il denaro, lo usi, come negli altri giudizi di buona fede, viene a tale titolo costretto a prestarmi gli interessi»; cfr. *Iustiniani Augusti Digesta*, III, cit., 257.

Paolo ricorda come se in un deposito 'chiuso' (*si sacculum vel argentum signatum deposuero*) il depositario usi del denaro depositato contro la volontà del depositante, risponde sia con l'azione di deposito che con quella di furto.

Se invece usa del denaro sulla base di una mia (in quanto depositante) autorizzazione, egli non potrà essere convenuto con l'azione di furto, ma risponderà solo con l'azione di deposito, con la quale, però, potrà percepire solo gli interessi (che noi oggi chiameremmo 'compensativi') che verranno fissati *officio iuris* a partire dal momento della mora, come avviene in tutti i giudizi di buona fede.

Da questo testo sembra derivare una conclusione opposta non solo rispetto alla stessa fattispecie discussa in *Coll.* 10,7,9 e sopra ricordata, ma anche rispetto alla impostazione fin qui seguita, secondo la quale il *permissum uti* sopravveniente altererebbe la natura del deposito, dal momento che Paolo, affermando che le (eventuali) *usurae* dovrebbero essere richieste con l'*actio depositi ex fide bona*, sembra andare contro l'inquadramento della fattispecie come un mutuo.

Diversi sono stati i tentativi di risolvere l'antinomia, con riferimento sia al primo che al secondo punto di vista.

Ad es., secondo la Glossa¹⁷² il passo vuole dire che le *usurae* dovute sono quelle *ex mora*, che si chiedono con l'*actio depositi*, che quindi verrebbe concessa solo a tale scopo: decisivo in tal senso apparirebbe l'*eius nomine*¹⁷³.

Longo pensava che i compilatori nel Digesto avessero interpolato, riassumendolo, il testo originale paolino, che sarebbe quello della *Collatio* (*Coll.* 10,7,9)¹⁷⁴. Schulz gli obietta che le due versioni sono tra loro troppo divergenti per suffragare questa ipotesi: egli, piuttosto, sospetta che i compilatori abbiano nel Digesto modificato un altro punto delle *Sententiae* paoline, in cui comunque il giurista negava l'esistenza del deposito¹⁷⁵.

Bonifacio¹⁷⁶, nel tentativo di liberarsi del testo della *Collatio* sopra visto (*Coll.*, 10,7,9), che gli appariva inconciliabile con la sua teoria della classicità del deposito irregolare, sostiene che in questo testo non si starebbe conside-

¹⁷² Si può vedere sia la spiegazione del *casus ad h.l.* da parte di Viviano, sia la gl. *ut in ceteris* di Accursio *ad h.l.*

¹⁷³ Quindi la fattispecie sarebbe quella di un tale che deposita il denaro presso un altro e poi gli concede il permesso di usarlo: secondo la Glossa, il contratto sarebbe un deposito fino a che il *permissum uti* non è 'accettato' dal depositario mediante l'uso della *pecunia*; in questo momento il deposito si trasformerebbe in mutuo, ma l'azione di deposito si manterrebbe soltanto allo scopo di poter percepire le *usurae*.

¹⁷⁴ C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 126 s.

¹⁷⁵ Egli, a tal fine, propone di inserire un '*non*' prima di '*ex permissu meo*' e di cancellare l'intera frase '*ut iudiciis*', che pare riallacciarsi all'*actio depositi*: cfr. F. SCHULZ, *The Post-classical Edition*, cit., 258 s. Peraltro, per un intervento simile (*impermissu* al posto di *permissu*), vd. già E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche über Pandektenstelle und Pandektenmaterien. Erste Folge*, in *Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess*, 2, 1846, 150 s. Per delle critiche più che giustificate a queste ricostruzioni, vd. W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 255.

¹⁷⁶ F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 117 ss.

rando l'inquadramento dogmatico della fattispecie, ma solo l'accollo del *periculum*, affermando che nel deposito irregolare esso è a carico del depositario, come nel mutuo e a differenza delle ipotesi di deposito 'ordinario'; non meno fragile appare l'altra osservazione dell'a., per cui se Paolo non avesse conosciuto il deposito irregolare non avrebbe detto '*mutua magis videtur quam deposita*', ma semplicemente '*mutua fit*'.

Anche secondo Adam, in *Coll.*, 10,7,9 l'analogia con il mutuo sarebbe limitata al passaggio del *periculum* e non si estenderebbe anche all'azione¹⁷⁷.

Secondo altri (Petrucci: vd. *supra*, p. 74 nt. 129), la configurazione dogmatica dell'istituto al tempo di Paolo sarebbe ancora così incerta, che il giurista oscilla tra il qualificarla deposito e il qualificarla mutuo.

A me pare, però, che i due testi della *Collatio* e del Digesto non siano tra loro in contraddizione. Infatti, nel testo della *Collatio* (*Coll.*, 10,7,9) Paolo prende in esame il caso di un tale che consegna (*deposuero*) del denaro in deposito ad un altro, al quale poi (cioè successivamente: argomenta dell'*et* paratattico) consente anche di usarne (*permisero*); a questa ipotesi corrisponde quella che viene riferita in D.16,3,29 pr., in cui il depositante consegna il denaro in deposito ad un tale (*deposuero*), il quale poi (cioè successivamente) ne usa contro la volontà del *dominus* (*contrectaverit*): la coincidenza dei tempi al futuro anteriore mi pare avvalorare l'ipotesi della successione nel tempo delle azioni, che, sia detto per inciso, nel caso della *contrectatio* è l'unica ipotesi possibile¹⁷⁸. In tali fattispecie, nel primo caso al giurista appare impossibile che rimanga lo schema del deposito, e per questo qualifica come mutuo il contratto concluso (*mutua magis videtur quam deposita*), e in conseguenza di ciò (*per hoc*) addossa al depositario il *periculum*; nel secondo caso, dal momento che il depositario usa il denaro contro la volontà del depositante, lo schema del deposito non risulta alterato, ma l'azione di deposito concorrerà allora con l'*actio furti*, stante la *contrectatio* posta in essere dal depositario.

L'ipotesi del fr. 1 della l. 29, invece, affronta un caso in cui la successione temporale degli eventi appare diversa, come dimostra il fatto che il giurista usa il tempo presente: quello, cioè, in cui il *permissum uti* e il conseguente uso del denaro accompagnino fin dall'inizio la dazione del denaro da parte del depositante. In tal caso, in cui cioè *datio* e *permissum uti* siano contestuali, il giurista ritiene che il tipo del deposito sopporti l'allargamento pattuito dalle parti, alle quali si può concedere pertanto l'*actio depositi*, alla buona fede della quale si può attingere per sanzionare la corresponsione degli interessi probabilmente per il tramite dell'istituto del deposito irregolare.

¹⁷⁷ B. ADAMS, '*Depositum irregulare*', cit., 368.

¹⁷⁸ Infatti, se è logicamente immaginabile una ipotesi in cui il depositante accompagni la consegna con il *permissum uti*, non lo è quella in cui la *contrectatio* si verifichi nel momento stesso in cui il denaro viene consegnato.

3.7. *Mutuo e deposito nella giurisprudenza severiana (segue): D.16,3,24 e la commendatio di cento nummi*

3.7.1. Pap., 9 quaest. D.16,3,24

La ricostruzione sopra proposta mi pare trovi conferma dalla lettura di alcune altre fonti, sostanzialmente tre, che da sempre hanno costituito un campo aperto di confronto per la dottrina del deposito irregolare, rappresentando l'arma più forte a disposizione dei sostenitori della classicità di questo istituto. Il primo è un brano estratto dal libro 9 delle *Quaestiones papiniane*, ben conosciuto agli studiosi che si sono occupati del deposito irregolare¹⁷⁹. Si tratta di D.16,3,24.

D.16,3,24 (Pap. 9 quaest.)

*'Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Stichio actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo'. Quaeritur propter usurarum incrementum. Respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur*¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Vale appena la pena di precisare che nel caso qui discusso da Papiniano non ha alcuna rilevanza il contratto di comodato, come invece si legge nella esegesi/descrizione di A.M. GIOMARO-C. BRANCATI, *Percorsi guidati e metodologia di analisi giuridica*, Fano, s.d. (ma 2005), 261 (ma vd. anche il CD allegato, dove la *quaestio* è ricostruita in modo inesatto).

¹⁸⁰ «Lucio Tizio saluta Sempronio. Con questa lettera scritta di mia mano ti rendo noto che le cento monete che mi affidasti oggi, e che il <tuo> servo agente Stico mi ha consegnato contandole, sono presso di me; esse, quando vorrai e dove vorrai, le pagherò a te prontamente in contanti'. Si pone il quesito, riguardo all'incremento per via degli interessi. Risposi che si applica l'azione di deposito: infatti, che altro è 'affidare', se non depositare? Ed è vero che è così, se si è in concreto concluso che fossero restituite le stesse identiche monete: infatti, se fu convenuto che se ne restituissero altrettante, la cosa eccede dai limiti assai noti del deposito. Quanto a tale questione <degli interessi>, se <pure>, essendosi convenuto che fossero restituite altrettante monete e non le stesse, non si sia tenuto con l'azione di deposito, non si può dire facilmente che si calcolino degli interessi. Ed invero fu stabilito con costituzione imperiale che nei giudizi di buona fede, per quanto riguarda gli interessi, l'ufficio del giudice possa fare tanto quanto l'averli stipulati; ma è contrario alla buona fede e alla natura del deposito il pretendere gli interessi del periodo di tempo anteriore alla mora, nei confronti di colui che fece un favore nell'accettare il denaro. Se però, fin da principio, si convenne che venissero prestati gli interessi, si osserverà la clausola del contratto»; cfr. *Iustiniani Augusti Digesta*, III, cit., 255.

Un tale Lucio Tizio (probabilmente un banchiere) conferma per lettera di aver ricevuto (*commendare*) una certa somma dal creditore Sempronio, il quale gliela ha versata attraverso un suo servo *actor* di nome Stico, e di essere pronto a restituirla dove e quando egli voglia¹⁸¹. Al giurista viene chiesto con quale azione Sempronio possa agire e se può pretendere anche gli interessi. E Papiniano risponde che egli potrà senz'altro agire con l'*actio depositi*, e che ciò è senza dubbio vero, nel caso in cui si sia concordato di restituire le stesse monete¹⁸²; più complesso sarebbe il caso in cui si fosse convenuto di restituire il *tantundem*, perché in questo caso la fattispecie esulerebbe dai conosciutissimi confini del tipo contrattuale del 'deposito', integrando quello schema contrattuale che forse già Papiniano conosceva come deposito irregolare.

Il giurista, quindi, ragionando in modo ipotetico, afferma che se le parti (evidentemente già al momento della '*commendatio*') hanno pattuito la restituzione del *tantundem* e non degli *eadem corpora* consegnati, la fattispecie non sarebbe più inquadrabile nelle forme di un deposito 'ordinario' (*egreditur ea res depositi notissimos terminos*). Si noti che Papiniano non dice che nella fattispecie non ricorre un deposito, ma solo che essa è talmente complessa da superare i confini 'notissimi' di questo contratto: mi pare che egli si muova pur sempre nell'alveo di questo negozio, pur riconoscendo nel caso in questione il travalicamento del tipo contrattuale oltre la sua capacità massima di estensione. Di conseguenza, è possibile ipotizzare che egli stesse pensando a una ipotesi di deposito che noi chiameremmo 'irregolare', per la quale si porrebbe la questione se il depositario sia o meno tenuto

¹⁸¹ L'inciso '*quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo*' sembra in realtà nulla più di una sorta di clausola di stile, potendo il depositante richiedere comunque quando volesse la restituzione: cfr. W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 219, nt. 16.

¹⁸² L'ipotesi di partenza, quindi, è senza dubbio quella di un deposito iniziale chiuso, almeno a giudicare da come le parti hanno impostato la questione: lo stesso giurista chiarisce come *commendare* null'altro significhi se non *deponere* (*quid enim est ...*): in questo senso vd. già J.C. NABER, *Observatiunculae de iure romano*, XCIII, *De deposito usurario*, cit., 63; C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 132; V. DE VILLA, *Le 'usurae ex pacto'*, cit., 130 ss.; L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi* Digesta, Milano, 1940, 86. Non mi pare un ostacolo insuperabile l'uso del verbo '*numerare*', che secondo alcuni (cfr. ad es. G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare*, cit., 217, nt. 2; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 141 ss.; P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ, cit., 154 ss.; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usurae» cd. legali nel diritto romano*, Milano, 1969, 113; W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 254) caratterizzerebbe esclusivamente i depositi 'aperti'. Peraltro, è lo stesso Papiniano che sembra quasi avvertire le parti che le modalità con cui essi hanno concordato la restituzione di quanto dato (*eadem corpora* o *tantundem*) può spostare in maniera determinante l'inquadramento della fattispecie verso l'ipotesi del deposito irregolare. In ogni caso, che anche di fronte alla conclusione di un deposito 'aperto', in cui il depositario mescolava le monete ricevute con le proprie, i giuristi romani richiedessero l'esplicita autorizzazione per l'uso del denaro, come pretende, da ultima, F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano*, cit., 186, mi pare una congettura del tutto infondata, soprattutto in considerazione del fatto che normalmente una delle parti di tali negozi era un banchiere.

dall'*actio depositi* (*si depositi actio non teneat*), eventualmente anche per gli interessi: il giurista severiano, il quale evidentemente riteneva che anche in questo caso si dovesse concedere l'*actio depositi*¹⁸³, soggiunge però non essere facile, in tale specifico caso, riconoscere la corresponsione degli interessi (*rationem usurarum haberi non facile dicendum est*).

Infatti, sebbene l'ampiezza della buona fede dell'*actio depositi* permetterebbe in astratto al giudice di imporre la corresponsione delle *usurae* che oggi chiameremmo 'compensative' (cioè quelle che il depositario dovrebbe prestare per il fatto di aver avuto il denaro nella propria disponibilità), finendo così l'*officium iudicis* quasi per avere la stessa forza della *stipulatio* (che invece nel mutuo, come è noto, si rende necessaria per la corresponsione degli interessi), nel caso concreto esaminato, la valutazione, alla luce della *fides bona*, delle *utilitates* che le parti ricavano dal contratto concluso impedisce al depositante di chiedere anche tali *usurae* al depositario, il quale gli ha prestato un servizio nel ricevere e custodire il denaro, ad esclusione, come è ovvio, delle *usurae ex mora* che saranno in ogni caso dovute con la stessa azione contrattuale¹⁸⁴. Ovviamente, conclude Papiniano, se fin dall'inizio le parti hanno pattuito la corresponsione di interessi, allora la stessa *fides bona* imporrà la necessità di osservare quanto pattuito.

3.7.2. La ricostruzione del testo

Il passo è stato sottoposto ad una critica serratissima da parte della dottrina, che in alcuni casi è giunta fino a travolgerlo del tutto, giudican-

¹⁸³ Sul punto, vd. meglio *infra*, 93 ss.

¹⁸⁴ Cfr. sul punto G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usurae»*, cit., 108 ss. e 116 s. in particolare; L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, Torino, 1975, 91. Lo stesso principio, per cui le *usurae ex mora* si possono richiedere con l'*actio depositi*, è ribadito sempre da Papiniano in un altro testo *Pap.*, 3 *resp.* D.16,3,25,1: *Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est*. Né mi appaiono convincenti le argomentazioni di quanti, sospettando questo passo, finiscono in realtà per riscriverlo coerentemente con l'impostazione dogmatica da essi preferita in tema di deposito irregolare: così vd. J.C. NABER, *Observatiunculae de iure romano*, XCIII, *De deposito usurario*, cit., 63; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, cit., 137 s.; e F. SCHULZ, *The Postclassical Edition*, cit., 260, i quali argomentano dal fatto che le parole '*non obsignatam, ut tantundem redderet*' si trovano al posto sbagliato; l'argomento, però, può essere ribaltato: nessun commentatore, nell'inserire la glossa, la sistemerebbe in un punto sbagliato; nello stesso senso, non decisive per l'interpolazione mi appaiono le oscillazioni nello stesso passo tra '*apud se*' e '*usus proprios*'; per l'interpolazione del passo, pur ipotizzando la genuinità del deposito irregolare, vd. anche G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare*, cit., 228; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 114 ss.; U. BRASIELLO, *Aspetti innovativi*, cit., 497, nt. 2, il quale espunge '*ut tantundem redderet*', ma respinge la proposta di Bonifacio; W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 260 ss. Per la genuinità sostanziale, vd. invece H.T. KLAMI, *«Mutua magis videtur»*, cit., 58 ss.; G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 158 s.

dolo addirittura incomprensibile, se preso alla lettera¹⁸⁵ o confuso e contraddittorio¹⁸⁶, e giungendo fino a sospettare l'appartenenza del brano ad un esemplare delle *Quaestiones* in realtà non imputabile a Papiniano¹⁸⁷.

Anche a voler lasciare da parte presunte mende formali del discorso papiniano¹⁸⁸, in primo luogo, si faticava a comprendere come si potesse porre la questione della nascita di *usurae* dal contratto di deposito, di per sé gratuito¹⁸⁹: in realtà sappiamo oggi che se il depositario era un banchiere, la normalità dei casi lo vedeva obbligato a corrispondere al depositante gli interessi di quel denaro che egli (banchiere) normalmente non mancava di mettere a frutto¹⁹⁰.

In secondo luogo, il passo è stato per lungo tempo analizzato con la chiave di lettura dell'antitesi tra mutuo e deposito (nella specie: deposito irregolare), così che la dottrina ha finito per apportare al passo le modifiche coerenti con la posizione assunta da ciascuno riguardo alla classicità o meno del deposito irregolare, che però, curiosamente, finivano per coincidere nella sostanza: così, coloro che negavano la classicità del deposito irregolare tendevano a ribaltare la decisione del giurista, espungendo i richiami all'*actio depositi* (che non permettevano di ipotizzare la concessione della *condictio*) contenuti nella seconda parte del passo (cioè, in sostanza, dell'intero brano *quod ita-dicendum est*)¹⁹¹; gli altri, invece, valorizzando altri testi presenti nella Compilazione, in cui Papiniano ripetutamente riconosce la configurabilità del cd. deposito irregolare, proponevano di cancellare, in ragione di ciò, i riferimenti alla restituzione del *tantundem* (nel quale si tendeva a vedere a forza il richiamo ad un mutuo, che però nel passo non è mai nominato dal giurista) contenuti nella stessa parte del testo¹⁹².

¹⁸⁵ Si tratta di una osservazione che si può leggere già nello sc. ἐὼν συμφωνήσω (= *si pactus sim*) a B.13,2,24 (Heimb. II, 52 = Schelt. B II, 691).

¹⁸⁶ Così vd. W.G. GORDON, *Observations on "depositum irregolare"*, cit., 364 s.

¹⁸⁷ Cfr. ad es. H.T. KLAMI, «*Mutua magis videtur*», cit., 49.

¹⁸⁸ In generale, vd. TH. NIEMAYER, *Das Depositum irregolare*, cit., 30 ss., secondo il quale sarebbero sospetti: '*non facile dicendum est*'; '*tantundem, non idem*'; '*quid enim aliud ...*'; '*terminus*'; '*notissimos*' ecc.; nello stesso senso, cfr., ad es., F. SCHULZ, *The Postclassical Edition*, cit., 261; H.T. KLAMI, «*Mutua magis videtur*», cit., 49 s.

¹⁸⁹ Per le proposte (inaccettabili) di ribaltare al negativo il tenore della frase vd. già *infra*, nel testo.

¹⁹⁰ Vd. soprattutto R. CARDILLI, *Il periculum e le usurae nei giudizi di buona fede*, in *L'usura ieri ed oggi. Convegno su: "L'usura ieri ed oggi"*, Foggia, 7-8 aprile 1995, a cura di S. TAFARO, Bari, 1997, 11 ss.

¹⁹¹ Così ad es., C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, cit., 137 ss.; vd. F. SCHULZ, *The Postclassical Edition*, cit., 261 s.

¹⁹² Sostanzialmente, tutti questi aa. propongono di espungere tutta la parte centrale del discorso papiniano (*quod ita-dicendum est*) che a loro avviso contiene i riferimenti al mutuo, reputandola fuori posto nel discorso del giurista, e imputabile o ai compilatori (cfr. TH.

Nella stessa logica, risultava imperscrutabile (e per questo veniva espunta), la parte del passo in cui si ammetteva la perseguibilità delle *usu-rae* solo *post moram*¹⁹³, così come altrettanto incomprensibile (e per questo giudicata interpolata) a chi inquadrava tale fattispecie come un mutuo appariva anche l'ultima frase del passo (*si tamen-servabitur*), in cui si ammette la vincolatività del *pactum usurarum* nel caso di dazione di *pecunia*, ma senza spiegare chi e perché avrebbe condotto a termine questo tipo di intervento sul testo¹⁹⁴.

3.7.3. Il ragionamento del giurista e i suoi riflessi sulla dialettica deposito-mutuo

A mio avviso, il passo è sostanzialmente genuino, e, a parte il possibile riassunto di qualche sua parte, è tutt'altro che privo di un senso compiuto. In sostanza, il ragionamento di Papiniano nella seconda parte del passo a me pare essere stato il seguente: se si trattasse di deposito 'ordinario', si applicherebbe senza dubbio l'*actio depositi*, ma non si porrebbe la questione degli interessi, dovendo il depositario restituire le stesse monete ricevute (*corpora nummorum*); ma se si trattasse di una forma particolare (*ea res egreditur ...*) di deposito (il cd. deposito 'irregolare') con restituzione del *tantundem* (*cum convenit tantundem, non idem reddi*) la cosa potrebbe complicarsi (*rationem usurarum haberi non facile dicendum est*), perché qualcu-

NIEMEYER, *Das Depositum irregulare*, cit., 33 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, cit., 137 ss.; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 139; G.G. ROTONDI, *Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, Torino, 1908; ID., *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano: 1. Le due formole classiche dell'actio depositi*, cit., 63, nt 1; K.A. VON VANGEROW, *Pandektenrecht III*⁷, cit., § 630, 419 s.; P. COPPA ZUCCARI, *Il deposito irregolare*, Modena, 1901; K. PANOFKY, *L. 24 D.16,3. Ein Beitrag zur Lehre vom Depositum irregulare*, Berlin, 1913, 22 ss.); o frutto di una glossa successivamente finita nel testo (cfr. W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 250 s., secondo il quale l'intervento potrebbe essere addebitabile tanto ai postclassici, quanto – addirittura! – a Paolo o a Ulpiano).

¹⁹³ Non vedo motivi formali per espungere la frase *in qua questione-non facile dicendum est*, come vorrebbero G. SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede*, cit., 320 ss.; F. SCHULZ, *The Postclassical Edition*, cit., 262; e W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 253.

¹⁹⁴ A mio avviso, invece, la frase non è in contraddizione con quanto Papiniano dice nella parte precedente del passo, come afferma, da ultimo, anche W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 259; per l'interpolazione dell'ultima frase (*si tamen-servabitur*) vd. invece J.C. NABER, *Observatiunculae de iure romano*, XCIII, *De deposito usurario*, cit., 61; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, cit., 138; G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano: 1. Le due formole classiche dell'actio depositi*, cit., 63; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 144; F. SCHULZ, *The Postclassical Edition*, cit., 263 (il quale per la verità propone una correzione più ampia); K. GEIGER, *Das Depositum irregulare*, cit., 37; U. BRASIELLO, *Aspetti innovativi*, cit., 499; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, cit., 84; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usu-rae»*, cit., 111; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 396; prudenti G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare*, cit., 224; P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, Paris, 1920, 119 ss. La frase sarebbe invece genuina per P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ, cit., 156.

no¹⁹⁵ potrebbe sostenere che in tal caso non si dovrebbe applicare l'*actio depositi* (*si depositi actio non teneat*)¹⁹⁶. Ma io, cioè Papiniano, penso che in tal caso si dovrebbe concedere questa azione¹⁹⁷, la quale, in linea teorica, avrebbe permesso l'esazione degli interessi, funzionando in tal caso la buona fede alla stregua della *stipulatio* nel mutuo (*tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio*); però, ciononostante, ritengo che nel caso concreto gli interessi non sarebbero comunque dovuti, perché va contro la buona fede e la natura stessa del contratto di deposito pretendere il pagamento di interessi prima della mora da parte del depositario che ha fornito un servizio al depositante nel riceverne il denaro (*qui beneficium in suscipienda pecunia dedit*). Però, se le parti fin dall'inizio hanno pattuito che il depositario prestasse le *usurae*, queste sono dovute¹⁹⁸.

La testimonianza di Papiniano, ancorché interessante dal punto di vista delle dinamiche relative al modo in cui concretamente si dava esecuzione alle operazioni finanziarie nel mondo romano, nulla dice riguardo al mutuo, e, pertanto, da essa nulla si può inferire riguardo alla costruzione dogmatica del contratto qui considerato.

¹⁹⁵ Secondo F. SCHULZ, *The Postclassical Edition*, cit., 261 ss., lo stesso Papiniano avrebbe negato l'esperibilità dell'*actio depositi* pur qualificando la fattispecie come deposito.

¹⁹⁶ Alla luce del fatto che qui Papiniano sta ragionando per ipotesi, non mi pare condivisibile affermare che egli si rimangi questa affermazione sostenendo, poche righe dopo averla negata, la esperibilità dell'*actio depositi*, come invece ipotizza H.T. KLAMI, «*Mutua magis videtur*», cit., 47: il giurista sta semplicemente saggiando ipotesi diverse.

¹⁹⁷ Ciò non risulta espressamente dal tenore attuale del passo, però l'ultima parte ruota interamente intorno al presupposto della concessione di un'azione di buona fede, che altro non può essere, se non l'*actio depositi*: si può ipotizzare che in questa parte il pensiero di Papiniano sia stato in qualche modo riassunto. Per la ricorrenza di un deposito e per la conseguente concessione dell'*actio depositi* si pronunciava già la Glossa: cfr. la gl. *terminos ad h.l.* («est tamen depositum») e la gl. *non tenet ad h.l.* («sed tamen tenet, ut dixi»). Del resto, se non riconosciamo che qui Papiniano, in linea di principio, concedeva l'*actio depositi*, perderebbe di significato tutto il discorso successivo. Parzialmente coincidente sul punto mi appare M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: «Leerformel» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15 giugno 2011)*, IV, Padova, 2003, 197, nt. 556, il quale, pur ipotizzando che il giurista percorresse lo stesso itinerario mentale sopra proposto, ipotizza che il giurista severiano avesse preso le mosse da un diverso punto di partenza; questo studioso, infatti, ritiene che qui Papiniano ragionasse per assurdo, più o meno in questo modo: anche ammesso e non concesso (perché lo avrebbe escluso negando l'integrazione del deposito: *egreditur ea res* ecc.) che fosse esperibile l'*actio depositi* (nella quale sarebbe possibile liquidare gli interessi grazie all'*officium iudicis*), nel caso concreto questi non sarebbero dovuti per le ragioni esposte sopra nel testo. In ogni caso, l'a. condivide l'ipotesi che il passo proprio in questa parte abbia subito un 'raccorciamento'.

¹⁹⁸ M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani*, cit., 198, nt. 557 e 558, ipotizzando un 'raccorciamento' dell'ultima frase, si mostra scettico sulla possibilità che Papiniano abbia qui ammesso le praticabilità della *conventio usurarum*, lamentando, di conseguenza, il fatto che Papiniano, negando la possibilità di percepire interessi *ante moram* nel deposito di denaro, si sia limitato ad osservare puntigliosamente i «rigidi limiti dello schema concettuale» del contratto, senza tenere conto della volontà delle parti.

Papiniano si limita ad affermare che se, nel momento in cui si consegnano dei fungibili in deposito, si pattuisce la restituzione del *tantundem*, a stretto rigore staremmo fuori dai 'notissimi termini' propri del tipo contrattuale del deposito, e dovremmo eventualmente cercare al di fuori dei 'notissimi termini', ricorrendo se del caso alla categoria della irregolarità: nulla, infatti, nell'andamento del passo lascia trapelare che il giurista abbia mai pensato a ricostruire la fattispecie come un mutuo. Ma anche ammettendo la configurabilità di un deposito, seppure fuori dalla sua ricorrenza 'ordinaria', e, di conseguenza, ammettendo altresì l'esperibilità dell'azione da deposito, la questione della eventuale corresponsione delle *usurae* cd. compensative non troverebbe una pronta risoluzione. Infatti, è vero, continua Papiniano, che, nell'ambito delle azioni di buona fede (come appunto l'*actio depositi*) l'*officium iudicis* potrebbe condurre alla imposizione dell'obbligo di prestare gli interessi con la stessa forza cogente della *stipulatio* nel mutuo, ma, per le ragioni sopra illustrate, non si potrebbe obbligare il depositario a corrispondere gli interessi cd. compensativi (almeno per il caso in cui sia accertato che il depositario ha tratto profitto dal denaro consegnatogli) facendo però salva la corresponsione degli interessi per il caso di mora nella restituzione. Resta inteso, sempre ad avviso del giurista severiano, che se la prestazione delle *usurae* fosse stata prevista *ab origine* dalle parti, l'*officium iudicis* nel giudizio di buona fede sarebbe in grado di rendere vincolante un tale accordo.

Quindi, per quanto qui interessa, Papiniano sembra ancora muoversi nel solco della 'resistenza' del tipo contrattuale del deposito rispetto al patto contestualmente aggiunto di restituire il *tantundem*, sebbene in tal caso la fattispecie appare trasbordare oltre i limiti 'soliti' del deposito: in tal caso, l'azione contrattuale da deposito potrebbe coprire anche la corresponsione degli interessi pattuiti, così come anche di quelli moratori. In tali casi, questa soluzione permetteva di mantenersi maggiormente aderenti a quanto le parti avevano concretamente voluto.

La correttezza del ragionamento condotto mi pare emergere anche dalla lettura di altre fonti sul medesimo tema. Coerente risulta, ad esempio, un brano estratto dall'*ad edictum* ulpiano e riportato dai compilatori in D.16,3,7,2.

D.16,3,7,2 (*Ulp., 30 ad ed.*)

*Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositarium, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos excercebat. Et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum loco habeatur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito*¹⁹⁹.

¹⁹⁹ «Tutte le volte in cui i banchieri falliscono, in primo luogo si è soliti tenere conto dei depositanti, vale a dire di coloro che tennero denaro depositato, e non di coloro che lo inve-

Ulpiano afferma che nel caso di fallimento dei banchieri presso cui si è depositato il denaro, in primo luogo devono essere soddisfatti i depositari, che giustamente hanno una posizione diversa rispetto a coloro che hanno contratto operazioni di prestito finanziario ad interesse presso i banchieri²⁰⁰. Addirittura, in caso di procedura concorsuale ai danni del fallito, i depositari, stando al tenore del passo, dovrebbero essere anteposti ai creditori privilegiati²⁰¹, ovviamente purché anche essi successivamente alla conclusione del deposito (*postea*) non abbiano deciso di accettare interessi dai banchieri, in quanto in tale ultimo caso deve intendersi che essi abbiano in qualche modo rinunciato al deposito, e, secondo quando abbiamo sopra visto, concluso piuttosto un mutuo con essi.

Mi pare che il passo confermi la possibilità di concludere con i banchieri sia operazioni di prestito a tutto rischio, sia operazioni di semplice deposito di denaro, che però, nel momento in cui si trasformino in operazioni di rischio, verosimilmente concedendo la possibilità di usare il dena-

stivano a interesse presso i banchieri o con i banchieri o per mediazione dei banchieri stessi. Pertanto, se i beni del banchiere siano stati venduti, si dà preferenza ai depositanti anche prima dei creditori privilegiati, purché non si tenga conto di coloro che eventualmente, anche dopo <aver semplicemente depositato>, riceveranno interessi, quasi avessero rinunciato al semplice deposito»; cfr. *Iustiniani Augusti Digesta*, III, cit., 250.

²⁰⁰ Secondo Aldo Petrucci (vd. P. CERAMI-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*³, cit., 125 s.), con riferimento alle tre ipotesi richiamate da Ulpiano (*fenus exercere apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per nummulariis* = investire il denaro a interesse presso i banchieri o con i banchieri o per mediazione dei banchieri stessi [vd. *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, III, cit., ad h.l., 250]) è impossibile «fornire un quadro, con un minimo di completezza, dei rapporti giuridici compresi in ciascun gruppo di attività, né è pensabile una delimitazione netta dei confini tra l'uno e l'altro»; in ogni caso, da un punto di vista generale, si potrebbero individuare nella prima delle tre attività tutte quelle situazioni in cui si consentiva al banchiere di investire in modo fruttifero i denari del cliente attraverso prestiti a interesse; nella seconda, la conclusione di contratti di società o di altre forme di collaborazione dirette alla speculazione finanziaria; nella terza, a forme di intermediazione a fini di speculazione finanziaria da parte del banchiere (ad es. locazioni d'opera, mandati o gestioni di affari).

²⁰¹ Si noti però come lo stesso Ulpiano in D.42,5,24,2 (esaminato di seguito nel testo) apparentemente affermi l'esatto contrario: per un tentativo di conciliazione che fa leva sulla concessione della rivendica nel primo caso (D.16,3,7,2), dove si tratterebbe di un deposito 'chiuso' e l'*actio depositi* nella l. 24,2, vd. M. MARRONE, *Contributi in tema di legittimazione passiva alla rei vindicatio*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano, 1972 (cito da M. MARRONE, *Scritti giuridici*, a cura di G. FALCONE, I, Palermo, 2003, 375 s.), con cui recentemente concorda M.A. LIGIOS, *Le banche fallivano anche a Roma: il crack di Callisto all'epoca di Commodus*, in *Regolare l'economia: il difficile equilibrio tra diritto e mercato dall'antica Roma alle odierne piazze finanziarie*, a cura di F.A. GORIA e P. ROSSI, Novara, 2014, 35 ss.; per una differente spiegazione, che fa leva sui differenti punti di vista da cui Ulpiano si muove nei due passi (la differenza tra 'meri' depositanti e speculatori, in D.16,3,7,2 e la posizione dei creditori privilegiati al momento della vendita in D.42,5,24,2) cfr. invece A. PETRUCCI, *Profili giuridici*, cit., 164 ss. La spiegazione di Petrucci mi pare preferibile, anche perché non vi sono convincenti ragioni per ipotizzare che nel primo caso il giurista stia pensando alla rivendica; sul testo, cfr. anche A. CASSARINO, *Riflessioni sulla nozione di 'foro cedere' in riferimento all'esecutato in diritto romano tra tarda Repubblica e Principato*, in *TSDP*, 7, 2014, 12.

ro al banchiere, il quale per questo percepiva degli interessi, vengono di fatto equiparate ai mutui, intendendosi che il depositario abbia tacitamente inteso recedere dal deposito per un altro tipo di contratto²⁰²: in tali casi, conseguentemente, appare equo coinvolgere anche costoro in maniera diversa nel fallimento dei banchieri.

Un analogo ragionamento mi pare possa individuarsi alla base di un altro brano ulpiano, estratto stavolta dal libro 63 *ad edictum* e conservato in D.42,5,24,2.

D.42,5,24,2 (*Ulp., 63 ad ed.*)

*In bonis mensularii vendundis post privilegia potioem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia*²⁰³.

Nei casi di fallimento dei banchieri (*bonorum venditio*), i depositari hanno una posizione di forza, seconda solo a quella dei creditori privilegiati²⁰⁴, in ragione della *publica fides* con la quale si sono rivolti ai *mensularii* stessi. Però, chi ha ricevuto interessi dal banchiere sulla somma in precedenza depositata²⁰⁵, viene considerato un mutuante, ed equiparato a

²⁰² Pertanto, nell'ulpiano '*quasi renuntiaverint deposito*' non va vista una mal celata «riltuttanza a classificare questa operazione nello schema del deposito» da parte del giurista, come afferma invece A. PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., 217; ID., *Profili giuridici*, cit., 35, ma piuttosto la ipotetica interpretazione dell'accettazione degli interessi da parte del depositario come comportamento concludente, espressione di una sua volontà, intervenuta successivamente alla conclusione del deposito, volta a trasformare il contratto originario in mutuo.

²⁰³ «Nella vendita dei beni dei banchieri parve bene che, dopo i creditori privilegiati, fosse da preferire la posizione di coloro che avevano depositato il denaro presso il banchiere, seguendo la pubblica affidabilità di costoro. Invero, però, coloro che, dopo aver depositato il denaro, hanno percepito degli interessi dai banchieri, non sono tenuti separati dagli altri creditori, e giustamente: altro infatti è dare a credito, altro è depositare. Se però le monete sono ancora presenti <e materialmente individuabili>, reputo che esse possano essere rivendicate dai depositanti e che il rivendicante debba essere anteposto ai creditori privilegiati».

²⁰⁴ Ulpiano qui si discosta da quanto abbiamo visto sopra nella *lex 7,2*. Oltre a quanto detto *supra*, alla nt. 201, si noti come la gl. *post ad h.l.*, nel tentativo di sanare l'antinomia, afferma che il *post* va interpretato o nel senso di 'dopo aver individuato i privilegi' oppure nel senso di 'dopo alcuni privilegi soltanto', come ad es. quello per le spese funerarie.

²⁰⁵ Anche qui mi pare chiara la successione cronologica degli eventi: prima si dà in deposito una somma, successivamente (*depositis nummis*) ci si accorda di percepire gli interessi. Non mi sfugge l'ambiguità gettata su questa questione dalla frase finale, alla luce della quale sembra quasi che il depositario ottenga l'antergazione ai creditori privilegiati soltanto agendo in rivendica, e non nel caso in cui il denaro non risulti più rivendicabile, perché mescolato dal depositario con il proprio.

qualsiasi altro creditore non privilegiato: infatti, continua il giurista, una cosa è concludere un deposito (*deponere*), altra, ben differente, è concludere un mutuo (*credere*). Peraltro, il depositario potrebbe addirittura, qualora i singoli *nummi* depositati fossero ancora identificabili presso il banchiere, direttamente rivenderli, risultando così anteposto perfino ai creditori privilegiati.

Ai nostri fini, il discorso appare il medesimo ricostruito per il fr. sopra riportato: l'accettazione delle *usurae* implica la volontà di concludere un contratto diverso dal deposito originariamente concluso, cioè un mutuo²⁰⁶.

D.16,3,26,1 (*Paul., 4 resp.*)

*Lucius Titius ita cavitt: [Accepi et habeo ex causa depositi supra scripta <tua> decem milia denariorum et faciam omnia et consentio et promisi ita ut supra scriptum est, et conveni praestare tibi usuras in singulas minas per singulos menses assium quaternorum, donec universa summa reddatur]*²⁰⁷. *Quaero, an usurae peti possunt. Paulus respondit eum contractum de quo quaeritur depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt*²⁰⁸.

A Paolo viene presentata la seguente questione: un tale dichiara per iscritto in un documento di aver ricevuto in deposito (almeno questa è la qualificazione giuridica che egli stesso pare dare all'operazione economica) una certa somma, e di aver concluso con il depositante un accordo (*conventio*) che prevede, oltre alla restituzione del capitale, anche la corresponsione di interessi ad un tasso fissato. Si chiede al giurista se le *usurae* siano dovute. Paolo risponde che senza dubbio la fattispecie travalicava i limiti di un deposito, nondimeno conclude per la esigibilità delle *usurae* secondo le modalità convenute.

È evidente che il passo appare quantomeno riassunto, soprattutto nella frase finale, in cui il giurista, concedendo l'*actio depositi*, sembra contraddire l'affermazione appena fatta con cui appare negare la configurabilità della fattispecie come deposito.

Però, se leggiamo la fonte alla luce delle considerazioni sopra esposte, il *responsum* paolino acquista una nuova luce. Infatti, di fronte ad un de-

²⁰⁶ Qui l'espressione '*aliud est credere, aliud deponere*' appare costituire una chiara presa di posizione del giurista in favore dello schema del mutuo.

²⁰⁷ In greco nel testo.

²⁰⁸ «Lucio Tizio così promise in un documento: 'Ricevetti ed ho presso di me a titolo di deposito i soprascritti tuoi diecimila denari d'argento ed ho promesso e riconosco e farò tutto così come sopra è stato scritto; ed ho convenuto di prestarti gli interessi di quattro sesterti di dramma ogni mina ogni mese <cioè l'8% annuo>, finché l'intera somma non sia restituita'. Pongo il quesito, se gli interessi possano essere richiesti giudizialmente. Paolo rispose che questo contratto, per il quale si pone il quesito, va oltre l'ambito di un <semplice> deposito di denaro, e che perciò, con l'azione di deposito, si possono chiedere anche gli interessi secondo la convenzione»; cfr. *Iustiniani Augusti Digesta*, III, cit., 256.

posito di denaro accompagnato dall'accordo di restituire il *tantundem*, peraltro maggiorato dagli interessi, il giurista risponde che si tratta pur sempre di un deposito, ma di un deposito che eccede la misura (*modum*) del 'normale' tipo contrattuale, integrando un forma che potremmo definire irregolare di questo contratto: facile ed immediato appare il richiamo alla memoria dell'espressione '*egredere e notissimos terminos depositi*' di Papiniano in D.16,3,24. E per questo (*ideo*) gli interessi sono dovuti con *l'actio depositi*, secondo le modalità pattuite.

3.8. *Mutuo e deposito irregolare: considerazioni riepilogative*

A mio avviso, riassumendo, da tutte le fonti sopra riportate si ricavano i seguenti rapporti tra mutuo e deposito cd. irregolare:

- se, contrariamente a quanto di solito avviene, il deposito si realizza (anche) nell'interesse del depositario, e non del deponente, il depositario deve corrispondere al primo anche gli interessi, e a lui verrà accollato il *periculum*;

- se al deposito, inizialmente chiuso, si accompagna una *conventio (pactum) ex intervallo*, con la quale le parti pattuiscono la possibilità di usare il denaro, la corretta qualificazione giuridica per la fattispecie è quella di un mutuo e non di un deposito, e ciò a partire già dal momento della *conventio*, senza la necessità di attendere l'effettivo utilizzo del denaro²⁰⁹;

- se, invece, la *conventio* non sia immediatamente efficace, ma risulti condizionata ad un evento futuro (conclusione di una compravendita, oppure manifestazione di volontà da parte del depositario, ecc.), allora è necessario attendere il verificarsi dell'evento (*perfectio dell'emptio* o uso del denaro ecc.);

- infine, se le parti fin dall'inizio convengono un deposito 'aperto', in cui cioè il depositario può usare della somma depositata, le fonti paiono orientate a qualificare tale fattispecie come deposito, seppure con un certo disagio (*quasi renuntiaverit ...*; ecc.), che, a mio avviso, mostra più la magmaticità con cui emerge lo schema del deposito irregolare²¹⁰ che non l'orientamento a vedere in questa fattispecie nulla più che un mutuo.

²⁰⁹ Cfr. in questo senso già G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 163 ss., secondo il quale in tali casi, grazie al nuovo accordo il deposito cessa di esistere e si crea al posto di esso un mutuo.

²¹⁰ Per conclusioni parzialmente diverse, vd. invece particolarmente A. PETRUCCI, *Profili giuridici*, cit., 30 ss., ma vd. anche ID., *Mensam exercere*, cit., 206 ss.; nonché, sempre dello stesso a., la parte dedicata a *L'impresa bancaria: attività, modelli organizzativi, funzionamento e cessazione*, in P. CERAMI-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*³, cit., 109 ss.

4. La 'conversione' in mutuo di una somma dovuta in base a mandato

Da D.17,1,34 pr. abbiamo appreso che Giuliano e Africano ammettevano pacificamente come *datio mutui* sia la prestazione originariamente effettuata per costituire un deposito, successivamente trasformato in mutuo, sia la prestazione effettuata per conto del mutuante da un suo delegato a seguito di apposito *iussum*; per gli stessi giuristi, però, non era ammissibile che la finzione si spingesse fino al punto di ammettere come *datio mutui* la semplice dichiarazione del mutuatario di trattenere a mutuo il denaro riscosso nell'esecuzione del mandato, né l'incasso del prezzo della vendita di una cosa del mutuante da questi appositamente concessa allo scopo di costituire un mutuo sul prezzo stesso. Riporto qui per comodità il passo già più volte esaminato.

D.17,1,34 pr. (Afr., 8 quaest.)

*Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exgisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. Respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse Et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat*²¹¹.

Abbiamo già affrontato l'esegesi del passo (vd. *supra*, pp. 64 ss. e 82); qui è possibile rinviare al punto e tirare alcune conclusioni per quello che qui rileva, cioè il profilo del mandato.

Africano afferma a chiare lettere che la dichiarazione del mandatario che tratterrà a titolo di mutuo gli importi detenuti a seguito dell'esecuzione del mandato non è sufficiente a giustificare il ricorrere di un mutuo (*creditam non esse*), nemmeno nell'ipotesi in cui il mandante abbia manifestato il suo assenso alla voluta operazione (si può argomentare dal *nuda pactione*).

In sostanza, per il giurista adrianeo una fattispecie che consti del semplice accordo pattizio di voler restituire come mutuo la somma detenuta per mandato, in cui risulti del tutto assente né altrimenti fungibile (nemmeno per via di una finzione) l'elemento reale della dazione, non è sufficiente ad orientare verso quest'ultimo contratto la configurazione dogmatica della fattispecie stessa, altrimenti, a giudizio del giurista, si correrebbe il rischio di ammettere la conclusione di un mutuo sulla base del mero accordo. Di conseguenza, nel caso prospettato per il giurista il denaro sarà

²¹¹ Per la traduzione vd. *supra*, p. 65 nt. 104.

perseguibile con l'*actio mandati ex fide bona*, con cui si obbligherà il mandatario a prestare anche le *usurae*, sebbene il mandatario stesso abbia dovuto sopportare il rischio e pericolo del perimento dei *nummi* ricevuti *mandati causa*.

È da ritenere che per Africano in questo caso il denaro proveniva non dal mandante/mutuante, ma dallo stesso mandatario, che ne era già stato reso proprietario dal terzo debitore del mandante al momento dell'adempimento. Al contrario, nell'ipotesi in cui il denaro era detenuto dal depositario a seguito di un deposito, i *nummi* sui quali si chiedeva la costituzione del mutuo provenivano pur sempre dal depositante/mutuante. Si trattava di una differenza che il giurista doveva considerare non colmabile in via di interpretazione estensiva, così che negava il ricorrere del mutuo e concedeva solo l'azione di mandato.

Ma anche su questo punto l'evoluzione giurisprudenziale porta ad un mutamento, che vede i giuristi successivi ammettere la configurazione del mutuo in una tale ipotesi, come si ricava da D.12,1,15, che pure abbiamo già sopra (pp. 69 ss.) considerato.

D.12,1,15 (Ulp., 31 ad ed.)

*Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta*²¹².

Secondo Ulpiano, le peculiari singolarità del mutuo si estendono anche al mandato, così che il mandatario può, in base ad un accordo con il mandante, validamente ritenere la somma incassata dal mandato e impegnarsi a restituirla a titolo di mutuo. Rispetto al caso dello *iussum* delegatorio, esaminato nella prima parte del passo, Ulpiano è decisamente più prudente (si noti il '*videatur*'), ma non c'è dubbio alcuno che ammetta il ricorrere del mutuo.

È come se, al tempo di Africano e Giuliano, da un lato, l'estensione interpretativa non era stata condotta fino alle sue massime potenzialità espansive, per cui questi giuristi non concedevano la *condictio* in fattispecie in cui il trasferimento non poteva proprio considerarsi avvenuto, o comunque non poteva essere fatto risalire al soggetto che pretendeva di esperire la *condictio*, come nel caso del mandatario. Dall'altro lato, anche nelle ipotesi in cui proponevano l'estensione interpretativa, l'operazione poggiava su basi dogmatiche non ancora del tutto solide, come dimostra sia il '*benigne receptum*' di D.17,1,34 pr. di Africano²¹³, sia anche la singo-

²¹² Vd, *supra*, p. 70 nt. 114.

²¹³ Proprio questa ritenuta evoluzione, che a mio avviso trova un possibile argomento a

larità invocata sul punto ancora da Ulpiano, che dimostra certo un 'salto di qualità' nell'inquadramento dogmatico della fattispecie, ma, come detto, non ancora il suo completo assorbimento nel tessuto giuridico del diritto contrattuale del II secolo d.C.

5. *Il cd. contractus mohatrae*

Un altro punto di distacco rispetto alle ipotesi di mutuo reale è rappresentato dall'esistenza nelle fonti romane del cd. '*contractus mohatrae*' (traduzione latina di un termine arabo con cui si indicava, per la verità, tutt'altra fattispecie²¹⁴), in cui il 'mutuante' concedeva al (futuro) 'mutuatario' una cosa materiale (ad es. un vestito, un vassoio d'argento ecc.), affinché egli la vendesse e trattenesse come mutuo il ricavato²¹⁵. In tali operazioni finanziarie una *datio* avveniva comunque, solo che era *datio* di un oggetto diverso rispetto ai fungibili sui quali il mutuo si andava a costituire. Ciò nonostante, i giuristi romani giungono, al termine di un percorso intellettuale non privo di complicazioni, a riconoscere in tale fattispecie il ricorrere di un mutuo (e di conseguenza a concedere la *condictio* all'autore della dazione della *res vendenda* infungibile). Recenti ritrovamenti epigrafici dimostrano come la prassi ricorresse non di rado a questo meccanismo²¹⁶.

sostegno proprio nel richiamo al '*benigne receptum*' di D.17,1,34 pr. potrebbe costituire una risposta all'interrogativo sollevato contro Cuiacio da G. BARCLAJUS, *In titulos Pandectarum*, cit., 858, il quale sostiene che non si capisce perché lo stesso Africano, che pure conosce la finzione di *traditio* nel caso dello *iussum dandi* dato dal potenziale mutuante al proprio debitore, non si sia spinto ad applicare l'estensione anche all'ipotesi del mandato nella l. 34 pr., come invece fa Ulpiano.

²¹⁴ Il riferimento era ad una complessa operazione di finanziamento creditizio, mascherata da una vendita con pagamento immediato collegata ad una retrovendita a termine: A vende a B un certo bene al prezzo di 120 che B pagherà entro una certa data, magari a scadenze mensili; contestualmente, B vende lo stesso bene ad A al prezzo inferiore di 100, che A paga immediatamente; il risultato è che B si trova a dover pagare entro il termine fissato la somma di 120 a fronte di una somma effettivamente incassata di 100; dal punto di vista sostanziale, il risultato è un mutuo di 100 con 20 (la differenza tra i due 'prezzi') di interessi; la dottrina dell'età intermedia a lungo ha discusso sulla liceità di questo contratto, con cui spesso si nascondevano interessi usurari: cfr. K. ZIEGLER, *Dissertatio de mohatrae contractu*, Wittenberg, 1663; E. BUSSI, *Contractus mohatrae*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 5, 1932, 492 ss.; C. CARDAHI, *Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique*, in *Revue internationale de droit comparé*, 7, 1955, 517 ss.; P. VISMARA, *Oltre l'usura. La chiesa moderna e il prestito a interesse*, Soveria Mannelli, 2004, 84 s.

²¹⁵ Sugli sviluppi di questo contratto nell'età intermedia, quando esso fu usato anche per nascondere interessi usurari, vd. C. CARDAHI, *Le prêt à intérêt et l'usure*, cit., 517 ss.

²¹⁶ Mi riferisco alla recentemente scoperta tavola londinese, su cui cfr. R. LAURENDI, *La fattispecie negoziale «pecunia debita ex pretio mercis venditae ac traditae» in una tabella ce-*

Anche qui assistiamo ad un complesso sviluppo giurisprudenziale. Il punto di partenza è costituito dall'ipotesi delineata in un lungo testo che abbiamo sopra esaminato (*supra*, pp. 64 ss., 82, 99 s.), e del quale conviene riportare qui solo la parte che ci interessa più da vicino.

D.17,1,34 pr. (*Afr.*, 8 *quaest.*)

*His argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum*²¹⁷.

Come abbiamo sopra visto, nella parte di testo che qui non ho riportato per brevità, la *quaestio* proposta a Giuliano/Africano era se un mandante potesse chiedere giudizialmente come mutuo la somma che il mandatario gli aveva comunicato di avere presso di sé a seguito dell'espletamento del mandato e di considerare come prestito oneroso; e se, in aggiunta, egli potesse chiedere gli interessi. Giuliano/Africano dapprima adducono due casi dissimili (il deposito irregolare e lo *iussum* dato dal mutuante) e poi, per motivare la risposta negativa che intendono dare al mandante, propongono come argomento ai due quesiti proposti (ecco spiegato l'*his* con cui si apre la parte di testo qui riportata)²¹⁸ il caso del *contractus mohatrae*.

L'ammissibilità o meno di un mutuo in tale fattispecie ruota intorno all'espressione '*nihilo magis*', che giustifica sia una lettura in chiave affermativa, come voleva già Teofilo²¹⁹ e come saldamente affermano le traduzioni moderne del Digesto²²⁰, sia una lettura in chiave negativa, come invece, al contrario, sosteneva la Glossa²²¹.

A mio avviso, *nihilo magis* non può significare altro se non '*ebensowenig*'

rata da Londinium e nella riflessione giurisprudenziale, in *Minima epigraphica et papyrologica*, 16-17, 2013-2014 (pubbl. 2017), 18 ss.

²¹⁷ Vd. *supra*, p. 65 nt. 104.

²¹⁸ Al contrario, l'*his*' dell'espressione '*his argumentum est*' è stato anche usato come argomento per interpretare in senso positivo il '*nihilo magis*' del testo, agganciandolo appunto alle due ipotesi precedenti (ciò che giustificherebbe l'uso del plurale), alle quali il giurista dava risposta positiva: per questo ragionamento, vd. già, tra i tanti, Duareno, Voet, Hofecker e Sell, tutti cit. in P.H.E. HUSCHKE, *Darlehen*, cit., 62 e nt. 1. Sul punto torno ampiamente sia nel testo, sia nelle note che seguono.

²¹⁹ Cfr. lo sc. συνίστασθαι δάνειον (= *ut mutuum non contrahitur*) dell'Enantiofane a B.14,1,34 (Heimb. II,122 = Schelt. B,II 772); si noti, però, che la soluzione non è accolta nel testo dei Basilici, che negano la conclusione del mutuo.

²²⁰ Cfr. *Cuerpo del derecho civil romano á doble texto, traducido al castellano del latino I*, a cura di I.L. GARCÍA DEL CORRAL, Barcelona, 1889, ad h.l., 859; *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, III, cit., ad h.l., 285.

²²¹ Cfr. le gll. *nihilo magis* e *his argumentum ad h.l.*

'*doch nicht*'²²², quindi con una accezione di chiara negazione del ricorrere del mutuo²²³.

Quindi, accertato che Giuliano ed Africano negavano la configurabilità di un mutuo in una ipotesi come quella discussa, la domanda che ora ci dobbiamo porre è perché lo negavano.

Si può ritenere che Africano in D.17,1,34 pr. non ammettesse la configurabilità del *credere* nel caso del cd. *contractus mohatrae*, perché, in analogia al caso sopra visto del mandato, il presunto mutuatario non avrebbe in realtà ricevuto denaro proveniente dal patrimonio del presunto mutuante²²⁴ e che essi non abbiano a tal fine reputato sufficiente l'ordine a vendere (che, in definitiva, altro non era se non un ulteriore caso di mandato), come invece avveniva per lo *iussum* delegatorio.

In ogni caso, i giuristi non faticano ad ammettere che l'incaricato della vendita, benché non fosse un mutuatario, sopportava comunque, ovviamente a partire dall'avvenuto pagamento del prezzo, il *periculum* del perimento del denaro ricevuto, di cui, tra l'altro, era ormai divenuto proprietario, in quanto mandatario/venditore²²⁵, e forse già sopportava il *periculum* del perimento della cosa dal momento della consegna tutte le volte in cui era suo l'interesse prevalente alla realizzazione dell'operazione economica²²⁶.

²²² Cfr. H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexicon*¹¹, cit., s.v. *nilil*, 367 (dove però la nostra fonte non è citata).

²²³ Il punto è tutt'altro che indiscusso. Per la versione positiva, vd. già G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum*, cit., 281 e nt. 1; E. ZITELMANN, *Digestenexegese*, cit., 39; U. VON LÜBTOW, *Darlehensbegriff*, cit., 52 e nt. 209. Del resto, anche nella recente traduzione italiana del Digesto, alla quale ho l'onore di partecipare, viene accolta questa 'versione' del testo: cfr. *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, III, cit., ad *h.l.*, 285. Non risolutivo in questo senso appare il '*tamen*' con cui si introduce la questione dell'attribuzione del rischio in capo al mutuatario in quest'ultima ipotesi, perché esso potrebbe essere interpretato tanto come una avversativa rispetto alle due precedenti ipotesi (versione negativa), tanto come la spiegazione del fatto che, nonostante in questo caso il mutuo ricorra (versione positiva), tuttavia (*tamen*) il mutuatario si accolla il rischio dal momento in cui riceve l'argento.

²²⁴ Cfr. sc. (forse di Stefano) ἐὰν ὁ διοικῶν τὰ πράγματά μου (= *si is, qui negotia mea procurabat*) a B.14,1,34 (Heimb. II,121 = Sch. B II,770) che ribadisce come il denaro o continua ad appartenere al compratore, oppure, al massimo, è diventato di proprietà del mutuatario/venditore/mandatario.

²²⁵ E non perché ci fosse stato un *pactum* in tal senso, come si legge in I. CUIACIUS, *Ad Africanum Tractatus*, cit., lib. VIII, ad *h.l.*, 1464; né perché si trattasse di un debito di genere, come ritiene invece E. ZITELMANN, *Digestenexegese*, cit., 39; a mio avviso, non è nemmeno esatto affermare che «*unser accipiens [wird] jedoch einem gewöhnlichen Darlehensnehmer gleichgehalten*», come fa, seppure con adeguata cautela, S. ANGERER, *Die Gefährtragung bei den sogenannten Innominatkontrakten*, in *Vestigia Iuris Romani. Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*, a cura di G. KLINGENBERG-J.M. RAINER-H. STIEGLER, Graz, 1992, 19. Sui rapporti tra *periculum* e percezione degli interessi, vd. di recente R. CARDILLI, *Il periculum e le usurae*, cit., 11 ss.

²²⁶ Così vd. M. KASER, *Die Verteilung der Gefahr beim sogenannten 'contractus mohatrae'*,

La sottolineatura della mancata ricorrenza di un *credere*, a differenza dei casi considerati nella parte centrale del passo (cioè [B] e [C], secondo la scansione sopra proposta²²⁷ e relativi, rispettivamente, ad un originario deposito 'convertito' in mutuo e al conferimento di uno *iussum* delegatorio), chiarisce a mio avviso anche l'esigenza avvertita da Africano di ribadire la sopportazione del *periculum* da parte del mandatario nella fattispecie, sebbene egli, pur non trattandosi di mutuo, sia comunque tenuto a dover corrispondere gli interessi eventualmente pattuiti in ragione del *commodum* derivantegli dall'aver utilizzato il denaro²²⁸.

La posizione 'stretta' di Giuliano e Africano, i quali negavano il ricorrere del mutuo nel caso del cd. *contractus mohatrae* risulta però poi ribaltata da Ulpiano, per il quale non costituisce ormai più punto di discussione l'ammissione di tale contratto in una simile fattispecie. A questo proposito, si può esaminare D.12,1,11 pr. (*Ulp., 26 ad ed.*), dove Ulpiano tratta un caso corrispondente a (D) della l. 34 pr.:

D.12,1,11 pr. (*Ulp., 26 ad ed.*)

*Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. Si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. Mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi*²²⁹.

in *Syntelesia V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, 79 (= in *Ausgewählte Schriften*, I, Napoli, 1976, 308). Lo strumento processuale esperibile era ovviamente sempre l'*actio mandati* e non una *actio in factum*, come pretende U. VON LÜBTOW, *Darlehensbegriff*, cit., 53, il quale ritiene invalido il mandato, perché a suo avviso sarebbe *tua gratia*. In realtà l'affermazione non è condivisibile, perché non è detto che il mandante non avesse un proprio tornaconto dalla fattispecie. L'affermazione, inoltre, costringe il von Lübtow a non poter affermare l'esigibilità anche degli interessi da parte del mandante, e a dover di conseguenza supporre un in dimostrabile inserimento di una negazione nel testo del fr.: vd. *supra*, p. 67 nt. 109.

²²⁷ Cfr. le pagine immediatamente precedenti, ma anche *supra*, 64 ss.

²²⁸ Sul punto, vd. R. CARDILLI, *Il periculum e le usurae*, cit., 31 ss. Proprio la mancata valorizzazione di questo vantaggio ha comportato l'incomprensione dell'ultima frase e le proposte di espungerla; emblematica in tal senso è la posizione di M. KASER, *Die Verteilung*, cit., 80, n. 25 (= 309, nt. 25).

²²⁹ «Tu mi hai chiesto di prestarti una somma di denaro; io, dal momento che non l'avevo, ti ho dato un piatto o una massa d'oro, affinché tu li vendessi e facessi uso del ricavato. Reputo che, se tu avrai venduto, sia stato contratto un mutuo di denaro. Se tu, senza tua colpa, abbia perduto il piatto o la massa d'oro prima di venderli, si pone il quesito se la perdita vada imputata a me o a te. A me sembra assolutamente vera la distinzione di Nerva, che ritiene vi sia molta differenza, se io tenessi questo piatto o la massa d'oro come

Il caso è quello di un tale (*Tu*), il quale chiede ad un altro (*Ego*) un prestito di denaro; *Ego* non dispone della somma necessaria, ma possiede degli oggetti che, venduti, possano procurarla al richiedente. Ulpiano afferma a chiare lettere la ricorrenza del mutuo (*puto mutuam pecuniam factam*), una volta che la vendita sia stata perfezionata dal richiedente. Successivamente, si interroga sulla sopportazione del *periculum* derivante dalla perdita non imputabile degli oggetti ricevuti in vista della vendita, e dichiara di approvare la *distinctio*, già proposta da Nerva, in base alla quale se *Ego* aveva già posto in vendita gli oggetti, sopporterà il rischio del loro perimento fortuito; se invece li aveva posti in vendita al solo scopo di procurarsi il denaro da concedere in mutuo a *Tu*, sarà quest'ultimo a dover far fronte al perimento.

Per quello che qui rileva²³⁰, Ulpiano riscontra la presenza di un vero e proprio mutuo²³¹ nella *datio ad vendendum* a partire al momento in cui *Tu* abbia venduto il piatto o l'oro di *Ego* ed abbia altresì usufruito del ricavato²³². Evidente mi pare l'implicita concessione di una *condictio* al 'mutuante', che pare rimontare per intero alla riflessione di Ulpiano, come sembra fatto chiaro dal '*puto*' del fr., con il quale il giurista severiano evidentemente dimostra di voler superare le precedenti impostazioni in senso contrario, che noi sappiamo risalire a Giuliano e Africano²³³.

Interessante mi pare anche notare l'accoglimento di quella parte della *distinctio* di Nerva, in cui, per il caso in cui *Ego* non avesse messo in vendita la cosa, ma la avesse data a *Tu* su insistenza di costui, si accolla a *Tu*

merce da vendere, oppure no; perché, se io li abbia avuti come merce da vendere, il perimento sarà a mio carico, allo stesso modo che se io li abbia dati ad un altro, affinché li vendesse; se io, invece, non abbia avuto il proposito di venderli, ma la ragione della vendita fu proprio questa, cioè che tu facessi uso <del ricavato, allora> il perimento sarà a tuo carico, e soprattutto se ti ho fatto un prestito senza interessi»; cfr. *Iustiniani Augusti Digesta*, III, cit., 10.

²³⁰ Non mi occupo in questa sede dei problemi affrontati nella seconda parte del passo, e relativi alla famosa *distinctio* di Nerva, giudicata *verissima* da Ulpiano; su queste questioni, vd. ora per tutti l'approfondita indagine di R. CARDILLI, *Il periculum e le usurae*, cit., 31 ss.; che si va ad aggiungere all'esegesi di R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 138 ss.

²³¹ Non mi pare condivisibile l'opinione di C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, cit., 25, il quale vede in questo fr. l'esistenza di un *pactum de mutuo dando* annesso ad un mandato; ad avviso di questo a., il meccanismo così posto in essere sarebbe tale per cui il mandante che chiedesse il denaro potrebbe essere respinto con l'*exceptio pacti conventi*.

²³² Secondo C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, cit., 55, il mutuo esisterebbe dal momento della dazione della cosa da vendere, e non dal momento della vendita, perché l'operazione sarebbe sottoposta alla condizione '*si vendideris*'; il tenore del passo non mi pare confortare questa ricostruzione, la quale, peraltro, non mi pare cambiare la sostanza delle cose.

²³³ Cfr. in questo senso già C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, cit., 54, ad avviso del quale il '*puto*' costituirebbe una spia del fatto che la soluzione proposta da Ulpiano sarebbe stata contrastata da altri giuristi.

stesso il *periculum* del perimento della cosa allorché essa fosse andata perduta senza colpa.

Né contro la ricostruzione proposta mi pare ostare la testimonianza di D.19,5,19 pr. (*Ulp., 31 ad ed.*), nel quale proprio Ulpiano, per una fattispecie corrispondente al caso qui esaminato (cd. *datio ad vendendum*), riporta il parere di Labeone, il quale consigliava di agire con l'*actio praescriptis verbis*.

D.19,5,19 pr. (*Ulp., 31 ad ed.*)

*Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio uteris. Si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*²³⁴.

Non mi soffermo sulla travagliata tradizione testuale del frammento²³⁵. In questa sede preme essenzialmente rilevare come Ulpiano non dica che Labeone negava la concessione nella fattispecie dell'*actio mandati*, che troviamo concessa in D.17,1,34 pr. Da un lato, infatti, Labeone affronta il caso in cui la *res vendenda* non sia stata in realtà venduta o il prezzo ricavato sia andato perduto, ipotesi in cui, per definizione, non era possibile ritenere realizzato un mutuo. Dall'altro lato la strana espressione (*tutius est*) usata dal giurista augusteo (*ut Labeo ait*)²³⁶ potrebbe semplicemente lasciar trasparire la circostanza che egli considerasse soltanto preferibile o comunque meno rischioso far valere la sinallagmaticità implicita nell'operazione, e concedere l'*actio praescriptis verbis*²³⁷. Nessun contrasto, quindi, mi pare sussistere tra D.12,1,15 e D.19,5,19 pr.

²³⁴ «Mi hai chiesto di darti del denaro a mutuo; io, non disponendone, ti ho dato una cosa da vendere, affinché tu usassi il prezzo. Se non hai venduto, o, pur avendo venduto, non hai ricevuto il denaro del mutuo, è più sicuro, come afferma Labeone, intentare un'azione con previa descrizione del rapporto, come se si fosse posto in essere tra noi un affare <costituente> un contratto avente una propria individualità <rispetto a quelli tipici>»; cfr. *Iustiniani Augusti Digesta*, III, cit., 467 s.

²³⁵ Sul passo, vd. per tutti R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 134 ss.; da ultimo anche F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., 169 ss. e 180 ss. ne difende la genuinità sostanziale.

²³⁶ Tale espressione viene, a mio avviso, a torto espunta da A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (rist. Aalen, 1963 Teil A), 482; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* I, cit., 314; E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., 32; *contra* vd. P. COLLINET, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, Paris, 1952, 236 ss., con ampia discussione; vd. gli altri usi dell'espressione riscontrati all'interno del Digesto da A. BURDESE, *Sul concetto di contratto*, cit., 30, nt. 31.

²³⁷ Ritengo quindi che il termine di paragone del comparativo *tutius* potesse essere costituito non solo dall'*actio mandati*, come inclinano a credere A. BURDESE, *Sul concetto di contratto*, cit., 30 e F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., 180 e nt. 43, ma anche appunto dalla *condictio*, nel caso di mancata ricezione oppure perdita o comunque consumazione del prezzo; più aperta appare la posizione sul punto del Gallo in *Id.*, *Synallagma*, II, cit., 73, nt. 24, dove riferisce la maggiore sicurezza genericamente ai «mezzi processuali contemplati nell'editto».

Infine, in base al posizionamento in *sedes materiae* del fr. di Ulpiano, e non del passo di Africano possiamo formulare l'ipotesi che i compilatori abbiano fatto propria sul punto l'impostazione ulpiana, e non quella giuliana, per cui, concretizzatasi la vendita, si supposeva realizzato un mutuo²³⁸.

6. *I mutua cum stipulatione: lo 'Stipulationsdarlehen'*

6.1. *La diffusione degli 'Stipulationsdarlehen'*

Tra la fine del I e l'inizio del II sec. d.C. acquista una certa diffusione nel diritto romano la pratica di riversare il mutuo in un documento stipulatorio²³⁹, nel quale si dava atto di aver ricevuto una certa somma a titolo di mutuo e ci si impegnava solennemente, nelle forme proprie della *stipulatio*, alla sua restituzione (a volte comprensiva altresì anche degli interessi) entro il termine stabilito²⁴⁰. In maniera estremamente efficace la dottrina tedesca ha definito questa fattispecie con il nome di mutuo stipulatorio (*Stipulationsdarlehen*), parlando altresì di '*kombinierte Vertrag*': si tratta, in altri termini, di un ingegnoso meccanismo, nel quale si ritrovano in qualche modo fuse nella medesima operazione finanziaria, secondo delle modalità piuttosto complesse che non mancheremo di approfondire, una *numeratio* e una *stipulatio*²⁴¹. Proprio a partire dal I secolo a.C. tale prassi

²³⁸ Cfr. K.A. VON VANGEROW, *Pandekten*, III⁷, cit., § 623, 388.

²³⁹ Ciò, rispetto alla *numeratio*, poteva avvenire sia *in continenti*, sia *ex intervallo*, e i giuristi romani sarebbero giunti progressivamente ad equiparare le due fattispecie. Del resto la *stipulatio* poteva essere concepita secondo (almeno) tre distinte formulazioni: o astrattamente concepita; o prevedendo il richiamo generico all'*id quod debetur* compreso nella precedente *obligatio*, o prevedendo il richiamo all'*eadem pecunia numerata*: sul punto, che qui non merita approfondire, vd. soprattutto M. TALAMANCA, '*Una verborum obligatio*', cit., 21 ss. Invece, per dei mutui calati in documenti privi della clausola stipulatoria, vd. ad es. quelli conservati in *FIRA III (Negotia)*, numm. 120 (che però forse è un deposito irregolare) e 121, 391 s.

²⁴⁰ Ciò è vero anche senza dover necessariamente irrigidirsi nella contrapposizione tra un '*Freundschaftsdarlehen*' (mutuo informale) e un '*Geschäftsdarlehen*' (mutuo stipulatorio), che relega il primo nel campo delle eccezioni: cfr. invece M. KASER, *Mutuuum und stipulatio*, cit., 156 (= 274) e nt. 7; vd. anche *infra*, nt. seguente.

²⁴¹ Questa prassi è diffusamente attestata nella pratica (vd., ad es., le Tavolette redatte dalla famiglia dei Sulpici e ritrovate a Pozzuoli: cfr. G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpici*, II, Roma, 1999, 133 ss.); per il contratto (di origine postclassica) *re et verbis*, vd. invece D.44,7,52 (*Mod. 2 reg.*). Sul punto la letteratura è vastissima, e verrà citata di volta in volta nel corso della trattazione; per un inquadramento generale, si può vedere ora M. TALAMANCA, '*Una verborum obligatio*', cit., 7 ss., a cui *adde* P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption des mutuuum cum stipulatione*, in *TR*, 74, 2006, 261 ss. (= *Il 'mutuuum cum stipulatione' e il problema degli interessi*, in *Quaderni Lupiensi di*

diventa a tutti gli effetti la 'übliche Form' attraverso la quale si concede un prestito, al punto che le fonti espressamente ricordano i casi in cui il mutuo viene concesso 'sine stipulatione'²⁴².

Esempi di questo modo di procedere ci sono conservati sia in documenti della pratica, sia in testimonianze dei giuristi conservate in diversi luoghi del Digesto.

Tra le fonti del primo tipo (documenti della pratica), possiamo ricordare sia *chirographa* (cioè attestazioni scritte in prima persona dal debitore), sia *testationes* (cioè documenti scritti in terza persona)²⁴³. Come esempi di *chirographa* possiamo ricordare alcune Tavole appartenenti al famoso archivio puteolano dei Sulpici, e risalenti al 50 d.C., come *TPSulp.* 57²⁴⁴, oppure al 52 d.C., come *TPSulp.* 56²⁴⁵, o anche la Tavoletta di Transilvania del 162 d.C. (CIL III n. 5 = FIRA III, num. 122)²⁴⁶. Tra le *testationes*, possiamo ricordare un'altra delle Tavole di Transilvania, dello stesso anno della precedente (FIRA III, num. 123)²⁴⁷.

Storia e Diritto, a cura di F. LAMBERTI, Lecce, 2009, 109 ss.); B. STELZENBERGER, *Kapitalmanagement und Kapitaltransfer*, cit.

²⁴² Cfr., tra i tanti, *Afric.*, 8 *quaest.* D.19,5,24 (... *neque de ea re ulla stipulatio interposita sit*); D.39,5,2,5 (*Iul.*, 60 *dig.*: *Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione ...*); *Paul.*, 15 *quaest.* D. 46,1,56,2 (*Si nummos alienos quasi tuos mutuos dederis sine stipulatione ...*); *Ulp.*, 4 *ad Sab.* D. 46,2,6,1 (*Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione ...*); sul punto, vd. anche M. KASER, *Mutuum und stipulatio*, cit., 156 (= 274), secondo il quale dovremmo considerare come eccezioni i mutui *sine stipulatione*; G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, II, cit., 133; ID., *L'archivio puteolano*, I, cit., 173 s.; P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption*, cit., 265 e nt. 11.

²⁴³ Sul punto, cfr. P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption*, cit., 261 ss.

²⁴⁴ Cfr. *TPSulp.* 57 (Camodeca 147 s.): *P(ublius) Urvinus Z[o]simus scripsi me accepisse mutu[a] et debere C(aio) Sulpicio Cinnamo sestertia dua millia nummum praeter sestertia decem dua millia nummum, quae ei debeo per chirographum alii tabellis; eaque HS dua millia nummum, quae s(upra) s(crupta) s(unt), p(roba) r(ecte) d(ari) stipulatus est C(aius) Sulpicius Cinnamo, sponondi P(ublius) Urvinus Zosimus.*

²⁴⁵ Cfr. *TPSulp.* 56 (Camodeca, 146): *Niceros colonorum coloniae Puteolanae servus arcarius scripsi me accep[i]sse mutuos et debere C. Sulpicio [C]innamo HS ∞ nummos eosque HS mille nummos qui s(upra) s(crupti) s(unt) p(robos) r(ecte) d(ari) k(alendis) Iulis primis p(robos) r(ecte) d(ari) fide rogavit C. Sulpicius Cinnamus fide promisi Niceros col(onorum) col(oniae) servus arcarius* Sul documento, vd. P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption*, cit., 263.

²⁴⁶ *FIRA III*, *Negotia*, num. 122, 393 s.: (*Denarios*) *LX q(uae) d(ie) p(etierit) p(robos) r(ecte) d(ari) f(ide) rogavit Iul(ius) Alexander, dari f(ide) p(romisit) Alexander Cari<cc>i: et se eos (denarios) LX, q(ui) s(upra) s(crupti) s(unt), mutuos numeratos accepisse et debere se dixit: et eorum usuras ex hac die in dies XXX (centesimas) (singulas) dari Iul(io) Alexandro ei(ve) a(d) q(uem) e(a) r(es) p(ertinebit) f(ide) p(romisit) Alexander Caricci. Id fide sua esse iussit Titius Primitius d(e) s(orte) s(upra) s(crupta) c(um) u(suris) r(ecte) p(robe) s(olvenda)*

²⁴⁷ Cfr. *FIRA III*, *Negotia* num. 123, 395 (*Denarios*) *centum quadraginta sortis et eorum usuras ex ea die sing(ulas) centesimas, quamdiu abstinerit, id utrumque probos recte dari f(ide) r(ogavit) Anduenna Batonis, d(ari) f(ide) sua promisit Iulius Alexander: quos eae reddere debet, qua die petierit, cum usuris s(upra) s(cruptis). Id utrumque sorte<m> et usuras probas recte dari fide rogavit Anduenna s(upra) s(crupta), dari fide sua promisit Iulius*

Tra i passi del Digesto, invece, celebre è la *cautio lecta* nell'auditorio di Papiniano di cui ci riferisce Paolo in un testo conservato in *Paul. 3 quaest. D.12,1,40*, nella quale il giurista severiano discuteva di una questione originata proprio da un mutuo *cum stipulatione*²⁴⁸, o l'altrettanto famoso documento sottoscritto dal servo Crisogono, di cui ci parla lo stesso Paolo nella medesima opera (vd. *Paul., 3 quaest. D.45,1,126,2, infra*, nel testo).

In tutte queste testimonianze, seppure non sempre nello stesso ordine, il debitore afferma espressamente di aver ricevuto il denaro dal mutuante (*me accepisse*) e (ad esclusione dei passi del Digesto) di esserne debitore (*et debere*); in qualche caso indica addirittura la causa della dazione (*mutuos/mutuos numeratos/mutua numerata* ecc.); infine, promette in maniera formale e solenne, cioè con una *stipulatio*²⁴⁹ la restituzione stessa.

Documenti di questo tipo hanno una diffusione enorme a partire dal I sec. d.C., al punto che non senza ragione ci si è spinti a dire che essi rappresentano nel concreto la forma reale con cui i romani concludevano le operazioni finanziarie e i mutui in particolare a partire da questo periodo²⁵⁰.

6.2. Le ragioni della diffusione degli 'Stipulationsdarlehen'

A questo proposito, dobbiamo affrontare due interrogativi. Il primo: per quale motivo i romani hanno cominciato a fare ricorso a questa complessa fattispecie, combinando il mutuo reale con una stipulazione. Il secondo: quale era l'effetto giuridico di un tale meccanismo.

Per quanto riguarda il primo punto, rimane valida la vecchia osservazione di Kaser, il quale notava come i *mutua cum stipulatione* trovassero applicazione prevalentemente nei mutui 'di affari' (cd. '*Geschäftsdarlehen*') e non nei prestiti tra amici (cd. '*Freundschaftsdarlehen*'), così che sarebbe

Alexander ... Merita però ricordare come per M. KASER, *Mutuum und stipulatio*, cit., 157, nt. 8 (= 275, nt. 8) in questo caso ricorresse non un mutuo ma un deposito irregolare.

²⁴⁸ *Paul. 3 quaest. D.12,1,40: Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huiusmodi: 'Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius sponendi ego Lucius Titius, si die supra scripta summa Publio Maevio eive ad quem ea res pertinebit data soluta satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, quo post solvam, poenae nomine in dies triginta inque denarios centenos denarios singulos dari stipulatus est Publius Maevius, sponendi ego Lucius Titius ...'*. Sul passo, cfr. P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden*, cit., 307 ss. Si tratta, come è noto, di una delle sette *leges damnatae* del Digesto: vd. C. VAN ECK, *Commentatio juridica de septem damnatis legibus Pandectarum seu crucibus Jurisconsultorum*, Lugduni Batavorum, 1682 (dell'opera esiste una recente ristampa del 2012 per i tipi della Nabu Press).

²⁴⁹ O con *fidepromissio*, se una delle parti non è cittadino romano: cfr. P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption*, cit., 262.

²⁵⁰ Così cfr. M. KASER, *Mutuum und stipulatio*, cit., 156 (= 274); P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption*, cit., 265.

possibile individuare la loro funzione nel tentativo di mascherare il ricorrere e forse anche l'ammontare degli interessi²⁵¹. Questa ricostruzione è stata di recente ripresa, approfondita e meglio puntualizzata da Peter Gröschler²⁵², il quale ha ritenuto che la funzione di questo '*kombiniertes Vertrag*' fosse piuttosto quella di 'capitalizzare' gli interessi stessi, per procurarsi dei vantaggi dal sapore eminentemente processuale²⁵³.

Lungamente la dottrina ha discusso, e tenacemente ancora oggi discute, sulle ragioni che hanno spinto le parti a costruire simili operazioni, in cui, sostanzialmente, il mutuo reale sembrava assorbito e duplicato dal negozio verbale, e soprattutto sulla costruzione dogmatica di questo tipo di rapporti. Non è evidentemente in questa sede possibile seguire dettagliatamente gli sviluppi delle tante ricostruzioni proposte: è però possibile, e risulta oltremodo opportuno, offrire un quadro sintetico di esse.

Secondo una opinione, che in realtà è quella più risalente nel tempo, in tal caso risultavano costituiti tutti e due i contratti, il mutuo e la *stipulatio*.

All'interno di tale filone, però, le articolazioni erano tante²⁵⁴. Ad esempio, Wendt pensava che i classici avessero conosciuto un '*Realverbalcontract*', che fondeva elementi del mutuo e della *stipulatio*²⁵⁵; d'Ors, invece, riteneva che la concorrenza dei due contratti si spiegasse con l'esigenza di rafforzare la dazio-

²⁵¹ Così vd. già KASER, *Mutuum und stipulatio*, cit., 156 (= 274); la distinzione proposta nel testo pare avvicinarsi a quella tra *δάνειον* (mutuo ad interessi) e *χρήσις* (mutuo gratuito) che si ritrova nei papiri greco egiziani, e il modello qui preso a riferimento potrebbe essere quello dei mutui definiti '*ἄτοκοι*', laddove il debitore da mutuo riceveva meno di quello che dichiarava nel documento scritto essendo gli interessi già inclusi nella somma da restituire: per un quadro di insieme su questi problemi, tuttora in discussione nella dottrina specialistica, vd. P.W. PESTMAN, *Loans Bearing No Interest*, in *The Journal of Juristic Papirology*, 16/17, 1971, 22.

²⁵² Cfr. GRÖSCHLER, *Die Konzeption*, cit., 265 ss.

²⁵³ Tale opinione si trova sostenuta in dottrina anche da D. FORABOSCHI-A. GARA, *Sulla differenza tra tassi di interesse in natura e in moneta nell'Egitto greco-romano*, in *Proceedings of the XVIth International Congress of Papirology*, Ann Arbor (Michigan), 1981, 337 ss.; C. VITTORIA, *Le «usurae usurarum» convenzionali*, cit., 310, nt. 68, la quale sostiene altresì che la *stipulatio usurarum* (o addirittura la mancanza di essa e la mancanza, attraverso essa, di un termine esplicito per la restituzione della *sors*) servisse anche per mascherare interessi anatocistici, cosa che, per la verità, non traspare in alcun modo dai testi dalla stessa adottati (*op. loc. cit.*, nt. 69), né può essere indotta dal silenzio delle stesse e di altre fonti, oltre ad apparire contraria al regime della *condictio* nel diritto classico.

²⁵⁴ Le differenti opinioni sono qui raggruppate tematicamente; per il loro succedersi storico vd. M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 7 ss.

²⁵⁵ O. WENDT, *Der Realverbalcontract des römischen Recht*, in *Jharb. für die Dogm. des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Jhering's Jharb.)*, 28, 1889, 3 ss. (ma vd. anche particolarmente 22 ss. e 124 ss.) pensava che in tal caso i romani ipotizzassero l'esistenza di una sorta di contratto misto di natura reale, che egli denominò '*Realverbalcontract*', in cui valevano tanto il mutuo quanto la *stipulatio*, che avrebbe rappresentato una sorta di veste formale del primo: la costruzione non ebbe seguito anche per la pronta e radicale critica che ne fece A. PERNICE, *Parerga*, IV, *Der sogenannte Realverbalcontract*, cit., 246 ss., il quale pensava che erano solo i giustinianeî ad aver costruito in questo modo la fattispecie.

ne attraverso il formalismo della *stipulatio*, così che quello che ne nasceva era un contratto unico, da lui chiamato *fenus*, in cui mutuo e stipulazione tendevano a mantenere distinti e separati effetti²⁵⁶.

Altri, ritenevano invece che, una *stipulatio in continenti* avrebbe assorbito il mutuo, mentre in caso di *stipulatio ex intervallo*, sarebbe sorto dapprima un mutuo, poi novato dalla *stipulatio*, e che la *condictio* che si trova concessa in alcuni dei passi che tra breve esamineremo per il caso di inefficacia della *stipulatio* si giustificerebbe o per sanzionare l'indebito arricchimento di cui avrebbe ingiustamente goduto il mutuuario²⁵⁷, oppure per una sorta di reviviscenza del mutuo di fronte alla patologia del negozio verbale²⁵⁸, o, infine, per altre particolari circostanze²⁵⁹.

Di recente, sulla base di alcuni documenti epigrafici, cioè chirografi con cui il debitore, prima di promettere con la stipulazione, attesta di aver ricevuto una somma a mutuo, e quindi di esserne debitore (*scripsi me accepisse mutua et debere* o simili) è stata sostenuta la possibilità di una 'dritte Lösung', alla luce della quale la *stipulatio* avrebbe lasciato intatta l'*obligatio ex mutuo*²⁶⁰. Ma giustamente è stato sollevato anche il rischio di una sopravvalutazione della formulazione proveniente dalla pratica che, a stretto rigore, non è certo assimila-

²⁵⁶ Cfr. A. D'ORS, *Re et verbis*, cit., 294: per una critica, vd. M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 31, nt. 106.

²⁵⁷ Cfr. A. PERNICE, *Parerga*, IV, *Der sogenannte Realverbalcontract*, cit., 262 ss., secondo il quale, però, i giustinianeî avrebbero modificato la prospettiva, interpretando questa *condictio* come nascente da mutuo, rilevando l'inoperatività della novazione per mancanza di *animus*; tali conclusioni sembrano condivise da M. KASER, *Mutuum und stipulatio*, cit., 157, nt. 10 (= 275, nt. 10), con cui concorda P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Genève, 1964, 94. Per una *condictio* sanzionante l'indebito arricchimento anche da parte di quanti invece riconoscono la nascita della sola *stipulatio*, vd. *infra*, nel testo.

²⁵⁸ A. DELL'ORO, *A proposito del regime classico e giustiniano dell'obligatio re et verbis*, Milano, 1950, 1 ss.; le conclusioni di questo a. sono sostanzialmente accolte da G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli, 1989, 39 ss. e da F. PASTORI, *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna, 1994, 316 ss. e ora anche da G. LUCHETTI, *Il prestito di denaro*, cit., 3, il quale fa leva su quella che chiama la preoccupazione da parte dei giuristi romani «di risolvere problemi pratici»; vedine però una critica serrata in M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 14 s.

²⁵⁹ Cfr. P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 95 ss., il quale pensa che nel pensiero dei giuristi classici la *stipulatio* invalida, ad onta di *Gai.* 3,176, non avrebbe novato l'obbligazione, perché nei casi individuati (D.12,1,9,5; D.45,1,126,2 e C.8,37[38],3 pr.) mancherebbe l'*aliquid novi*, che dovrebbe consistere esclusivamente nell'aggiunta di una condizione di un termine o di un garante; la dimostrazione non appare riuscita, perché, a tacer d'altro, l'autore dimentica che anche la *causa* può integrare un elemento di novità: cfr., anche per altri profili, M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 18 e 71 ss.

²⁶⁰ Così cfr. J.G. WOLF-J.A. CROOK, *Rechtsurkunden in Vulgärlatein aus den Jahren 37-39- n. Chr.*, Heidelberg, 1989, 17 ss. (vd. anche la *Recensione* a questo lavoro da parte di C. MASI DO-RIA, in *ZSS RA*, 109, 1992, 776, in senso apparentemente adesivo); P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden*, cit., 158, nt. 40; U. MANTHE, *L'archivio puteolano dei Sulpicii*, in *Labeo*, 40, 1994, 375 ss. Noto però che più spesso si trova la formulazione '*scripsi me accepisse mutua et debere*' (vd. *FIRA III*, n. 122), che fa riferimento non tanto al fatto di aver ricevuto e quindi di dover dare, ma piuttosto ai due atti dell'aver ricevuto e dell'aver dichiarato (con *stipulatio*?) di dover dare.

bile a pareri di giuristi²⁶¹; d'altra parte, questa ricostruzione presenta alcuni problemi che appaiono di tutt'altro che facile soluzione²⁶².

Un altro filone dottrinario, invece, propendeva per considerare nato da una simile operazione finanziaria di mutuo stipulatorio un solo contratto, cioè quello verbale, conformemente all'intenzione pratica delle parti, che normalmente era diretta appunto a dar vita alla sola *stipulatio*²⁶³.

Si può considerare che tale orientamento prenda le mosse dagli studi di Segrè nel 1915²⁶⁴, passi attraverso una affermazione di Pringsheim²⁶⁵, e sia stata poi accolta da diversi altri studiosi²⁶⁶, trovando di recente il suo punto culminante con un denso saggio di Talamanca del 1999 (ma pubblicato nel 2002), il quale giunge ad ipotizzare che un simile inquadramento dei rapporti tra mutuo e *stipulatio* risalga addirittura ai pontefici²⁶⁷.

La ricostruzione si è andata progressivamente affinando. Infatti, all'inizio del secolo passato, il Segrè reputava che di fronte a patologie del negozio stipulatorio (invalidità, inefficacia, ecc.), il creditore sarebbe rimasto totalmente sprovvisto di qualsiasi mezzo di difesa. Solo successivamente si sarebbe giunti ad ammettere che in tali casi i giuristi romani avrebbero concesso una *condictio* cd. 'extracontrattuale' che, mentre alcuni non si preoccupano di ulteriormente articolare²⁶⁸, per altri risulterebbe fondata sull'indebito arricchimen-

²⁶¹ Così cfr. M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 25 s., il quale rileva che la creazione di un duplice titolo in base al quale fosse dovuta una sola volta la medesima prestazione sembra fuoriuscire «dall'immaginario sociale, prima ancora che dei giuristi» romani (vd. p. 27).

²⁶² Ad esempio: in caso di contemporanea esistenza di mutuo e *stipulatio*, si poteva assumere una garanzia reale per il mutuo ed una per la *stipulatio*? Che accadeva in caso di fatti estintivi che riguardassero solo uno dei due rapporti, come ad es. una *acceptilatio*? Sul punto, cfr. M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 17, nt. 45.

²⁶³ Cfr. in questo senso già C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, cit., 7, ma recentemente, con forza, vd. anche M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 7 ss.

²⁶⁴ Cfr. G. SEGRÉ, *Mutuo e stipulazione nel diritto classico e nel diritto giustiniano*, in *Studi giuridici in onore di V. Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917, cito, da *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 144 ss.; in verità secondo il Segrè i giustiniani avrebbero innovato profondamente sul punto, riconoscendo nella sequenza mutuo-*stipulatio* un *Realverbalcontract* tanto in caso di *stipulatio* conclusa *in continenti* rispetto alla *numeratio*, quanto in caso di *stipulatio ex intervallo*, allorché l'effetto novativo sarebbe stato escluso dalla mancanza dell'*animus novandi*, richiesto dai giustiniani stessi per l'operatività della novazione. La posizione di Segrè venne accettata da diversi aa. (vedili citati in M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 12, nt. 27), ma finì poi per essere abbandonata in favore delle altre ricostruzioni elencate nel testo.

²⁶⁵ Cfr. F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in ZSS RA, 78, 1961, 80, secondo il quale la nascita dell'*unus contractus* si sarebbe giustificata per i giuristi romani con l'identità dell'azione (la *condictio*) che nasceva dalla *numeratio* e dalla *stipulatio*.

²⁶⁶ Vedili indicati meglio nelle ntt. seguenti.

²⁶⁷ Cfr. M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 41; il senso del discorso di questo studioso appare totalmente travisato da L. DI CINTIO, *Natura debere. Sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli, 2009, 184 s. e nt. 77, la quale non pare averne appieno compreso le conclusioni.

²⁶⁸ Cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, 95 ss.

to²⁶⁹, oppure costituirebbe una *condictio sine causa* (o, meglio detto, una *condictio ob rem dati re non secuta*)²⁷⁰; con questo strumento, i giuristi romani sarebbero riusciti ad articolare varie concrete soluzioni per risolvere le iniquità che volta per volta l'inefficacia della *stipulatio* poteva comportare nel caso da loro specificamente esaminato.

Allo stato attuale del materiale in nostro possesso, dobbiamo ammettere che le prime attestazioni dell'uso di questi *mutua cum stipulatione* sono rinvenibili all'interno del ricco materiale epigrafico costituito dall'archivio puteolano dei Sulpici. In questo archivio, infatti, troviamo una serie di documenti (vd. ad es. *TPSulp.* 50-59) riguardanti questa fattispecie, tutti accomunati da uno schema che presenta poche varianti: il debitore dichiara di aver ricevuto a mutuo una certa somma di denaro (*scripsi me accepisse mutua [o mutuos] et debere* [seguito dal nome del mutuante in dativo] *sest. tot*) e poi si impegna formalmente (con *stipulatio*) alla restituzione della somma (*eaque/eosque HS tot, quae/qui supra scripti sunt, proba/probos recte dari stipulatus est ... spondi ego ...*).

Uno schema così strutturato, che peraltro ricorre analogo nei chirografi di età severiana contenuti nel Digesto (si tratta di D.12,1,40 e di D.45,1,126,2 su cui vd. *infra* nel testo), a meno di non voler ipotizzare assurde fratture tra la pratica e la dogmatica (e a meno di non voler del tutto ignorare anche il senso logico dato al reale susseguirsi delle parole), non lascia altra possibilità se non quella di ipotizzare la conclusione di un mutuo, assorbito dalla susseguente *stipulatio*. Significativa appare la terminologia impiegata, alla luce della quale il debitore accusa di aver ricevuto la somma (*scripsi me accepisse*), di averla ricevuta con l'intento esplicito di concludere un contratto di mutuo (*mutua/mutuos*) e per questo stesso di essere obbligato a restituirla (*et debere*), evidentemente a tale titolo. La *stipulatio*, quindi, viene aggiunta successivamente, allo scopo di rafforzare il profilo probatorio o, più probabilmente, di includere anche gli interessi nella somma da restituire.

Questo schema appare potersi così ricostruire in base alla testimonianza indiretta che possiamo ricavare da una fonte più tarda, costituita da un testo di Pomponio.

²⁶⁹ Vd. in questo senso già C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, cit., 8, ma, poi cfr. anche E. BETTI, *Istituzioni*, II, 1, cit., 107 s.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975³, 441 s.; V. GIUFFRÈ, *La «datio mutui»*, cit., 102 con un dubbio.

²⁷⁰ Cfr. M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano*, Siena, 14-15 aprile 1989, a cura di N. BELLOCCI, Napoli, 1991, 169 (dove però l'a. pensa ancora ad una *condictio sine causa* sul modello di quella concessa da Celso in D.12,1,32), e poi soprattutto ID., *Una verborum obligatio*, cit., 61 e poi soprattutto 74 ss.; su questa ipotesi, peraltro, vd. meglio *infra*, nel testo.

D.46,2,7 (Pomp., 24 ad Sab.)

*Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri*²⁷¹.

In questo passo, che sottoporremo più avanti ad una esegesi più stringente, Pomponio afferma espressamente che in caso di conclusione di un *mutuum cum stipulatione* non nasce l'obbligazione reale (da mutuo) immediatamente novata dalla *stipulatio*, ma nasce solo quest'ultima. Evidentemente la puntualizzazione del giurista di età antoniniana si era resa necessaria per ovviare ad una precedente ricostruzione che invece opinava in senso diametralmente opposto, ipotizzando il ricorrere di un mutuo novato dalla stipulazione. E poiché il brano è tratto dal commentario *ad Sabinum*, non appare azzardato ipotizzare che questa ricostruzione alla quale Pomponio espressamente si oppone fosse diffusa proprio nell'ambito della scuola sabiniana, e fosse proprio contemporanea o di poco posteriore all'epoca in cui avevano cominciato a diffondersi nella prassi gli *Stipulationsdarlehen* (I sec. d.C.).

Possiamo quindi su questo punto aderire a quella corrente dottrinarina che, in tempi piuttosto recenti, ha ipotizzato che il diritto romano avrebbe conosciuto una prima fase (dal I sec. d.C., età dei documenti epigrafici ritrovati, fino a Giuliano), in cui lo *Stipulationsdarlehen* sarebbe stato costruito come un mutuo reale con successiva stipulazione novatoria, e una seconda fase (comprendente Pomponio e Ulpiano), in cui si sarebbe ammessa la sola obbligazione verbale²⁷².

²⁷¹ «Infatti, quando ci facciamo promettere con stipulazione il denaro dato a mutuo, non reputo che l'obbligazione nasca dal versamento del denaro e poi sia novata dalla stipulazione, perché in concreto si è concluso che la sola stipulazione vincoli, e il versamento del denaro deve intendersi piuttosto come un completamento della stipulazione».

²⁷² Cfr. P. APATHY, *Animus novandi. Das Willensmoment beim römischen Schuldernennungsvertrag*, Wien-New York, 1975, 47 ss., secondo il quale in origine in diritto romano lo *Stipulationsdarlehen* sarebbe stato inquadrato come una *obligatio re contracta* (mutuo) successivamente novata dalla *stipulatio*; tale opinione, però, sarebbe stata superata dagli stessi giuristi romani partendo dal caso della *stipulatio inutilis*, la quale, mantenendo comunque il proprio valore novativo della precedente *obligatio ex numeratione* (vd. *infra*, p. 129 nt. 308 a proposito di *Gai.* 3,176), avrebbe lasciato il creditore sprovvisto di tutela; in tal modo, essi sarebbero giunti a postulare la nascita da una simile fattispecie di una sola obbligazione, quella *verbis*, pur discutendo sulla concessione di una *condictio* per la ripetizione della *pecunia data*, che avrebbero comunque ammesso, ma alcuni fondandosi sull'indebito arricchimento (Paolo), altri sul mutuo (Ulpiano). Questa ricostruzione, di cui alcuni prodromi erano stati messi in evidenza già da A. D'ORS, *Re et verbis*, cit., 285 ss. e da A. WACKE, *Zur causa der Stipulation*, in *TR*, 40, 1972, 237 e nt. 19, è seguita da J.G. WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund*, cit., 167; J.G. WOLF-J.A. CROOK, *Rechtssurkunden*, cit., 17 ss.; G. CAMODECA, *L'archivio puteolano*, I, cit., 173, nt. 29; P. GRÖSCHLER, *Die tabellae Urkunden*, cit., 158, nt. 40.

In verità in dottrina²⁷³ si è diffusa l'ipotesi secondo la quale la 'vecchia' costruzione della *stipulatio* novatoria sarebbe stata condivisa ancora da Giuliano, portando come testimonianza di ciò un famosissimo e molto controverso frammento tratto dai *Digesta* di questo giurista: D.45,3,1,2.

D.45,3,1,2 (*Iul.*, 52 *dig.*)

*Si servus communis meus et tuus ex peculio, quod ad te solum pertinebat, mutuum pecuniam dederit, obligationem tibi acquiret et, si eandem mihi nominatim stipulatus fuerit, debitorem a te non liberabit, sed uterque nostrum habebit actionem, ego ex stipulatu, tu quod pecunia tua numerata sit: debitor tamen me doli mali exceptione summovere poterit*²⁷⁴.

In realtà a me pare che questo testo non sia conferente per il problema qui in esame, in quanto in tutte le ipotesi di *Stipulationsdarlehen* il *dans* coincideva con il creditore stipulante, mentre invece nel brano qui in esame uno dei due *domini* appare come il mutuante, e l'altro come lo stipulante. Quindi la costruzione del *mutuum cum stipulatione* elaborata dalla giurisprudenza dopo il I sec. d.C. (*sola stipulatio tenet*) non appare applicata qui da Giuliano non perché da egli non condivisa, ma perché nella fattispecie non ricorrevano gli estremi dello *Stipulationsdarlehen*.

Con un ragionevole grado di certezza, quindi, possiamo affermare che, a partire dal II sec. d.C., nessuna delle fonti che affrontano la dialettica tra mutuo reale e negozio verbale nell'ambito dei *mutua cum stipulatione* sembra avere dubbi su di una circostanza: da una combinazione di *numeratio* e *stipulatio*, qualunque sia la sequenza con cui queste operazioni si succedono, non sorgono due contratti, ma uno solo, quello verbale. L'analisi dei testi che seguono dimostra a mio avviso chiaramente questo assunto.

6.3. *L'utilità pratica e la struttura dogmatica degli 'Stipulationsdarlehen': le fonti principali*

Ma perché la giurisprudenza romana cambia radicalmente orientamento, costruendo in maniera unitaria una fattispecie che invece prima vedeva come il combinarsi di due contratti? A mio avviso perché si scontra con un rilevante problema applicativo, costituito dalla possibilità di conclusione di *stipulationes* invalide, le quali avrebbero pur sempre novato l'obbligazione reale, ma avrebbero lasciato il creditore privo di qualsiasi

²⁷³ Cfr. gli aa. cit. alla nt. precedente.

²⁷⁴ «Se un servo comune mio e tuo abbia dato del denaro a mutuo prelevandolo dal peculio che apparteneva soltanto a te, l'obbligazione si acquisterà soltanto a te, e, se si sia fatto promettere con stipulazione la restituzione della stessa somma specificatamente in mio favore, il debitore non sarà liberato nei tuoi confronti, ma entrambi avremo una azione: io in base alla stipulazione, tu, perché è stato versato il tuo denaro; il debitore, tuttavia, mi potrà respingere con l'eccezione di dolo».

tutela per la restituzione di quanto dato: ecco allora l'esigenza di superare in termini tecnici la costruzione della *stipulatio* novatoria, per idearne un'altra che potesse più efficacemente tutelare il creditore anche in caso di patologia del negozio stipulatorio²⁷⁵.

Ma come costruivano dogmaticamente i giuristi la nuova soluzione proposta, in cui nel *mutuum cum stipulatione* il debitore risultava vincolato dalla sola obbligazione verbale? La risposta si trova all'interno dei testi che ora ci accingiamo ad esaminare.

Affrontiamo innanzitutto l'esegesi di una coppia di passi di Ulpiano e Pomponio che sono stati affiancati dai compilatori quasi a comporre un quadro unitario della visione che avevano i giuristi classici di questa operazione finanziaria (e che evidentemente Giustiniano condivideva).

D.46,2,6,1 (Ulp. 46 ad Sab.)

*Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit*²⁷⁶.

D.46,2,7 (Pomp., 24 ad Sab.)

*Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri*²⁷⁷.

Afferma Ulpiano nel primo passo che se taluno dia del denaro a mutuo e contestualmente (*ex continenti*) se ne faccia promettere con *stipulatio* la restituzione, si dà luogo ad un solo contratto; lo stesso risultato si ha allorché la *numeratio* segua la *stipulatio*. Il giurista non dice espressamente quale sia il contratto che nasce da questa operazione, se il mutuo o la *stipulatio* o altro ancora, ma l'ultimo esempio addotto, in cui la *stipulatio* precede la *numeratio*, non sembra lasciare dubbi sul fatto che tale contratto sia quello *verbis*²⁷⁸. Peraltro, qualora si nutrissero ancora perplessità in merito, il fr. successivo appare fugare via ogni incertezza.

Infatti, che succede nel caso, ben più interessante, in cui il mutuante

²⁷⁵ E questo anche se, per una sorta di vischiosità dei formulari della prassi, la formula sopra vista, con cui il debitore dichiarava di aver ricevuto una somma di denaro a mutuo e successivamente ne prometteva con stipulazione la restituzione, rimane inalterata nei documenti anche nel III secolo d.C. (vd. D.12,1,40 e D.45,1,126,2).

²⁷⁶ «Avendo taluno dato del denaro a mutuo senza stipulazione, e subito dopo fece la stipulazione, si tratta di un solo contratto. Si dovrà dire lo stesso anche se la stipulazione sia stata fatta prima, e immediatamente dopo il denaro sia stato versato».

²⁷⁷ Per la traduzione, vd. *supra*, p. 114 nt. 271.

²⁷⁸ L'osservazione è solo apparentemente banale: il giurista, però, tiene ad evitare ogni dubbio di sorta, negando il sorgere di una '*condictio ex datione*' in qualsiasi caso di combinazione tra *numeratio* e *stipulatio* (efficace). È evidente che in questi casi l'obbligazione restitutoria non nasceva prima che il creditore avesse posto in essere la *numeratio*: cfr. *infra*, pp. 134 ss.

prima sborsi il denaro, e poi se ne faccia promettere la restituzione con stipulazione? A questo interrogativo risponde, il passo di Pomponio, che i compilatori posizionano immediatamente di seguito a quello appena esaminato di Ulpiano, quasi si trattasse di un unico discorso senza cesure²⁷⁹. Anche in tal caso, a giudizio di Pomponio, non si dà luogo alla nascita di due contratti, uno *re* e uno *verbis*, dei quali sopravviverebbe solo la *stipulatio*, novatoria dell'*obligatio re contracta*: al contrario, il giurista afferma chiaramente che da questa operazione nasce una sola *obligatio*, quella *ex stipulatu*, e che deve intendersi che la *numeratio* venga compiuta quasi per giustificare causalmente la prestazione della stipulazione (*magis implendae* ecc.).

Significativo appare il richiamo di Pomponio all'intento concretamente perseguito dalle parti nella costruzione della fattispecie (*id agitur, ut ...*), che era, con tutta evidenza, di restare vincolati in base alla sola *stipulatio* (*id agitur, ut sola stipulatio teneat*). Ciò sembra spingere l'interprete moderno a riconoscere come il proposito di Pomponio fosse ancora quello di indagare casuisticamente la fattispecie, per vedere ciò che le parti avevano in concreto voluto nel caso in cui una certa somma di denaro era stata contemporaneamente oggetto di *numeratio* e di *stipulatio*, piuttosto che costruire dal punto di vista dogmatico un nuovo tipo contrattuale, lo *Stipulationsdarlehen*, da calare dall'alto su quanto disposto dalle parti in concreto²⁸⁰.

Ed il modello a cui avevano pensato le parti, e, di conseguenza, pensava anche Pomponio nel costruire la fattispecie dal punto di vista giuridico, chiaramente non era quello di una obbligazione nata dalla *numeratio* e poi novata dalla *stipulatio*²⁸¹, ma piuttosto un modello in cui '*sola stipulatio tenet*', lasciando alla *numeratio* quasi il ruolo esclusivo di fondamento causale dell'obbligazione sorta in base alla sola *stipulatio*²⁸².

²⁷⁹ A giudizio di M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 31, è addirittura possibile che Ulpiano, nel brano che ora costituisce la l. 6,1, nel riportare una discussione che doveva essersi innestata sul punto, abbia ricordato il nome di Pomponio (forse accanto anche a quello di qualche altro giurista) e che i compilatori abbiano per questo deciso di riportare per esteso il passo di Pomponio, che è così divenuto la l. 2,7. Per una discussione (e un motivato rifiuto) delle interpolazioni proposte per questo fr., vd. *ibidem*, 32, nt. 109.

²⁸⁰ Così cfr. M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 31 ss., in critica alle opinioni di F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, cit., 80; P. APATHY, *Animus novandi*, cit., 63.

²⁸¹ Ci si potrebbe interrogare sulle ragioni per cui Pomponio si pone il dubbio sul ricorrere di una novazione in caso di *stipulatio inutilis*, dubbio che circola ancora al tempo dei Severi, come dimostra D.12,1,9,4 (su cui vd. *infra*, nel testo); si è detto, in proposito, che tale dubbio potrebbe originare da una «cavillatio proveniente dalla pratica», ipotizzando cioè che a Pomponio sia pervenuta la *quaestio* di un debitore che, scoperta *inutilis* la *stipulatio*, non volesse pagare nemmeno con la *condictio ob rem dati re non secuta*, affermando che la *obligatio re contracta* era stata novata dalla *stipulatio*: così cfr. M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 42 s.

²⁸² Cfr. lo stesso M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 35 ss. e 74 ss. Della *numeratio* come '*causa debendi*' ('*causa futura*') della *stipulatio* ha parlato la dottrina tedesca: cfr. C. SALKOWSKI, *Zur Lehre von der Novation*, cit., 179 s.; A. PERNICE, *Parerga*, IV, *Der soge-*

Allo stesso modo, ritengo di poter escludere che il giurista stesse qui pensando secondo il sopra (vd. p. 111) ipotizzato modello della 'dritte Lösung', che vede il contemporaneo venire in essere di mutuo e stipulazione: infatti, una tale costruzione mi pare avere un senso per il caso di patologie del negozio stipulatorio, allorché potrebbe essere fatta valere la numerazione; ma se invece supponiamo il verificarsi di una *stipulatio* (anche *ex intervallo*) valida ed efficace (e come tale, in ipotesi, non novativa), che fine fa la *numeratio*?²⁸³. E di certo, in questo caso mai Pomponio avrebbe potuto dire che c'è un solo contratto, *verborum*.

D'altra parte, la posizione di Pomponio ha un suo senso compiuto: nell'ipotesi di contemporanea presenza di *numeratio* e *stipulatio*, l'obbligazione nasce solo sulla base di quest'ultima, che non ha valenza novativa, perché non esiste alcuna obbligazione da novare.

Io penso che il ragionamento condotto dai giuristi romani sia che in caso di contestuale prestazione di *numeratio* e *stipulatio* la prima costituisca la ragione (potremmo quasi dire: la *causa*, secondo il significato della parola fatto proprio da Aristone in D.2,14,7,1), della prestazione della seconda.

In altre parole ci troveremmo di fronte ad una vera e propria operazione finanziaria strutturata secondo il modello della *datio ob causam*, in cui il mutuante dà una certa somma (*numeratio*) in vista della prestazione della *stipulatio* da parte del debitore mutuatario; se quello presta la *stipulatio*, allora è evidente che egli risulta obbligato solo in ragione di questa, perché la 'causa' della *numeratio* (cioè la *stipulatio*) avrebbe fatto seguito alla dazione stessa, conformemente al programma contrattuale voluto dalle parti. Se invece la *stipulatio* non faccia seguito, perché il mutuatario rifiuti di prestarla o perché sia per un qualsiasi motivo invalida (ed è questo un caso che le fonti si trovano ad affrontare con una certa frequenza), allora sarebbe possibile concedere una *condictio*, che altro non sarebbe se non la *condictio causa data causa non secuta*, che trova il suo fondamento proprio nel fatto che alla *numeratio* non ha fatto seguito la *stipulatio*, come era invece stato concordato.

namnte Realverbalcontract, cit., 258 ss.; M. KASER, *Mutuum und stipulatio*, cit., 157 ss. (= 275 ss.); U. VON LÜBTOW, *Darlehensbegriff*, cit., 116. In realtà, l'*intelligenda est*' di D.46,2,7 mi pare attenuare le asperità di una tale ricostruzione, spostandole dal piano ontologico a quello interpretativo: la *numeratio* in realtà non adempie all'obbligo sorto *ex stipulatu*, ma così possiamo ritenere. In tal modo, possiamo considerare superati anche i sospetti di interpolazione avanzati da alcuni aa. (cfr. G. SEGRÈ, *Mutuo e stipulazione*, cit., 143; G. BORTOLUCCI, *Actio quae instituit obligationem*, Macerata, 1915, 16, nt. 22; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, I, cit., 210 s.; F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, cit., 79, nt. 274) contro la frase *et magis-fieri*.

²⁸³ Lo nota con il solito acume M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 35, il quale ricorda come ci siano profili alla luce dei quali non è irrilevante stabilire se l'obbligazione da *numeratio* persiste o meno, come ad es. la eventuale sopravvivenza delle garanzie; vd. anche quanto osservato *supra*, nt. 262 per altri possibili profili di criticità.

L'intera operazione, quindi, ruota intorno al fatto che la *numeratio* costituisca la *causa proxima* della *stipulatio*: il ricorrere dello schema della *datio ob causam* (*do ut facias*, cioè *numero ut promittas*) appare di palmaria evidenza nel caso in cui ci troviamo di fronte alla sequenza *numeratio-stipulatio*, mentre non ricorrerebbe nello schema *stipulatio-numeratio* e per questo il giurista precisa che in questi casi la *numeratio*, ancorché successiva alla *stipulatio*, deve essere comunque intesa (*intelligenda est*) come avvenuta (*fieri*) in vista di una stipulazione da giustificare causalmente (*implendae stipulationis gratia*).

L'aspirante mutuatario, quindi, viene costretto dal maggiore potere contrattuale del mutuante a prestare, contestualmente alla *numeratio*, una stipulazione con cui si obbliga alla restituzione del capitale e nella quale, verosimilmente, si fissano anche le modalità di gestione del prestito (termine finale, interessi, luogo di restituzione ecc.): in caso di inoperatività per qualsiasi motivo della *stipulatio*, la *numeratio* viene a costituire una *datio ob causam*, a cui la *causa* (cioè la *stipulatio* restitutoria) non ha fatto seguito, obbligando così l'accipiente, privo di valida *causa retinendi*, a restituire quanto non ha più titolo alcuno per ritenere.

6.4. L'utilità pratica (segue): le altre fonti

6.4.1. D.12,1,9,4-7 e la *datio ob causam*

Il risultato così raggiunto non pare contraddetto né da D.12,1,9,4-7, né da D.45,3,1,2, che solo per omaggio ad una tesi precostituita sono stati interpretati in senso contrario. In realtà, la costruzione qui sostenuta appare uscire invece rafforzata dall'analisi di questi testi. Di quest'ultimo testo ho già fatto cenno *supra*, p. 115; esamino qui invece il primo passo, che è opera di Ulpiano, escerpito sempre dal ventiseiesimo libro del suo *Ad edictum*.

D.12,1,9,4-7 (*Ulp.*, 26 *ad ed.*)

4. *Numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum: nulla est stipulatio: an condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus, uno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? Et puto posse.*

5. *Idem erit, si a pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus, cui tutore auctore credidi: nam et tunc manebit mihi conditio ex numeratione.*

6. *Item quaeri potest et si, quod tibi numeravi, sub impossibili condizione stipuler: cum enim nulla sit stipulatio, manebit conditio.*

7. *Sed et si ei numeravero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler, puto pupillo eum comparandum, quoniam et stipulando sibi acquirit*²⁸⁴.

²⁸⁴ «4. Io ti ho versato in contanti dieci, e mi sono fatto promettere con stipulazione gli stessi dieci a favore di un altro; la stipulazione <però> è nulla. Forse che posso agire con l'a-

Nel lungo brano ulpiano, si affrontano varie combinazioni di possibili *Stipulationsdarlehen*, e in particolare, dando per presupposto che da tale operazione nasca fisiologicamente solo la *stipulatio*, si affronta il problema di cosa succeda quando tale negozio risulti invalido o comunque non ricorra²⁸⁵.

Nel § 4 il giurista afferma che in tal caso, cioè in caso di *stipulatio inutilis* in quanto conclusa a favore di un terzo, deve considerarsi come se siano sorti due contratti, uno *re* e uno *verbis*, quest'ultimo invalido, così che la *condictio*, che vanamente la critica interpolazionistica ha tentato di cancellare dal frammento, può essere concessa in base al primo, cioè al contratto sorto *re* e fondato sulla *numeratio* (che qui, non a caso, il giurista non qualifica espressamente come mutuo): il riferimento ai *duo contractus* non sembra lasciare spazio ad alcuna interpretazione contraria.

La critica interpolazionistica ha tentato di demolire a tutti i costi il testo, cercando in ogni modo di renderlo coerente con la tesi aprioristicamente enunciata, quella cioè per cui per i giuristi classici, in ipotesi di *Stipulationsdarlehen*, in caso di vizio dell'unico contratto validamente costituito (cioè la *stipulatio*), al creditore non residuasse alcun mezzo giuridico per far valere il suo diritto: a questo proposito, si è proposto sia di cancellare la concessione della *condictio* che leggiamo nel passo²⁸⁶, sia di espungere il richiamo ai *duo contractus*²⁸⁷, che, in una logica di *condictio* cd. *extracontractuale*, non consente di ipotizzare la concessione di una *condictio ob rem dati re non secuta*.

In un'ottica non interpolazionistica, e sempre partendo dal richiamo

zione per intimazione <per la ripetizione> dei dieci, come se fossero intervenuti due contratti, uno reale, cioè concluso per mezzo della dazione del denaro, l'altro verbale, che è nullo, dal momento che non potevo stipulare a favore di un altro? E reputo che posso. 5. Lo stesso varrà anche se da un pupillo, al quale ho dato in prestito del denaro con l'intervento del tutore, mi sarò fatto promettere con stipulazione, senza l'autorizzazione del tutore: infatti, anche in questo caso mi rimarrà l'azione <di ripetizione> per intimazione sorta dalla dazione del denaro. 6. Parimenti, si può porre la questione <se lo stesso varrà> anche se quello che ti ho dato me lo sia fatto promettere con una stipulazione sottoposta ad una condizione impossibile: infatti, poiché la stipulazione è nulla, rimarrà l'azione <di ripetizione> per intimazione. 7. Ma anche se avrò versato ad un tale una somma di denaro in contanti, e a quello poi viene interdetta l'amministrazione dei propri beni, ed io subito dopo <da lui> mi sarò fatto promettere con stipulazione <la stessa somma>, reputo che questi vada equiparato al pupillo, poiché anche con la stipulazione può <soltanto> acquistare vantaggi»: *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, III, cit., 9.

²⁸⁵ Afferma M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 104 che, considerando la particolare brevità dei §§ 4-7, non è escluso che nel tenore originario del passo si facesse riferimento anche alla *obligatio verborum* che nasceva nel caso fisiologico in cui la *stipulatio* non fosse inutile, e che questa parte di testo sia caduta.

²⁸⁶ Cfr. G. SEGRÈ, *Mutuo e stipulazione*, cit., 162 s., il quale inserisce un 'non' prima del *posse* finale nel § 4; cancella la frase *nam-manebit* nel § 5; e la frase *cum-condictio* nel § 6.

²⁸⁷ Cfr. A. PERNICE, *Parerga*, IV, *Der sogenante Realverbalcontract*, cit., 255.

che fa Ulpiano alla presenza di due contratti, si è sostenuta anche una diversa ricostruzione, alla luce della quale nel passo si troverebbe concessa una *'condictio ex mutuo'*, accogliendo a tutti gli effetti la teoria per cui dallo *Stipulationsdarlehen* nascerebbe una *obligatio re contracta* successivamente novata dalla *stipulatio*²⁸⁸.

A me pare, però, che, se si ipotizza una novazione, si deve supporre che, da un lato, il mutuo è stato in ogni caso cancellato a seguito dell'evento novatorio, così che, non esistendo ormai più, risulta difficile ipotizzare che possa continuare a produrre effetti, a meno di non ricorrere a pericolosi salti concettuali, come fanno quelle teorie che ne ipotizzano una 'reviviscenza'; dall'altro lato, anche supponendone una 'resurrezione', non si deve dimenticare che, alla luce della criticata ricostruzione, al mutuo viene riconosciuta una esistenza solo logica, e non 'effettiva', così che risulta difficile attribuire ad esso un qualche effetto mediato dalla 'rinascita'.

Ma tutti questi interventi non appaiono giustificati, e se si prova a leggere il testo senza preconcetti, alla luce delle testimonianze che siamo finora venuti esaminando, comprendiamo come il messaggio di Ulpiano sia piuttosto semplice: solo in caso di patologia del negozio stipulatorio dobbiamo intendere che è come se (quasi) da uno *Stipulationsdarlehen* nascano due contratti, uno verbale, in ipotesi invalido, e uno reale, che, nelle ipotesi fisiologiche di validità della *stipulatio* non va oltre una efficacia 'naturale', risultando di fatto assorbito dal negozio verbale; ma che invece, al contrario, in caso di *stipulatio* viziata dispiega pienamente i propri effetti, facendo sorgere una *condictio* 'contrattuale' *ex numeratione*.

In questo senso, quindi, la *condictio* che qui troviamo concessa sarebbe da intendersi come una *condictio* cd. *ob rem datorum*²⁸⁹, che nella fattispecie ricorrerebbe in quanto, riscontrata la patologia del negozio stipulatorio, risulterebbe inadempito il contratto (innominato) di *datio ob rem* che proprio dalla *numeratio* aveva preso vita, obbligando così il mancato mutuatario a restituire quanto percepito in vista della realizzazione di un evento (la *stipulatio*) che poi non ha invece avuto luogo.

Così, spiega Ulpiano, nelle ipotesi di *Stipulationsdarlehen* dobbiamo in-

²⁸⁸ Cfr. A. DELL'ORO, *A proposito del regime classico e giustiniano*, cit., 4; P. APATHY, *Animus novandi*, cit., 59; G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, cit., 41; F. PASTORI, *Il negozio verbale*, cit., 317; in senso contrario vd. J.G. WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund*, cit., 190, nt. 17, il quale pensa ad una interpolazione.

²⁸⁹ Cfr. M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 7 ss. e 103, secondo il quale qui Ulpiano doveva fare riferimento «alle *obligationes contractae*, in base a cui poteva esercitarsi l'*actio certi*, e quindi non faceva menzione soltanto delle *obligationes re* e di quelle *verbis*, bensì anche delle *obligationes litteris contractae*. In relazione a questa impostazione egli prendeva in considerazione lo *Stipulationsdarlehen*, non per discutere a fondo dell'*actio ex stipulatu*, che era l'unica a potersi esercitare nella normale fisiologia di questa figura, ma per accennare molto rapidamente alla possibilità di esperire la *condictio ob rem dati re non secuta* nel caso – patologico – in cui la *stipulatio* fosse *inutilis*».

tendere che è come se (*quasi*) intervengano due contratti (*duobus contractibus intervenientibus*), uno *re*, fondato sulla originaria *numeratio* (cioè la *datio ob causam*), la quale risulta trovare la propria la *causa* nell'altro, concluso invece *verbis* (cioè la *stipulatio*); rilevata la nullità della *stipulatio*, la *numeratio* risulta priva della *causa* seguente, cioè a dire è come se fosse stata posta in essere una *numeratio sine causa*, giustificando così pienamente la concessione di una *condictio*. Appare necessario ammettere che ci troviamo di fronte all'allargamento giustiniano della nozione di contratto reale, che ingloba anche altre ipotesi di *datio* rispetto alla *numeratio* fondante un mutuo.

Nel § 5 ci troviamo di fronte ad una *numeratio* fatta ad un pupillo *tutore auctore*, a cui fa seguito una *stipulatio* conclusa senza l'intervento del tutore: anche in questo caso Ulpiano concede allo stipulante una *condictio* che nasce proprio dall'avvenuta *numeratio* creditizia²⁹⁰.

Anche qui mi pare che la *condictio* concessa al creditore numerante in caso di patologia del contratto stipulatorio non possa essere una *condictio* cd. extracontrattuale, ma debba necessariamente trovare il suo fondamento nella *numeratio* 'contrattuale', nel senso sopra chiarito (*datio ob causam*).

Infatti, mi pare difficile sostenere che questa *numeratio* del § 5 sia di natura diversa da quella richiamata al § 4, laddove si specifica che essa è fatta '*credendi causa*', e che essa fonda un *contractus re factus*, che convive (*duo contractus*) sin dall'inizio con la *stipulatio*, seppure fisiologicamente assorbito da questa.

Del resto sarebbe ben strano che il giurista, dopo aver precisato nel § 4 che la *condictio* concessa deve ritenersi sorta dal contratto reale, subito dopo, nel § 5 conceda una *condictio* cd. extracontrattuale.

Infine, anche il verbo usato dal giurista (*manebit*) sembra far riferimento non tanto ad una *condictio* concessa *ex novo* e che trova il suo fondamento nel fatto che si sono ricevute delle cose che non si ha diritto di ritenere, e nemmeno ad una *condictio* '*ex mutuo*', atteso che questo contratto, in ipotesi di fisiologica validità della *stipulatio*, o non arriverebbe proprio a sorgere, oppure (in via di mera ipotesi) dovrebbe considerarsi sorto solo per un 'istante giuridico', perché immediatamente novato dalla *stipulatio*. L'uso del verbo '*manere*', invece, si spiega benissimo alla luce della ricostruzione accolta: essendo la *numeratio* nulla più che una *datio ob causam*, una volta che la *causa* (*stipulatio*) non abbia fatto seguito (perché invalida), allora rimarrà comunque a disposizione (*manebit*) del *dans* contro l'accipiente una *condictio* definita nelle fonti tardo classiche *condictio causa data causa non secuta*.

²⁹⁰ Secondo Stefano sc. εἰς τὸν ἀρνηθῆσαν (= *si a pupillo*) a B.23,1,9 (Heimb. II,598 = B. IV, 1516 s.) qui la primitiva obbligazione (*ex numeratione*) rimane al pupillo perché la novazione è stata fatta senza *animus novandi*, mentre in I.3,29 si parla di una novazione fatta *novandi animo*.

Nel § 6, si pone un caso del tutto simile a quelli testé affrontati, con la sola differenza che, a fronte di una *numeratio* validamente posta in essere troviamo una *stipulatio* nulla, in quanto sottoposta ad una condizione impossibile. Anche in questo caso trova applicazione la *condictio* che, come nel caso precedente, deve intendersi essere sorta direttamente dalla dazione, ed anche in questo caso la spiegazione del giurista appare compatibile con la ricostruzione offerta: dal momento che la *stipulatio* è nulla (*cum nulla sit stipulatio*), allora anche qui rimane a disposizione del *dans* (*manebit*) quella stessa *condictio* di cui si è discusso a proposito dei §§ precedenti, per il fatto che la *causa* che consentirebbe all'*accipiens* di ritenere legittimamente quanto ricevuto non ha fatto seguito.

Nel § 7 viene affrontato il caso di un tale, evidentemente affetto da prodigalità e per questo interdetto, a favore del quale si effettua la *datio* prima dell'interdizione²⁹¹, ma che presta la *stipulatio* dopo questo momento: l'interdetto viene equiparato al pupillo, perché come questi può soltanto acquistare (ad esempio facendosi promettere mediante stipulazione: *stipulando*), ma non può assumere obbligazioni senza l'assistenza di un altro soggetto (in questo caso un curatore).

Anche qui il mutuuario promette con una *stipulatio* invalida la restituzione di quanto ha ricevuto a seguito di una dazione creditizia in un momento precedente, quando l'accordo negoziale di *do ut facias* non appariva afflitto da alcuna causa di invalidità, dal momento che l'interdizione dell'accipiente era intervenuta solo dopo la *numeratio*.

6.4.2. C.2,18,(19),9

Anche nel caso affrontato dalla cancelleria di Caracalla nel 217 d.C. sembra agitarsi la stessa problematica.

C.8,37(38),3 pr. (*Imp. Anton. A. Hadrian. [Sallust.]*²⁹² a. 217)

*Si cum tuam pecuniam crederes, accomodato nomine Iuliani, stipulatio in personam eius absentis directa est, cum nihil sit actum ea verborum conceptione, intellegis superfuisset tibi rei contractae obligationem*²⁹³.

Il caso discusso dalla cancelleria dell'imperatore Antonino Pio riguarda uno *Stipulationsdarlehen*, in cui, a fronte e probabilmente contestualmen-

²⁹¹ Cfr. D.27,10,1 pr. *Ulp. 1 ad Sab.: Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio ...*

²⁹² La costituzione, nella parte qui non rilevante, si trova riprodotta anche in C.2,18(19),9, dove non è indirizzata ad un tale Adriano, ma ad un tale Sallustio.

²⁹³ «Se, avendo tu dato a credito denaro tuo, dopo aver indicato il nome di Giuliano, la stipulazione è stata concepita con riferimento alla sua persona, che è <invece> rimasto assente, poiché è invalida una stipulazione concepita con tali parole, intendi che a te rimane <comunque> l'obbligazione contratta *re*».

te alla dazione, il mutuatario promette con *stipulatio* la restituzione indicando il nome di un terzo, un tale Giuliano (*accomodato nomine Iuliani*), che rimane assente (*in personam eius absentis*). La *stipulatio* è *inutilis* (*nihil sit actum ea verborum conceptione*), in quanto concepita *pro altero*: la cancelleria imperiale, però, afferma che al creditore residua un'azione fondata sul *re contrahere* (*superfuisse tibi rei contractae obligationem*).

Questa obbligazione reale non può essere l'*obligatio ex mutuo*²⁹⁴, perché come abbiamo largamente appreso dai testi sopra visti, nel caso di ricorrenza dello schema *numeratio* più *stipulatio* nasce una sola obbligazione, quella *verbis*. Peraltro, nella scelta del verbo (*superesse*) appare chiara la volontà da parte della cancelleria imperiale di richiamare la natura residuale di questa *obligatio re contracta* (*superfuisse tibi ...*) rispetto a quella *verbis*, che è come dire che la prima (*obligatio re contracta*) sorge solo in quanto nella fattispecie non può sorgere la seconda (*obligatio verbis contracta*).

Il discorso acquista piena coerenza se lo si lega all'ipotesi finora perseguita, che vede funzionare la *datio* nello *Stipulationsdarlehen* come una sorta di *datio ob causam*, in cui la *numeratio* viene posta in essere in vista di una 'causa', la prestazione della stipulazione restitutoria, non seguendo la quale (in quanto nulla, inefficace, inesistente ecc.) rimane (*superesse*) l'obbligazione fondata sulla *numeratio* stessa a cui non 'ha fatto seguito' la *causa*, sanzionabile pertanto con la cd. *condictio causa data causa non secuta* (anche detta *condictio ob rem datorum*)²⁹⁵.

6.4.3. D.45,1,126,2

6.4.3.1. *Il testo* – La stessa soluzione appare accolta anche da Paolo, in un *responsum* conservatoci in D.45,1,126,2, sul quale ci siamo brevemente soffermati *supra*, pp. 59 s. ad altri fini, e che però costituisce una vera e propria *crux interpretum*.

D.45,1,126,2 (*Paul.*, 3 *quaest.*)

Chrysogonus Flavii Candidi servus actor scripsi[t], coram subscribente et designante domino meo, accepisse eum a Iulio Zosa, rem agente Iulii Quintiliani absentis, mutua denaria mille. Quae dari Quintiliano heredive eius, ad quem ea res pertinebit, kalendis Novembribus, quae proximae sunt futurae, stipulatus est Zosas libertus et rem agens Quintiliani, spondit Candidus dominus meus. Sub die supra scripta si satis eo nomine factum non erit, tunc quo post solvetur, usu-

²⁹⁴ Come invece riteneva ad esempio G. SEGRÈ, *Mutuo e stipulazione*, cit., spec. 179 s., il quale, però, imputava tale soluzione all'intervento dei compilatori.

²⁹⁵ Così per questo passo cfr. già A. PERNICE, *Parerga*, IV, *Der sogenannte Realverbalcontract*, cit., 261, nt. 2; ID., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, 2, II.1, Halle, 1900² (rist. Aalen, 1963 Teil D), 98, nt. 2; M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 83 ss.

rarum nomine denarios octo praestari stipulatus est Iulius Zosas, spondit Flavius Candidus dominus meus. Subscripsit dominus. Respondi: per liberam personam, quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. Plane, si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur: sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quaeratur. Superest <ut>²⁹⁶ quaeramus, an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit: nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. Plane, si praecedat numeratio, sequatur stipulatio non est dicendum recessum a naturali obligatione. Sequens stipulatio, in qua sine adiectione nominis usuras stipulatus est, non eodem vitio laborat (neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum usuras, cui et sortem, videri), ideoque in liberti persona valet stipulatio usurarum et cogitur eam patrono cedere²⁹⁷.

La *quaestio* sottoposta a Paolo nasce da una *cautio stipulatoria* piuttosto complessa, con cui un certo Crisogono, *servus actor* di un tale Flavio Candido (il quale sottoscrive per buona misura il documento), dichiara che il suo padrone ha ricevuto da un tale Giulio Zosa, liberto e *rem agens* di un tale di nome Giulio Quintiliano (il quale rimane assente), la somma

²⁹⁶ F² (cfr. Mo.-Kr., *ad h.l.*, nt. 1).

²⁹⁷ «Io Crisogono, servo agente di Flavio Candido, scrissi, alla presenza del mio padrone, che conferma con il suo sigillo, che egli ha ricevuto a mutuo da Giulio Zosa, il quale trattava l'affare per Giulio Quintiliano, rimasto assente, la somma di mille denari. Tale somma Zosa, liberto di Quintiliano e agente per suo conto, si è fatto promettere con stipulazione che verrà data a Quintiliano o al suo erede, al quale spetterà l'affare, entro le prossime calende di novembre, e Candido, mio padrone, ha promesso con stipulazione. Giulio Zosa si è fatto promettere con stipulazione, e Flavio Candido, mio padrone ha promesso, che, a partire dalla data sopra scritta, se per suo conto non sarà stato dato soddisfacimento, per ogni mese di ritardo vengano pagati otto denari a titolo di interessi». Il padrone ha sottoscritto. Diedi il responso: per mezzo di una persona libera, la quale né è sottoposta alla nostra potestà, né ci serve in buona fede non possiamo acquistare alcuna obbligazione. Chiaramente, se un uomo libero dia <a mutuo> a nostro nome denaro o suo o nostro, affinché venga restituito a noi, l'obbligazione per il denaro prestato si acquista a noi; ma ciò che il liberto ha promesso con stipulazione che venga dato al padrone è nullo, così che l'aggiunta del nome dell'assente, che si intendeva costituire come obbligato in via principale, non giova nemmeno al fine di renderlo legittimato <soltanto> a ricevere l'adempimento. Rimane soltanto da indagare se colui che concluse il contratto possa richiedere giudizialmente il denaro in base alla dazione: infatti, ogni volta che, nel dare denaro a mutuo, ci facciamo promettere con stipulazione la restituzione, non nascono due obbligazioni, ma, una sola, verbale. Chiaramente, se la dazione sia precedente e la stipulazione successiva, non bisogna dire che si sia inteso recedere dall'obbligazione sorta naturalmente da quanto compiuto. La stipulazione successiva, nella quale <Quintiliano> si è fatto promettere con stipulazione gli interessi, senza menzionare la somma capitale, non è affetta dal medesimo vizio <di quella precedente> (infatti, non dobbiamo presumere malignamente che a quello stesso siano stati promessi con stipulazione gli interessi insieme alla somma capitale), e pertanto la stipulazione degli interessi vale con riferimento alla persona del liberto e questi è costretto a cederla al padrone».

di mille denari a titolo di mutuo, e dichiara nello stesso tempo che il medesimo Flavio Candido ne aveva promesso la restituzione alle calende di novembre, con la previsione di un certo ammontare (otto denari) per il caso di ritardo nella restituzione del prestito, previsti in una stipulazione diversa e diversamente concepita, perché il liberto Giulio Zosa se li fa promettere direttamente a sé stesso da Flavio Candido, senza più menzionare il padrone Giulio Quintiliano.

Il giurista viene verosimilmente interrogato sulla giuridicità dell'intera operazione. La sua risposta appare, se possibile, ancora più complessa della questione propositagli, e può essere così ricostruita: di norma non possiamo acquistare alcuna obbligazione per il tramite di una terza persona che non sia nostro servo (il riferimento è ovviamente al liberto Giulio Zosa); a tale regola – continua il giurista – fa eccezione (secondo quanto abbiamo visto testimoniato nei passi precedenti) il contratto di mutuo, per cui se un *liber homo* dà ad un altro denaro suo o nostro, con l'accordo che esso venga restituito a noi, ci rende creditori da mutuo²⁹⁸. Ma nel caso proposto, doveva aggiungere il giurista (forse in un brano che non è sopravvissuto al raccorciamento a cui sicuramente è andato incontro il passo), in cui ricorre uno *Stipulationsdarlehen*, il mutuo non sorge, perché l'unica obbligazione che sorge è quella relativa alla *stipulatio*, nella quale la *numeratio* risulta assorbita, come abbiamo sopra visto; solo che la *stipulatio* prestata da Flavio Candido a Zosa in favore del patrono di quest'ultimo è *inutilis*, perché, come è noto, in diritto romano non si può promettere con stipulazione in favore di un terzo (*alteri stipulari nemo potest*)²⁹⁹: di conseguenza, rimane da affrontare la questione se Zosa (*ipse qui contraxit*) possa comunque richiedere il denaro dato in prestito, anche a fronte del vizio della stipulazione³⁰⁰ per qualche altra ragione.

Si è detto che il tenore attuale del testo non ci ha conservato la risposta

²⁹⁸ Non vedo alcun motivo per sostituire 'procurator' a 'liber homo', come propone U. VON LÜBTOW, *Die Darlehensgewährung*, cit., 150, affidandosi all'argomento che «die Prokuratoren waren meist Freigelassene».

²⁹⁹ Cfr. il notissimo *incipit* di D.41,1,38,17 (*Paul.*, 29 *ad ed.*). Di certo non è possibile affermare che «la *stipulatio* era invalida civilmente perché *ex intervallo*», come si legge in L. DI CINTIO, *Natura debere*, cit., 185, la quale, per la verità, non sembra aver pienamente compreso il senso del *responsum* paolino.

³⁰⁰ In sostanza, nella frase *nam-verborum* non va vista la motivazione della domanda precedentemente lanciata, cioè se '*superest*' una *condictio ex numeratione*, quasi che Paolo sollevasse un dubbio per voler ammettere la nascita anche di un mutuo in una simile fattispecie, di contro all'orientamento al tempo dominante; al contrario, in quella frase c'è da cogliere la riproposizione della 'regola' al tempo imperante (cioè che dallo *Stipulationsdarlehen* nasce una sola *obligatio, verborum*), e la sollevazione di un dubbio relativo a cosa accada se l'*obligatio verborum* sia inefficace, cioè se residui al creditore rimasto privo di difesa la possibilità di esperire una azione (la *condictio*) per la ripetizione di quanto dato in attesa di ricevere una *stipulatio* che non ha in effetti ricevuto, essendosi poi rivelata nulla: sul punto, cfr. M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 55 ss.

di Paolo a tale domanda, e che la risposta negativa del giurista dovrebbe argomentarsi dalla frase *nam-verborum*, con cui si ribadisce la nascita della sola *stipulatio* ³⁰¹.

A mio avviso non è così, perché Paolo chiarisce che, anche di fronte all'invalidità della *stipulatio*, e sempre qualora essa sia stata preceduta dalla *numeratio*, rimarrebbe la *obligatio naturalis*, dalla quale non si è inteso recedere, e che altro non può essere se non l'obbligazione che sorge in seguito alla dazione stessa, alla quale viene qui attaccata una etichetta di 'naturalità'. Infine, chiarisce il giurista, che la seconda stipulazione, quella relativa agli interessi, essendo stata concepita non in favore di terzo (perché Zosa la compie in nome proprio, senza spendere il nome del patrono Giulio Quintiliano) è perfettamente valida (sempre che le parti non abbiano voluto furbescamente comprendere pure il capitale anche in questa stipulazione), ma il liberto sarà poi costretto a riversarne gli effetti nel patrimonio del patrono, a vantaggio del quale essa era stata realizzata.

6.4.3.2. *La frase 'plane-obligatione'* – Il punto più complesso e più discusso del frammento è senza dubbio la frase *plane-obligatione*, vera e propria *crux interpretum*, nella quale Paolo sembra contraddire quanto affermato fino a quel momento, se con essa si ammettesse, come si legge diffusamente in dottrina, che il giurista avrebbe qui riconosciuto la validità del mutuo sorto *ex numeratione* ³⁰². È vero, infatti, che, come nota giustamente Cannata e come abbiamo ampiamente visto sopra, la rappresentanza diretta era ammessa per il mutuo da parte dei giuristi romani; però Paolo non può affermare, senza incappare in una contraddizione, che dall'operazione *numeratio+stipulatio* nasce una sola obbligazione, *verborum*, e poi, subito dopo, aggiungere che sia dalla *stipulatio*, sia dalla *numeratio* sorge una *obligatio* (da mutuo).

³⁰¹ Tale risposta sarebbe stata senz'altro negativa per quanti escludevano la nascita di un mutuo in fattispecie dal simile tenore: cfr., ad es., la correzione proposta da Mommsen: *<sed magis est ne posse>* [cfr. ed. Mo-Kr. *ad h.l.*, nt. 2], sostanzialmente condivisa da A. PERNICE, *Parerga*, IV, *Der sogenannte Realverbalcontract*, cit., 19, nt. 4; ma analogamente cfr. anche G. SEGRÈ, *Mutuo e stipulazione*, cit., 146, il quale, con massiccio ricorso alle interpolazioni, pensava che nel caso di *stipulatio in continenti* il mutuo non nascesse proprio, mentre nel caso di *stipulatio ex intervallo* esso fosse novato dalla *stipulatio*, positiva invece per quanti, rifiutando l'integrazione (per questo orientamento, vd. sul punto, da ultimo, M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 55 s.), ammettevano la nascita sul punto di una *obligatio re contracta*, comunque configurata.

³⁰² Si è addirittura giunti ad ammettere che in questo caso il giurista severiano ipotizzasse una sorta di conversione tra mutuo e *stipulatio*: così cfr. I. CUIACIUS, *Commentarius ad titulos quosdam Digestorum, ad h.l.*, in *Opera omnia*, I, Neapoli, 1722, 1245 («*conversa namque est pecunia mutua in stipulatione*»); ID., *Ad Julii Pauli jurisconsulti libros Quaestionum XXV, ad h.l.*, in *Opera omnia*, V, Neapoli, 1722, 968 ss. («*utilis stipulatio non vitiatur per stipulationem inutilem*»), ma vd. pure O. WENDT, *Der Realverbalcontract*, cit., 3 ss. e ID., *In Sachen des Realverbalcontractes*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 32, 1893, 124 ss.

La frase, invero, presenta non pochi lati oscuri.

Un primo problema posto da questo inciso riguarda il riferimento alla *naturalis obligatio*, dalla quale, dice il giurista, non si sarebbe voluto recedere, nel caso in cui la *numeratio* preceda la *stipulatio* (invalida).

Accantoniamo subito l'ipotesi dell'interpolazione dell'intero inciso, congettura diffusa allorché era praticata una diversa metodologia di lavoro³⁰³: questa proposta, infatti, naufraga contro l'impossibilità di spiegare chi e perché avrebbe introdotto la supposta modifica.

È necessario quindi chiarire cosa intenda Paolo con l'espressione '*naturalis obligatio*'.

Alcuni studiosi hanno sostenuto che con essa dovrebbe intendersi richiamata dal giurista la *condictio ob rem datorum* (o quella *sine causa*³⁰⁴), la quale, secondo la ricostruzione avanzata da questi studiosi, troverebbe applicazione in queste fattispecie tutte le volte in cui la *stipulatio* fosse invalida. Però, anche a voler lasciare da parte l'anomalia di individuare come '*obligatio naturalis*' una *condictio* fondata sulla *numeratio* (*mutui causa*), nell'ottica di questi studiosi la *condictio* nascerebbe solo in caso di patologia della *stipulatio*, per cui rimane da spiegare come sia possibile che le parti vogliano recedere dalla '*naturalis obligatio*' attraverso una *stipulatio* che si deve supporre in ipotesi non viziata³⁰⁵.

In un'ottica solo parzialmente diversa, si è detto che in questo inciso il giurista starebbe ipotizzando il caso in cui la *stipulatio* non avvenga *in continenti* rispetto al mutuo, ma *ex intervallo*: in tal caso, si è detto, Paolo non conoscerebbe la possibilità di applicare il regime dell'*una verborum obligatio* alla *stipulatio ex intervallo*, ricorrendo la quale, avrebbe conseguentemente negato l'integrazione di uno *Stipulationsdarlehen*, e avrebbe solo discusso della efficacia novatoria della stipulazione stessa³⁰⁶. Tale ricostru-

³⁰³ Per l'interpolazione, cfr. G. BESELER, *Beiträge*, III, cit., 147; G. SEGRÈ, *Mutuo e stipulazione*, cit., 146 s.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, I e II, cit., 506, nt. 2; S. PEROZZI, *Istituzioni*², cit., 34, nt. 3; J. VAZNY, *Naturalis obligatio*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, Milano, 1930, 134 e 166; S. DI MARZO, *In tema di «naturalis obligatio»*, in *Studi di storia e diritto in onore di C. Calisse*, I, Milano, s.d. (ma 1940), 80 s.; U. BRASIELLO, *In tema di categorie contrattuali*, in *SDHI*, 10, 1944, 122, nt. 66, a giudizio del quale i giustinianeî avrebbero sostituito «l'azione, per dir così, contrattuale, al rimedio pretorio, che Ulpiano doveva indicare (azione di arricchimento, o *condictio indebiti*)»; G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di "ius gentium"*, Milano, 1946, 266; V. DE VILLA, *Le 'usuræ ex pacto'*, cit., 191; H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht*, cit., 101; A. BURDESE, *La nozione classica di 'naturalis obligatio'*, Torino, 1955, 19 s.

³⁰⁴ Cfr. PH.E. HUSCHKE, *Darlehen*, cit., 34 s., il quale pensava ad una *condictio sine causa*, in quanto, da un lato la *stipulatio* era invalida, dall'altro lato, Zosa non avrebbe potuto acquistare a sé l'obbligazione da mutuo, perché aveva dichiarato di concludere questo negozio per conto di un altro.

³⁰⁵ Così cfr. M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 58; vd. *infra*, pp. 132 ss.

³⁰⁶ Cfr. H. SIBER, *Naturalis obligatio*, in *Gedenkschrift für L. Mitteis*, Leipzig, 1926, 3; P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 95 s.; G. BROGGINI, *Recensione a G.E. Longo e P. Cor-*

zione, però, ha il difetto di dare per presupposto che la stipulazione novatoria a favore di terzi non estingua la precedente obbligazione³⁰⁷, ciò che contrasta con una lettura di *Gai.* 3,176, scevra di condizionamenti esterni³⁰⁸.

D'altra parte, il richiamo ad una *obligatio naturalis* sembra privo di senso se si accoglie la nozione tradizionale di *obligatio naturalis*, intesa sostanzialmente come obbligazione sfornita di azione, mentre acquisterebbe una luce diversa se confrontata con una diversa nozione di *obligatio naturalis*, che si suppone classica, e che abbraccerebbe tutti i contratti *iuris gentium* in contrapposizione ai contratti del più antico *ius civile* o a quelli formali, così che Paolo con questo sintagma avrebbe semplicemente voluto riferirsi al mutuo.

Il dibattito dottrinale sulla natura e sulla costruzione dogmatica offerta dai giuristi romani alla *naturalis obligatio* è stato lungo e complesso, soprattutto a cavallo della metà del secolo passato, e non è ovviamente questa la sede per tornarci sopra³⁰⁹. Per quanto qui di rilievo, merita ricordare come si siano divise il campo – sostanzialmente – due opposte ricostruzioni dell'istituto.

Secondo la prima, più risalente, l'*obligatio naturalis* romana classica sarebbe stata quella sfornita di azione: essa, sarebbe inizialmente sorta nell'ambito dei rapporti posti in essere dai servi, e il suo campo di azione si sarebbe successivamente allargato anche ad opera dei giustinianeï. In quest'ottica, è comprensibile che si sia portati ad espungere il richiamo alla *naturalis obligatio* nella *l.* 126,2 qui in esame, in quanto non conforme con il significato prescelto per l'espressione³¹⁰.

nioley, in *SDHI*, 31, 1965, 370; U. VON LÜBTOW, *Die Darlehensgewährung*, cit., 150; PH. LANDOLT, *D.12.6.60 pr. et l'obligation naturelle*, in *RIDA*, 45, 1998, 262 ss.; ID., «*Naturalis obligatio*» and *Bare Social Duty*, Köln-Weimar-Wien, 2000, 141, dove l'a., in lavori privi dell'adeguato approfondimento scientifico di cui la materia necessita, si spinge addirittura ad affermare, senza alcun fondamento, che nel caso proposto nella *l.* 126,2 il mutuo 'resisterebbe' «aux événements du droit civil strict» [intendi: l'efficacia novativa della *stipulatio*] perché «il est soumis à la *ratio naturalis* et non pas à la *ratio civilis*», così che la dazione fonderebbe non un obbligo di restituzione, ma un semplice *officium*.

³⁰⁷ Come afferma espressamente, ad es., H. SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 3; ma per un ragionamento analogo cfr. G. BROGGINI, *Recensione a G.E. Longo e P. Cornioley*, cit., 370.

³⁰⁸ *Gai.* 3,176: *Praeterea novatione tollitur obligatio; veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriolem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur; veluti si quod mihi debes a Titio post mortem eius vel a muliere pupillive sine tutoris auctoritate stipulatus fuero. Quo casu posterior obligatio nulla est.*

³⁰⁹ Esso è ben riassunto sia da G.E. Longo che da Cornioley nelle opere di seguito citate (utile è anche la sintesi che si legge ora in L. DI CINTIO, *Natura debere*, cit., 5-30).

³¹⁰ In questo senso, vd. già G. SEGRÈ, *Mutuo e stipulazione*, cit., 146 s., secondo il quale l'espressione richiamata indicherebbe un mutuo, però essa sarebbe il frutto dell'intervento dei compilatori. Ribadisce con forza questa costruzione A. BURDESE, *La nozione classica*, cit., 19 s., il quale, coerentemente, reputa il brano interpolato, ritenendo congruo alla mentalità giustiniana contrapporre una obbligazione da mutuo (chiamata *naturalis*) a quella da *stipulatio*; nello stesso senso vd., più di recente, ID., *Dubbi in tema di «Naturalis obliga-*

Invece, seguendo la seconda soluzione, il richiamo alla *obligatio naturalis* nelle fonti romane indicherebbe originariamente i rapporti *iuris gentium*, e in quest'ottica l'espressione nel passo qui in esame si giustificerebbe facilmente, essendo il mutuo un contratto *iuris gentium*³¹¹.

Segnalo però che una simile ricostruzione, per quanto suggestiva, pone una serie di problemi non solo a livello complessivo, ma anche con riferimento al passo qui in questione, a cominciare dal fatto che nel brano sopra riportato manca qualsiasi riferimento allo *ius gentium*, e, in ogni caso, lo *ius gentium* non sarebbe un tratto distintivo del mutuo rispetto alla *stipulatio*, più volte richiamata nello stesso testo³¹². Ma l'ostacolo principale

», in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano, s.d. (ma 1972), 485 ss.; ID., *La 'naturalis obligatio' nella più recente dottrina*, in *Studi Parmensi*, 32, 1983, 45 ss.

³¹¹ Questa ricostruzione fu proposta per primo da Siber, e poi sviluppata in parte da G.E. Longo, ma poi soprattutto da P. Cornioley (che evidenzia il ruolo della *fides*) e ora in parte anche da P.L. Landolt (che evidenzia il ruolo dell'*officium*), sebbene con varianti notevoli tra loro di cui qui è impossibile qui dare compiutamente conto; con riferimento al passo qui in esame, cfr. H. SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 3; G.E. LONGO, *Ricerche sull'«obligatio naturalis»*, Milano, 1962, 116 ss., il quale, propone addirittura una emendazione testuale (*scripsi[t] e [eum] <me> accepisse*), per corroborare la sua idea che l'*obligatio naturalis* nel diritto classico fosse connessa all'esistenza di mezzi coercitivi operanti sul peculio (in sostanza, per G.E. LONGO, *op. cit.*, 122 ss., nella fattispecie prevista dalla l. 126,2 il mutuo sarebbe stato concluso tra Zosa e lo schiavo Crisogono in persona, e non con riferimento al suo *dominus* Flavio Candido, così che la successiva *stipulatio* non toglierebbe di mezzo la responsabilità *de peculio* [che a suo avviso coinciderebbe con l'*obligatio naturalis*] derivante dal mutuo fatto dal servo (la costruzione di Longo in realtà non ha avuto successo in dottrina: per delle critiche, cfr., oltre a P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 106; anche le *Recensioni* all'opera di Longo di G. DONATTI, in *BIDR*, 65, 1962, 312 [con la facile obiezione che dell'*actio de peculio* nel testo non v'è cenno alcuno; e di L. LABRUNA, vd. *op. cit.*, nt. succ.); P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 95 s., a giudizio del quale Paolo contrapporrebbe qui l'obbligazione da mutuo (*obligatio naturalis* in quanto *iuris gentium*), all'*obligatio ex stipulatu*, che integrerebbe la tipica obbligazione romana antica e formale; P.L. LANDOLT, «*Naturalis Obligatio*», cit., 141, il quale, però, non approfondisce nessuno dei profili intrecciati dal passo.

³¹² Dovremmo quindi supporre che il testo originario del giurista richiamasse la *sponsio* e non la *stipulatio*: per questa obiezione vd. già L. LABRUNA, *Recensione a P. Cornioley*, in *IURA*, 16, 1965, 411 s. Per la verità, la difficoltà non era sfuggita a P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 95 s., il quale aveva cercato di aggirare l'ostacolo contrapponendo i contratti formali di diritto delle genti (come la *sponsio/stipulatio*) a quelli aformali (come il mutuo), nei quali ultimi si concretizzerebbero le obbligazioni dette naturali dai classici; dal canto suo, cerca di superare la difficoltà anche M. KASER, *Recensione a P. Cornioley*, in *ZSS RA*, 83, 1966, 464 s., secondo il quale, mentre il mutuo sarebbe legato in qualche modo ad una *naturalis ratio*, la vincolatività della *sponsio* sarebbe legata ad una legge (cioè la Legge delle XII Tavole, che introduce la *l.a. per iud. arb. post.*): con l'avvento della *Constitutio Antoniniana*, una volta divenuto '*spondere*' un verbo accessibile a tutti, la *sponsio* sarebbe rimasta il «Regeltypus der Stipulation», così che è a queste '*stipulationes*', a loro volta «auf Gesetz gegründet» che il 'tardo' classico Paolo in questo fr. avrebbe potuto legittimamente contrapporre il mutuo, giudicato fondato sulla *naturalis ratio*. Anni dopo, peraltro, lo stesso a. (cfr. M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1983, 158) offre una spiegazione diversa della 'naturalità del mutuo' affermata da Paolo, legandola alla '*aequitas naturalis*' che si riscontra in alcune fonti alla base della *mutui datio* («die 'Natürlichkeit' liegt hier

all'accoglimento di questa ricostruzione nel fr. in esame rimane in ogni caso il fatto per cui essa non spiega il motivo per cui Paolo, il quale segue dichiaratamente la costruzione dell'*una verborum obligatio* (*non duae obligationes nascuntur, sed una verborum*), ammetta qui la nascita del mutuo sulla base «del solo fatto che la *stipulatio* (nel caso concreto invalida) fosse stata o meno successiva alla *numeratio*»³¹³.

Recentemente si è perfino ipotizzato che Paolo, guardando, sulla base dell'*aequitas*, solo al caso concreto propostogli e non alla configurazione della fattispecie, «qualificasse come naturale l'obbligazione nata dall'esecuzione anticipata della *stipulatio*», così che la stessa *aequitas* (e non l'invalidità della *stipulatio*) avrebbe spinto a dare validità (ma non coercibilità) alla *numeratio*³¹⁴. Mi pare che la tesi facilmente presti il fianco alla critica per cui non appare perspicuo affermare la validità della *numeratio* separata dalla coercibilità, in quanto l'interesse del giurista (eventualmente) sarebbe stato quello di affermare la ripetibilità di quanto dato (e quindi la 'coercibilità' della *numeratio*, per usare la terminologia dell'a.) mediante una *condictio*, nel caso in cui fosse invalida la *stipulatio*, mentre limitarsi ad affermarne la validità (ma non la 'coercibilità') non avrebbe avuto per lui alcuna utilità³¹⁵.

Si è allora supposto che lo stato attuale del testo (e di questa frase in particolare) derivi in realtà da un raccorciamento subito dal fr., nel quale i compilatori avrebbero fuso tra loro le due ipotesi che originariamente Paolo si sarebbe limitato a comparare: quella dello *Stipulationsdarlehen* e quella del mutuo con stipulazione novatoria, conservando della prima la concessione della *condictio ob rem dati re non secuta* (ovviamente in caso di *stipulatio* invalida), della seconda il richiamo al '*recedere*' da una precedente obbligazione³¹⁶.

ebenso im Realakt der körperlichen Geldhingabe wie in Gai 41,1,9,3 bei der *traditio* zur Übereignung»).

³¹³ Cfr. A. BURDESE, *Dubbi in tema di «naturalis obligatio»*, cit., 503.

³¹⁴ Cfr. L. DI CINTIO, *Natura debere*, cit., 187 s.

³¹⁵ Del resto, da un lato bisognerebbe sottoporre a verifica la nozione di *obligatio naturalis* proposta dall'a. criticata per l'età severiana, come fondata sul *vinculum aequitatis*, cosa che non è qui possibile fare, neppure per cenni. Dall'altro lato, bisogna rilevare che la ricostruzione dell'a. distrugge l'unitarietà della costruzione dogmatica dello *Stipulationsdarlehen*, che, per quanto visto, sicuramente Paolo accoglieva (*non duae obligationes nascuntur, sed una verborum*), senza considerare che, per rimuovere il risultato sostanzialmente ingiusto di un arricchimento del mancato mutuatario ai danni dello stipulante non era necessario formulare o applicare una nozione così ampia di *obligatio naturalis*, ma bastava applicare l'istituto della *condictio ob rem dati re non secuta*.

³¹⁶ Così cfr. M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 60 s. Riguardo alla ricostruzione di questo studioso, pur nel rispetto della sua autorevolezza scientifica, mi permetto di rilevare che non risulta chiaro come possa egli dichiararsi «propenso ad ammettere» (ancorché non sicuro) che già Paolo estendesse la configurabilità dello *Stipulationsdarlehen* anche in caso di *stipulatio ex intervallo*, pur ipotizzando che in questa parte di testo il giuri-

6.4.3.3. *Una possibile soluzione* – Io non pretendo di offrire una soluzione definitiva per una questione che nel corso dei secoli ha appassionato intelligenze acutissime. Reputo però non del tutto peregrina la possibilità che Paolo, posto (nel brano *superest-possit*) il problema se, dal momento che di norma, nel cd. *Stipulationsdarlehen* nasce solo l'*obligatio verbis* (*nam-verborum*), di fronte all'inefficacia della *stipulatio* il creditore possa richiedere indietro il denaro dato, e riconosciuta la 'legittimità' di un simile dubbio, abbia affermato (nel brano *plane-obligatione*) che una *stipulatio inutilis* non avrebbe avuto la forza di assorbire la *numeratio*, logicamente precedente ma temporalmente contestuale³¹⁷.

In altre parole, il ragionamento di Paolo sarebbe il seguente: lo schema di *datio ob causam* (*numero ut promittas*) normalmente fa sorgere in capo all'accipiente l'obbligazione di promettere con *stipulatio*; se tale obbligazione viene adempiuta (cioè *causa sequitur*), *nulla quaestio*, così che il debitore è vincolato dalla sola *stipulatio*. Se invece la *stipulatio* non viene prestata, allora scatta la ripetizione di quanto dato, in virtù del fatto che la *causa* non ha fatto seguito; per questo il giurista precisa che se tecnicamente la *stipulatio* ha sì fatto seguito, perché è stata prestata, ma si sia rivelata poi invalida o inefficace, in ogni caso non si intende che il *dans* abbia voluto abbandonare (*recessum*) l'obbligazione restitutoria che naturalmente gli spetterebbe in caso di inadempimento al *do ut facias*. La *naturalis obligatio* di cui parla il frammento, quindi, sarebbe azionabile tramite la cd. *condictio ob rem dati causa non secuta* (o, se si vuole, *causa finita*), e rappresenterebbe il livello 'naturale' di vincolatività (restituzione di quanto dato) sotto il quale le parti non hanno mai voluto scendere (ciò che potrebbe ancora meglio spiegare l'uso del verbo '*recedere*').

Certo, dobbiamo ipotizzare che Paolo non avesse in mente uno schema completo, da applicarsi in tutti i casi di patologia del negozio stipulatorio nello *Stipulationsdarlehen*, ma che si muovesse in maniera empiricamente e concretamente diversa a seconda delle eventualità, cioè riconoscendo funzionale la ricostruzione ora illustrata nello schema *numeratio-stipulatio (inutilis)*, ma non vincolandosi ad adottare la medesima soluzione nello schema *stipulatio (inutilis)-numeratio*³¹⁸. Ciò, peraltro, appare coerente

sta trattasse di un mutuo con stipulazione novatoria in cui riconosce che non si recede dall'obbligazione esistente (che altro non può essere se non quella *ex mutuo*).

³¹⁷ Mi pare quindi che Paolo si riferisca solo al caso della *stipulatio in continenti*, perché altrimenti dovremmo ammettere il valore non novativo di una *stipulatio* (ancorché *inutilis*) effettuata *ex intervallo*, cosa che appare francamente poco convincente (vd. anche *supra*, nt. 308) né mi pare convincente ipotizzare, come fa H. SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 3, che la *stipulatio pro altero* dovrebbe essere avvicinata alla *stipulatio a servo* ed alla *sponsio peregrini* (non novative), piuttosto che alla *stipulatio post mortem dari* o alla *stipulatio* con la donna o il pupillo senza l'*auctoritas* del tutore.

³¹⁸ Acutamente rileva M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., 59, nt. 199 che la ricostruzione proposta nel testo, se regge nella sequenza *numeratio-stipulatio*, non regge nella sequenza *stipulatio-numeratio*, dove manca il punto di partenza costituito dal '*do*', e la da-

con le sopra ricordate modalità di emersione ‘magmatica’ dello *Stipulationsdarlehen* nella giurisprudenza romana.

In definitiva, quindi, D.45,1,126,2 non pare smentire, ma anzi confortare l’ipotesi che nel caso di *numeratio* accompagnata da una *stipulatio* (sia contemporanea ad essa, sia successiva, ma sia anche precedente ad essa) dall’operazione sorge soltanto l’*obligatio verbis*, quasi come se il mutuatario avesse voluto ‘recedere’ dall’*obligatio re contracta* per vincolarsi solo *verbis*, ciò però solo nel caso in cui l’*obligatio verbis* avesse fatto validamente seguito (era *secuta*) alla *numeratio*; al contrario, secondo Paolo, tale conclusione non varrebbe in caso di vizio della *stipulatio*, allorché non opererebbe il ‘recesso’ dall’obbligazione sorta sulla base della *numeratio*, consentendo così al *dans* la ripetizione.

Nell’ultima frase, Paolo chiude affermando che la *stipulatio usurarum*, essendo stata concepita astrattamente, non è colpita dallo stesso vizio che affetta invece la *stipulatio* della *sors*, così che risulta che il liberto Zosa ha stipulato per sé e non per il proprio patrono. Né si dica malignamente, aggiunge Paolo, che la *stipulatio usurarum* deve essere posta in essere in favore della stessa persona a cui si è promessa la restituzione della *sors*: a giudizio di Paolo l’azione si acquista al liberto stipulante, il quale, però, deve essere costretto a cedere la relativa azione al patrono Quintiliano, del quale sarebbe stato un mero *procurator*³¹⁹.

6.4.4. C.4,2,14

Nella stessa ottica finora descritta, nelle fonti si giunge persino a dire che l’operazione di mutuo è perfettamente valida ed efficace se rivestita delle forme della *stipulatio*, anche quando la *datio* non ci sia proprio stata, perché in realtà il creditore la ha effettuata in favore di un terzo diverso dal promittente.

C.4,2,14 (*Imp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Hadrian. s.d. [299-304]*)

*Mutuae pecuniae, quam aliis dedit, creditor citra solemnitatem verborum subscribentem instrumento te non habet obligatum*³²⁰.

Diocleziano e Massimiano affermano che risulta inefficace la *stipulatio* attestata per iscritto dal debitore, ma carente delle necessarie formalità orali, che riguardi la restituzione del denaro che in realtà lo stipulan-

zione appare piuttosto posta in essere allo scopo di ‘completare’ la *stipulatio*: ed ecco il perché della precisazione ‘*si praecedat numeratio*’.

³¹⁹ Il brano è per intero addebitato ai compilatori da G.E. LONGO, *D.45,1,126,2 e uno scolio dei Basilici*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, III, Milano, 1956, 335, con la dottrina interpolazionista più risalente.

³²⁰ «Il creditore, che diede ad altri del denaro a mutuo senza la solennità delle parole, non ha obbligato te, che hai sottoscritto il documento».

te ha effettivamente numerato ad un terzo. *E contrario*, si deriva che se la *stipulatio* avesse invece rispettato la regolarità formale, avrebbe vincolato il promittente alla restituzione del denaro 'mutuato' (*mutua pecunia*).

Ci troviamo di fronte a un'altra combinazione della coppia *numeratio-stipulatio* (*inutilis*), in cui la *stipulatio* interviene evidentemente a distanza di tempo dalla prima, e probabilmente allo scopo (non raggiunto) di liberare il primo debitore da mutuo³²¹. È interessante notare come l'operazione con cui taluno promette con stipulazione la restituzione di una somma di denaro, in realtà versata in contanti ad un altro tempo prima è comunque chiamata 'mutuo' (*mutua pecunia te non habet obligatum*).

7. La non numerata pecunia: verso la costituzione di una promessa di mutuo

7.1. Stipulatio e numeratio

A partire probabilmente dal II secolo d.C.³²², a Roma si diffuse altresì la prassi di far precedere la stipulazione rispetto alla *numeratio*, impegnandosi in tal modo formalmente il mutuatario alla restituzione di un mutuo che in realtà non aveva ancora ricevuto e che, in ipotesi, non riceveva: è il problema della *cd. non numerata pecunia*.

Il modello si evince chiaramente dal discorso di *Gai.* 4, 116a:

Gai. 4, 116a

*Veluti si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere*³²³.

³²¹ In realtà è possibile che l'imperatore stia qui rispondendo a un creditore che, nel tentativo di mettere in atto una espromissione, per sostituire a sé un altro debitore, non abbia rispettato le formalità della *stipulatio* ma si sia limitato a redigere un documento scritto e per questo rifiuti di pagare quanto ha attestato per iscritto di dovere: così vd., da ultima, M.F. MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, 2008, 59.

³²² Per le ipotesi di datazione, vd. la lett. richiamata da P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption*, cit., 277, nt. 72.

³²³ «... Come se io mi sia fatto promettere con stipulazione da te del denaro, in vista di versartelo in contanti a titolo di prestito, e poi non avrò proceduto al versamento; infatti, è certo che questo denaro ti possa essere richiesto giudizialmente, e tu sei obbligato a darlo, dal momento che sei vincolato dalla stipulazione; ma poiché è iniquo che tu sia condannato a tale titolo, parve bene che tu dovessi essere difeso tramite l'eccezione di dolo».

La fattispecie, che qui rileva solo marginalmente³²⁴, è estremamente nota, per cui mi limito a riassumerne i contorni.

Gaio ricorda come i creditori, per la concessione di prestiti, verosimilmente in forza del loro maggiore potere contrattuale³²⁵, e con ogni verosimiglianza allo scopo di semplificarsi la fase probatoria, avevano cominciato ad esigere la prestazione di una promessa formale, nella forma di una *stipulatio*, non più successivamente o contestualmente alla *numeratio*, ma addirittura prima che il denaro da restituire fosse versato al creditore. Sorgeva allora in tali casi la necessità di tutelare la parte debole dell'operazione economica, cioè l'improvvido promittente, che altrimenti sarebbe stato esposto alla richiesta dolosa di restituzione, da parte di un ipotetico malintenzionato stipulante, di una somma di denaro che non aveva in realtà mai ricevuto.

Tale tutela si ottenne dapprima con una *exceptio doli (generalis)*, opponibile all'eventuale azione della controparte fondata sulla *stipulatio*, che di per sé poteva essere giudicata perfettamente valida ed efficace³²⁶ e poi con una *exceptio* istituita *ad hoc*, che prese appunto il nome di *exceptio non numeratae pecuniae*.

Tale fenomeno è ben riscontrabile in vari passi del Digesto, tra i quali, rileva qui ora affrontare un testo di Paolo, tratto dai libri *ad Plautium*, cioè D. 12,1,30.

³²⁴ La letteratura sul punto è vastissima; mi limito a ricordare, tra gli ultimi lavori in tema, quelli più significativi: M.R. CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984; A.M. BUSCA, *Ancora in tema di exceptio non numeratae pecuniae*, in *SDHI*, 51, 1985, 477 ss.; W. LI TEWSKI, *Non numerata pecunia im klassischen römischen Recht*, in *SDHI*, 60, 1994, 405 ss.; A. PETRUCCI, *Applicazioni della stipulatio in materia creditizia e problema della causa nel diritto romano classico*, in *Derecho civil y romano. Cultura y sistemas jurídicos comparados*, a cura di J. ADAME GODDARD, México, 2006, 237 ss.

³²⁵ Frequente è il richiamo in dottrina alla maggiore forza contrattuale del futuro mutuante: vd. già H. KRÜGER, *Querela non numeratae pecuniae*, in *ZSS RA*, 58, 1938, 2; ma poi cfr, anche PH. LÉVY, *A quels faits la «querela non numeratae pecuniae» tendait-elle a remédier?*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, 1983, 343; W. LI TEWSKI, *Non numerata pecunia*, cit., 405.

³²⁶ Si tratta in questi casi con tutta probabilità di *stipulationes* non causali, ma formulate astrattamente, perché altrimenti la mancanza della causa avrebbe travolto la stessa *stipulatio*, senza necessità di ricorrere all'eccezione: si può argomentare in tal senso sulla base di passi come *Paul.*, 3 ad ed. D.2,14,4,2, dove si legge che in caso di *promissio dotis* la *stipulatio* fatta *dotis causa ipso iure evanescit* qualora non segua il matrimonio e soprattutto da *Pomp.*, 20 ad ed. D.45,1,25, in cui Pomponio, affermando che *stipulatio quasi nulla est [sit] exceptione obstante*, sostiene che, mancando la causa, il promittente non sarebbe più obbligato, anche senza la necessità di opporre una *exceptio*, in quanto la *stipulatio* sarebbe già di per sé 'nulla': cfr. sul punto, B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, cit., 343; e poi, F. PASTORI, *Il negozio verbale in diritto romano*, cit., 274; J.G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970, 28 ss.; ma soprattutto P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption*, cit., 267. Non rileva qui la questione se il vantaggio offerto dalla stipulazione astratta fosse solo di ordine processuale (potendosi il convenuto difendere anche solo *apud iudicem*), come ritiene ad es. U. MANTHE, *L'archivio puteolano*, cit., 375 s., o anche di ordine sostanziale, permettendo la *stipulatio* astratta di contenere anche *usurae*, come crede Gröschler (vd. *supra*, in questa stessa nt.).

7.2. Paul. 5 ad Plaut. D.12,1,30

7.2.1. Il testo

D. 12,1,30 (Paul., 5 ad Plaut.)

*Qui pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat*³²⁷.

Colui che, in vista della conclusione di un contratto di mutuo, abbia promesso la restituzione del denaro non ancora ricevuto ad un altro che (proprio in ragione di ciò) viene definito 'creditore futuro', non può essere da quest'ultimo forzato a ricevere a mutuo quel denaro che si è impegnato a restituire.

Il testo appare riportare una genuina testimonianza paolina. Nella attuale temperie metodologica, credo che ci si possa facilmente liberare di alcuni pesanti attacchi condotti ad esso servendosi di una metodologia non più corrente esemplificata nel *dictum* di un illustre studioso, Salvatore Riccobono, per cui: «testo breve, ergo interpolato»³²⁸.

In particolare, secondo il Riccobono, andrebbe espunta la frase finale da 'ne accipiendo', perché 'obstringere' è terminologia tecnica riservata all'assunzione di un vincolo giuridico, e, semmai, nel passo avremmo dovuto trovare scritto che, a seguito della *stipulatio*, l'obbligazione sussisteva *iure civili*, ma era paralizzabile per eccezione: non sarebbe credibile che Paolo abbia ignorato il fatto che con la stipulazione il debitore sarebbe stato già 'obstrictus', così che, al massimo, egli deve aver scritto '*in potestate debitoris est non accipere pecuniam*'³²⁹. A me pare che simili argomenti ipostatizzino una purezza di linguaggio ed un tale livello di raffinatezza di

³²⁷ «Colui che, in vista di ricevere una somma a mutuo, ne promette con stipulazione <la restituzione> al futuro creditore, ha la facoltà, rifiutando di ricevere <la somma>, di non obbligarsi nei confronti di quello»; cfr. *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, III, cit., 16 s.

³²⁸ Così cfr. S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, in ZSS RA, 43, 1922, 292.

³²⁹ Cfr. così S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum*, cit., 292; con il quale concordano H. KRELLER, *Zur Geschichte der exceptio non numeratae pecuniae*, in *Studi S. Riccobono*, II, Palermo, 1936 (rist. Aalen, 1974), 292; E. LEVY, *Die querela non numeratae pecuniae. Ihr Aufkommen und Ausbau*, in ZSS RA, 70, 1953, 221, nt. 29 (ora in *Gesammelte Schriften*, I, Köln-Graz, 1963, 429, nt. 29). Peraltro, merita notare come la stessa argomentazione di Riccobono si poteva leggere in R. VON GNEIST, *Die formelle Verträge des neueren römischen Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts*, Berlin, 1845 [rist. Aalen, 1970], 213, il quale, peraltro, non mancava di notare come la pretesa anomalia terminologica risulterebbe comunque spiegabile alla luce di D.45,1,25 (*Si dari stipuler id quod mihi iam ex stipulatu debeatur, cuius stipulationis nomine exceptione tutus sit promissor, obligabitur ex posteriore stipulatione, quia superior quasi nulla sit exceptione obstante*; vd. anche *supra*, nt. 326), che definisce 'quasi nulla' la *stipulatio* paralizzabile in via di eccezione.

elaborazione concettuale che non è detto sia mai esistita nel diritto romano, e che comunque è arduo pretendere dai singoli giuristi.

Una ipotesi del tutto congetturale, e anche per questo oggi inaccettabile³³⁰, mi appare quella proposta da Kreller, il quale, argomentando dalla ricostruzione palinogenetica di Lenel, che collocava il passo in tema di *fiducia*³³¹, afferma che il testo, nella parte finale andrebbe così ricostruito: '*in potestate habet, ne accipiendo <eum ad fundum remancipandum> obstringat*'. Infatti, a giudizio dello studioso tedesco, l'ipotesi considerata sarebbe quella di un debitore promittente che trasferisce in *fiducia* al creditore la proprietà di un fondo a titolo di garanzia; tale debitore, in caso di mancato ricevimento del denaro di cui ha promesso la restituzione³³², può costringere il creditore a rimancipargli il fondo attraverso l'*actio fiduciae directa*; e ciò perché, come è noto, la *mancipatio*, a differenza del pegno, non tollera l'apposizione di una condizione (del tipo 'il fondo X è costituito in pegno, se tu mi numeri il denaro'), e quindi l'unico modo per tutelare il promittente consisterebbe nella concessione della ricordata azione. I giustinianeî avrebbero invece trasportato il passo in tema di mutuo, in D.12,1, e ne avrebbero approfittato per illustrare qui la loro teoria in tema di *non numerata pecunia*³³³.

7.2.2. La lettura deformante della dottrina in chiave di promessa di mutuo

A mio avviso, si può ammettere che la l. 30 faccia indiscutibilmente riferimento proprio alla problematica della *non numerata pecunia*, nonostante questa non venga espressamente menzionata nel passo³³⁴: guidano in tal senso sia l'espressione '*creditor futurus*' usata nella stesura attuale del fr.; sia la collocazione del passo in D.12,1 *De rebus creditis*³³⁵; sia, infine, gli *scholia* al corrispondente luogo dei Basilici³³⁶. Né mi pare un osta-

³³⁰ Per una posizione possibilista, vd. invece W. LITEWSKI, *Non numerata pecunia*, cit., 414.

³³¹ Cfr. O. LENEL, *Palinogenesia*, I, c. 1153; sottolinea questo collegamento palinogenetico con la *fiducia* anche A. PERNICE, *Parerga*, IV, *Der sogenannt Realverbalcontract*, cit., 270, senza però ricavarne le conseguenze di Kreller.

³³² Secondo il Kreller, il ricorrere di una simile ipotesi sarebbe testimoniato dalle parole '*ne accipiendo*', che però mi pare non possano significare questo.

³³³ Cfr. per questa ricostruzione H. KRELLER, *Zur Geschichte*, cit., 292 s.

³³⁴ Tale conclusione è ribadita in tempi non lontani anche da W. LITEWSKI, *Non numerata pecunia*, cit., 414 (lett. alla nt. 76)

³³⁵ Per l'ipotesi di Kreller, vd. *supra* nel testo e nt. 333. Nel senso indicato nel testo, vd. invece W. LITEWSKI, *Non numerata pecunia*, cit., 413 s. In ogni caso, sorprende che recenti lavori espressamente dedicati al tema non trattino neppure di sfuggita il passo, anche solo per negarne l'afferenza al tema: cfr. M.R. CIMMA, *De non numerata pecunia*, cit.; C. CARRASCO GARCÍA, *Supuestos de hecho de la exceptio non numeratae pecuniae en el derecho romano*, Madrid, 2000.

³³⁶ Cfr., in particolare, lo sc. ὁ ἐπερωτεύεις (= *qui spondit*) a B.23,1,30 (Heimb. II,623 =

colo il fatto che Paolo stesse qui trattando della *'fiducia'*, perché, come non manca di rilevare lo stesso Lenel, l'argomento facilmente si collegava con la mancata numerazione di una somma di cui si era stipulata la restituzione³³⁷.

Paolo ribadisce qui una regola che si trova esposta anche in altri punti della compilazione, secondo la quale chi promette la restituzione di una somma di denaro non ancora ricevuta non sarà tutelato soltanto in via di eccezione (*exceptio doli o non numeratae pecuniae*), nel caso in cui il creditore gli chieda l'adempimento della *stipulatio* prestata³³⁸, ma avrà altresì anche la facoltà di rifiutare il denaro che lo stipulante gli voglia versare per costituire formalmente il mutuo e dare così completamento, attraverso la *numeratio*, alla fattispecie, di cui la promessa di restituzione era soltanto il primo passo.

A mio avviso, nel fr. riportato, Paolo mi pare occuparsi soltanto della seconda delle due problematiche sopra lumeggiate, cioè della possibilità concessa al debitore di rifiutare la *numeratio* stessa, e non della possibilità di opporre una eccezione al creditore che chieda l'adempimento della promessa stipulatoria senza aver prima fatto la *numeratio*³³⁹. Il problema, però, è per noi costituito dal fatto che i compilatori nel Digesto non hanno costruito un titolo dedicato alle stipulazioni con cui si prometteva la restituzione di somme in realtà non ricevute in prestito (cd. *non numerata pecunia*), a differenza del Codice, dove ciò è avvenuto (vd. C.4,30 *De non numerata pecunia*). Ed allora i passi in cui i giuristi affrontavano questa problematica sono stati distribuiti in vari titoli, a seconda dell'aspetto che si voleva di volta in volta far risaltare: e così il brano di Paolo che stiamo considerando è finito in D.12,1, in tema di mutuo.

Schelt. B III,1553 s.), in cui il giurista Stefano esemplifica chiaramente il caso: «hoc intellige, quando is, qui cautionem emisit, intra biennium exceptionis non numeratae pecuniae denuntiatione usus est».

³³⁷ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, num. 1110, 1154, nt. 3, dove si collega il passo a D.20,3,4.

³³⁸ Tale eccezione poteva essere opposta dal debitore a cui fosse stato chiesto dal creditore l'adempimento della *stipulatio* (o di quanto asserito nella *cautio*); non mi pare però possibile pensare che la stessa eccezione potesse giocare un ruolo nel caso in cui il creditore intendesse chiedere al debitore promittente di ricevere il denaro di cui aveva promesso la restituzione, che è quanto trattato nel passo; il contrario, però, opina A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale in rapporto alle altre eccezioni*, in *Diritto@Storia*, 5, 2000, § 5 e nt. 80.

³³⁹ Per una opinione contraria, invece, vd. già R. VON GNEIST, *Die formelle Verträge*, cit., 213, il quale riteneva che il passo trattasse della prima problematica, ma probabilmente perché indotto in errore dal leggere nel testo *'obliget'* anziché *'obstringat'*; in senso non difforme, vd. però successivamente anche W. LITEWSKI, *Non numerata pecunia*, cit., 414 il quale ritiene comunque evocata dal fr. la concessione di una *exceptio (doli o non numeratae pecuniae)*; così come P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption*, cit., 272 e 278, il quale propende invece per l'invalidità della stipulazione stessa, che egli suppone essere pertanto una *stipulatio* titolata. Sul punto, vd. anche la nt. precedente.

Ciò ha inevitabilmente contribuito ad orientarne la lettura: anziché guardare ai profili relativi alla *stipulatio* restitutoria ed ai problemi che questa comportava, si è finito per enfatizzare nel passo il fatto che il debitore può *'non accipere'* e chiedersi di conseguenza se egli possa invece obbligare il creditore a *'numerare'*. Da qui il passo era compiuto per leggere nel testo non una promessa di restituzione, ciò che era conferente al tema della *non numerata pecunia*, né una operazione più complessa che originava dalla *stipulatio* di restituzione, ma trovava il suo completamento solo con la *numeratio*³⁴⁰, ma piuttosto una promessa di versare una somma a mutuo, promessa di cui in verità nel testo non c'è traccia.

Il primo a leggere nel passo una vera e propria promessa di concessione di un mutuo è stato il cd. Enantiofane, il quale, in un testo successivamente posto come glossa ai Basilici, collegava espressamente questa testimonianza paolina con D.45,1,68, dove si legge di una vera e propria promessa di mutuo³⁴¹.

Ma è soprattutto a partire dal Medioevo che si comincia a dare diffusamente alla fattispecie un inquadramento di questo tipo. Infatti, già i glossatori, poi i postglossatori e infine i giuristi della scuola del commento, che pure avevano ben chiara l'afferenza di questi passi al problema della *non numerata pecunia*, istituto di cui, nonostante il progressivo indebolimento della *stipulatio*, si conservava ancora traccia in questo periodo, si interrogano sulla correttezza della soluzione offerta nel frammento esaminato: ci si chiede, cioè, se colui che abbia promesso la restituzione di una somma non ancora ricevuta possa o no essere obbligato a ricevere tale ammontare, una volta che il futuro creditore glielo offra³⁴².

Una simile impostazione portava a capovolgere i termini della questione affrontata dal giurista: anziché vedere nella fattispecie descritta una ipotesi di stipulazione conclusa (o, al massimo, di documento probatorio rilasciato) prima della *numeratio*, come era per le origini, si trovava nel

³⁴⁰ Sulla necessità della *numeratio* per completare una fattispecie iniziata con la stipulazione di restituzione, vd. Ulp., 29 *ad ed.* D.14,6,3,4 e Scaev., 2 *quaest.* D.14,6,6 dove si afferma che la stipulazione di restituzione prestata dal *filius familias* non cade sotto il divieto del Sc. se la *numeratio* intervenga quando ormai il promittente è divenuto *pater familias*, con l'argomento che «*expleta est numeratione substantia obligationis*».

³⁴¹ Vd. lo sc. ὁ ἐπερωτεθεῖς (= *qui spondit*) a B.23,1,30 (Heimb. II,623 = Schelt. B III,1553), ma cfr. anche lo sc. καὶ οὐκ ἐνέχεται (= *et non obligatur*) *ad. h.l.* (Heimb. III,624 = Schelt. B III,1154). Su. D.45,1,68 vd. *infra*, nel testo il § seguente.

³⁴² Cfr., ad esempio, Bartolo, del quale si può vedere, da un lato, l'*argumentum ad h.l.*, che ho potuto consultare nell'ed. del *Digestum vetus* stampata a Lugduni, 1569, 1529: «*qui spe futurae numerationis promisit, non habet necesse recipere*»; e dall'altro, BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In secundam ff. novi partem*, Venetiis, 1575, *ad h.l.*, 17 s., laddove il giurista rileva che se a me promittente si dà la facoltà di non ricevere il denaro, allora, in maniera anomala, saremmo di fronte ad una *'illusoria obligatio'*, perché «*in potestate mea sit, an obligari vel non*».

passo la conferma dell'esistenza in diritto romano di accordi, rivestiti della forma della *stipulatio*, con cui il promittente si impegnava a ricevere una certa somma a titolo di mutuo (cd. *stipulatio de mutuo accipiendo*).

E non importa che, in sede di scioglimento dell'interrogativo lanciato, i giuristi medioevali continuassero a ritenere il promittente in linea di massima non vincolato all'accettazione della somma in mutuo: la via ormai era tracciata per considerare la fattispecie non una ipotesi di '*non numerata pecunia*', a seguito di uno *Stipulationsdarlehen*, ma piuttosto un caso di promessa di mutuo.

In particolare, mi importante notare come Bartolo affermi che la facoltà di rifiutare il denaro debba essere concessa al promittente solo in caso di mutuo gratuito, mentre per il mutuo oneroso, sussistendo un interesse anche del mancato mutuante a collocare ad interesse il proprio denaro, dovrebbe vigere la soluzione opposta³⁴³. E così anche Giason del Maino, dato come acquisito il risultato che il passo si riferisca ad una promessa di mutuo, giudica equilibrato concedere anche al creditore la facoltà di rifiutare la concessione del denaro, in maniera corrispondente alla corrispettiva facoltà concessa al mutuatario promittente che aveva promesso la restituzione³⁴⁴.

Le cose non cambiano con la scuola dei culti. Duareno, descrivendo la fattispecie, inverte espressamente i termini della *stipulatio* descritta da Paolo: per lui il mutuante promette con *stipulatio* la dazione di un mutuo, e il mutuatario si è solo implicitamente vincolato, attraverso i *verba* di quella *stipulatio*, e, ovviamente, in maniera subordinata alla *numeratio*, alla restituzione del denaro³⁴⁵. Più prudente appare sul punto Donello, il quale rileva che il debitore ha in realtà promesso '*de pecunia accepta reddenda, non de accipienda*'³⁴⁶.

Ma è soprattutto con l'*usus modernus pandectarum* che prende pienamente corpo la tendenza a vedere in D.12,1,30 un cd. '*pactum (stipulatio) de mutuo accipiendo*', inteso come bilateralmente vincolante rispettivamente a *dare* e ad *accipere pecuniam*.

Infatti, i giuristi del tardo Seicento e soprattutto del Settecento e dei

³⁴³ Cfr. nota precedente.

³⁴⁴ Cfr. IASO MAYNI, *In Primam Digesti Vet. Partem Commentaria, ad h.l.*, numm. 9-10, cito dall'ed. Venetiis, 1593, fol. 40. Secondo Giason del Maino non rileverebbe qui tanto il criterio della gratuità o onerosità del mutuo, quanto piuttosto quello di questa sorta di 'corrispettività' tra le facoltà concesse ai futuri mutuante e mutuatario.

³⁴⁵ Cfr. F. DUARENUS, *In Septima partem Pandectarum seu Digestorum Commentaria, in Tit. Si certum petatur*, cap. II, in *Opera omnia*, III, Lucae, 1766, 273: «convenit inter me, & te, ut pecuniam, quam mihi te spondesti daturum, ego tibi reddam certo die ...».

³⁴⁶ Cfr. H. DONELLUS, *Commentaria in selectos quosdam titulos Digestorum, Ad Tit. Dig. De rebus cred. si cert. pet.*, ad h.l., cito da *Opera omnia*, X, Maceratae, 1832, 437 ss.: il Donello ritiene che dalla *stipulatio* nasca una obbligazione con condizione potestativa del debitore, se accetti il denaro.

primi decenni del XIX secolo cominciano diffusamente ad usare soprattutto D.12,1,30 in senso chiaramente orientato, forse perché spinti dall'esigenza di trovare alla *stipulatio de mutuo dando et accipiendo* un posto all'interno di un sistema contrattuale ancora fortemente ancorato alla realtà del mutuo. Ed allora tendono a vedere nella l. 30 non più una promessa di restituzione del capitale non ancora ricevuto, ma piuttosto una promessa di versare del denaro, con una lettura che forza nettamente il dato testuale della fonte, che parla, come già sottolineato sopra, di *creditor futurus*.

Ciò è particolarmente evidente in Heinrich Zoësius (1571-1627), il quale afferma espressamente che il fr. in esame testimonierebbe come il futuro mutuatario «accepturum se promisit»³⁴⁷.

Questo modo di ricostruire la fattispecie di D.12,1,30 si legge anche in moltissimi altri studiosi del periodo di tempo individuato (cioè l'arco di tempo a cavallo tra il XVII e il XVIII sec.): in particolare, al passo dedicano le loro attenzioni prima Edmundus Merillius (1579-1647)³⁴⁸, e Johannes Barclajus (1582-1621)³⁴⁹; e poi molti altri, tra cui Samuel Strykius (1640-1710)³⁵⁰, Johan Voet (1647-1713)³⁵¹, Iustus Henning Boehmer (1674-1749)³⁵²; Johann Brunnemann (1608-1672)³⁵³; e soprattutto Ulrich Huber (1636-1694)³⁵⁴.

Da questa massa compatta di studiosi, che travolge qualsiasi opinione eterodossa sul punto, emerge in maniera evidente come nel periodo con-

³⁴⁷ Cfr. H. ZOESIUS, *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis Libros L, ad h.l.*, num. 38, cito dall'ed. Lovanii, 1656, 265.

³⁴⁸ E. MERILLIUS, *Ad titulum Digestorum de rebus creditis*, cit., ad D.12,1,30, 683, secondo il quale dal combinato disposto di D.45,1,68 e D.12,1,30 deriverebbe che in diritto romano «in potestate debitoris est, ut mutuam pecuniam non accipiat. In potestate creditoris non est, ut mutuam non det pecuniam, quam crediturum se promisit».

³⁴⁹ Cfr. G. BARCLAJUS, *In titulos Pandectarum De rebus creditis*, cit., ad h.l., c. 883, il quale rilevava come a suo avviso si sarebbe dovuto trattare la fattispecie alla luce della medesima *ratio* che comporta la finzione di avveramento di quella condizione che non si sia verificata per il fatto di colui che aveva interesse contrario all'avveramento, e quindi si sarebbe dovuto costringere il promittente, per il fatto del quale il mutuo non stava prendendo corpo, appunto a concluderlo; rilevava però lo stesso giurista che D.12,1,30 seguiva un'altra *ratio*, perché tendeva alla tutela del promittente, nell'interesse del quale l'operazione era stata posta in essere, così che «licet illi eam spernere, res integra».

³⁵⁰ S. STRYKIUS, *Specimen usus moderni pandectarum ad Libros V priores*, Halae Magdeburgicae, 1730⁸, 394 s., il quale riprende e porta a conseguenze le sopra riferite impostazioni di Bartolo

³⁵¹ Cfr. J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, III, Neapoli, 1778, ad h.l., 78.

³⁵² I.H. BOEHMER, *Introductio in ius Digestorum*, Halae Magdeburgicae, 1756⁹, 305.

³⁵³ J. BRUNNEMANN, *Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum*, ad h.l., cito dall'ed. Francofurti ad Moenum, 1683, 555, il quale spiega come però, alla luce dell'*aequitas*, sarebbe giusto obbligare il mutuatario ad accettare il denaro.

³⁵⁴ Cfr. U. HUBER, *Eunomia romana sive censura censurae juris Justinianei*, Amstelodami, 1724², ad h.l., 478 s.

siderato il passo fosse usato per attestare la ricorrenza a Roma di una promessa di mutuo, così come anche il tentativo di limitare al mutuo gratuito la possibilità offerta al promittente di rifiutare il denaro, mentre chi avesse promesso di ricevere un mutuo ad interesse sarebbe stato obbligato a prendere il denaro, dovendo altrimenti risarcire il danno al mancato mutuatario.

Per il tramite di questi studiosi del Sei e Settecento, l'inquadramento ora visto giunge fino alla pandettistica. Tra i pandettisti, nonostante qualche voce contraria³⁵⁵, diffusamente si coglie il legame tra D.12,1,30 e la promessa di mutuo e si giunge ad un ribaltamento della visuale del giurista romano che non riguarda solo la costruzione della fattispecie, ma interessa anche il merito della soluzione giuridica stessa. Mentre Paolo diceva che l'aspirante mutuatario che abbia promesso la restituzione non è in nessun caso obbligato a ricevere il denaro, in questo periodo si diffonde la seguente lettura del passo in esame: il mutuante ha promesso di dare a mutuo; *ergo*, il mutuatario ha promesso di ricevere; il fatto che Paolo dica che egli non può essere costretto a farlo, non lo esime di certo dal dover risarcire al mancato mutuante il danno che a quello deriva dal fatto che l'operazione creditizia non sia andata a buon fine³⁵⁶. L'alternativa che i pandettisti prendono in considerazione è quella di considerare la pattuizione così conclusa (che secondo loro riguarda sempre una promessa di mutuo) come una operazione giuridica che in realtà non avrebbe valore alcuno³⁵⁷.

Così si spiega come anche nella dottrina moderna sul mutuo D.12,1,30, quando non è stato sorprendentemente ignorato³⁵⁸, sia stato usato come

³⁵⁵ Mi riferisco, in particolare, alla critica mossa da Schulting a Huber: cfr. A. SCHULTING, *Notae ad Digesta seu Pandectas*, III, Lugduni Batavorum, 1829, *ad h.l.*, 26 s.

³⁵⁶ Cfr., in questo senso, C.F.F. SINTENIS, *Handbuch des gemeinen Pfandrecht*, Halle, 1836, § 41, 359, nt. 3, a giudizio del quale il promittente sarebbe in tal caso tenuto all'*id quod interest*. Peraltro, alcuni anni dopo lo stesso a. (cfr. ID., *Das praktische gemeine Civilrecht*, II, Leipzig, 1868-1869, rist. Goldbach, 1997, § 108, 512) afferma che la mancata vincolatività per il promittente deriverebbe dalla mancata formalizzazione della promessa nella forma della *stipulatio*, come avviene invece in D.45,1,68; l'osservazione non è calzante, perché anche nella *l. 30* si usa il verbo '*spondere*', anche se solo per la promessa di restituzione.

³⁵⁷ Di un «discorso fatto senza l'intenzione di vincolarsi» parla ad esempio B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt am Main, 1906⁹, rist. Aalen 1984, cit. (qui cito dalla trad. it. di C. FADDA e P.E. BENSA, *Diritto delle Pandette*, II,2, Torino, 1904, § 370, 33, nt. 18). Ma la stessa soluzione si legge nelle tesi di dottorato sul tema: cfr. ad es. A. KELLERHOFF, *Das pactum de mutuo dando. Inaugural Diss.*, Marburg, 1896, 21.

³⁵⁸ Mi pare decisamente sorprendente che di questo passo non si trova affrontato nei lavori dedicati espressamente al mutuo in anni recenti da Giuffrè, Roset, Gomez Royo e Salazar Revuelta in lavori più volte cit. nel corso della trattazione. Invece PH. HUSCHKE, *Darlehen* cit. cita il nostro passo a p. 26, ma non mostra di dare conto della tendenza dottrinale finora descritta.

testimonianza dell'esistenza in diritto romano della promessa di mutuo³⁵⁹ o, addirittura, del contratto di apertura di conto corrente³⁶⁰.

7.2.3. *D.12,1,30 non prova l'esistenza di una promessa di mutuo in diritto romano. La stipulatio di restituzione come tappa non vincolante nel processo di conclusione del mutuo reale*

A mio avviso, il passo non ha nulla a che fare con queste problematiche. In particolare, esso non prova né dell'esistenza di un mutuo condizionato, né di un contratto preliminare di mutuo³⁶¹, né, tanto meno, intende porre una eccezione al criterio della realtà del mutuo, o porre in essere un meccanismo che ne intenda aggirare le strettoie.

Infatti, da un lato il creditore stipulante non si impegna formalmente a versare una certa somma a titolo di mutuo, ma riceve solo la promessa di restituzione, ovviamente di fatto efficace solo dopo la *numeratio* che egli faccia. Coerentemente a ciò, Paolo ricorda come egli non possa costringere il potenziale mutuatario 'virtuale' a ricevere il denaro che gli aveva promesso in restituzione, mentre corrispondentemente, il promittente è tutelato con l'*exceptio* per il caso in cui il (futuro) creditore non gli consegni il denaro ma pretenda di azionare la *stipulatio* da lui prestata.

In sostanza, a chi promette la restituzione di un mutuo non ancora ricevuto viene concesso una sorta di *ius poenitendi*, alla luce del quale gli viene consentito di rifiutare di ricevere il denaro che l'altro gli voglia versare³⁶²; giustamente, a questo proposito, si è parlato di «ein Prozeßschutz des Schuldners»³⁶³. In ogni caso, comunque, il debitore, di fronte all'inattività del creditore, non ha in assoluto alcun mezzo per costringerlo a versargli il denaro che egli stesso si è impegnato a restituire. Al massimo il debitore può, per il tramite dell'esperimento di alcuni mezzi giudiziari

³⁵⁹ Cfr. C. BERTOLLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, Torino, 1905, 153, nt. 2, il quale parla a questo proposito di una «convenzione di ricevere a mutuo» e C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, cit., 12, il quale vede in D.12,1,30 una «promessa unilaterale *de mutuo accipiendo*».

³⁶⁰ PH. LEVY, *A quels faits la «querela non numeratae pecuniae» tendait-elle a remédier?*, cit., 344 s.

³⁶¹ Giustamente lo esclude espressamente A. PERNICE, *Parerga*, IV, *Der sogenante Realverbalcontract*, cit., 270, prendendo posizione contro tendenze in senso opposto serpeggianti alla fine del XIX secolo.

³⁶² Pertanto, non mi pare da condividere l'affermazione secondo cui attraverso la stipulazione il promittente avrebbe 'confermato' nell'immediato la propria intenzione di ricevere il denaro: «Gläubiger und Schuldner haben zunächst eine Stipulation abgeschlossen, worin der Schuldner bereits die Übernahme der künftig zu gewährenden Summe (fiktiv!) bestätigte» (cfr. E. JAKAB, *Recensione a P. GRÖSCHLER*, in *ZSS RA*, 116, 1999, 379). Questo, infatti, può essere un giusto punto di vista economico da cui valutare la fattispecie; ma sotto l'aspetto giuridico nessun valore può essere attribuito a questa pretesa 'conferma'.

³⁶³ Cfr. W. LITEWSKI, *Non numerata pecunia*, cit., 414.

(*condictio liberationis, cautionis, scripturae* ecc.)³⁶⁴, ottenere la restituzione dei *documenta* in cui la stipulazione è stata racchiusa, o comunque la liberazione dall'obbligo di adempiere la *stipulatio* prestata, ma non potrà mai costringere la controparte ad adempiere ad una promessa di costituire un mutuo, promessa che questi in realtà non ha mai prestato.

Semplificando, potremmo dire che con operazioni del tipo di quelle descritte in D.12,1,30 si ha solo la conclusione di una sorta di tappa preliminare nel processo che condurrà alla conclusione di un mutuo; questo rimane comunque un contratto a sé stante, e indipendente dalla fattispecie di cui alla l. 30. Con una stipulazione restitutoria del tipo di quella già vista, le parti fissano «nur die obere Grenze des zu gewährenden Crediten»³⁶⁵, ma il debitore si riserva comunque la possibilità di «sfuggire sul piano pratico all'obbligazione evitando di ricevere il denaro da lui promesso in restituzione»³⁶⁶. Ineludibile rimane in ogni caso la necessità della *numeratio*.

³⁶⁴ Cfr. M.R. CIMMA, *De non numerata pecunia*, cit., 133 ss.; W. LITEWSKI, *Non numerata pecunia*, cit., 453 ss., a cui da ultimo è bene aggiungere almeno J.L. ALONSO, *Algunas consideraciones en torno a la "condictio scripturae"*, in *RIDA*, 46, 1999, 99 ss. È appena il caso di precisare che gli studi più recenti hanno chiarito come, a differenza di quanto si pensava in precedenza, la cd. *querella non numeratae pecuniae* (nelle fonti si trova anche il riferimento a '*quaerimonia/quaeri/quaestio*' o a '*testatio/testari*') serviva al diverso scopo di rendere perpetua l'opponibilità dell'*exceptio non numeratae pecuniae* (così come l'esperibilità della *condictio*): cfr. W. LITEWSKI, *Non numerata pecunia*, cit., 454.

³⁶⁵ Mi permetto di usare una immagine, che mi pare efficace, di A. PERNICE, *Parerga*, IV, *Der sogenannten Realverbalcontract*, cit., 270.

³⁶⁶ Così cfr. G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, cit., 63, seppure nell'ambito di un lavoro che giustamente non ha ottenuto consensi in dottrina (cfr. la dura *Recensione* di W. LITEWSKI, in *SDHI*, 56, 1990, 543 ss.), e in un contesto in cui l'a. si limita a trascrivere il passo, senza minimamente sottoporlo ad esegesi. Il risultato pratico è che, se il promittente non riceve il denaro, «evanescit stipulatio»: cfr. J. FERNANDEZ DE RETES, *Opusculorum Liber octavus*, in G. MEERMANN, *Novus Thesaurus juris civilis et canonici*, VI, Hagae Comitum, 1753, cap. XVI, 403, del quale però non condivido l'inquadramento della fattispecie come una stipulazione di restituire cento, sottoposta alla condizione '*si numeraveris*': infatti, in tal modo, lo stipulante potrebbe, numerando, far produrre effetti alla stipulazione, senza il necessario concorso del promittente debitore. Per tale motivo, e senza che in questa sede sia necessario entrare più approfonditamente nel merito della questione, che riguarda altre problematiche (*non numerata pecunia; stipulatio sine causa; exceptio doli generalis* ecc.) non mi pare da condividere nemmeno la differenza che l'a. coglie tra la l. 30 e il caso proposto da Ulpiano in D.44,4,2,3 in fondo; ed in effetti, Fernandez de Retes pare spinto a questa conclusione dal voler difendere a tutti i costi la sua impostazione per cui nel caso prospettato da Paolo il promittente non sarebbe, come affermato dall'opinione anche al tempo dominante, obbligato *ipso iure* in base alla *stipulatio*, sebbene '*tutus*' in forza di una *exceptio*, ma, al contrario, sarebbe *ipso iure* non tenuto dall'*obligatio ex stipulatu*, appunto perché la stipulazione sarebbe condizionata; una posizione diversa esprime invece a questo proposito l'a. nel 1656 in J. FERNANDEZ DE RETES, *Repetita praelectio ad Titulum Dig. De verborum obligationibus*, in G. MEERMANN, *Novus Thesaurus juris civilis et canonici*, VII, Hagae Comitum, 1753, § 32, 383.

8. La promessa di mutuo nelle fonti romane

8.1. Le fonti letterarie

La difficoltà di concepire una promessa di mutuo nel diritto romano appare facilmente spiegabile dal punto di vista dogmatico con la struttura reale di questo contratto, sussistendo una incolmabile distanza tra il *'promittere'* ed il *'recipere'* da parte del mutuatario³⁶⁷. Non ne mancano però esempi.

Per quanto riguarda le fonti letterarie, chiaro appare il ricorrere di una promessa di mutuo nelle Epistole di Orazio.

Hor., Epist. 1,7,78
Impositus mannis arvum caelumque Sabinum
non cessat laudare. Videt ridetque Philippus,
et, sibi dum requiem, dum risus undique quaerit,
dum septem donat sestertia, mutua septem
promittit, persuadet uti mercetur agellum.
*Mercatur*³⁶⁸.

Lo squarcio qui riportato fa parte di una lunga lettera, verosimilmente risalente al 20-19 a.C.³⁶⁹, indirizzata da Orazio a Mecenate, nella quale il poeta, non più giovanissimo, si scusa con il suo mentore per non aver potuto ottemperare alla promessa di rimanere in campagna per soli cinque giorni, affermando di non voler tornare nell'immediato a Roma, e di aver bisogno di un periodo di riposo più lungo, lontano dalla calura di Agosto della città, potenzialmente fonte di malattie e di morti³⁷⁰. Egli promette di tornare con la stagione invernale, che spazzerà dall'Urbe i pericoli di infezioni.

E per difendere in qualche modo la sua scelta, tra le altre cose, racconta di un tale, di nome Volteio Mena, che conduceva una vita appena dignitosa ma onesta in città, barcamenandosi tra piccoli commerci e affari più o meno leciti (era banditore d'asta: *praeco*), finché non viene notato dal ricco patrizio L. Marcio Filippo, il quale comincia ad invitarlo presso di sé, e gli mostra la sua villa in campagna. Volteio, alla vista dei campi e del

³⁶⁷ Lo sottolineava già nell'indicare i canoni a cui attenersi per una 'traduzione perfetta' LEONARDO BRUNI ARETINO (1374-1444), *De interpretatione recta*, § 11, cito dalla recente ed. a cura di C. LE BLANC, Ottawa, 2008.

³⁶⁸ «[Volteio Mena], sdraiato sui suoi cavalli, non smette di lodare il paesaggio e il cielo della Sabina. Filippo lo vede e sorride, e, poiché era uomo che traeva svago e fonte di allegria da ogni cosa, gli dona settemila sesterzi, e gliene promette in mutuo altrettanti, convincendolo a comprare un podere. Quello lo acquista».

³⁶⁹ Così vd. A.S. WILKINS, nella *Introduction* alla sua edizione delle *Epistulae* di Orazio, Londra, 1888, XIV s. e 134.

³⁷⁰ Si tratta di una sorta di *'topos'* nelle lettere indirizzate da Orazio a Mecenate: cfr. S.J. HARRISON, *Poetry, Philosophy, and Letter-Writing in Horace Epistles 1*, in *Horace: Satires and Epistles*, a cura di K. FREUDENBURG, Oxford, 2009, 280.

cielo azzurro di fuori città, se ne innamora, e allora Filippo lo incoraggia ad acquistare un podere in cui trasferirsi a vivere, e, a tal fine, gli fa dono di una certa somma di denaro, e – ed è questa la parte che maggiormente ci interessa – promette di dargli a mutuo dell'altro denaro, per favorire il suo pieno inserimento in questa nuova dimensione di vita.

Volteio acquista una piccola tenuta e, pieno di entusiasmo, comincia a dedicarsi alla vita dell'agricoltore. Per un consistente periodo non parla e non si interessa di altro, finché non gli capitano una serie di sventure, come raccolti andati a male, moria di animali ecc., che lo fanno ricredere sulle attrattive della vita agreste. Allora torna da Filippo al grido di «*redde me priori vitae*», quasi lo stesso grido che al termine dell'Epistola lancia Orazio verso Mecenate, evidenziando come per un miglioramento della salute tanto fisica quanto spirituale gli siano necessari tanto l'amicizia di Mecenate, quanto la vita salubre della campagna³⁷¹.

Per quello che in questa sede rileva, è importante sottolineare come dallo squarcio di vita quotidiana degli inizi del I secolo a.C. che ci offre Orazio emerga la ricorrenza nonché l'utilità dal punto di vista dei rapporti commerciali della promessa di mutuo, che doveva svolgere funzioni diverse e in un certo senso complementari rispetto al mutuo reale. Nel concreto, ad esempio, credo che la sicurezza di poter disporre dei settemila sesterzi promessigli a mutuo da Filippo mediante *stipulatio* ('promettere', dice Orazio) consente a Volteio Mena di calibrare meglio i suoi acquisti e gli investimenti nella nuova attività che sta per intraprendere. E tali finalità, come è ovvio, non risultano perseguibili con il mutuo reale, fondato sulla consegna.

Di diverso tenore, anche se relativa ad una fattispecie a questa assimilabile, appare la testimonianza di Seneca, tratta dal *De beneficiis*, che ci riporta cronologicamente ad un periodo di pochi anni posteriore rispetto ad Orazio³⁷².

Il discorso di Seneca, al quale va riconosciuta una indubbia valenza giuridica³⁷³, si inserisce nell'ambito del filo conduttore dell'opera consi-

³⁷¹ Così legge l'Epistola da ultimo S.J. HARRISON, *Poetry, Philosophy, and Letter-Writing*, cit., 282. Di un diplomatico bilanciamento tra generosità e gratitudine parla invece a questo proposito C. MACLEOD, *The Poetry of Ethics: Horace, Epistles 1*, in *Horace: Satires and Epistles*, cit., 254. In verità il problema del possibile rispecchiarsi del rapporto tra Mena e Filippo in quello tra Orazio e Mecenate è stato estremamente dibattuto: cfr. P.L. BODWITCH, *Horace and the Gift Economy of Patronage*, Berkeley-Los Angeles-London, 2001, 187 con lett. alla nt. 49.

³⁷² Il 'de beneficiis' è una delle ultime opere scritte dal filosofo; possiamo collocarla tra il 56 ed il 64 d.C.: cfr., tra i tanti studi dedicati alla vita di questo a., P. GRIMAL, *Seneca. Macht und Ohnmacht des Geistes*, Darmstadt, 1978, 214.

³⁷³ Sul punto, mi limito a rimandare a F. STELLA MARANCA, *Seneca giureconsulto*, Lanciano, 1926 (rist. Roma, 1966); R. DÜLL, *Seneca iurisconsultus*, in *ANRW*, II,15, a cura di H. TEMPORINI-W. HAASE, Berlin-New York, 1976, 364 ss.; F. HERNÁNDEZ TEJERO, *El pensamiento jurídico en Séneca De beneficiis*, in *Rev. Fac. Der. Univ. Madrid*, XII, 1968, 7 ss., a cui si può aggiungere la bibliografia indicata da A. MANTELLO, 'Beneficium servile – debitum naturale'. *Sen., de ben.* 3,18,1 ss. – D.35,1,40,3 (Iav., 2 ex post. Lab.), Milano, 1979, 17 ss. nelle note.

derata, che, come è noto, ruota intorno alla necessità di costruire, attraverso il dare, il ricevere e lo scambiarsi doni e favori (*beneficia*), una rete di relazioni sociali che sia effettivamente in grado di produrre dei miglioramenti nello stile di vita³⁷⁴. Qui interessa guardare più da vicino la dialettica che il filosofo coglie tra *beneficium* e *creditum*³⁷⁵.

Sen., *De benef.* 4,39,1

'Quare ergo' inquit 'Zeno vester, cum quingentos denarios cuidam mutuos promississet et ipse illum parum idoneum conperisset, amicis suadentibus, ne daret, perseveravit credere, quia promiserat?'³⁷⁶.

Nel passo, Seneca parla del filosofo Zenone, il fondatore della scuola stoica³⁷⁷, il quale avendo promesso formalmente (si noti di nuovo l'uso del verbo 'promittere') di concedere un mutuo di 500 sesterzi ad un tale, preferì onorare la promessa erogando il denaro, nonostante i suoi amici lo avessero messo sull'avviso a proposito della scarsa solvibilità del futuro mutuatario.

³⁷⁴ Agli occhi di Seneca, questo modello comportamentale deve rappresentare «not a purely philosophical ideal, but a shared social ideal»: cfr. M. GRIFFIN, *De beneficiis and Roman Society*, in *JRS*, 93, 2003, 92 ss. e 113 in particolare; cfr. anche EAD., *Seneca as Sociologist: de beneficiis*, in *Seneca uomo politico e l'età di Claudio e di Nerone. Atti del Convegno internazionale (Capri, 25-27 marzo 1999)*, a cura di A. DE VIVO-E. LO CASCIO, Bari, 2003, soprattutto 99 ss., nonché le relazioni contenute nel volume *Benefattori e beneficiati. Le relazioni asimmetriche nel de beneficiis di Seneca*, a cura di M. PICONE-L. BELTRAMI-L. RICOTTILLI, Palermo, 2011; per una analisi più strettamente giuridica della dialettica tra *beneficium* e *creditum*, vd. MANTELLO, 'Beneficium servile', cit., 72 ss.; ID., *Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo Principato*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini. Atti del Seminario di S. Marino, 12-14 gennaio 1995*, a cura di D. MANTOVANI, Torino, 1996, 158 ss. (= in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, I, Napoli, 1997, 590 ss.).

³⁷⁵ Tale contrapposizione può essere solo sommariamente descritta come una antitesi tra dono e obbligo, essendo in realtà ben più complesso il messaggio culturale e sociale che il filosofo vuole veicolare: secondo Seneca, il comportamento umano è determinato da uno scambio di 'favori' (*beneficia*), i quali vanno elargiti spontaneamente, e senza aspettativa di un contraccambio, altrimenti si appartiene alla genia degli usurai, e non dei benefattori; tali '*beneficia*' vincolano l'accipiente a ricambiare con degli '*officia*', non però dal punto di vista giuridico, altrimenti si tratterebbe di *creditum* e non di *beneficium*. Per un primo inquadramento di questa concezione giuridico-filosofica, cfr. V. SØRENSEN, *Seneca*, Copenaghen, 1976, cito dalla trad. it., di B. BERNI, Roma, 1988, 224 ss.; P. LI CAUSI, *Fra creditum e beneficium. La pratica difficile del 'dono' nel De beneficiis di Seneca*, in *I Quaderni del Ramo d'oro*, II, 2009, 226 ss. (http://www.gro.unisi.it/frontend/sites/default/files/Fra_creditum_e_beneficium.pdf); cfr. anche G. FALCONE, *Officium e vincolo giuridico: alle origini della definizione classica di obligatio*, in «*Ius Antiquum*», 16, 2005, 67 ss.

³⁷⁶ «Perché, dunque – dice – il vostro Zenone, avendo promesso con stipulazione di concedere a taluno cinquecento denari a mutuo, e pur essendosi reso conto che quello non era solvibile, e nonostante gli amici tentassero di persuaderlo a non darli, perseverò nel prestare quello che aveva promesso?».

³⁷⁷ Cfr. *Stoicorum veterum fragmenta*, I, a cura di H. VON ARNIM, Teubner, Stuttgart, 1905 (rist. 1978), 9, num. 16. Sul punto, cfr. anche H.N. FOWLER, *The sources of Seneca de beneficiis*, in *TaPha*, 17, 1888, 29, il quale ipotizza che Seneca «consulted him [them] directly at all».

La verità è, continua il maestro di Nerone, che *'alia condicio est in credito, alia in beneficio'*, perché mentre quest'ultimo si perde subito e immediatamente (oggi diremmo che ciò che si dà, lo si dà a fondo perduto), il credito consente sempre l'esazione, così che io potrò comunque convenire in giudizio il debitore a cui ho concesso il mutuo adempiendo alla promessa fatta, e se costui è insolvente, avvierò la procedura esecutiva e sarò soddisfatto in proporzione³⁷⁸. Ma ciò non toglie che, sempre secondo Seneca, anche la promessa di mutuo vada adempiuta solo a condizione che al momento dell'adempimento non siano mutate le circostanze rispetto al momento in cui la promessa stessa è stata prestata, perché se mutano le circostanze non ci si può meravigliare che risulti mutata anche la volontà del promittente³⁷⁹.

Anche qui siamo di fronte ad una promessa di concedere un mutuo, espressa con una tecnicità di linguaggio che non ha nulla a che invidiare a quella di un giurista³⁸⁰. Seneca loda il comportamento di Zenone, il quale, anche di fronte alla conclamata inaffidabilità del debitore, che non sembra offrire idonee garanzie per la restituzione, e pur consapevole dei rischi a cui andava incontro, sceglie di onorare comunque la promessa fatta.

Evidentemente, però, la prassi andava in tutt'altra direzione.

Appare quindi conosciuta dalla pratica del I secolo d.C.³⁸¹ la possibilità di promettere, attraverso il meccanismo della *stipulatio* cd. *'de mutuo dando'*, la concessione di una somma in prestito, rispetto alla quale pare possibile ipotizzare un rifiuto di adempimento da parte del promittente (futuro mutuante), di fronte ad una evidente (sopravvenuta) inaffidabilità dello stipulante (futuro mutuatario)³⁸².

³⁷⁸ Sen., *de ben.* 4,39,2: *Primum alia condicio est in credito, alia in beneficio. Pecuniae etiam male creditae exatio est; et appellare debitorem ad diem possum et, si foro cesserit, portionem feram; beneficium et totum perit et statim.*

³⁷⁹ Sen., *de ben.* 4,39,4: *Effice, ut idem status sit, cum exigis, qui fuit, cum promitterem; destituere levitas erit. Si aliquid intervenit novi, quid miraris, cum condicio promittentis mutata sit, mutatum esse consilium? Eadem mihi omnia praesta, et idem sum.*

³⁸⁰ *Supra*, p. 146. Oltre a *'mutuos promittere'*, infatti, si noti l'uso di *'credere'*, come anche il rimando al *'debitorem parum idoneum'* per indicare un debitore non solvibile (l'espressione ricorre ad es. in Flor., 8 *inst.* D. 13,7,35 pr., ma per *idoneus* = solvibile vd. anche, tra i tanti, Gai., 1 *ad ed. prov.* D.2,8,5,1; Ulp., 11 *ad ed.* D.4,3,7,10; Gai., 4 *ad ed. prov.* D.4,3,8; Ulp., 11 *ad ed.* D.17,1,42). Sul «preciso condizionamento storico» che ha portato per lungo tempo la dottrina a vedere in Seneca uno scrittore, un filosofo, carente come tale di categorie giuridiche e di ogni tecnicismo (vd. ad es. A. D'ORS, *Séneca ante el tribunal de la jurisprudencia*, in *Octava semana española de filosofía [Estudios sobre Séneca – Ponencias y comunicaciones]*, Madrid, 1966, 117 s. e 129), vd. soprattutto A. MANTELLO, *'Beneficium servile'*, cit., 19 ss., il quale, opportunamente, propone il superamento di tale impostazione metodologica.

³⁸¹ Vale la pena ricordare come Seneca fosse attivamente inserito all'interno del sistema creditizio romano, che lo vedeva svolgere operosamente il ruolo di prestatore: cfr. ora P. VEYNE, *Seneca*, Bologna, 1999 (che costituisce l'ed. it. di *Sénéque. Entretiens. Lettres à Lucilius*, Paris, 1993), 26 ss.; B. LEVICK, *Seneca and Money*, in *Seneca uomo politico*, cit., 211 ss.

³⁸² Il *'parum idoneum'* può da questo punto di vista essere accostato alla dizione dell'art.

8.2. Le fonti giuridiche: D. 45,1,68 e la *cd. stipulatio de mutuo dando*

8.2.1. La testimonianza della fonte

Nelle fonti giuridiche, la promessa di mutuo ritorna espressamente in almeno un passo del Digesto: si tratta di D.45,1,68³⁸³.

D.45,1,68 (*Paul.*, 2 ad ed.)

*Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: 'pecuniam te mihi crediturum spondes?', incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest*³⁸⁴.

Il giurista Paolo, in un testo estratto dal secondo dei suoi libri *ad edictum*³⁸⁵, afferma che, se un tale si sia fatto promettere con *stipulatio* da un altro una somma di denaro a titolo di penale per il caso in cui egli non gli avesse erogato una certa somma concordata a titolo di mutuo, la *stipulatio* è 'utilis' e 'certa'; se invece la promessa formale di erogare un mutuo non sia stata accompagnata dalla penale, si tratterebbe di una *stipulatio incerti*, che, in caso di inadempimento, determinerebbe la condanna del debitore promittente al risarcimento dell'intero danno eventualmente pro-

1822 Cc. it. 1942, che consente al promittente di un mutuo di rifiutare l'adempimento dell'obbligazione «se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, e non gli sono offerte idonee garanzie».

³⁸³ Lascio da parte qui la '*stipulatio decem dari curari*', di cui ci parlano Labeone, Celso e Ulpiano (cfr. Cels., 6 dig. D.12,1,42,1: *Labeo ait, cum decem dari curari stipulatus sis, ideo non posse te decem dare oportere intendere, quia etiam reum locupletiore dando promissor liberari possit: quo scilicet significat non esse cogendum eum accipere iudicium, si reum locupletem offerat*; Ulp., 2 ad ed. D.45,1,67,1: *Eum, qui 'decem dari sibi curari' stipulatus sit, non posse decem petere, quoniam possit promissor reum locupletem dando liberari, Labeo ait: idque et Celsus libro sexto digestorum refert*): infatti, contrariamente a quanto è stato sostenuto (vd. da ultimo Corpus iuris civilis. *Text und Übersetzung*, III, cit., ad h.l., 68), non mi pare affatto certo che in tal caso la *stipulatio* si riferisca alla concessione di un mutuo (vd. infatti, per una diversa traduzione, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, III, cit., ad h.l., 22). Del punto mi sono occupato in A. SACCOCCIO, *Sipulatio, intermediazione e brokeraggio*, in *Scritti per A. Corbino*, a cura di I. PIRO, 6, Lecce, 2016, 427 ss.

³⁸⁴ «Se mi sono fatto promettere con stipulazione una somma a titolo di penale se tu non mi dai in prestito del denaro, la stipulazione ha ad oggetto una prestazione certa ed è utile. Che accade <invece>, se mi sono fatto promettere con stipulazione così: 'prometti di darmi del denaro in prestito'? La stipulazione ha ad oggetto una prestazione incerta, poiché viene dedotto nella stipulazione l'ammontare del mio interesse».

³⁸⁵ Sembra strano che Paolo abbia trattato di una questione riguardante il mutuo in questo libro della sua opera, dedicato in generale alla giurisdizione; secondo una ricostruzione tutto sommato plausibile (cfr. A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum perpetuum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869, § 2, nt. 1, 27; e poi soprattutto O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in *ZSS RA*, 2, 1881, 42), il giurista, trattando nel libro secondo del *vadimonium Romam faciendum*, avrebbe esaminato nello stesso contesto tutte quelle promesse formali che a questo sarebbero assimilabili (per una analogia, vd. D.45,1,67 in rapporto ad Ulpiano).

vocato allo stipulante mancato mutuatario (*id quod interest*)³⁸⁶. Tale danno si deve ritenere che possa anche eccedere i limiti del doppio³⁸⁷.

Il passo, che appare sostanzialmente non toccato dalla critica interpolazionistica³⁸⁸, è stato avvolto da una sorta di imbarazzato silenzio da parte della dottrina specialistica in tema di mutuo, la quale, di norma, e salvo isolate eccezioni, non si prende la briga di esaminarlo, per riportarlo all'inquadramento in chiave di realtà del mutuo romano, oppure si limita a ricordarlo, ma senza chiarire i rapporti di questa fattispecie con il mutuo reale stesso³⁸⁹.

Nel fr., Paolo descrive il noto schema della *stipulatio poenae*, ricorrente

³⁸⁶ Isolata e non meritevole di accoglimento è l'opinione sul punto di J. KOHLER, *Darlehen und Vorvertrag*, cit., 52 s., il quale, allo scopo di sostenere la sua idea della possibilità di eseguire in forma specifica una promessa di mutuo, ha sostenuto che l'*id quod interest* indicherebbe qui non l'oggetto dell'azione, ma solo il risultato processuale del suo esperimento valutato dal punto di vista economico.

³⁸⁷ La questione, che aveva molto appassionato i giuristi del '700, era se si applicasse a questo caso il limite del doppio del valore sancito da Giustiniano per l'*id quod interest* in C.7.47.1 (*Imp. Iust. A. Ioan. P.P. a. 531: sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam ..., hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere*), per evitare aggiramenti attraverso la previsione di una penale; per la soluzione affermativa si pronunciava già C. MOLINAEUS (CHARLES DUMOULIN, sotto lo pseudonimo di GASPARE CABALLINO, 1550-1566), *Tractatus de eo quo interest*, numm. 28 ss. cito dall'ed. Venetiis, 1574, 73 ss.; ma poi vd. soprattutto G. VALLIUS (PICTAVENSIS), *Liber singularis Ad L. unicum C. de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur*, in E. OTTO, *Thesaurus juris romani*, I, Trajecti ad Rhenum, 1733², 428; J. BRUNNEMANN, *Commentarius in Codicem justinianum*, II, Lib. VI, Tit. 47, nn. 13 ss., Coloniae Allobrogum, 1771, 714 (ma successivamente vd. anche R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, I, Paris, 1761, numm. 164 ss., 175 ss.); per la negazione, vd. invece JO. MATTH. MAGNUS (CARNUTIS), *Rationum ed differentiarum juris civilis libri duo*, Lib. I, cap. XVII, in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus juris civilis et canonici*, I, Hagae Comitum, 1752, 286; Lib. II, cap. 4, *ibidem*, 301, con l'argomento che la ricordata costituzione giustiniana si applicava esclusivamente «in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem», mentre nella l. 68 è in questione per definizione un '*incertum*'.

³⁸⁸ Nell'*Index Interpolationum* il passo non è proprio ricordato; tra quanti ne hanno affrontato l'esegesi, D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 216 si pronuncia per la genuinità, mentre a me appare possibile l'ipotesi di espunzione delle parole '*et utilis*' (cfr. F. PASTORI, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano, 1985, 172 s., il quale le considera la glossa di uno scriba), anche perché nella seconda parte del passo torna il tema della *stipulatio incerti*, ma non quello dell'*utilitas*.

³⁸⁹ Mi riferisco in particolare a PH. HUSCHKE, *Darlehen*, cit., 26 e nt. 1, il quale si sofferma solo ad analizzare, in comparazione con l'ALR prussiano (cfr. I.11, § 654), la possibilità di una condanna costitutiva del promittente inadempiente, e a ricordare l'opinione di non meglio precisati autori («Manche»), i quali, nei confronti di un simile inadempimento del (così chiamato) '*pactum de mutuando*', avrebbero addirittura concesso la *condictio* da mutuo. Ricorda il passo anche C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, cit., 24 s., ma senza confrontarsi con il problema dei risvolti di questo. Gli altri a. che hanno dedicato trattazioni monografiche o voci enciclopediche all'argomento (Viard, Giuffrè, Roset, Salazar Revuelta ecc.) non mostrano di conoscere o considerare adeguatamente il passo.

nei casi di promesse aventi ad oggetto un *facere*³⁹⁰, che, nella fattispecie, consiste nell'impegno a concludere un contratto di mutuo³⁹¹. Il giurista afferma che la promessa formale di concludere un tale contratto può essere o meno accompagnata dalla previsione di una penale: nel primo caso, la *stipulatio* sarà *certa*; nel secondo *incerta*.

Il primo caso è quello più semplice: il promittente, qualora rifiuti di accordare il mutuo promesso, sarà tenuto a corrispondere la *poena* stipulata.

Nel secondo caso, invece, si considera che la *stipulatio* abbia ad oggetto un *incertum*. Non è possibile credere che in virtù di una *stipulatio* di '*pecuniam credere*' i giuristi romani concedessero al promittente, in caso di inadempimento, addirittura l'*actio certae creditae pecuniae* per la corresponsione della somma promessa³⁹². Non ci si deve lasciare ingannare dal fatto che il mutuo ha come oggetto comunque la dazione di una somma di denaro: qui, infatti, la prestazione attesa dal debitore non è semplicemente quella di dare una somma di denaro, ma quella di darla a mutuo (si tratta cioè di un *facere*, ovvero sia un '*dare ut restituatur*', in cui evidente è

³⁹⁰ In effetti già Labeone osservava che per tali *stipulationes* si è soliti aggiungere la clausola penale, ciò che meglio corrisponde a canoni di puntualità ed eleganza giuridica, oltre ad essere quanto solitamente praticato: cfr. Ven., 1 *stip.* D.45,1,137,7 (*si ut aliquid fiat stipulemur, et usitatus et elegantius esse Labeo ait sic subici poenam: 'si ita factum non erit'*), ma vd. anche Ulp., 13 *ad ed.* D.45,1,71.

³⁹¹ Oltre a questo relativo al mutuo, le fonti conoscono e discutono altri casi di assunzione con *stipulatio* di un impegno a concludere un negozio: cfr. Lab., 2 *post. a Iav. epitomat.* D.32,30,3; Pomp., 6 *ad Sab.* D.34,3,8; Scaev., 8 *quaest.* D.35,2,19; Scaev., 3 *resp.* D.34,3,31; Ulp., 23 *ad Sab.* D.34,3,3 e 7; Pap., 8 *resp.*, D.34,3,24; Ulp., 23 *ad Sab.* D.30,49,8-9; Mod., 9 *reg.* D.34,3,19, in tema di legato *per damnationem* e fedecommesso con cui si impone all'erede o all'onerato di compiere un negozio. In ogni caso, in tutti questi passi il problema riguarda un assetto di interessi, promesso e garantito con una *poena*, che comunque avrebbe potuto essere oggetto di una pattuizione indipendente; le fonti però conoscono anche altri modelli: cfr. R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, 45 ss. e 52, nt. 34.

³⁹² Per una chiara distinzione delle due ipotesi (*stipulatio* di dare a mutuo con e senza clausola penale), vd., da ultimo, C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, 139. Al contrario, secondo F. PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Varese e Milano, 1951, 154 (ma vd. anche ID., *Concetto e struttura*, cit., 170), una *stipulatio de mutuo dando* senza clausola penale avrebbe potuto condurre ad una condanna del promittente inadempiente a pagare la somma promessa come mutuo; secondo questo a., però, nel caso concreto, non troveremmo concessa l'*actio certae creditae pecuniae* ma l'*actio incerti ex stipulatu* per l'«avversione, per le difficoltà che in sede interpretativa sarebbero sorte, di concepire come contenuto di una prestazione un comportamento che consiste nel compiere un negozio giuridico, il quale, a sua volta, è rivolto ad un comportamento»; tanto meno condivisibile mi appare l'affermazione di questo stesso a., secondo cui «la poca predisposizione dei Romani di accordare tutela senza riserve a figure di contratto preliminare, quale la *stipulatio de mutuo contrahendo*, trova riscontro nell'avversione che gli stessi avevano di tutelare in genere, *sic et simpliciter*, le obbligazioni di fare al di fuori delle tipiche ipotesi in cui il *facere* fosse rivolto al compimento di un *opus*, come *fossam fodiri, domum fabricari* ecc.». L'opinione di questo studioso appare poco persuasiva, per le ragioni che si verranno esponendo.

il riferimento al *pecuniam credere* e non al *pecuniam dare*)³⁹³.

Pertanto, appare perfettamente comprensibile che Paolo conceda qui una semplice azione all'*id quod interest*³⁹⁴, perché la *stipulatio* aveva ad oggetto un *facere*, in cui l'attività da compiere era la conclusione del contratto di mutuo, che non si esaurisce semplicemente dando il denaro promesso³⁹⁵. Così la promessa formale di '*pecuniam credere*' è ritenuta equivalente a qualsiasi altra promessa avente ad oggetto un *factum* (ad es.: *fossam fodiri; domum aedificari* ecc.)³⁹⁶: in tutti questi casi, anche a voler lasciare da parte le fortissime perplessità che desta l'esecuzione in forma specifica di un contratto reale, non conoscendo il diritto romano la con-

³⁹³ Per quest'argomento, vd. già H. DONELLUS, *ad h.l.*, in *Opera omnia*, XI, Maceratae, 1833, 1189 s.; pertanto, non mi pare possibile affermare il ricorrere in questo caso semplicemente di «a promise to pay money»: cfr. invece in questo senso D. JOHNSTON, *Vadimonium, the lex Irnitana, and the edictal Commentaries*, in *Quaestiones iuris. Festschrift für J.G. Wolf zum 70. Geburtstag*, a cura di U. MANTHE e C. KRAMPE, Berlin, 2000, 118.

³⁹⁴ L'azione, quindi, ancorché non espressamente richiamata nel testo, è chiaramente l'*actio ex stipulatu*, e non la *condictio*: vd. già J. VON KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, II, Weimar, 1907, § 14, 24 e nt. 4.

³⁹⁵ Per la regola generale, cfr. Ulp., 20 *ad ed* D.45,1,75,7: *Qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur*. Già la Glossa acutamente notava che il caso qui in questione riguardasse in realtà una *stipulatio incerti*, in quanto veniva promesso un *factum*, cioè la costituzione di un mutuo, e non una semplice *datio*, cioè un trasferimento della proprietà, come sarebbe stato se si fosse detto '*pecuniam dare*' invece che '*credere*', con la conseguenza che il debitore promittente non si sarebbe liberato dando denaro altrui, cosa che invece può legittimamente fare nel caso della *l. 68*: cfr. gl. *incerta est ad h.l.* Contro l'opinione della stessa Glossa, poi, la quale coglieva una differenza nel caso in cui invece del verbo *credere* si fosse usato il verbo *mutuare*, vd. già BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In secundam ff. novi partem*, Venetiis, 1575, *ad h.l.*, fol. 24. Sul punto fuga ogni dubbio anche Giason del Maino: «et sic petam factum, iste est proprium intellectum istius textus»; cfr. IASO MAYNI, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, *ad h.l.*, cito dall'ed. Venetiis, 1639, fol. 87 (a proposito del quale è utile consultare anche T. REPGEN, *Der Kauf im Schema der Obligationen und die Verpflichtung zu präziser Erfüllung bei Jason de Mayno*, in *Kaufen nach römischen Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*, a cura di E. JAKAB e W. ERNST, Berlin-Heidelberg, 2008, 212 s.); ma vd. anche I. CUIACIUS, *In Lib. II Pauli Ad edictum Commentarii*, *ad h.l.*, in *Opera Omnia*, V, Neapoli, 1758, 27 s.

³⁹⁶ Ancora una volta (vd. *supra*, nt. 392) non mi pare convincente l'opinione di F. PASTORI, *Profilo dogmatico*, cit., 143 ss. e in partic. 154 (ma vd. anche ID., *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano, 1961, 285 s.), a giudizio del quale la *stipulatio de mutuo dando* andrebbe accostata non a quelle *stipulationes* in cui si promette un comportamento, ma a quelle in cui si presta garanzia per un fatto oggettivo, come quelle, notissime, in cui si promette che lo schiavo venduto non sia ladro o malato ecc.: tali *stipulationes*, in linea di principio inammissibili, perché '*verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere*', vengono dai romani veicolate nel mondo del diritto proprio grazie alla *stipulatio poenae* (cfr. Ulp., 42 *ad Sab.* D.50,17,31, da leggere insieme al brano tratto dalla stesa opera e conservato dai compilatori in D.21,2,31); per il Pastori, i romani avrebbero ravvisato come oggetto della '*stipulatio de mutuo dando*' non un '*facere*' ma un '*praestare*', in quanto la semplice dazione di una somma a mutuo costituirebbe solo un presupposto necessario per soddisfare l'interesse del creditore; secondo il Pastori, per questo non troveremmo concessa l'*actio certae creditae pecuniae*, ma l'*actio ex stipulatu* rivolta ad un *incertum*.

danna in *ipsam rem*, ma solo quella pecuniaria, l'oggetto dell'obbligazione è necessariamente incerto, perché andrà rapportato all'interesse del creditore a che venga compiuto quel certo atto³⁹⁷.

8.2.2. *L'impossibilità di una condanna a pagare la somma oggetto del mutuo e la condanna al risarcimento del danno del promittente inadempiente*

Se non adempie alla promessa di mutuo così stipulata, il debitore promittente verrà condannato a risarcire al creditore stipulante, mancato mutuatario, il danno cagionatogli dal mancato ricevimento del denaro in mutuo. In sostanza, chi ha promesso con *stipulatio*³⁹⁸ di erogare, in un futuro prossimo, una somma a titolo di mutuo, e non adempie ad una simile promessa, dovrà risarcire interamente il danno procurato al mancato mutuatario, comprensivo dell'eventuale cd. interesse positivo³⁹⁹. Una ben grave

³⁹⁷ Per il legame tra l'esecuzione di una *obligatio ad faciendum* e la condanna all'*id quod interest* vd. esatte considerazioni già in K.F.F. SINTENIS, *Was ist Gegenstand der Klagen aus Obligationibus ad faciendum überhaupt und der actio empti in Besonderen, d.i. worauf sind diese nach heutigem Rechte zu richten, wie ist die Verurtheilung zu fassen, und wie die Hülfe zu vollstrecken?*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß (Linde Zeitschr.)*, 11, 1838, 21 ss. e sopratt. 51 ss.; cfr. poi anche L. VON DER PFORDTEN, *Abhandlungen aus dem Pandekten-Rechte*, Erlangen, 1840, 244.

³⁹⁸ In tal caso la *stipulatio* serviva a fornire di sanzione giuridica un assetto di interessi che, se fosse stato solo pattuito, sarebbe stato sostanzialmente privo di essa: cfr. E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, s.d. (ma 1958), 141. Anche per questo mi appare impropria la terminologia di '*pactum de mutuo dando*' e, *mutatis mutandis*, '*pactum de mutuo accipiendo*', di cui improvvidamente la dottrina ha fatto e fa ancora uso: si tratta di una terminologia che era ampiamente diffusa presso i pandettisti, ma che non ha mancato di fare breccia anche nella dottrina della metà del secolo scorso (cfr., esemplificativamente, C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, cit., 11 s., il quale pure, però, sottolinea la necessità della *stipulatio*). Significativo appare anche quanto afferma in proposito M. KASER, *RP I²*, cit., 531, nt. 9: «vor der Hingabe entsteht keine Verpflichtung. Ein Versprechen künftiger Darlehensgewährung (sog. *pactum de mutuo dando*) ist nur klagbar, wenn es in Stipulationsform erteilt ist».

³⁹⁹ Così, infatti, deve essere intesa a mio avviso l'espressione '*id quod interest*'; per tale ragione troppo debole mi appare la traduzione «ciò che è di mio interesse» che si legge ora in I. PONTORIERO, *Testimonia*, in G. LUCHETTI-A.L. DE PETRIS-F. MATTIOLI-I. PONTORIERO, *Iulius Paulus Ad Edictum Libri I-III*, Roma, 2018, 71 (ma vd., nello stesso volume, più correttamente 134, nt. 128 a firma di G. LUCHETTI). La Glossa accursiana segnalava, ad esempio, come il mancato mutuatario avrebbe potuto subire un danno dall'aver a sua volta promesso ad altri sotto penale: cfr. gl. *interest ad h.l.*; critiche a questa impostazione in H. DONELLUS, *ad h.l.*, in *Opera omnia*, XI, Maceratae, 1833, 1190 s. Chiarissimo sul punto mi appare il pensiero di Giason del Maino (cfr. IASO MAYNI, *In primam Digesti novi partem commentaria*, Venetiis, 1639, *ad h.l.*, c. 86 e poi soprattutto H. DONELLUS, *ad h.l.*, in *Opera omnia*, XI, Maceratae, 1833, c. 1186), le cui parole verranno poi riprese alla lettera da A. VINNIUS, *In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius academicus & forensis*, III, 16,7 num. 4, cito dall'ed. Amstelodami, 1665, 606: «ut ergo quid nostra intersit, hinc pendet, si quid amisimus ob id quod factum non est, quod fieri debuit, aut si quid lucrari potuimus,

sanzione per questo negozio, che, forse, in parte fornisce una spiegazione del suo accantonamento da parte della pratica e anche della dottrina⁴⁰⁰.

Da D.45,1,68, quindi, emerge la teorizzazione da parte dei giuristi romani di una vera e propria promessa di mutuo, che, se anche viene a costituire una fattispecie contrattuale sicuramente diversa dal mutuo reale, nondimeno svolge una funzione importante nell'ambito dei traffici commerciali⁴⁰¹, funzione che, come il passo stesso attesta, doveva essere stata riconosciuta anche dal diritto romano classico. Tale promessa, rivestita della forma della *stipulatio*, ovviamente obbliga il promittente ad erogare il mutuo, chiaramente sempre che le condizioni del futuro mutuatario non siano mutate al punto tale da far legittimamente dubitare delle sue capacità di procedere alla restituzione⁴⁰². È dubbio però se da questa promessa possa sorgere un obbligo anche in capo al promissario futuro mutuatario, di ricevere in mutuo la somma (vd. *infra*, per quanto riguarda l'interesse)⁴⁰³.

si factum esset, quod promissum erat, quod quia factum non est, lucrati non sumus»; Giason del Maino aggiunge poi che un tale interesse è difficile soprattutto da provare, e in ciò consisterebbe la ragione dell'aggiunta della *stipulatio poenae* nella prima parte del passo. Secondo J. COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957, 210 ss., l'opinione del quale non mi pare però da condividere, il riferimento all'*id quod interest*, senza richiamare il risarcimento del danno, costituirebbe solo «la forme technique qui s'attache à un choix d'ordre exclusivement procédural», laddove a suo giudizio l'azione qui richiamata sarebbe non una semplice *actio ex stipulatu* con *condemnatio* all'*id quod interest*, ma una non meglio precisata *actio incerti* con *taxatio* all'*id quod interest*; a differenza di quanto crede l'a., nessun appoggio mi sembra che per tale costruzione possa derivare dall'opinione di A. GIFFARD, *L'action qua incertum petimus*, in *SDHI*, 4, 1938, 152 ss. e ID., *La crise dans la chiasse aux interpolations. 1. La «condictio certi» et le «id quod interest»*, in *Conférences faites à l'Institut de Droit Romain en 1947*, Paris, 1950, 63 ss., il quale, pur senza citare la l. 68, riteneva che fosse esistita in diritto classico una *condictio incerti*, con la quale si poteva richiedere anche il risarcimento del danno.

⁴⁰⁰ Afferma giustamente D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 216 che l'*id quod interest* comprende in questo caso l'intera perdita che il debitore deve sopportare per il mancato concretizzarsi del mutuo, anche se il passo non ne specifica l'ammontare, e lascia aperta la questione se in questo rientrino solo gli interessi che chiunque avrebbe pattuito, o comprenda anche il particolare guadagno che il creditore avrebbe potuto percepire con quel denaro.

⁴⁰¹ La Glossa riferisce l'opinione di Accursio, il quale aveva ricostruito un potenziale caso in cui potesse ricorrere una simile promessa di mutuo: il giurista immaginava un tale che invitava un suo amico al mercato, e, al rifiuto di costui, che lamentava la mancanza di denaro, proponeva di concedergli un prestito, con una penale per il caso di mancato adempimento a tale promessa; cfr. *argum. ad h.l.* (cito dall'ed. Lugduni, 1569). Possiamo però ovviamente immaginare decine di altri casi (e peraltro molto più complessi) in cui un simile schema contrattuale possa tornare utile.

⁴⁰² Cfr. quanto detto *supra*, alle ntt. 380 e 382. Questa impostazione, secondo una prospettiva che è poi confluita nella norma del Cc. it. 1942 che ha codificato la promessa di mutuo (cfr. art. 1822), si può leggere già in: J.A. SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, II, Würzburg, 1867⁴ (rist. Goldbach, 1998), § 320, 209; H. DERNBURG, *Pandekten*, II, *Obligationenrecht*, Berlin, 1897⁵, 233, il quale addirittura parla dell'inerenza al patto di mutuo di una condizione tacita che il mutuatario al momento della *numeratio* non sia insolvente.

⁴⁰³ Quasi tralattivamente si legge negli aa. del '600 e del '700 che «in potestate debitoris

In ogni caso, è chiaramente questo il passo al quale i giuristi dell'*usus modernus*, e poi quelli della scuola storica del diritto e (soprattutto) i pandettisti, si agganciano per parlare diffusamente di precontratto di mutuo⁴⁰⁴. In quest'ottica, il Degenkolb, che è stato il massimo sostenitore della fattibilità di un precontratto di mutuo (e, più in generale, di qualsiasi contratto reale), ha criticato la soluzione di Paolo, giudicandola «in Deutschland überwunden», in quanto un preliminare di mutuo comporterebbe, nell'ottica di questo studioso, solo l'obbligo di concludere il definitivo, ciò che in questo caso si realizzerebbe a suo avviso condannando chi ha promesso a pagare la somma promessa⁴⁰⁵. Ma ciò ha finito per costruire una sorta di maschera attraverso la quale una parte della dottrina ha guardato a questo frammento, sostenendo così la possibilità di condannare il promittente a versare allo stipulante la somma promessagli come mutuo⁴⁰⁶.

est, ut mutuam pecuniam non accipiat; in potestate creditoris non est, ut mutuam non det pecuniam, quam crediturum se promisit»: cfr. E. MERILLIUS, *Ad titulum Digestorum de rebus creditis*, cit., ad D.12,1,30, 683; anche G. BARCLAJUS, *In titulos Pandectarum De rebus creditis*, cit., ad D.12,1,30, 883 rilevava come la *stipulatio* era stata conclusa nell'interesse dello stipulante, e quindi per questo fosse a lui lecito «eam spernere res integra»; questo giurista, però, affermava di non condividere la soluzione offerta dal diritto romano, perché a suo giudizio lo stipulante che rifiutava di ricevere la somma pattuita doveva essere trattato alla stregua di colui che avesse fatto avverare una condizione con il suo comportamento, avendo un interesse contrario all'avveramento stesso. H. DERNBURG, *Pandekten*, II⁵, cit., 233 sottolinea come lo stipulante non possa essere obbligato a ricevere il mutuo, perché non avrebbe senso obbligare a prendere a mutuo del denaro qualcuno che non ha più necessità di usarne; egli, però, dovrebbe essere tenuto responsabile dell'interesse dell'attore al pattuito collocamento del denaro; analogamente C.F.F. SINTENIS, *Pfandrecht*, cit., § 41, 358 ss. afferma che la promessa di mutuo sarebbe conclusa nell'interesse esclusivo del futuro debitore.

⁴⁰⁴ I Pandettisti hanno lungamente discusso in merito alla possibilità di stipulare un contratto preliminare di mutuo. Il più acceso sostenitore di questa possibilità è stato H. DEGENKOLB, *Zur Lehre der Vorvertrag*, cit., 43 ss. e ID., *Neue Beiträge zur Lehre der Vorvertrag*, cit., 63 s.; ma la convinzione partiva da più lontano: cfr. C.F. GLÜCK, *Pandekten*, XII, trad. it., cit., § 779, 13 ss.; F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Recht*, II, Berlin, 1853, § 77, 246, nt. 1; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II⁹, cit., § 370 573 e nt. 18; J.A. SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, II⁴, cit., § 320, 209, nt. 1; J. KOHLER, *Darlehen und Vorvertrag*, cit., 44 ss.; K. ADLER, *Realcontract und Vorvertrag*, cit., 190 ss.; per un'opinione contraria già in questa temperie vd. però H. DERNBURG, *Pandekten*, II⁵, cit., 28, il quale sottolinea come un contratto concluso con l'intervento del giudice lascerebbe sempre la porta aperta a possibili litigi. Per il dibattito in Italia (che coinvolge lo stesso inquadramento dogmatico del contratto di mutuo), vd. V. NAPOLETANO-E.M. BARBIERI-M. NOVITÀ, *I contratti reali. Mutuo – deposito – comodato – pegno – contratto estimatorio*, Torino, 1979², 8 ss.; L. NIVARRA-G. W. ROMAGNO, *Il mutuo*, in *Il diritto privato oggi*, Milano, 2000, 129 ss.; dove si può trovare ulteriore lett. sul punto; diverso è il problema della possibilità di eseguire in forma specifica *ex art.* 2932 un eventuale preliminare di mutuo, laddove pure il dibattito vede favorevoli (cfr. ad es. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, V, Milano, 1958⁹, 130 s.) e contrari (cfr. ad es. U. NATOLI, *I contratti reali. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975, 51 s.).

⁴⁰⁵ Cfr. H. DEGENKOLB, *Zur Lehre der Vorvertrag*, cit., 44.

⁴⁰⁶ Cfr. in particolare, per rimanere sempre nello stesso ambito linguistico, P. LOTMAR,

Ma ciò, a mio avviso, per le ragioni finora illustrate è frutto di un fraintendimento: l'impegno del promittente è a concludere un mutuo, e non a consegnare una somma di denaro, e ciò costituisce in diritto romano una obbligazione incoercibile, se non in forma risarcitoria.

Quale ne sia la sanzione, chiara è l'attestazione da parte di Paolo di una promessa formale di concedere un mutuo, ciò che costituisce quasi una *rara avis* nel panorama delle fonti romane, che sono molto schiacciate sulla realtà del contratto. Paolo, però, non giunge così ad intaccare la categoria della realtà in generale, né quella della realtà del mutuo in particolare⁴⁰⁷. Tanto meno si può ammettere che egli giunga a configurare l'ammissibilità di un contratto preliminare di mutuo. Ci si dimentica facilmente, infatti, che la *stipulatio* romana è, come è noto, un contratto unilaterale, che obbliga cioè solo il promittente. Pertanto, nella *stipulatio* cd. '*de mutuo dando*' è solo il promittente, futuro mutuante, ad obbligarsi, mentre il mutuatario stipulante non si obbliga a nulla, e certamente non si obbliga a ricevere la somma a mutuo: al massimo, si può discutere, nel caso di un immotivato rifiuto dell'adempimento da parte del creditore, di un'eventuale condanna al risarcimento del danno per violazione dell'affidamento ingenerato con la promessa stessa⁴⁰⁸.

Però l'operazione mi sembra egualmente importante da sottolineare, perché dimostra come la giurisprudenza, evidentemente sulla spinta di esigenze della pratica, finiva per elaborare degli schemi che, aggirando le strettoie da cui i contraenti si potevano sentire racchiusi dal meccanismo della realtà, rispondessero ad una maggiore celerità dei traffici e a nuove esigenze di certezza nei commerci. E il fatto che Paolo non sollevi alcun dubbio nel presentare la fattispecie da questo punto di vista più comples-

Über Causa im römischen Recht. Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften, München, 1875, 58, il quale pure giudicava forzata la lettura di Degenkolb; D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 216. Peraltro, le stesse conclusioni sono raggiunte anche da Pastori, ma per una via diversa (vd. *supra*, ntt. 392 e 396).

⁴⁰⁷ Opportunamente sottolineava già J.A. SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, II⁴, cit., § 320, 210 la necessità di evitare l'errore di far derivare da questa impostazione la conseguenza che anche i contratti reali possono venire in essere meramente sulla base dell'accordo; sulla stessa linea si veda U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio*, cit., 87, il quale afferma che i giuristi classici non hanno mai messo in relazione questa *stipulatio* (diffusamente chiamata *pactum de mutuo dando*) con il mutuo reale, ed ai bizantini mancava lo spessore scientifico per farlo.

⁴⁰⁸ Per questo, a mio avviso, non ha senso andare alla ricerca nelle fonti di casi in cui il mutuante promittente possa avere un interesse tale all'operazione economica così individuata, da costringere il debitore a ricevere la somma pattuita, pena il risarcimento del danno: vd. invece in questo senso J.A. SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, II⁴, cit., § 320, 210, nt. 2; e C.F.F. SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, II, cit., § 108, 512, nt. 6, il quale afferma che tale interesse si avrebbe solo nel mutuo oneroso, allorché il creditore, ad es. perché sia in procinto di allontanarsi e abbia necessità di collocare il denaro agli interessi pattuiti, pretenda il rispetto dell'accordo.

sa, cioè quella della promessa formale non accompagnata da *stipulatio poenae*, sembra dimostrare che il passo verso queste esigenze era stato fatto dalla giurisprudenza in un periodo anteriore, così che al tempo dei Severi il giurista non veda più ragioni per sollevare dubbi.

Per quanto poi riguarda l'interesse sotteso a questa operazione giuridica, è evidente quello dello stipulante/mutuatario, il quale si premura di garantirsi una disponibilità economica in vista di altre operazioni finanziarie o di altri impieghi del capitale che prende a prestito, e soprattutto di garantirselo alle condizioni e nel momento convenuti⁴⁰⁹. Più difficile è individuare le ragioni che possano spingere un mutuante ad accedere ad una tale promessa unilateralmente vincolante: in ciò, forse, può vedersi la ragione della sua scarsa ricorrenza nelle fonti romane, e del suo superamento da parte della tradizione giuridica in favore di schemi in qualche modo bilateralmente vincolanti, nella forma dei cd. '*pacta de mutuo dando*'.

⁴⁰⁹ Cfr. in questa linea già C.F.F. SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, II, cit., § 108, 512.

PARTE II
DIRITTO VIGENTE

CAPITOLO IV

LA DOGMATICA NEL MUTUO IN ITALIA TRA OTTOCENTO E NOVECENTO

SOMMARIO: 1. Italia. – 1.1. Realtà o consensualità? – 1.2. Gratuità od onerosità?

1. Italia

1.1. Realtà o consensualità?

Nell'esaminare la struttura del mutuo negli ordinamenti vigenti, tralascio la ricostruzione del diritto in età medioevale e moderna, che è stata già affrontata in dottrina¹, così come scelgo di non approfondire la parte sugli ordinamenti europei, che pure gode di ampia trattazione da parte di civilisti e comparatisti².

In Italia, sotto l'impero dell'abrogato Cc. (1865), la formulazione ambigua dell'art. 1819³ aveva ingenerato molti dubbi sull'intenzione del legislatore, anche se nettamente prevalente era la convinzione che, nella scia della tradizione romanistica, questo avesse inteso strutturare il mutuo come un contratto reale⁴.

¹ Vd. in particolare R. VOLANTE, *Il mutuo nel diritto comune. Il problema del valore finanziario dai glossatori a Pothier*, Napoli, 2012, 1 ss.

² Vedine i dettagli in R. VOLANTE, *Il mutuo consensuale. Crisi del modello romanistico di contratto reale e prospettive per un diritto comune europeo (a proposito della sentenza 28.3.2000 della Corte di Cassazione francese e della Riforma del diritto delle obbligazioni in Germania)*, in *Quaderni fiorentini*, 2, 2001, 888 ss.

³ Art. 1819 Cc. it. 1865: «Il mutuo o prestito di consumazione è un contratto per cui una delle parti consegna all'altra una data quantità di cose, coll'obbligo nell'ultima di restituire altrettanto delle medesima specie e qualità».

⁴ Per la realtà, cfr., ad es., F. GIARELLI, *Codice civile del regno d'Italia dichiarato al popolo con note e raffronti*, II, Milano s.d. (ma 1875), 300 s.; V. SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano. Lezioni*, Roma, 1914, 270; L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1921², 421; in senso opposto, vd. invece G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, 322 ss.; E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, a cura di G. VENZI e T. GIORGI, V, 2, Torino, 1927⁵, 450 ss.; vd. anche *infra*, p. 180.

La situazione muta con il nuovo Codice civile (1942), il quale, attraverso un percorso piuttosto travagliato⁵, all'art. 1813, adotta una formulazione che ingenera meno dubbi⁶. Oggi, in Italia, proprio sulla base di questo articolo mi pare di poter affermare che sia la giurisprudenza⁷ sia la dottrina dominante⁸ si orientino in favore della natura reale del contratto di mutuo: si può però ben dire che, «nonostante l'inequivoca formulazione della norma, la realtà del mutuo non può considerarsi un assunto pacifico, dal momento che esistono numerose e autorevoli voci contrarie»⁹.

La discussione, in realtà, assume profili decisamente più generali, coinvolgendo la categoria stessa del contratto reale: infatti, accanto ad alcuni studiosi che reputano che tale categoria abbia ancora oggi un ruolo da giocare nella disciplina delle operazioni economiche e giuridiche¹⁰, non

⁵Vd. A. SACCOCCIO, *L'eredità del 'sistema' romano dei contratti reali*, cit., 137, nt. 158.

⁶Art. 1813 Cc. it. 1942: «Il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di denaro o di altre cose fungibili, e l'altra parte si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità».

⁷Cfr., esemplificativamente, Cass. civ., sez. I, 8 marzo 1999, n. 1945 (*Foro it.*, 1999, I, 2569); Cass. civ., sez. I, 12 ottobre 1992, n. 11116 (*Giust. civ.*, 1993, I, 975 e *Vita notar.*, 1993, 246); Cass. civ., sez. III, 21 dicembre 1990, n. 12123 (*Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 12); sul punto, cfr. ora V. FRATTAROLO-E. IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009, 2 ss.

⁸Cfr., oltre agli altri che verranno citati nel corso della trattazione, R. DE RUGGIERO-F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, II, *Diritti di obbligazione e contratti. Tutela dei diritti*, Milano-Messina, 1953⁸, 375; A. DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1955, 817 ss.; P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, 5; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, cit., 124 ss.; M. FRAGALI, *Del mutuo (art. 1813-1822)*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1966, 1 ss.; G. GIAMPICCOLO, s.v. *Mutuo (dir. priv.)*, in *ED*, 27, Milano, 1977 446 ss.; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit.; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975², 746; M.C. IANNINI, *Il rapporto. Struttura e natura del contratto di mutuo*, in *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, a cura di G. CASSANO, Padova, 2009, 1 ss.; G. FAUCEGLIA, *Del mutuo*, in *Dei singoli contratti (artt. 1803-1860)*, a cura di D. VALENTINO, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2011, 122 ss.

⁹Così cfr. L. NIVARRA-G.W. ROMAGNO, *Il mutuo*, cit., 11.

¹⁰Mi riferisco, ad esempio, dopo P.J. VERDAM, *Riflessioni sulla validità della categoria dei contratti reali*, cit., 746 ss.; a P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 128 ss.; E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., 186 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Napoli, 1958, 80; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit.; U. NATOLI, *I contratti reali*, cit., 43 ss.; V. NAPOLETANO-E.M. BARBIERI-M. NOVITÀ, *I contratti reali*², cit. (ad eccezione proprio del mutuo); V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, 33; M. DE TILLA, *Donazione-permuta-mediazione-mandato-mutuo-comodato*, in *Il diritto immobiliare. Trattato sistematico di giurisprudenza per casi*, Milano, 1995; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, VII, *I singoli contratti*, Torino, 1999, 21 (vd. anche, alle 2 e 3, un elenco più completo di studiosi non ostili alla realtà, che qui, per ragioni di spazio, non sono in grado di offrire); D.

mancano quanti ritengono che nell'ordinamento giuridico italiano non alberghi nessun contratto reale, e per tale motivo rifiutano questa costruzione dogmatica anche per il mutuo¹¹.

Con più specifico riferimento all'ambito qui in esame, secondo una vecchia tesi, la dazione posta a base del mutuo (ma l'argomentazione viene poi estesa dall'a. anche al deposito e al comodato) non andrebbe inquadrata all'interno della logica contrattuale, ma costituirebbe piuttosto il pagamento voluto di un indebitato, in cui la volontà avrebbe il solo ruolo di determinare le modalità concrete della restituzione¹². La costruzione, a mio avviso non coglie nel segno, ottenendo il solo risultato di creare un vero e proprio mostro giuridico, che degrada la volontà dei contraenti a mero accordo sulle modalità di restituzione della somma mutuata, espellendo da essa, senza alcuna motivazione logica, la vera e propria intenzio-

CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova, 1998, particolarmente 29 ss. e 51 ss.; A. GUZMÁN BRITO, *La consensualización de los contratos reales*, en *Revista de derecho de la Pont. Univ. Católica de Valparaíso*, 29, 2007, 35 ss.; A. SACCOCCIO, *Realtà e consensualità nel diritto dei contratti alla luce del nuovo Cc. argentino*, in *Nuovo Codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, a cura di R. CARDILLI-D.F. ESBORRAZ, Padova, 2016, 475 ss.

¹¹ Le posizioni di chi critica come inattuale la categoria del contratto reale sono complesse e variegate: si va da chi, stante la definizione dell'art. 1321 Cc. it. 1942, imperniata sul consenso, la definisce uno «scandalo giuridico» (R. SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1971, I, 502 ss.; ID., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. VASSALLI, VI/2, Torino, 1975, 613 ss.; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 2004³, 865 s.); a chi lo definisce «una sopravvivenza storica» (L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, 1948², 152) o anche il risultato del «peso della storia» (A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, 57); o un «evidente retaggio della classificazione giustiniana delle obbligazioni» (C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942, 320); o una «cosa totalmente strana [sic!] alle nostre esigenze» (P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, in *Riv. del dir. commerciale e del dir. generale delle obbligazioni*, 75, 1977, 148 e 153); un relitto storico (F. MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955, 41); ma anche (senza ragione alcuna) un «fraitendimento storico» (F. SCAGLIONE, *Comodato e mutuo*, in *I contratti gratuiti*, a cura di A. PALAZZO-S. MAZZARESE, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Torino, 2008, 419); o, addirittura, un «feticcio storico» (O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, 159); fino a teorizzare l'esistenza di un vero e proprio «dogma della realtà» (A. PALAZZO, *Gratuità e attuazione degli interessi*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, *I contratti gratuiti*, a cura di A. PALAZZO e S. MAZZARESE, Torino, 2008, 7 e 21), da superare sulla base di pretese istanze proprie del mondo moderno; per una presunta crisi del «modello romanistico del contratto reale», di cui dovrebbe addirittura certificarsi la morte, cfr. già G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., 353; ma poi vd. anche A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 326 ss.; A. PIRAINO LETO, *La crisi del contratto reale*, in *Giust. civ.*, 1977, fasc. 7 e 8, 63 ss.; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, 89; R. VOLANTE, *Il mutuo consensuale*, cit., 888 ss.; ID., *Il mutuo nel diritto comune*, cit., 1 ss.; R. TETI, *Il mutuo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, 12, *Obbligazioni e contratti*, IV, Torino, 2007², 595 ss.

¹² Mi riferisco a L.V. BERLIRI, *Appunti sui contratti reali*, cit., 143 ss.

ne di contrarre, che è poi quella che, in definitiva, ha mosso le parti nel porre in essere l'operazione economica¹³.

All'interno della civilistica italiana, poi, vi è chi ritiene che lo stesso legislatore italiano abbia voluto scegliere per il mutuo un inquadramento diverso dalla realtà, con la previsione all'art. 1822 della 'promessa di mutuo'¹⁴, o chi, valutando le norme sulla realtà come norme a carattere non imperativo¹⁵, ritiene che la previsione all'art. 1322 della possibilità per le parti di stipulare contratti atipici apra le porte a una concorrenza, a stretta scelta delle parti, tra una struttura reale e una consensuale per il mutuo (così come per tutti i contratti reali)¹⁶.

¹³ La tesi mi pare criticabile sotto diversi punti di vista. A parte la contraddizione logica evidente nell'accostamento tra l'indebitato e la volontà di pagarlo (insegnano le fonti romane [vd. *Gai.*, 3,91] che chi paga un indebitato *magis distrahere vult negotium quam contrahere*, senza contare che chi paghi un indebitato *sciens* perde il diritto alla ripetizione: cfr. *Ulp.*, 26 *ad ed.* D.12,6,1,1: *et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio*; ma la regola è ampiamente attestata nel Digesto [cfr., *ex multis*, *Ulp.*, 43 *ad Sab.* D.12,6,24; *Paul.*, 32 *ad ed.* D.12,6,28 ecc.]), Berliri teorizza in realtà l'esistenza di un negozio giuridico a cui si applicherebbe la disciplina dell'atto giuridico, essendo le conseguenze previste (ripetibilità di quanto dato) non tanto quelle divise dalle parti, ma quelle fissate a questo proposito dalla legge (*rectius*: dal *ius*) mediante il divieto di arricchimento; cfr. P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 32 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., 13 ss.; V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale*, cit., 41. Al contrario, da ultimo, elogi alla teorica del Berliri si leggono in R. VOLANTE, *Il mutuo consensuale*, cit., 912, nt. 128, ma senza alcun convincente argomento a sostegno.

¹⁴ Cfr., ad esempio, F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli*, vol. VIII, fasc. 5 e 6, Torino, 1950, 99 ss.; V. NAPOLETANO-E.M. BARBIERI-M. NOVITÀ, *I contratti reali*², cit., 8 ss.; N. VISALLI, *La promessa di mutuo nell'ambito della teoria del contratto reale*, in *Riv. di dir. civ.*, 2000, fasc. 1, 163 ss. A proposito della coesistenza dell'art. 1822 con l'art. 1813, R. TETI, *Il mutuo*², cit., 595, parla di una «indiscutibile aporia del dato normativo». Recentemente, P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, IV,17, Napoli, 2004, 53 ha affermato che con l'art. 1822 il legislatore avrebbe voluto dare «un colpo d'ala asistemico, ma significativo» alla teoria tradizionale, al tempo dominante, del mutuo reale, intendendo affermare che l'impegno di dare a mutuo è giuridicamente vincolante non solo in un'ottica risarcitoria; secondo F. SCAGLIONE, *Comodato e mutuo*, cit., 448, l'art. 1822 avrebbe aperto in Italia la strada al mutuo consensuale, «sotto le mentite spoglie della promessa di mutuo».

¹⁵ Cfr. già A. GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, I, *La costruzione del rapporto*, cit., 204 ss.; ma poi cfr. anche ID., *Osservazioni su un caso di «mutuo consensuale»*, in *Foro pad.*, 1969, I, 1014 ss.; F. GESUÈ, *Mutuo reale mutuo consensuale e promessa di mutuo*, in *Temi napoletana*, 1963, I, 465; P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 142 ss.

¹⁶ Già J. KOHLER, *Über das Konsensualdarlehen*, cit., 201 ss. pensava che l'interesse delle parti dovesse guidare la costruzione di un contratto (di qualsiasi contratto) come reale o consensuale. Più di recente, cfr. A. DALMARTELLO-G.B. PORTALE, *s.v. Deposito (dir. vig.)*, in *ED*, 12, 1964 253; A. GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, I, cit., 204 ss.; U. NATOLI, *I contratti reali*, cit., 15 ss.; C.F. CATANESE, *Riflessione sui contratti reali*, in *Giust. civ.*, 1984, fasc. 7 e 8, 291 ss.; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1995, 690; M.

Alcuni, nel tentativo di trovare una giustificazione di ordine dogmatico alla categoria dei contratti reali si spingono a distinguere tra mutuo gratuito, che dovrebbe essere sempre reale, e mutuo oneroso, che invece potrebbe essere consensuale¹⁷, affermando che nei mutui gratuiti la consegna tiene sostanzialmente il luogo della forma¹⁸ o della causa¹⁹, o 'integra la causa'²⁰.

È altrettanto vero che non sono mancate costruzioni giuridiche che tendono ad aggirare l'istituto del contratto reale²¹, vedendo nella consegna alla base del mutuo una mera *condicio iuris*²², una fattispecie a for-

GAZZARA, *Crediti speciali, prestito a consegna differita e consensualità del mutuo*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1995, fasc. 3, 335; D. CENNI, *La formazione del contratto*, cit. (ma già prima vd. EAD., *Consensualità e realtà nella formazione dei contratti*, in *Contratto e impresa*, 1997, 980 ss.); L. NIVARRA-G.W. ROMAGNO, *Il mutuo*, cit., 26 e 61; P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, cit., 42, 45 ss.; C. MANCINI, *La realtà come scelta "atipica"*, in *Riv. del dir. commerc. e del dir. gener. delle obbligazioni*, 1999, fasc. 5 e 6, 387 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., 31 ss.; e da ultimo R. TETI, *Il mutuo*², cit., 597; per una critica, vd. però già E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., 212 ss.; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 18 ss.; G. D'AMICO, *La categoria dei contratti reali "atipici"*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 368 ss.; M.G. ROSSI-C.E. BRUNO, *I contratti di finanziamento, il mutuo e il mutuo bancario. La tutela del consumatore*, in *Il mutuo bancario*, a cura di N. GRAZIANO, Padova, 2013, 20 ss.

¹⁷ La tesi è piuttosto risalente: cfr. già G. DEMELIUS, *Realkontrakte im heutigen Recht*, in *Jahrbücher für die Dogm. des heut. röm. und deutsch. Privatrecht*, 3, 1859, 399 ss. e partic. 405 ss., ma anche J. UNGER, *Realcontracte im heutigen Recht*, in *Jahrb. f. die dogm. des heut. röm. und deutsch. Privatrechts (Jhering's Jahrb.)*, 8, 1866, 1 ss. riteneva che i contratti reali avessero una ragion d'essere solo allorché mettessero in atto un vantaggio dell'accipiente. In tempi più vicini a noi, cfr. G. D'AMICO, *La categoria*, cit., 380; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 110 s.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, III,1, Milano, 1988, 157 s., dove l'a. ritiene addirittura che la consegna costituisca un *essentiale negotii* nel mutuo gratuito e un *naturale negotii* nel mutuo oneroso; l'affermazione, che si legge condivisa in L. NIVARRA-G.W. ROMAGNO, *Il mutuo*, cit., 61, mi pare che utilizzi in una accezione eccessivamente generalizzata il senso dei *naturalia negotii*; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2001, 134.

¹⁸ P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 87 ss., il quale si sforza di equiparare la consegna alla «forma necessaria della volontà impegnativa»; concorda G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice civile*, Lib. IV, Tomo II, Tit. II, Torino, 1958, 36.

¹⁹ Per questa opinione cfr. soprattutto R. SACCO, *Il contratto*, cit., 613 ss., ma poi anche O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, cit., 159; M. DE TILLA, *Donazione*, cit., 548; R. TETI, *Il mutuo*², cit., 599. *Contra*, cfr. ad es. D. CENNI, *La formazione*, cit., 63 ss.

²⁰ Così cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 201.

²¹ Di un «artificio volto a soddisfare l'assorbente proposito di conciliare la categoria dei contratti reali con la regola generale per cui il contratto si perfeziona in forza del solo accordo delle parti» parla D. CENNI, *La formazione*, cit., 49.

²² La tesi nasce in Germania (si trova enunciata già in K. ADLER, *Realcontract und Vorvertrag*, cit., 190 ss.); in Italia si legge già in N. COVIELLO, *Del contratto estimatorio*, in *RISG*, 15, 1893, 379 e 384, ma poi essa fu caldeggiata da G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., 338 ss.; F. MESSINEO, s.v. *Contratto (dir. priv.)*, in *ED*, 9, 1961, 883; L. BARASSI, *La teoria generale*, II², cit., 145 ss.; ma in parte anche da G. OSTI, s.v. *Contratto*, in *NDDI*, 4, 1968, 485

mazione progressiva, che si completa con la consegna, ma in cui lo scambio dei consensi obbliga alla consegna stessa²³; una semplice descrizione del 'meccanismo' di conclusione del contratto, con il quale però il legislatore non avrebbe in nessun modo voluto accogliere la categoria della realtà, ma affermare piuttosto la consensualità del mutuo nell'ordinamento giuridico italiano²⁴; o, infine, una 'concausa di efficacia' del contratto²⁵, con una costruzione che, nonostante sia indubitabilmente dotata di un certo grado di raffinatezza, non ha mancato di attirarsi diverse critiche²⁶.

Su questa scia, recentemente si è parlato in dottrina di una «realtà differita» nel senso che, affermata la consensualità del mutuo, è constatazione empirica che nessun effetto contrattuale tipico, nessun interesse individuale è conseguito senza la consegna²⁷. Però anche questa costruzione mi pare null'altro che un escamotage dogmaticamente poco limpido, perché tende a sfumare la differenza tra perfezionamento del contratto e sua

s.; per una critica, vd. U. NATOLI, *I contratti reali*, cit., 17 s., il quale ritiene che ricorrerebbe in questo caso una condizione meramente potestativa; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941 (rist. Camerino, 1979), 160, con l'argomento che mancherebbe l'estrinsecità dell'evento dedotto in condizione rispetto alla gamma degli interessi dedotti nel contratto; *contra*, vd. ora anche D. CENNI, *La formazione*, cit., 41 ss.

²³ È la nota tesi di D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 51 s. e nt. 3: «riteniamo che sin dal momento della formazione della volontà contrattuale sorge un rapporto fondamentale (definitivo), dal quale deriva nel contempo l'obbligazione di consegnare (...) o di ricevere la cosa (...): la effettiva consegna non si pone come elemento costitutivo di un diverso contratto definitivo (il contratto reale) (...), ma si pone come atto in senso stretto»; cfr. anche 394 ss.; a mio parere, la pregevole teoria non manca di prestare il fianco ad una critica, fondata sulla necessaria premessa che essa postula, cioè che la consegna sia in tal caso un atto giuridico in senso stretto e non un atto negoziale; viceversa, riconosciuto che la fonte dell'obbligo di consegnare risiede nello stesso consenso, ne risulta la natura consensuale del contratto, rispetto al quale la consegna si pone nella fase dell'esecuzione.

²⁴ Così cfr. R. TRIOLA, *Mutuo e promessa di mutuo* (nota a Cass. civ., sez. I, 18 giugno 1981, n. 3980), in *Giust. civ.*, 1982, fasc. 1, 211 ss., in critica alla sentenza annotata.

²⁵ Cfr. V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto*, cit., particolarmente 83 ss.

²⁶ Nota ad es. F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., 38 ss. che queste costruzioni peccano di una eccessiva sopravvalutazione dell'elemento consensuale, e danno luogo al verificarsi di un contratto che, finché non venga eseguita la consegna, rimane una «mera potenzialità», perdurante finché non si verifichi la «situazione effettuale» (cioè la consegna medesima) e potrebbe così rivelarsi inutile *ex posteriori*, allorché la pretesa concausa di efficacia non si verifichi; si consideri, poi, che l'attuazione della 'concausa' sarebbe rimessa alla mera volontà di chi deve effettuare la consegna, finendo così pericolosamente per assomigliare ad una condizione meramente potestativa, come tale vietata (vd. art. 1355).

²⁷ Cfr. A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., 704, il quale però si premura di precisare come la consegna debba essere intesa in un senso estremamente ampio, cioè come assicurazione «al mutuatario della disponibilità giuridica concreta ed effettiva delle somme di denaro o delle altre cose fungibili date a mutuo, facendola perdere al mutuante».

efficacia²⁸, acquisendo nel contempo il risultato di differire la produzione degli effetti del mutuo ad un momento successivo alla consegna.

Credo, quindi, che esca confermata l'affermazione della struttura eminentemente reale del mutuo nell'ordinamento giuridico italiano²⁹. Mi pare però necessario aggiungere che in Italia delle varianti consensualistiche del mutuo reale sono state introdotte a partire dagli anni '50 del secolo scorso grazie all'opera della giurisprudenza e della prassi notarile, nelle forme del cd. 'mutuo di scopo'³⁰ e di una più recente variante di questo che nella prassi prende il nome di mutuo fondiario, usato soprattutto nel settore edilizio³¹.

1.2. *Gratuità od onerosità?*

Un'importante differenza tra le fonti romane e gli ordinamenti moderni è rappresentata dal principio riflesso nell'art. 1815 Cc. it. 1942, il quale stabilisce che «salva diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante». In tal modo si marca un notevole scarto rispetto al principio sopra osservato nel diritto romano, per cui il mutuo era 'naturalmente' gratuito e gli interessi andavano stipulati a parte: l'onerosità del mutuo viene in qualche modo resa quasi un *naturale ne-*

²⁸ Contro questo rischio metteva già in guardia MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 7 ss.; per una critica della teoria qui in esame, vd. anche P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, cit., 42.

²⁹ Non giustificate, pertanto, mi appaiono le opinioni di alcuni studiosi italiani, i quali vedono in alcuni recenti orientamenti emersi nella giurisprudenza francese l'indice di una crisi sistemica della realtà del mutuo: per questa impostazione, cfr. A. PALMIERI, *Realtà del mutuo: tramonto a Lutezia?*, in *Foro it.*, 2000, IV, 547 ss., il quale però non manca di riconoscere che l'«attacco senza precedenti» alla realtà del mutuo da parte della Corte di Cassazione francese (cfr. sez. I civ., sentenza del 28 marzo 2000) è limitato a un numero molto ristretto di mutui, quelli erogati da un «professionnel du crédit»; R. VOLANTE, *Il mutuo consensuale*, cit., 869 ss. (*supra*, ntt. 1 e 2); sul punto si sofferma anche S. RONCATI, *Il principio consensualistico*, cit., 567 ss.

³⁰ Nel cd. mutuo di scopo, il mutuante individua lo scopo a cui il prestito deve servire (ad es. la costruzione di alloggi di edilizia pubblica); in tal caso il contratto è perfetto con il solo consenso, e l'erogazione delle somme oggetto del mutuo, che normalmente avvengono a stato di avanzamento dei lavori, attengono alla fase dell'attuazione del contratto, e non più a quella del perfezionamento dello stesso. Tra le tante decisioni giurisprudenziali in materia, si vd. Cass. civ., sez. I, 21 luglio 1998, n. 7116 (cfr. *Contratti*, 1999, 383 con nota di GOLTARA); in dottrina, sul mutuo di scopo cfr. A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, Padova, 1985, particolarmente 107 ss.; A.M. GIOMARO-P. MOROSINI, s.v. *Mutuo nel diritto romano*, cit.; R. TETI, *I mutui di scopo*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. RESCIGNO*, 12, *Obbligazioni e contratti*, IV, Torino, 2007², 649 ss.; A. MONICA-V. CIERVO, *Il mutuo di scopo*, in *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, a cura di G. CASSANO, Padova, 2009, 343 ss., con cui ci si può orientare all'interno dell'ormai consistente letteratura sul tema.

³¹ Tutto ciò, a giudizio di S. RONCATI, *Il principio consensualistico*, cit., 570 renderebbe la realtà del mutuo «una regola sempre più tentennante», anche se ancora non superata.

gotii. Per tali ragioni, non manca in Italia chi considera «una pura ipotesi» la gratuità del mutuo³².

In questa ottica, alcuni studiosi hanno visto nel mutuo un contratto bilaterale (*rectius*: un contratto a prestazioni corrispettive, caratterizzato dalla causa di scambio), in cui la prestazione degli interessi costituisce il corrispettivo della dazione della somma mutuata³³. Non deve però sfuggire all'interprete che, inquadrato il mutuo come contratto reale, solo l'obbligo agli interessi costituisce una prestazione sorta dal contratto, mentre invece, al contrario, la dazione della somma da parte del mutuante costituisce un requisito necessario per la conclusione del contratto, pertanto ontologicamente diverso dall'esecuzione di una prestazione. Né mi pare colgano nel segno i tentativi fatti dalla dottrina di recuperare la sinallagmaticità del mutuo riconoscendo che la dazione può costituire prestazione anche quando rappresenti un elemento formativo della fattispecie³⁴, o

³² R. SACCO, *Il contratto*, cit., 620.

³³ Cfr. V. NAPOLETANO-E.M. BARBIERI-M. NOVITÀ, *I contratti reali*², cit., 26 ss.; V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto*, cit., 177; R. TETI, *Il mutuo*², cit., 610; ovviamente si tratta di aa. che guardano con favore ad una struttura consensuale del mutuo, risultando altrimenti, in una logica reale del contratto, molto difficile configurare delle obbligazioni a carico del mutuante; per un tentativo, a mio avviso assolutamente non condivisibile, vd. però F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, cit., 85 ss., a giudizio del quale, mentre il mutuo oneroso è bilaterale, il mutuo gratuito sarebbe unilaterale con obbligazioni a carico del solo mutuante, il quale sarebbe l'unico a trarre un vantaggio da questo contratto [vantaggio consistente nella restituzione di quanto dato]: per questo su di esso incomberebbe l'obbligo di lasciare al mutuatario il godimento dei fungibili, mentre il mutuatario avrebbe solo il diritto a non restituirli prima di averne tratto il godimento pattuito. In un senso non dissimile, sebbene più equilibrato, cfr. A. DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, in *Riv. di dir. civ.*, 1955, 817 ss. e particolarmente 841 ss., secondo il quale anche nel mutuo reale l'obbligazione del mutuante consisterebbe nell'obbligo di far godere per un certo tempo al mutuatario il denaro consegnato. La tesi, soprattutto la prima versione, mi pare una mera costruzione concettuale che disconosce completamente i dati di realtà; obiezioni serie alla seconda versione, invece, si leggono già in G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. del dir. comm.*, 1943, I (= in ID., *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici*, III, Padova, 1992, 225, da cui cito), il quale rileva come non sia logicamente concepibile che il mutuante presti il godimento di cose che, dopo la consegna, giuridicamente appartengono al mutuatario. La unilaterale del contratto era invece sottolineata da alcune, più risalenti, decisioni giurisprudenziali: cfr. Cass. 12 maggio 1971, n. 1358; Cass. civ. 27 novembre 1967, n. 2845, in *Foro pad.*, 1969, I, 1014 ss (con nota contraria di GALASSO).

³⁴ Questa posizione era sostenuta da tutti quegli studiosi che difendevano per il mutuo la cd. teoria dell'agio o dello scambio (il mutuo consisterebbe in uno scambio di beni o ricchezza presenti contro uno scambio di beni o ricchezza futuri): vedine un elenco in E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., 27 ss., ma cfr. anche G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, V,7, Milano, 1972, 67 ss., i quali non condividono né la teoria (preferendo lo schema cd. della sostituzione) né la conseguenza (sinallagmaticità) descritta nel testo; *contra*, vd. anche R. TETI, *Il mutuo*, cit., 659, il quale giustamente afferma che gli obblighi (attuale) del mutuante e (futuro) del mutuatario non si pongono in rapporto sinallagmatico, in quanto certamente il mutuan-

riferendo il sinallagma contrattuale non alle prestazioni, ma alle attribuzioni patrimoniali³⁵.

te non dà allo scopo di ottenere 'in cambio' il *tantundem*; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, cit., 12 e 67.

³⁵ Per questa lettura, che in realtà già si trova in M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., 17, vd. Cass. civ., sez. III, 21 febbraio 1995, n. 1861, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 389 (ma anche *Vita not.*, 1996, 243; *Giur. it.*, 1996, I,1, 998), dove la Suprema Corte giunge in tal modo ad applicare al mutuo oneroso il rimedio della risoluzione per inadempimento *ex art.* 1453 Cc.

CAPITOLO V

IL MUTUO NEL NUOVO MONDO

SOMMARIO: 1. Dalle *Siete Partidas* alle Codificazioni nazionali dell'America Latina. – 2. L'accoglimento del mutuo reale nei cd. Cc. della '*transfusión del derecho romano*' o della 'indipendenza'. – 2.1. Le opere che prepararono i cd. Cc. della '*transfusión del derecho romano*' o della 'indipendenza'. – 2.2. Il *Código de Andrés Bello*. – 2.3. Il Cc. dell'Uruguay. – 2.4. Il *Código de Vélez*. – 2.5. Il *Código Beviláqua* e il nuovo Cc. del Brasile (2003). – 2.6. L'accoglimento del mutuo reale negli altri Cc. latinoamericani nel corso del XIX e XX secolo. – 2.6.1. La Colombia. – 2.6.2. La Bolivia. – 2.6.3. Il Venezuela. – 2.6.4. Il Guatemala. – 2.6.5. Il Paraguay e altri Paesi. – 3. L'accoglimento del mutuo consensuale. – 3.1. Il Messico. – 3.2. Il Perù. – 3.3. Cuba. – 3.4. Il nuovo Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina: le novità in tema di contratti. – 3.4.1. Le spinte consensualistiche della dottrina argentina prima del 2015. – 3.4.2. Il Nuovo *Código civil y comercial de la nación Argentina* del 2015.

1. Dalle *Siete Partidas* alle Codificazioni nazionali dell'America Latina

È nota da tempo l'individuazione e il riconoscimento, nell'ambito del sistema giuridico romanistico¹, di un sottosistema giuridico latinoameri-

¹La parola sistema, che si riallaccia al termine greco σύστημα che si legge in *Const. Dédoken* 7, molto opportunamente si trova ripresa già nel notissimo F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 voll., Berlin 1840-1849 (= ID., *Sistema del diritto romano attuale*, tr. it. di V. SCIALOJA, Torino 1889-1898). In tempi a noi più vicini, essa si legge in J. BASADRE, *Los fundamentos de la historia del derecho*, Lima, 1967², 83; questi afferma di mutuarla dal giurista giapponese Nobushige Ozumi (*Lectures on the new Japanese Civil Code as material for the Study of Comparative Jurisprudence*, Tokio, 1912²; dell'opera esiste anche una trad. it., che io però non ho potuto vedere), il quale, però, mi pare (vd. pp. 35 ss.) usi la parola non nel senso qui considerato, ma piuttosto come equivalente di una delle cinque 'famiglie' (tra cui quella romana, quella cinese e quella tedesca) in cui il diritto nel mondo andrebbe a suo avviso articolato; invece, secondo Basadre, «sistema son unidades que presenta determinado grupo de instituciones, normas y principios, que poseen lineas de ascendencia común que sobrepasa las limitaciones de tipo nacional o continental»; sulla diatesi 'sistema-ordinamenti' vd., poi, soprattutto P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 18, 2004, 19 ss. (= in *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Roma, 2005, 18 ss.).

cano², inteso come quell'insieme di principi, istituti e norme che accomunano i popoli che vivono dal Rio Bravo ad Ushuaia e che, prendendo le mosse dal *Corpus* giustiniano sopra descritto, attraverso diverse tappe, che partono dal *Liber iudiciorum*, e poi dal *Fuero Juzgo* e dalle *Siete Partidas*, e, attraverso un ricchissimo percorso giuridico, trovano un punto di arrivo (invero tutt'altro che insuperabile) nei Codici e nelle Costituzioni dei moderni Stati che occupano oggi quell'area geografica che a buon diritto dobbiamo definire America Latina³.

²J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Madrid, 1956, 22 s. usava l'espressione 'iberoamericano', perché a suo avviso l'espressione 'latinoamericano' non includerebbe gli ordinamenti di Louisiana, Quebec o Haiti. Al contrario, le motivazioni per cui l'espressione 'latinoamericano' è da preferire ad altre (sudamericano, iberoamericano, dell'America Meridionale ecc.) sono ben espresse in F. LORUSSO, *L'invenzione dell'America Latina*, cit. (non ricordato, ma ripreso alla lettera da S. LANNI, s.v. *Sistema giuridico latinoamericano*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Aggiornamento* 10, 2016, 712 s.); sulla valenza ideologica, ma anche politico-giuridica dell'espressione, vd. anche S. SCHIPANI, *Codici civili nel sistema latinoamericano*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Aggiornamento* 5, 2010, 310 s. Non condivido, pertanto, né l'impostazione di M. ROSTI, *Sull'esistenza di un sistema giuridico ibero-americano. La ricostruzione di un dibattito e prospettive di ricerca* (<http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/2007/rostit1.pdf>), 3, nt. 6, la quale afferma essere sinonimiche le espressioni 'iberoamericano' e 'latinoamericano', né di P.L. CARBONE, *Latin American System, in Comparazione e diritto civile* (http://www.comparazionediritto civile.it/prova/files/carbone_latina.pdf), il quale, pur accogliendo nel titolo del suo contributo la locuzione proposta, la critica nel testo, sostenendo che essa rifletterebbe una «visione anti-inglese». Infine, assolutamente incomprensibile mi appare il rifiuto della locuzione da parte di G. HAMZA, *L'influsso delle tradizioni del diritto romano e del diritto europeo-continentale sugli ordinamenti giuridici extra-europei – Rassegna globale*, in *Diritto@Storia*, 12, 2014, il quale, adoperando come categorie ordinatrici i concetti di 'America del Sud' e 'America Centrale', è costretto a precisare (vd. nt. 20) di dovere, a scapito della geografia, includere il Messico all'interno dell'America del Sud, in ragione delle tradizioni giuridiche proprie di questo Paese, cosa che però poi nel testo non fa. Sul punto mi permetto di rinviare a quanto osservo in A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano a Brescia*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 38, 2017, 3 ss. (con alcune varianti pubblicato con il titolo *Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia*, in *Sistema giuridico latinoamericano. Summer School [Brescia, 9-13 luglio 2018]*, a cura di A. SACCOCCIO e S. CACACE, Torino, 2019, 31 ss.). Sul punto vd. anche S. LANNI, *Il diritto nell'America Latina*, Napoli, 2017 e S. SCHIPANI, *Sistema del diritto romano. Sistema latinoamericano. Interpretazione sistematica in senso pieno, giuristi, cittadini, uomini*, in corso di stampa in *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, a cura di A. SACCOCCIO e S. CACACE, Giappichelli ed.

³Sull'uso della denominazione 'Latina' per la popolazione di una parte del continente americano come arma di difesa, a partire dal 1851, della «raza latina» verso la «agresión de la 'raza anglosajona'», cfr. soprattutto M. QUIJADA, *Sobre el origen y difusión del nombre 'América Latina' (o una valoración heterodoxa en torno al tema de la construcción social de la verdad)*, in *Revista de Indias*, vol. 58, n. 214, 1998, 595 ss. e partic. 603 ss., e S. SCHIPANI, *Il diritto romano nel nuovo mondo*, in AA.VV., *Il diritto nei nuovi mondi. Atti del Convegno promosso dall'Istituto di diritto privato della Facoltà di giurisprudenza. Genova, 5-7 novembre 1992*, a cura di G. VISENTINI, Padova, 1994, 96 ss. Per l'individuazione in America Latina di una 'razza cosmica', una sorta di 'quinta razza', cioè un agglomerato di tutte le razze esistenti nel mondo, che troverebbe il suo sviluppo in America Latina, senza riguardo al colore

Il punto di partenza per la diffusione nel nuovo mondo del diritto romano sono, come è noto, le *Siete Partidas*, fatte emanare dal re Alfonso X nel 1256 per il Regno di Castiglia e León, ma applicabili in virtù delle *Leyes de Toro* anche ai territori di nuova scoperta⁴. L'attenzione dedicata da quest'opera al mutuo appare di scarso rilievo, così come scarso appare l'approfondimento per i problemi di inquadramento dogmatico dell'istituto, soffermandosi la compilazione piuttosto su altre problematiche del contratto⁵. In ogni caso, non vi è alcun dubbio sul fatto che esse inquadrino il mutuo come un contratto essenzialmente reale⁶, ma riconoscano altresì la possibilità che le parti si scambino una promessa di dare e ricevere a mutuo. Ciò appare evidente, ad es., dalla *ley 9* della *Part. V*, che, disciplinando un caso di *exceptio non numeratae pecuniae*, parla espressamente di colui al quale un creditore «le prometio de prestar maravedis, e non gelos quiso prestar».

D'altra parte, sulla promessa di mutuo si soffermava lo stesso Gregorio López de Tovar (1496-1560) nella Glossa a questo testo, redatta intorno al 1555.

gl. *de gracia* a *Part. 5,1 pr.*

Habes hic quod contractus mutui est gratiosus, et nullus ad mutuum compellitur, neque tenetur. Quod tamen limita, nisi praecederet promissio de mutuando: nam et si non mutuet, tenetur ad interesse.

Secondo Gregorio López, che sul punto si riallacciava espressamente a D.45,1,68 (*supra*, pp. 149 ss.) esisteva non solo il mutuo reale, ma anche la promessa di mutuo, la quale, solo se redatta nelle forme di una *stipulatio*, consentiva di costringere il promittente inadempiente non alla erogazione del mutuo, ma al solo risarcimento del danno (*ad interesse compellere*)⁷.

o alla origine, per fondare una nuova civilizzazione ('*Universopolis*': una sorta di 'era universale dell'umanità'), vd. J. VASCONCELOS, *La raza cósmica. Misión de la raza Iberoamericana. Notas de viajes a la América del Sur*, Madrid, 1925 (più volte riedito).

⁴ Cfr. sul punto A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago (Chile), 2000, 152 ss.

⁵ In particolare, le *Partidas* si soffermano, ad es., sui mutui concessi a Chiese o a monarchi (*Part. V,1 ley 3*) o a minori sottoposti a potestà altrui (*leyes 4-6*) o sui prestiti concessi da banchieri (*ley 7*) ecc.; in argomento, cfr. I. MERELLO ARECCO, *Algunas consideraciones en torno a la noción de mutuo en las Partidas y sus relaciones con el Digesto*, in *Rev. de est. hist.-jur.*, 1, 1976, 118 ss., il cui apporto, però, per il tema della costruzione dogmatica del mutuo è poco o nulla conferente.

⁶ Basti in questa sede il riferimento a *Part. 5,1 ley 1*: «E tal prestamo como este es llamado en latin Mutuum, que quiere tanto dezir en romance, como cosa emprestada, que se faze a ruego de aquel a quien la impresta: ca passa el señorío de qualquier destas cosas al que es dada por prestamo». Significativa mi pare anche la formula della '*Carta de los empréstitos*', una sorta di '*instrumentum mutui*' redatto a cura del mutuante, di cui si parla in *Part. 3,18,70*: questa, infatti, prevede l'attestazione che il debitore «recibio de Gonçalo Vicente veinte maravedis en razon de prestados, lo quales ... prometio ... de tornar».

⁷ Evidente mi pare il collegamento tra questa impostazione di Gregorio López e la co-

Inevitabilmente, grazie al traino di questi testi, il modello del mutuo reale finì con l'affermarsi in America Latina. Non deve però dimenticarsi che nel Nuovo Mondo, già da tempo risalente cominciarono a dispiegare i propri effetti anche altre tendenze, alla luce delle quali era preferibile considerare il mutuo perfetto già al momento dello scambio dei consensi. Si tratta di una tradizione che in parte è endogena al diritto indiano, in parte è invece dettata da influssi esterni ad esso.

Dal primo punto di vista, deve riconoscersi come già l'*Ordenamiento de Alcalá* del 1348 sancì una vera e propria riforma del sistema contrattuale accolto nelle *Partidas*, prevedendo che in tutti i contratti il consenso fosse condizione necessaria e sufficiente per la nascita dell'obbligazione⁸. Si tratta di un complesso di 131 *leyes* divise in 32 titoli, fatte approvare dal re Alfonso XI dalle Corti riunite nella città di Alcalá Henares nel 1348 e che per alcuni aspetti rimasero vigenti in Spagna (e per relazione anche nel nuovo mondo) fino alle Codificazioni⁹. Con questa *ley* viene sancita di fatto una vera e propria riforma del sistema contrattuale precedentemente accolto nelle *Partidas*¹⁰, prevedendo che in tutti i contratti il consenso fosse condizione necessaria e sufficiente per la nascita dell'obbligazione.

Ord. Alc. XVI ley única

«Paresceiendo que alguno se quiso obligar a otro por promision o por algun contrato o en otra manera, sea tenuto de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepcion, que no fué hecha estipulación ...; mandamos que todavía vala la dicha obligacion y contrato que fuere hecho, en qualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro».

Sebbene non debba sottovalutarsi il fatto che queste fonti non hanno

struzione da parte dei glossatori della categoria del 'mutuo civile', che, contrapponendosi al 'mutuo naturale', avrebbe luogo quando la una *datio* vera e propria non si verifica, come appunto nel caso della *non numerata pecunia* dopo che sia trascorso il biennio di prescrizione della *querella*: cfr., ad es., gl. *tuum* a D.12,1,2,2 e gl. *creditum* a D.12,1,2,3. Il punto non può essere in questa sede approfondito, e merita apposita trattazione. Basti qui soltanto segnalare come il concretizzarsi dopo il biennio di una obbligazione di restituzione di un mutuo di denaro mai ricevuto era non solo presente alla dottrina ispanica a partire dal secolo XVIII (cfr. ad es. I.J. DE ASSO Y DEL RIO Y M. DE MANUÉL Y RODRIGUEZ, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, Madrid, 1786⁴, 185 s.), ma viene trasfuso in numerose codificazioni latinoamericane, alcune delle quali ancora vigenti.

⁸Di riforma parla espressamente L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. V, tom. X, *De las obligaciones*, I, Santiago, 1992 (1° ed. 1927), 579 s.; per l'ispirazione nell'*aequitas* canonica di tale rivoluzionaria riforma, vd. A. LEVAGGI, *Introducción a los contratos en el derecho indiano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 7, 1999, 122 s.

⁹Cfr. F. TOMAS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1984⁴, n. 16, 243.

¹⁰Sulla valutazione dell'impatto di questa codificazione sul sistema contrattuale iberoamericano cfr. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones*, V/X, cit., 579 s. e A. LEVAGGI, *Introducción a los contratos*, cit., 122 s., i quali parlano espressamente, a questo proposito, di una riforma in tema di diritto dei contratti.

avuto larghissima applicazione nelle Americhe¹¹, mi pare qui necessario far risaltare l'importanza di questa *Ley*, la quale, come è stato correttamente notato, afferma nel *derecho 'clásico' de Castilla y León* il principio per cui *solus consensus obligat* secoli prima del suo venire in auge in Francia ed in Europa¹². Se tralasciamo i possibili addentellati di essa all'interno del sistema contrattuale romano, sui quali mi sono soffermato in altra sede¹³, mi pare possibile affermare che in essa debba riscontrarsi la vera e primigenia fonte del diffondersi del principio del consensualismo («*todos los contratos son consensuales*») in Europa prima, nell'America detta Latina, poi.

La più importante cassa di risonanza nelle Americhe di questo 'nuovo' modello era costituita senz'altro dal gesuita spagnolo, Bartolomeo de Albornoz. Questi, nato nella città di Talavera, non lontano da Madrid, nel XVI secolo, ebbe un ruolo fondamentale nella trattazione di quello che allora veniva definito *derecho mercantil* in America Latina¹⁴, e, per quello

¹¹ Sottolinea a questo proposito A. LEVAGGI, *Introducción a los contratos*, cit., 123 s., che, a discapito di tutte queste fonti, la categoria del contratto reale rimase saldamente vitale in America Latina, sia nei Codici che nella dottrina, almeno fino al C.c. federale del Messico (vd. *infra*, pp. 194 ss.): sul punto mi sia consentito nuovamente rinviare ai miei lavori sul tema, più volte citati nel corso della trattazione. Nella realtà avvenne che i giuristi continuarono ad adottare il sistema delle *Partidas* e del diritto romano, per la forza intrinseca di quest'ultimo, limitandosi a ricordare la norma dell'*Ordenamiento de Alcalá*, così come il fatto che in Spagna si andava affermando un orientamento diverso in tema di contratti. In sostanza si affermò che non sarebbe stato opportuno abbandonare la categoria dei contratti reali, e che interpretare la norma dell'*Ordenamiento de Alcalá* come se avesse invece voluto escludere proprio tale categoria significava non comprenderla correttamente, e spingersi addirittura più in là di dove lo stesso legislatore spagnolo avesse voluto arrivare: cfr., in questo senso, ad es., P. GÓMEZ DE LA SERNA Y J.M. MONTALBÁN, *Elementos de derecho civil y penal de España*, II, Madrid, 1861⁶, 297, nt. 1 e 446 e J. SALA, *Ilustración del derecho real de España*, I, Madrid, 1832³, 390, II, 19, 4 (ma vd. però anche J. SALA, *Institutiones romano-hispanae*, II, Valentiae, 1789, I, 3, 13, 1, 289; di quest'opera, come è noto, esistono varie edizioni pubblicate in diversi Paesi dell'America Latina, così che esiste un Sala messicano, cileno, colombiano ecc.: vd. anche *infra*, nt. 27); ma sul punto vd. pure L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, V/X, cit., 581: «el legislador [...] no entendía con ello desnaturalizar los contratos reales» così che «es imposible, en efecto, refundir los contratos reales en los contratos consensuales»; e, da ultimo, D.F. ESBORRAZ, *Contrato y sistema en América Latina*, Santa Fe-Buenos Aires, 2006, 143 ss.

¹² Cfr. A. LEVAGGI, *Manual de historia del derecho argentino (castellano-indiano/nacional)*, II, Buenos Aires, 1996², 165 s.; ID., *Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas*, Buenos Aires, 1982, 24 s.; sul punto vd. anche R. CARDILLI, *La «buona fede» come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 13, 2002, 123 ss. (= in *Studi in onore di A. Burdese*, I, Padova, 2003, 283 ss.); ID., «Bona fides» tra storia e sistema, Torino, 2004, 65 s.; ricordo, poi, che il diritto indiano (cfr. soprattutto la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* del 1680) è poco conferente per le tematiche di diritto privato, riguardando per la maggior parte tematiche di diritto pubblico: cfr., per tutti, A. LEVAGGI, *Introducción a los contratos*, cit., 121.

¹³ Cfr. A. SACCOCCIO, *Mutuo reale e mutuo consensuale*, cit., 101 ss.

¹⁴ Cfr. soprattutto A. GARCÍA GALLO, *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid,

che qui rileva, a lui va attribuito il merito del primo diffondersi del principio del consensualismo nel Nuovo Mondo: egli, infatti, fu il primo professore di diritto civile nella recentemente fondata Università di Città del Messico (1553 circa), dove venne a riunirsi una vera e propria élite letteraria che accorpava la intelligenza dell'intera America Latina¹⁵. La sua opera principale è il libro intitolato *Arte de los contratos*, dato alle stampe a Valencia nel 1573: tale opera ebbe al tempo un notevole successo oltre oceano¹⁶, e gli fece guadagnare il titolo di "padre dei giuristi messicani"¹⁷.

In quest'opera, Albornoz esalta il ruolo della *Ley de Alcalá* sopra vista, affermando che: «esta ley es admirable de grandísimo effecto y importancia. Y [...] corrige grandissima parte del derecho positivo, assi del Civil como de las Partidas, que con ella cessan»¹⁸. A suo avviso, questa *Ley* avrebbe infatti derogato il sistema contrattuale del diritto romano, ribadito poi dalle *Siete Partidas*, non solo concedendo la possibilità di concludere contratti *inter absentes*, superando cioè la necessità della contestualità dei contraenti imposta dalla *stipulatio*, ma soprattutto lasciando sorgere il vincolo obbligatorio direttamente sempre dal solo consenso, senza la necessità di alcun altro 'elemento obbligante', con l'accantonamento, tra le altre cose, anche dell'esigenza della *traditio rei* nei contratti reali, come appunto il mutuo¹⁹.

In realtà, la costruzione di Albornoz si dimostra piuttosto debole e frammentata, anche a causa del fatto che egli non riesce a liberarsi a pieno della tradizione. Infatti, rifiutata in nome di questa nuova concezione del contratto la contrapposizione contratti reali-contratti consensuali, evidenti appaiono le difficoltà concettuali di costruzione dogmatica, che mettono in crisi la tenuta stessa del concetto di contratto da egli proposto. Per non fare che un solo esempio, Albornoz, all'interno del *genus* 'contratti' (per lui tutti necessariamente consensuali) elabora una *species* costituita dalla categoria dei contratti 'reali' come contrapposta ai contratti 'perso-

1972, 147 ss.; ID., *La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII*, in *AHDE*, 44, Madrid, 1974, 197, nt. 135; ma vd. anche M.C. MIRROW, *Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, The University of Texas Press, Austin (Texas), 2004, part. I, cap. 4, 51.

¹⁵ Cfr. M. PICON-SALAS, *De la reconquista a la independencia*, México, 1975, 79.

¹⁶ L'opera si trova lodata già in J. DE SOLÓRZANO Y PEREIRA (1575-1655), *Política indiana*, 1647, cito dall'ed. Madrid, 1736, lib. III, cap. 1, n. 16, 223.

¹⁷ Sul punto, cfr. E. SOTO KLOSS, *El "Arte de los contratos" de Bartolome de Albornoz, un jurista indiano del siglo XVI*, in *Revista chilena de historia del derecho*, 11, Santiago, 1985, 163 ss.

¹⁸ Cfr. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contratos*, Valencia, 1573, fol. 5, lib. I, *De las obligaciones y promisiones*, cap. VIII.

¹⁹ Cfr. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contratos*, loc. cit., nt. 24; significativa è la definizione di mutuo che lo stesso Albornoz dà (vd. fol. 49, lib. II, Tit. III, *De el empréstito*, cap. I): «Empréstito es el Pleyto entre los ombre que prestan los unos de lo suyo a los otros».

nali': nei primi, si porrebbe in primo piano la 'persona' dei contraenti e gli obblighi a questi facenti capo; nei secondi, invece, «se considera por principal la cosa contractada, y la persona es accessoria a la cosa»²⁰.

La *Ley dell'Ordenamiento de Alcalá* si trova ribadita anche nella *Nueva Recopilación* del 1567 (*Nov. Rec.* 5,16,2), ma è il fatto che la *Novísima Recopilación* dell'anno 1805 accolga questo testo, collocandolo addirittura in apertura del Titolo X (vd. infatti *Novís. Rec.* 10,1,1), a dare il senso dell'importanza che si attribuiva al principio stesso ancora verso il finire del secolo XIX nel diritto ibero-americano.

Per altro verso, un ruolo verso l'affermarsi del consenso come solo elemento obbligante in tutti i contratti fu giocato in America Latina anche da un testo che trovò ampia diffusione nei territori del Nuovo Mondo, cioè il Progetto di Codice civile spagnolo redatto da Florencio García Goyena (1783-1855) nel 1851: come è noto, questo testo non fu mai adottato come Codice civile in Spagna, ma circolò ampiamente in America Latina, influenzando in maniera più o meno marcata dottrina e legislatori nazionali²¹.

Sul punto che qui interessa, si nota facilmente come García Goyena costruisca il mutuo come un contratto puramente consensuale.

Proyecto García Goyena art. 1630

«*Préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga á entregar á la otra ... dinero ú otra cosa de las fungibles ...*».

Certamente un ruolo decisivo nell'influenzare la riflessione del giurista spagnolo in tema di contratti avevano giocato gli scritti di alcuni commentatori della scuola dell'esegesi francese, dove il superamento della categoria dei contratti reali era da più parti auspicato²². Su questa scia, egli

²⁰ Cfr. Cfr. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contratos*, cit., foll. 37 ss., lib. II, *Prólogo*; in tal modo, così come il mutuo anche la vendita è considerata da Albornoz contratto reale, mentre la fideiussione sarebbe un contratto personale, e il deposito un contratto misto, perché in quest'ultimo vengono parimenti in considerazione *res* e *personae*. La classificazione, oltre ad essere oscura, non sembra rivestire utilità alcuna per lo studio del diritto e, difatti, non trova praticamente riscontri in nessun altro autore.

²¹ Sulla diffusione in America Latina del Progetto di García Goyena, vd. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 426 ss.

²² L'idea del consensualismo è veicolata in Francia per primo soprattutto da Toullier: cfr. C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil françois suivant l'ordre du Code Napoléon*, Rennes, 1811, cito dalla trad. it. *Il diritto civile francese secondo l'ordine del Codice*, Napoli, 1859, III, 382, n. 17: «Dunque, la denominazione di contratti reali non è quasi di alcun uso nella nostra giurisprudenza [...] per la qual cosa il Codice ha passato sotto silenzio la divisione de' contratti in consensuali e reali, perché essa non è di veruna utilità nella pratica». Cfr. anche, nello stesso senso, K.S. ZACHARIAE, *Droit civil français*, cito dalla trad. it. dell'ed. Paris, 1854-61, III, Napoli, 1862, par. 611, 585 e nt. 4; C. AUBRY-C. RAU, *Cours de droit civil français*, IV, Paris, 1871⁴, par. 340, 283 s.; G. BAUDRY-LACANTINERIE-A.WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XXIII (*De la société, du prêt, du dépôt*), Paris, 1907³, 359 s. (quest'ultimo però

afferma altresì che «Ahora todos los contratos son consensuales, en cuanto todos ellos obligan por el solo consentimiento, lo que no sucedia entre los romanos»; egli però, sostiene, con una argomentazione a dir poco sorprendente, che è preferibile continuare a chiamarli 'contratti reali', perché in essi l'obbligazione principale consisterebbe comunque nell'obbligo di consegnare la cosa²³.

L'affermarsi del principio del consensualismo, però, non si spinse fino all'esautoramento della categoria del contratto reale, che si mantenne ancora vitale in America Latina, almeno fino alle codificazioni civili del secolo XIX²⁴. Nella realtà avvenne che i giuristi continuarono ad adottare il sistema delle *Partidas* e del diritto romano, per la forza intrinseca di quest'ultimo, limitandosi a ricordare la norma dell'*Ordenamiento de Alcalá*, così come il fatto che in Spagna si andava affermando un orientamento diverso in tema di contratti²⁵.

In sostanza si affermò che non sarebbe stato opportuno abbandonare la categoria dei contratti reali, e che interpretare la norma dell'*Ordenamiento de Alcalá* come se avesse invece voluto escludere proprio tale categoria significava non comprenderla correttamente, e spingersi addirittura più in là di dove lo stesso legislatore spagnolo avesse voluto arrivare²⁶.

Così, per quanto riguarda più strettamente l'America Latina, la categoria del contratto reale, nella quale il mutuo giocava un ruolo decisamente di primo piano, fu con forza riaffermata da Juan Sala (1731-1806), professore a Valencia, nella sua *Ilustración del derecho de España*, opera apparsa per la prima volta nel 1803 e di grande diffusione in America Latina²⁷;

successivo a García Goyena). Non mancano voci contrarie: cfr., ad es., R.T. TROPLONG, *Commenti sul prestito, deposito, sequestro e contratti aleatori*, trad. it., Napoli, 1845, 9.

²³ Cfr. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1852 (rist. Zaragoza, 1973), comm. all'art. 976; ma vd. anche F. GARCÍA GOYENA-J. AGUIRRE-J. M. MONTALBÁN, *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*, II, Madrid, 1852², num. 2635, 206, nt. 1.

²⁴ Cfr. A. LEVAGGI, *Introducción a los contratos*, cit., 123 s.

²⁵ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La promesa obligacional en las "Partidas" como sede de la doctrina general de las obligaciones*, in *Revista chilena de derecho*, 34, 2007, 395 ss.

²⁶ Cfr. P. GÓMEZ DE LA SERNA Y J.M. MONTALBÁN, *Elementos de derecho civil y penal*, II⁶, cit., 297, nt. 1 e 446; ma vd. pure L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, V/X, cit., 581: «el legislador ... no entendía con ello desnaturalizar los contratos reales» così che «es imposible, en efecto, refundir los contratos reales en los contratos consensuales»; e, da ultimo, D.F. ESBORRAZ, *Contrato y sistema en América Latina*, cit., 143 ss.

²⁷ J. SALA, *Ilustración del derecho real*³, cit., 390, II,19,4 (ma vd. però anche J. SALA, *Institutiones romano-hispanae*, II, Valentiae, 1789, I,3,13,1, 289): «Los contratos reales, de que venemos á tratar, llamados así porque necesitan, para su constitución, que se entregue alguna cosa, que en latin se dice *res*, son tres, mutuo, comodato, deposito»; di quest'opera, come è noto, esistono varie edizioni pubblicate in diversi Paesi dell'America Latina, così che esiste un Sala messicano, cileno, colombiano ecc.: cfr. M. PESET, *Novísimo Sala mexicano o*

Eugenio de Tapia (1776-1860) con il suo *Febrero Novísimo*²⁸; dal giurista guatemalteco José María Álvarez (1777-1820) nelle *Instituciones*, la cui prima edizione è del 1818, e che forse costituirono la prima opera sul diritto indiano da parte di un giurista nato in America Latina²⁹; da Ignacio Jordán de Asso (1742-1814) nelle *Instituciones*³⁰; da Joaquín Escriche y Martín (1784-1847) nel suo famosissimo *Diccionario razonado de legislación*, che si diffuse nel Nuovo mondo grazie all'edizione curata dal giurista messicano Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel³¹; e, infine, dello stesso Rodríguez de San Miguel (1808-1877) nelle *Pandectas Hispano-mexicanas*, la cui prima edizione risale al 1839³².

2. L'accoglimento del mutuo reale nei cd. Cc. della 'transfusión del derecho romano' o della 'indipendenza'

2.1. Le opere che prepararono i cd. Cc. della 'transfusión del derecho romano' o della 'indipendenza'

Se si passa all'esame delle Codificazioni nazionali, notiamo come nei cd. Cc. della 'transfusión' del diritto romano e dell'indipendenza³³, come

el final del viejo derecho hispano, in *Memoria del IV Congreso de historia del derecho mexicano*, II, a cura di B. BERNAL, México, 1988, 895 ss.

²⁸ E. DE TAPIA, *Febrero novísimo, o librería de escribanos, abogados y jueces*, II, Valencia, 1828, 465: «Mutuo se llama la entrega gratuita de alguna de aquella cosas que se acostumbra medir, pesar ó contar, y que no pueden usarse sin consumirse, á fin de que el mutuuario disponga de ella como dueño, obligandose á devolver al mutuante igual cantidad en especie, bondad y demas calidades».

²⁹ L'opera, come è noto, si intitolava *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias*, edita per la prima volta in Guatemala negli anni 1818-1820; io cito dall'edizione curata da D. VÉLEZ SÁRSFIELD, dal titolo *Instituciones de derecho real de España*, Buenos Aires, 1834, 338, lib. III, tit. XIV, §,751 (ma vd, anche lib. IV, tit. VI, § 1181): «los contratos que se perfeccionan por la tradición se llaman reales, como el mútuo, comodato, depósito, prenda».

³⁰ Cfr. I.J. DE ASSO Y DEL RIO Y M. MIGUEL Y RODRÍGUEZ, *Instituciones del derecho real*⁴, cit., 60, lib. II, tit. 11: «El contrato de empréstito es aquel por el cual se pasa á dominio de otro la cosa fungible con obligación de volver otro tanto de la misma especie».

³¹ Cfr. J.E. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, ó sea Resúmen de las leyes, usos, prácticas y costumbre, come asimismo de las doctrinas de los jurisconsultos*, Valencia, 1838, 428, il quale, al massimo, ammetteva la vincolatività della promessa di mutuo.

³² Cfr. J.N. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, *Pandectas hispano-mexicanas*, II, México, 1839 (rist. 1980), num. 2900, 518. Su questa figura di giurista, anche con riferimento all'opera di Escriche, cit. alla nt. prec., vd. M. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *Juan N. Rodríguez de San Miguel, jurista conservador mexicano*, in *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, I, *Derecho romano. Historia del derecho*, a cura di N. GONZÁLEZ MARTÍN, México, 2006, 233 ss.

³³ Assumo la terminologia di S. SCHIPANI, *I codici latinoamericani della 'transfusión' del*

anche nei Progetti di Codice che li precedettero, l'inquadramento reale del contratto di mutuo non era sostanzialmente mai messo in discussione.

Ciò risulta in modo evidente già, ad esempio, nel cd. *Proyecto Acevedo*, redatto dal giurista uruguayano Eduardo Acevedo Maturana (1815-1863) nel 1852³⁴.

art. 2167

«El mutuo es un contrato por el cual se dá una cosa de las que se consumen por el uso ...»³⁵.

L'espressione '*por el cual*', reca in sé una ambiguità che, come dimostra il dibattito che proprio su questo punto sorgerà nel Cc. it. 1865³⁶, potrebbe essere sciolta tanto in chiave di consensualità (il mutuo è da ritenersi concluso con lo scambio di consensi, per mezzo del quale o in base al quale [*por el cual*] si è tenuti a dare), quanto in chiave di realtà (il mutuo è un contratto reale, per concludere il quale [*por el cual*] si deve necessariamente compiere una dazione). In realtà per quanto riguarda il testo scritto da Acevedo l'ambiguità facilmente si scioglie in quest'ultimo senso, grazie al richiamo fatto in nota al testo delle *Partidas* sopra visto.

Lo stesso modello 'reale', che, nelle intenzioni, si aggancia direttamente alle fonti romane, si trova per il mutuo anche nella *Consolidação des Leis civis* di Teixeira de Freitas (1816-1883)³⁷ del 1858, una sorta di lavoro preparatorio alla Codificazione brasiliana, che era di là da venire, e per il quale Freitas ricevette un incarico formale dal governo brasiliano, poi esteso anche alla elaborazione dell'*Esboço*.

diritto romano e dell'indipendenza. Verso Codici della 'mezcla' e 'Codici tipo', in Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1991, 665 ss. (= in spagnolo in *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, a cura di A. LEVAGGI, Buenos Aires, 1992, 15 ss.) ad indicare i Codici che si affermarono nel primo secolo dell'indipendenza dei Paesi dell'America Latina, sostanzialmente fino al Cc. del Brasile del 1916.

³⁴ Acevedo, che è altresì famoso per aver collaborato con Vélez Sársfield alla redazione del Codice di commercio argentino (1862), portò a termine ancora giovanissimo il ricordato Progetto di Codice: aveva appena trentasette anni. Ciò nonostante, la sua opera non mancò di lasciare una sensibile impronta nel processo codificatorio non solo dell'Uruguay, ma dell'intera America Latina: cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 459 ss.

³⁵ Cfr. E. ACEVEDO, *Proyecto de un código civil para el Estado Oriental del Uruguay*, Montevideo, 1852.

³⁶ Cfr. art. 1819 Cc. it. 1865: «Il mutuo o prestito di consumazione è un contratto, per cui una delle parti consegna all'altra ...»; per i dibattiti su questo punto, vd. in particolare V. GIUFFRÈ, *La «datio mutui»*, cit., 17 s.; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., 19 ss.; vd. anche *supra*, p. 161 e nt. 4.

³⁷ Per la figura di Teixeira de Freitas e per le fonti di seguito citate sia qui sufficiente il rimando al volume *Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1988.

art. 477

«Quando se-empresta alguma cousa, que consiste em numero, pêso, ou medida, e com o uso se-consome, o emprestimo chama-se mutuo».

Del resto, lo stesso a., nell'*Esboço* (1859-1867; si tratta, come è noto, di una sorta di preprogetto del condendo Codice civile elaborato dal giurista brasiliano), chiarisce senza ombra di dubbio che:

art. 1903

«Os contratos são consensuais ou reais.
Entram na classe dos contratos reais o mútuo ...».

art. 2208

«O mútuo è um contrato real.
Não se julgará concluído como tal sem a tradição da coisa imprestata ...».

Lo stesso Freitas, poi, aggiunge che, sebbene il mutuo sia senza ombra di dubbio un contratto reale, è comunque ammissibile la promessa di consegnare, la quale, se accettata dalla controparte, vale come contratto consensuale (art. 1905).

2.2. *Il Código de Andrés Bello*

L'impostazione di derivazione romanistica, quanto alla costruzione dogmatica del mutuo viene seguita dai principali Cc. dell'America Latina, che appartengono al periodo della 'maturità' del movimento codificatorio latinoamericano³⁸.

Nessun dubbio sull'inquadramento reale del mutuo nel Cc. del Cile (cd. *Código Bello*) del 1855.

art. 1443 Cc. chi.

«El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; ... y es consensual, cuando se perfecciona por el solo consentimiento».

art. 2196 Cc. chi.

«El mútuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad ...».

Andrés Bello, autore del Cc. cileno³⁹, non solo costruisce a livello codi-

³⁸Di '*Códigos de la madurez*' parla a questo proposito A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 349 s.

³⁹Sulla figura e sull'opera del codificatore latinoamericano Andrés Bello, autore del Cc.

cistico la categoria del contratto reale, con una scelta, peraltro ribadita anche da altri codificatori e che non ha mancato di sollevare perplessità⁴⁰, ma vi fa altresì espressamente rientrare anche il mutuo. Egli adotta in pieno il modello della tradizione del diritto romano, che, come vedremo, si trovava già negli stessi termini accolto dal Cc. del Perú del 1852 (vd. *infra*, pp. 197 ss.), e che negli stessi anni veniva elaborando anche Teixeira de Freitas in Brasile. Vedremo come lo stesso modello codificatorio sarà accolto da Tristán Narvaja per il Cc. dell'Uruguay del 1868 e da Dalmacio Vélez Sársfield per il Cc. argentino del 1869⁴¹.

La dottrina cilena degli anni seguenti, sebbene riconosca che l'accordo delle parti sia di per sé solo sufficiente alla perfezione del contratto, fa salvi i contratti reali e quelli solenni, in quanto «expresamente excetua-dos» dal legislatore stesso⁴².

Attualmente, però, in Cile si fa strada un filone dottrinario che considera la categoria del contratto reale «en franca decadencia, y es muy posible que llegue a desaparecer»⁴³.

2.3. Il Cc. dell'Uruguay

Anche il Cc. dell'Uruguay del 1868 definisce all'art. 1252 il contratto reale, sul modello del *Código* di Bello:

art. 1252 Cc. uru.

«... [el contrato] se llama real cuando la obligación principal que nace de él supone necesariamente la tradición de la cosa.

Antes de la tradición, la promesa aceptada de entregar o recibir la cosa sobre que versare el contrato, entra en la clase de los contratos consensuales».

Alla luce di queste norme, nessun dubbio può destare la definizione del mutuo contenuta all'art. 2197 dello stesso Codice:

del Cile, e personaggio dallo straordinario spessore culturale, vd. il volume *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso Internacional. Roma, 10/12 diciembre 1981*, Caracas, 1987.

⁴⁰ Cfr., almeno, i Cc. di Uruguay e Argentina, su cui vd. *infra* nel testo; sul punto, cfr. anche D.F. ESBORRAZ, *Contrato y sistema en América Latina*, cit., 144 e le ntt. 168 e 169.

⁴¹ Vedremo come, oltre che in Colombia, dove fu adottato il Codice di Bello, questo modello codificatorio per il mutuo e la stessa definizione di questo contratto ritornano anche in altri Paesi, come la Repubblica Dominicana o il Venezuela. Sul punto, rinvio agli ampi approfondimenti di D.F. ESBORRAZ, *Contrato y sistema*, cit., 147 ss.

⁴² Così cfr. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil, VIX*, cit., 579 s.

⁴³ Cfr. R. ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, I, Santiago, 1993, 74 s. vd. anche J. OSUÑA GÓMEZ, *Del contrato real y de la promesa de contrato real*, Santiago, 1947, *passim*.

art. 2197 Cc. uru.

«el mútuo o préstamo de consumo, es un contrato por el cual se da dinero ú otra cosa de las fungibles, con cargo de volver otro tanto de la misma especie y calidad».

Per la verità, la dottrina uruguayana ha tentato in vari modi di conciliare la categoria del contratto reale prevista dal Codice e risalente, nella tradizione giuridica di questo Paese, al sopra visto *Proyecto Acevedo* del 1852, con il principio consensualistico suppostamente accolto dallo stesso Codice in tema di contratti.

In proposito, alcuni studiosi di questo Paese hanno rispolverato la vecchia teoria della *traditio* come *condicio iuris* nel mutuo⁴⁴, che presenta non pochi punti deboli (vd. *supra*, p. 165, nt. 22). Altri invece, sfruttando il secondo comma dell'art. 1252 Cc. uru. sopra visto (prima della *traditio* la promessa accettata di dare vale come contratto consensuale), hanno affermato per il diritto uruguayano che tutti i contratti sono consensuali (e tra questi c'è anche la promessa di mutuo, che, se accettata, produce l'obbligo di perfezionare il contratto definitivo di mutuo), ma la legge prevederebbe, in una sorta di non meglio specificato rapporto *genus-species*, anche contratti in cui si richiede *quoad constitutionem* l'elemento aggiuntivo della consegna⁴⁵.

In senso critico, invece, si è sostenuto da parte di alcuni che è opportuno comunque rispettare la scelta fatta dal Codice in chiave di realtà di alcuni contratti, sebbene questa categoria debba essere considerata come un mero relitto storico, che collide con l'idea moderna del principio del consensualismo e che, *de iure condendo*, andrebbe eliminata⁴⁶. Nello stesso senso critico, invece, altri studiosi sono andati ancora oltre, affermando che, seppure senza dubbio il Codice civile uruguayano abbia avuto tutte le intenzioni di consacrare la categoria del contratto reale, ciò non toglie che debba comunque riconoscersi che questa categoria non possa trovare spazio nell'ordinamento giuridico dell'Uruguay: il legislatore uruguayano, infatti, mentre enunciava la categoria all'art. 1252 primo comma, nel secondo comma dello stesso art., così come nel successivo art. 2299 (promessa di pegno), avrebbe consacrato la poeriorità del principio consensualistico, così che i contratti reali dovrebbero essere tutti dissolti nel-

⁴⁴ Cfr. J. PEIRANO FACIO, *Curso de contratos*, Montevideo, 1962, 204 ss.

⁴⁵ Cfr. J. SÁNCHEZ FONTÁNS, *La teoría del contrato real y el Código civil uruguayo*, in *Rev. C.E.D.*, t. 19, n. 86, Montevideo, 1958, 627 ss. (che però non ho potuto vedere); contro una simile impostazione, vale l'osservazione per cui «tra un contratto reale e un contratto consensuale non sembra possa sussistere un rapporto di continenza, sibbene di incompatibilità»: cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto*, cit., 77.

⁴⁶ Cfr. G. ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de derecho de las obligaciones*, I, *La obligación y el contrato*, Montevideo, 1998, 283 ss.: «hoy se trata de una categoría producto de una mera tradición histórica y que debería ser eliminada del derecho contemporáneo».

l'idea generale della consensualità, che il legislatore avrebbe considerato predominante nel diritto dei contratti⁴⁷.

2.4. *Il Código de Vélez*

Analogamente a quanto finora visto, anche Vélez Sársfield⁴⁸ compì la stessa scelta nel Codice civile argentino del 1869. Ciò risulta evidente non solo da una lettura degli artt. 1140-1142, ma anche dagli artt. 2240 e 2242.

I primi tre si riferiscono alla contrapposizione tra contratti consensuali e reali:

art. 1140 Cc. arg. 1869

«*Los contratos son consensuales o reales ...*».

art. 1141 Cc. arg. 1869

«*Los contratos reales, para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre que versare el contrato*»

art. 1142 Cc. arg. 1869

«*Forman la clase de los contratos reales, el mutuo ...*».

I secondi due, invece, chiariscono in maniera non controvertibile che il mutuo appartiene alla *species* dei contratti reali:

art. 2240 Cc. arg. 1869

«*Habrà mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir ...*»

art. 2242 Cc. arg.

«*El mutuo es un contrato esencialmente real, que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa*».

Il 'vecchio' Cc. argentino, all'art. 2244, ammette altresì la configurabilità anche di una promessa di mutuo; questa, però, se inadempita, non comporta mai una responsabilità in capo al promittente, in caso di mutuo gratuito, mentre, in caso di mutuo oneroso, comporta solo il diritto al ri-

⁴⁷ Cfr. J. GAMARRA-G. FERNANDÉZ-J. QUIRÓ SALDAÑA, *Contratos reales*, in J. GAMARRA (ET ALII), *Tratado de derecho civil uruguayo*, IX, Montevideo, 2003⁴, 12 ss. (ma vd. anche 36 ss.): «la figura del contrato real no tiene una justificación propia en el plano lógico-jurídico, y debe explicarse por razones de carácter histórico, que mantuvieron, por razones de tradición, una categoría que hoy no tiene razón de ser».

⁴⁸ Sulla figura di Dalmacio Vélez Sarsfield vd. *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. CHIPANI, Padova, 1991.

sarcimento del danno, e mai all'esecuzione in forma specifica del contratto stesso, ma soltanto se accettata dalla controparte⁴⁹.

Lo stesso Vélez, nella nt. agli artt. 1141 e 1142, precisa che in materia contrattuale il modello del diritto argentino, piuttosto che non quello francese, è il diritto romano, perché «el consentimiento no basta por regla general para hacer una convención civilmente obligatoria», ma «el comdoato, el mutuo, el depósito y la prenda no existen como tales, sino por la entrega de la cosa que forma el objeto»⁵⁰.

2.5. *Il Código Beviláqua e il nuovo Cc. del Brasile (2003)*

La realtà del mutuo è assunta anche dai Cc. del Brasile, prima da quello del 1916 e poi dal recentissimo Codice del 2003.

art. 586 Cc. bra. 2003 (= art. 1256 Cc. bra. 1917)

«O mútuo è o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário è obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade».

In realtà, in Brasile, la realtà del mutuo ha avuto una storia tutto sommato travagliata.

Nel diritto luso-brasiliano, sebbene la realtà del mutuo emergesse in maniera abbastanza nitida ancora dalle *Ordenações Filipinas* (1603)⁵¹, si affermò rapidamente il principio della vincolatività del solo consenso, comunque manifestato, ciò che avrebbe comportato un ridimensionamento,

⁴⁹ Si tratta di un punto in cui Vélez si allontana nettamente dal modello offerto da Freitas; sul punto, vd. G.A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Contratos*, II, Buenos Aires, 1983⁵ (1° ed. 1955), 775; J.M. APARICIO, *Contratos/1. Parte general*, Buenos Aires, 1997, 131; F.J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, I, *Parte general*, Buenos Aires, 1997⁴, 92 ss.; per una critica alla norma, vd. però già il cd. *Proyecto Babiloni* (vd. *infra*, p. 201 s.) 275 s., alla luce del quale anche il promittente di un mutuo gratuito era tenuto, a meno che le condizioni patrimoniali della controparte non fossero nel frattempo sensibilmente mutate; analogamente, nello stesso senso, vd., più di recente, E.C. WAYAR, *Contratos*, Buenos Aires, 1993, 221 ss.; J.M. ITURRASPE-M.A. PIEDECASAS, in *Código civil comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Contratos. Parte general. Artt. 1137 a 1216*, a cura di J.M. ITURRASPE-M.A. PIEDECASAS, Santa fe, 2004, 56 s.

⁵⁰ «Bajo este respecto el Derecho Francés difiere esencialmente del Derecho Romano y del nuestro, cuyas disposiciones reposan sobre el principio contrario [a quello del consensualismo], es decir, sobre el principio que el consentimiento no basta por regla general para hacer una convención civilmente obligatoria». Ma che per Vélez il mutuo fosse senza ombra di dubbio un contratto reale è ribadito, qualora ve ne fosse ulteriore bisogno, anche dal richiamo a I.3,15,1 e a D.12,1,1 che si legge nella nt. all'art. 2240.

⁵¹ Cfr. *Ord. Fil.* 4,50: «Toda a pessoa, que empresta a outra cousa alguma, que consiste em numero, peso, ou medida, como dinheiro ... tanto que se recebe a tal cousa emprestada ... fica sempre obrigado a pagar o genero ...».

se non la vera e propria scomparsa del contratto reale in genere, e la costruzione consensuale di questo contratto⁵².

Ma i lavori di Teixeira de Freitas prima (vd. *supra*, p. 180 s.), la lettera del Codice del 1917, poi, si diressero in maniera chiara verso l'accoglimento della nozione di contratto reale⁵³. Del resto, che nelle intenzioni del legislatore brasiliano il mutuo appartenesse senza discussioni a questa categoria era affermato senza discussioni già dal redattore stesso del Codice, il giurista Clovis Beviláqua (1859-1944)⁵⁴.

Ma ciò non ha impedito che in Brasile si creassero spaccature già all'interno della dottrina sviluppata nei primi decenni successivi all'emanazione del Codice stesso e fino agli anni immediatamente precedenti all'emanazione del Cc. vigente: da un lato, infatti, troviamo quanti affermavano quasi acriticamente la necessaria esistenza dei contratti reali, e postulavano l'appartenenza del mutuo a questo *genus* così riaffermato⁵⁵; dall'altro lato, si collocano quanti affermavano invece che per il principio del consensualismo tutti i contratti dovevano intendersi come consensuali, e che laddove Codice aveva previsto delle 'eccezioni' (tra le quali veniva annoverato anche il mutuo), queste dovevano essere valutate come una sorta di ossequio alla tradizione giuridica, da eliminare quanto prima⁵⁶.

Appare significativo come anche nel pensiero di uno dei massimi civilisti brasiliani del XX secolo, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1978), si assiste ad una sorta di evoluzione di pensiero sul punto.

⁵² Cfr. P.J. DE MELO FREIRE, *Institutiones juris civilis lusitani, cum publici tam privati*, Coimbra, 1800³ (1° ed. Lisboa, 1789), IV,2,4; L. TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, II, Rio de Janeiro, 1872⁴ (rist. Brasília, 2004), § 656, 232, i quali ripetono, con formula sostanzialmente identica: «hoje todos os contractos são consensuaes, e assim, a sua divisão em contractos reaes, litteraes, consensuaes, nominados e innominados, de que o Direito romano se occupa com grande apparato, não tem uso algum entre nós, visto que as obrigações pacticias só nascem do consentimento das partes contractantes»; cfr. anche M.A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil*, II, Coimbra, 1844 (rist. São Paulo, 1984), § 734, 418.

⁵³ Da questo punto di vista, il Codice del 1917 addirittura migliorava sul punto il progetto preliminare, che mentre per il comodato affermava espressamente che questo contratto era «perfeito pela tradição» (art. 1464), non ripeteva una norma simile per il mutuo, né dava la definizione del contratto (vd. artt. 1471 ss.): cfr. *Projecto do Código civil brasileiro. Trabalhos da Comissão especial da Camara dos Deputados*, I, Rio de Janeiro, 1902, 252.

⁵⁴ Cfr. C. BEVILÁQUA, *Direito das Obrigações*, Recife, 1895 (rist. della 5° ed., Rio de Janeiro, 1977), rispettivamente 186 e 250, dove però non si esclude la possibilità di una promessa di mutuo.

⁵⁵ Cfr. J.M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado principalmente do ponto de vista prático. Direito das obrigações (arts. 1188-1264)*, XVII, Rio de Janeiro-São Paulo, 1955⁶ (1° ed. 1947), 432 s., il quale ammette solo la promessa di mutuo.

⁵⁶ Cfr. C.M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, III, *Fontes das Obrigações*, Rio de Janeiro, 1998¹⁰ (1° ed. 1963), §. 185, 7 ss.; § 191, 36 s.; § 246, 218 ss.

Questo giurista, dapprima, parlando in generale dei contratti reali, afferma, nel 1956, che l'ordinamento giuridico brasiliano conosce solo la figura del mutuo reale, e che pertanto il mutuo consensuale deve essere respinto, potendosi, al massimo, ammettere un precontratto di mutuo reale⁵⁷. Successivamente, nel 1962, lo stesso giurista afferma che «no direito brasileiro, o mútuo è, de regra, contrato real», però aggiunge che nello stesso ordinamento «pode haver o mútuo consensual», il quale, comunque, va tenuto distinto dal precontratto di mutuo⁵⁸. Di conseguenza, Pontes de Miranda coglie una sorta di tripartizione all'interno del contratto di mutuo, ipotizzando l'esistenza sia di un mutuo reale, che costituisce lo schema 'tipico' del contratto, disciplinato anche a livello codicistico; sia di un contratto preliminare di mutuo e, infine, anche di un mutuo consensuale. Quest'ultimo andrebbe a collegarsi in modo quasi naturale con il cd. '*pacto de mútuo de prestação*' (o '*mútuo de convenção*'), che in qualche modo corrisponde al '*Vereinbarungsdarlehen*' del diritto tedesco: concluso un contratto, ad esempio una compravendita, il compratore debitore pattuisce di ricevere a mutuo il prezzo dal venditore, con la conseguenza di pagarlo poi a rate allo stesso venditore-mutuante⁵⁹.

In ogni caso, il Cc. bras. del 2003, all'esito di tutta questa discussione, ha ignorato il filone 'consensualista', che si andava nel corso del tempo rafforzando, ed ha significativamente ribadito, all'art. 586 sopra visto, la scelta della realtà del mutuo. In quest'ottica, al giorno d'oggi nella dottrina brasiliana è diffusa l'opinione per cui «a classificação dos contratos em consensuais e reais não anula o princípio do consensualismo»⁶⁰, così che il mutuo può essere tranquillamente inquadrato tra i contratti reali, ciò che però non toglie la possibilità di concludere una promessa di mutuo, che può essere unilaterale o bilaterale⁶¹. Si tratta di una posizione che, a

⁵⁷ Cfr. F. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado. Parte geral*, III, São Paulo, 1983⁴ (1° ed. 1954), 18 s.

⁵⁸ Cfr. F. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado. Parte especial*, XLII, São Paulo, 1984³ (1° ed. 1962), 8 ss., dove l'a. precisa che la consegna nel mutuo reale non è un requisito né di efficacia né di validità, ma riguarda l'esistenza stessa del contratto.

⁵⁹ F. PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XLII³, cit., 11 s.

⁶⁰ Cfr. O. GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro, 2002²⁵ (1° ed. 1959), 75.

⁶¹ Sul punto, oltre a O. GOMES, *Contratos*²⁵, cit., 319; cfr. anche S. RODRIGUES, *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, III, São Paulo, 2002²⁸, 35 e 262; M.H. DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, III, *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, São Paulo, 2002¹⁷, 93 e 298; L. ROLDÃO DE FREITAS GOMES, *Contrato*, Rio de Janeiro-São Paulo, 2002², 65 e 270; ID., *Tratado teórico e prático dos contratos*, III, São Paulo, 2002, 169; Á. VILLAÇA AZEVEDO, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. Curso de direito civil*, São Paulo, 2002, 71 s.; A. RIZZARDO, *Contratos*, Rio de Janeiro, 2005, 79 e 599; P. NADER, *Curso de direito civil*, III, *Contratos*, Rio de Janeiro, 2005, § 15, 48 s. (con qualche dubbio) e § 104, 351.

mio avviso, prende forza dalla previsione del nuovo Codice civile, e, nel contempo, la rafforza.

2.6. *L'accoglimento del mutuo reale negli altri Cc. latinoamericani nel corso del XIX e XX secolo*

2.6.1. *La Colombia*

Anche in Colombia, dove, come è noto, si adottò il Cc. cileno a partire dal 1877, la categoria del contratto reale è riconosciuta a livello codicistico, così come l'appartenenza ad essa del mutuo.

art. 1550 Cc. col.

«El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere ...»

art. 2221 Cc. col.

«El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad».

art. 2222 Cc. col.

«No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio».

Dal canto suo, il *Código de comercio* di questo Paese (1971), da un lato, accoglie per i contratti commerciali il principio consensualistico, dall'altro lato, fa comunque salvo il caso del mutuo reale, ammettendo però la possibilità di concludere una promessa di mutuo.

art. 824 Ccom. col.

«Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad.

Este principio ..., prescinde en materia mercantil ..., de la categoría de los contratos reales, contemplada por el ordenamiento civil».

art. 1169 Ccom col.

«Quien prometa dar en mutuo puede abstenerse de cumplir su promesa, si las condiciones patrimoniales del otro contratante se han alterado en tal forma que hagan notoriamente difícil la restitución, a menos que el prometiende mutuario le ofrezca garantía suficiente».

Anche nella dottrina colombiana, da un lato ci sono autori che rimangono ancorati alla categoria del contratto reale, all'interno della quale sen-

za dubbio viene fatto rientrare il mutuo⁶², anche quando si tratti di contratto commerciale⁶³.

Dall'altro lato, non mancano studiosi che evidenziano la collisione tra la categoria dei contratti reali ed il principio consensualistico, che viene presentato come «una de las evoluciones históricas del derecho contractual más importantes y trascendentales» dal diritto romano ai nostri giorni⁶⁴: da parte di costoro addirittura si giunge a dire che la richiesta della *traditio* per la perfezione di un contratto è una «formalidad caprichosa y arbitraria»⁶⁵ o è addirittura «inútil»⁶⁶.

2.6.2. La Bolivia

Per quanto riguarda gli altri Paesi latinoamericani, il modello reale si trova applicato al mutuo anche nell'ordinamento giuridico boliviano, dove si possono vedere gli artt. 879 e 895 del Cc. del 1976⁶⁷.

art. 879 Cc. bol.

«El préstamo es un contrato por el cual el prestador entrega una cosa al prestatario para que éste la use y consuma y se la devuelva o restituya su equivalente después de cierto tiempo.

art. 895 Cc. bol.

«El mutuo es el préstamo de cosas fungibles que el mutuario está obligado a devolver al mutuante en cosas de igual género, cantidad y calidad».

Per la verità, la lettera dell'art. 895 non fornisce alcun espresso contri-

⁶² Cfr., ad esempio, F. VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, VIII, Paris, s.d. (ma 1920²), 232 ss., il quale afferma che nel diritto colombiano il principio consensualistico, rifiutato in linea di principio («sólo la tradición de la cosa perfecciona el contrato de mutuo»), non trova ingresso neanche per la promessa di mutuo, che opera solo grazie ad una sorta di *factio traditionis* (vd. in partic. 234 e 236); H. SALAMANCA, *Derecho civil. Curso*, IV, *Contratos*, Bogotá, s.d. (ma 1988), 225 ss.

⁶³ Cfr., ad es., J. OVIEDO ALBÁN, *Apuntes sobre el contrato bilateral de promesa en el derecho privado colombiano*, in *Universitas*, 106, 2003, 652; della stessa opinione appare anche la giurisprudenza colombiana recente: vedila richiamata da J.A. DEL CASTILLO, *Estudio sobre el perfeccionamiento del contrato de mutuo en el Código de Comercio colombiano*, che ho potuto reperire all'indirizzo <http://www.monografias.com/trabajos16/contrato-de-mutuo/contrato-de-mutuo.shtml>.

⁶⁴ Cfr. C.J.G. BUSTAMANTE, *Categorías de contratos*, in *Derecho de las obligaciones*, I, a cura di M. CASTRO DE CIFUENTES, Bogotá, 2009, 481 s. e 484; G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, 2009⁷, 66 s., 230.

⁶⁵ Cfr. G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato*, cit., 67.

⁶⁶ Cfr. A. VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, IV, Bogotá, 1988, 159 s.

⁶⁷ Il Cc. della Bolivia del 1976, che fa seguito alle codificazioni avutesi in questo Paese nel 1831 e nel 1845, è fortemente modellato sul Cc. it. 1942: cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 522 ss.

buto per il problema qui in questione, mentre il 'por el cual' dell'art. 879 non lascia intendere se la 'entrega' faccia parte della fase costitutiva del contratto e ne rappresenti solo l'esecuzione⁶⁸.

Ma verso l'inquadramento reale del contratto di mutuo si può notare come l'art. 899, in cui si elencano le obbligazioni del mutuante, non c'è parola di una eventuale obbligazione di consegnare da parte di questi, mentre, del resto, il mutuo è espressamente inserito tra i contratti reali nel *Código de Comercio* boliviano del 1978.

art 1331 Ccom bol.

«El contrato de préstamo no se perfecciona sino con la entrega del dinero al prestatario en la cantidad convenida y deberá constar por escrito».

D'altra parte, anche la dottrina boliviana appare conoscere la categoria del contratto reale, ed approvare la sua estensione, tra gli altri, anche al mutuo⁶⁹.

2.6.3. *Il Venezuela*

In Venezuela, come è noto, si sono succeduti ben dieci Cc., dal primo del 1861 all'ultimo del 1982⁷⁰. Ovviamente, la natura del presente lavoro non consente di seguire dettagliatamente lo sviluppo di ciascuno. Vale però la pena segnalare come dopo il Cc. del 1861, fortemente ispirato al modello del Cc. di Andrés Bello e per questo difensore della categoria dei contratti reali, il secondo Cc., entrato in vigore nel 1867, segue da vicino il modello offerto dal *Proyecto* di García Goyena⁷¹, il quale, come abbiamo sopra visto, propugnava l'abolizione della categoria dei contratti reali, in ossequio al principio per cui 'tutti i contratti sono consensuali': in realtà, però, il Codice in questione mantiene la riferita posizione per il comodato, il quale ha struttura chiaramente consensuale⁷², ma non per il mutuo

⁶⁸ Sostanzialmente identica era la formulazione sul punto del Cc. del 1830 (il famoso *Código de Santa Cruz*, che altro non era se non un riadattamento del *Code Napoléon*: vd. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 307 ss.), che all'art. 1254 prevedeva: «El mutuo es un contrato por el que una de las partes entrega a la otra una cosa o cosas que se consumen por el uso, con el cargo de que le ha de volver, en la misma especie y calidad»; sulla ambiguità dell'espressione 'por el cual' (= per cui), vd. quanto detto *supra*, p. 180.

⁶⁹ Cfr. E. KAUNE ARTEAGA, *Curso de derecho civil. Contratos. Teoría general de los contratos*, I, La Paz, 2001⁵, 25.

⁷⁰ Sul punto, cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 282 e 513 ss., il quale ricorda come in realtà, a partire dal Cc. del 1873, i Cc. successivi non apportarono che poche modifiche a quelli precedenti.

⁷¹ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 428 s.

⁷² Art. 1528: «Prestamo es un contrato, por el cual una de las partes se obliga á entregar á la otra alguna cosa, de las no fungibles ...».

(chiamato 'prestamo simple'), per il quale viene conservata una definizione che pare rispecchiarne un inquadramento reale.

art. 1545 Cc. ven. 1867

«El que recibe en préstamo dinero ú otras cosas fungibles, adquiere su propiedad, y está obligado á devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

L'inquadramento reale del mutuo viene poi mantenuto da tutte le altre codificazioni venezuelane, fino al Cc. del 1982, attualmente vigente.

art. 1735 Cc. ven. 1982

«El mutuo es un contrato por el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas, con cargo de restituir otras tantas de la misma especie y calidad»⁷³.

Anche in questo caso, l'espressione codicistica 'por el cual', potenzialmente anfibologica, non è in grado di nascondere la scelta del legislatore, la quale può essere chiaramente delineata alla luce della dottrina venezuelana; quest'ultima, infatti, difende strenuamente la categoria del contratto reale, ed anzi muove critiche al principio consensualista in materia contrattuale⁷⁴, o, quanto meno, ne ammette una sorta di 'coabitazione' con i contratti reali (come anche con quelli solenni), nei casi particolari in cui il legislatore abbia previsto questi ultimi⁷⁵.

2.6.4. *Il Guatemala*

In Guatemala, i Cc. del 1877 e del 1933 non solo avevano una norma che definiva il contratto reale, sul modello dei Cc. cileno e argentino⁷⁶, ma

⁷³ Letteralmente identico era l'art. 1673 del Cc. ven. del 1880; per il Cc. 1893 vd. *infra* nt. seguente.

⁷⁴ I giuristi venezuelani sembrano voler interpretare il principio consensualista (insito nella definizione del contratto come accordo) come norma di carattere generale, e la norma sul mutuo come contratto reale come norma speciale: per la dottrina più antica, vd. A. DOMINICI, *Comentarios al Código civil venezolano (reformado en 1893)*, IV, Santo Domingo, 1905 (rist. Caracas, 1982), 169 (basato sul Cc. venezuelano, del 1893); per la dottrina più recente, cfr. A.R. MARÍN E., *Contratos*, III, Mérida, 1998, 305 s.; E. MADURO LUYANDO-E. PITTIER SUCRE, *Curso de obligaciones. Derecho civil*, III, t. II, Caracas, 2005¹⁵, 549; J.L. AGUILAR GORRONDONA, *Derecho civil*, IV, *Contratos y garantías*, Caracas, 2005¹⁵, 566 ss.

⁷⁵ Vd. J. MELICH ORSINI, *Una visión a la evolución iberoamericana del contrato*, in AA.VV., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo*, Bogotá, 1998, 151 ss.; ID., *Doctrina general del contrato*, Caracas, 1993², 18 ss. e soprattutto 46 ss.; per un orientamento simile, vd. anche J. MEJIA ALTAMIRANO, *Contratos civiles*, Caracas, 2001, 412 ss.

⁷⁶ Cfr. art. 1367 Cc. 1877 = art. 1398 Cc. 1933: «[Los contratos son] ... reales, cuando se require para su perfección la entrega de la cosa».

ribadivano per il mutuo la scelta della realtà non solo nella sistemazione di questo contratto sotto il *Titulo IV* del Libro III, intitolato '*De los contratos reales*', ma tale struttura era evidenziata anche nella definizione stessa del contratto⁷⁷.

Nella Codificazione del 1963, la cassazione della norma contenente la definizione del contratto reale rivela le intenzioni del legislatore, del resto fatte chiare anche dai lavori preparatori, di accogliere il principio '*solus consensus obligat*' ed abolire così la categoria del *re contrahere*⁷⁸; però poi, stranamente, la definizione del contratto di mutuo contenuta all'art. 1942 continua ad avere una impronta conforme con la struttura reale.

art. 1942 Cc. gua. 1963

«*Por el contrato de mutuo una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles ...*».

Del resto, quegli stessi lavori preparatori che nel commentare la definizione di contratto, avevano proposto l'abolizione del contratto reale, qui espressamente definiscono il mutuo proprio come 'contratto reale'⁷⁹.

In ogni caso, la dottrina appare ferma nella critica alla realtà del mutuo e propone fermamente l'inquadramento di questo contratto tra quelli consensuali⁸⁰.

2.6.5. *Il Paraguay e altri Paesi*

In Paraguay nel 1876 si adottò il Cc. argentino di Vélez Sársfield, e fu solo nel 1985 che si giunse ad una codificazione autonoma⁸¹. Nel nuovo Codice si mantiene la scelta della realtà del mutuo.

art. 1292 Cc. par. 1985

«*Por el contrato de mutuo, o préstamo de consumo, una parte entrega en propiedad a la otra una suma de dinero u otras cosas fungibles que ésta última está autorizada a consumir, con la obligación de restituirlas en igual cantidad, especie y calidad, al vencimiento del plazo estipulado*».

⁷⁷ Cfr. art. 1866 Cc. 1877 = art. 1902 Cc. 1933 («mutuo es un contrato real por el que una persona entrega á otra ...»).

⁷⁸ Significative, in questo senso, appaiono non solo la creazione di una parte generale dedicata al negozio giuridico, ma anche le stesse affermazioni che si leggono a proposito della definizione del contratto (vd. *Decreto Ley 106. Exposición de motivos*, 49, nt. 64): «Sin embargo la calificación de reales en oposición a los consensuales, va desapareciendo de la mayor parte de los códigos modernos. No hemos encontrado una razón satisfactoria ... para que se conserve todavía esta división».

⁷⁹ Cfr. *Decreto Ley 106*, cit., 116, nt. 129.

⁸⁰ Cfr. E.R. VITERI, *Los contratos en el derecho civil guatemalteco (parte especial)*, Guatemala, 1992, 345 ss.

⁸¹ Cfr., sul punto, A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 455 ss. e 526 ss.

Sul modello del Cc. argentino, il Cc. par. 1985 riconosce anche l'obbligatorietà della promessa di mutuo, per entrambe le parti, se si tratta di mutuo oneroso, solo per il promittente, se si tratta di mutuo gratuito.

art. 1293 Cc. par. 1985

«*La mera promesa de mutuo será obligatoria para ambos contratantes cuando fuere a título oneroso, y sólo para el promettente en caso de serlo a título gratuito*».

Per quanto riguarda il mutuo, la dottrina paraguayana ne ribadisce l'inquadramento reale, rifiutando espressamente qualsiasi tentativo in senso opposto⁸². Peraltro non manca chi, anche in questo Paese, nota come la distinzione tra contratti consensuali e reali «*tiende a desaparecer en los Códigos modernos, pues la especie de los contratos reales tiende a extinguirse*»⁸³.

Infine, il mutuo è considerato come contratto reale non solo nella Repubblica Dominicana, dove nel 1845 si adottò di fatto il Codice napoleonico⁸⁴; ma anche in Ecuador, dove, come è noto, si adottò il Cc. cileno (1858-1860)⁸⁵; o in altri Paesi dove comunque forte è stato l'influsso dello stesso Codice di Bello, come a El Salvador (1859)⁸⁶; in Honduras (1906)⁸⁷; a Panama (1916)⁸⁸; ma

⁸² Cfr., ad es., J.R. TORRES KIMSER-B. RÍOS AVALOS-J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho bancario*, Asunción, 1999², 226 ss.; M.A. PANGRAZIO, *Código civil paraguayo comentado. Libro tercero*, Asunción, 1998, 530 s., il quale, però, assume delle posizioni che non sempre appaiono limpidissime, perché dapprima afferma che il mutuo è un contratto reale, però poi aggiunge che si tratta di un contratto bilaterale, in cui «el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a restituir otro tanto de la misma especie y calidad».

⁸³ Cfr. R. SILVA ALONSO, *Derecho de las obligaciones en el Código Civil Paraguayo*, Asunción, 2000⁶, 423.

⁸⁴ Cfr. art. 1892 Cc. rdo.: «El préstamo de consumo es un contrato, por el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso, quedando obligada esta última a devolver otro tanto de la misma especie y calidad».

⁸⁵ Cfr. gli artt. 1486 e 2126 Cc. ecu., che corrispondono agli artt. 1443 e 2196 del Cc. Chil. sopra ricordati.

⁸⁶ Art. 1954 Cc. sal.: «El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad».

⁸⁷ Cfr. artt. 1544 Cc. hon. per la definizione del contratto reale e 1932 Cc. hon. per il mutuo: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

⁸⁸ Cfr. art. 1444 Cc. pan.: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad»; a Panama, per una complessa tradizione, fu vigente il Cc. di Bello fino alla codificazione del 1916, che comunque ne è fortemente influenzata: cfr. O. DEL MORAL, *El Código civil de Bello en Panamá*, in *Revista Estudios Socios-Jurídicos*, 8, 2006, 169 ss.; più in generale, per gli influssi del Codice di Bello in questi Stati, vd. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 403 ss. (El Salvador), 420 ss. (Honduras), 423 ss. (Panama).

anche in Costa Rica (1886)⁸⁹. Lo stesso avviene in Nicaragua, dove nel 1904 si adottò il Cc. argentino, rimpiazzando il precedente Cc. del 1867⁹⁰; ma anche a Portorico, dove nel 1889 fu esteso il Cc. spagnolo⁹¹.

3. *L'accoglimento del mutuo consensuale*

3.1. *Il Messico*

Il filone 'consensualista' in tema di contratti, che affondava le sue radici soprattutto nel sopra visto *Ordenamiento de Alcalá*, in America Latina trovò il suo primo sbocco a livello Codicistico nel *Código federal* del Messico del 1928, a proposito del quale non mancarono anche di influire sia le Codificazioni europee che nel frattempo si erano mosse nella stessa direzione (soprattutto l'OR svizzero del 1902, ma anche il cd. *Proyecto García Goyena*⁹²), ma anche alcune letture di ambito dottrinario europeo (soprattutto Baudry-Lacantinière, ma anche Jousserandot, Toullier, Planiol ecc.: vd. *supra*, nt. 22), che da tempo venivano difendendo il principio per cui 'tutti i contratti sono consensuali'.

In realtà la situazione del Messico si presenta come piuttosto complessa. Infatti, in questo Paese, i Codici civili federali del 1870 e del 1884, pur prevedendo che «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento» (art. 1392 Cc. méx. 1870) adottavano per il mutuo una formulazione che evocava la realtà del contratto⁹³; del resto, la dottrina messicana fino alla fine dell'Ottocento non aveva dubbio alcuno nell'affermare che nel mutuo la *traditio* era richiesta per il perfezionamento del contratto stesso⁹⁴.

⁸⁹ Art. 1343 Cc. cos.: «El mutuario adquiere en propiedad la cosa prestada y corre de su cuenta a todo riesgo desde el momento en que le fue entregada»; cfr. A. BRENES CÓRDOBA, *Tratado de los contratos*, San José, 1998⁵, 49 e 325; sulla 'ecletticità' di questo Cc. rispetto ai modelli al tempo circolanti, vd. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 467 ss.

⁹⁰ Cfr. art. 3390 Cc. nic.: «Habrà mutuo o préstamo de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir ...».

⁹¹ Cfr. art. 1644 Cc. por.: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad»; sulla «traslación a Puerto Rico del Código civil de España» cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 480 ss.

⁹² Sulla dipendenza del Codice federale messicano del 1928 dai ricordati modelli vd. soprattutto A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 426 ss.

⁹³ Cfr. art. 2809 Cc. méx. 1870 = art. 2684 Cc. méx. 1884: «El mutuuario hace suya la cosa prestada, y es de su cuenta el riesgo desde que se la entregan».

⁹⁴ Cfr. J.N. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, *Pandectas*, II, cit., num. 2900 ss., 518 ss.; J. SALA, *Sala hispano mexicano, ó ilustración del derecho español*, II, Paris, 1844, 25, II,19,4; ID., *Novísimo Sala mexicano, ó ilustración del derecho real de España*, I, con notas de J.M. DE LACUNZA, México, 1870, 743, II,19,4; C.J. FERRIER, *Paratilla ó exposición compendiosa*

L'aggancio del mutuo alla consensualità in Messico si deve all'opera di un giurista messicano dei primi anni del secolo passato, Roberto A. Esteva Ruiz, professore di diritto a Città del Messico, il quale, innovando sul punto rispetto ai Progetti preliminari che fino a quel momento circolavano nel Paese⁹⁵, riesce a far espungere dall'ordinamento messicano la categoria del contratto reale⁹⁶.

Questo studioso, professore di diritto a Città del Messico, dove fu per anni il Decano della *Escuela Nacional de Jurisprudencia* della UNAM, pubblicò nel 1928 un lavoro di preparazione al pubblicando nuovo Codice civile federale, nel quale accolse in pieno il modello offerto dal Codice svizzero delle obbligazioni e da una parte della dottrina francese, in particolare Baudry-Lacantinière (vd. *infra* nel testo); egli si dichiarava convinto del fatto che tutti i contratti dovessero essere consensuali, e altresì del fatto che l'opposto orientamento del *Code Napoléon*, che accoglie la categoria dei contratti reali, si sarebbe dovuto ad una non intelligente riproduzione del pensiero di Pothier⁹⁷. Egli, pertanto, criticata la costruzione di una categoria unitaria di 'contratti di prestito' (tradizionale da Pothier in poi, e comprendente il prestito d'uso o comodato e il prestito di consumo o mutuo), affermava espressamente di considerare «un error del Proyecto, conservar la idea tradicional de que el comodato sea un contrato 'real' y 'unilateral', como está ahora»; «Propongo, por consiguiente, que en el nuevo Código se adopte el articulado del Código suizo de las obligaciones (305 al 318) tanto para el préstamo de uso, cuanto para el préstamo de consumo»⁹⁸.

de los títulos del Digesto, I, México, 1853, 160, secondo il quale «la convención de prestar nunca puede constituir mútuo»; R. ROA BARCENA, *Manual teórico-práctico y razonado de las obligaciones y contratos en México*, México, 1861, 97 ss.; F. DE PAULA RUANOVA, *Leciones de derecho civil*, II, Puebla, 1871, 64 ss.; M. MATEOS ALARCÓN, *Lecciones de derecho civil. Estudio sobre el Código civil del distrito federal promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884*, V, México, 1896 (rist. México, 2004), 174 ss.

⁹⁵ Sulle vicende che portarono alla Codificazione federale del 1928 in Messico e sui fattori che su di essa influirono, già a partire dal Progetto di Justo Serra del 1859-60, vd. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 430 ss.

⁹⁶ Sul ruolo di Esteva Ruiz, così come anche del suo contemporaneo e collega Rodolfo Ordoñez Acuña nella scelta codicistica, vd. ora J. MENA BRITO PAZ, *Estudio sobre la naturaleza equívoca del contrato de mutuo*, cit., 247 ss.

⁹⁷ Cfr. *Observaciones del Sr. Lic. Don Roberto A. Esteva Ruiz sobre los contratos de comodato, depósito y secuestro*, in *El Foro*, num. 2, tom. 9, april-junio 1928, 205-207; sul punto vd. anche C. SEPÚLVEDA SANDOVAL, *De los derechos personales de crédito u obligaciones*, México, 1996, 103 ss.; R. SÁNCHEZ MEDAL, *De los contratos civiles. Teoría general del contrato-Contratos en especial-Registro público de la Propiedad*, México, 1998¹⁶, 223.

⁹⁸ Cfr. nt. precedente; sul punto vd. anche C. SEPÚLVEDA SANDOVAL, *De los derechos personales de crédito u obligaciones*, México, 1996, 103 ss.; R. SÁNCHEZ MEDAL, *De los contratos civiles*¹⁶, cit., 223.

Le argomentazioni di Esteva Ruiz risultano decisive. Per questo il Codice federale del Messico del 1928, innovando sul punto rispetto ai Progetti preliminari, espunge in maniera assoluta dall'ordinamento la categoria del contratto reale (con la parziale e discussa eccezione del pegno), e per il mutuo ribadisce la scelta di seguire l'*Ordenamiento de Alcalá* e il *Proyecto* di García Goyena del 1851 sopra visti, oltre che l'*OR* svizzero⁹⁹.

art. 2384 Cc. méx. 1928

«El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad».

Attualmente, la struttura meramente consensuale del contratto di mutuo in Messico non è posta in dubbio dalla dottrina messicana, che riconosce come sul punto l'ordinamento si questo Paese si distacchi dalla matrice romanistica¹⁰⁰. Di conseguenza, nel diritto messicano il mutuo si presenta come un contratto bilaterale, in cui il mutuante si obbliga a trasferire al mutuuario la proprietà di una certa quantità di cose fungibili, con applicazione, pertanto, delle norme sull'evizione e sulla sopportazione del rischio a carico del mutuuario a partire dal momento non della consegna, ma della semplice individuazione dei fungibili da consegnare¹⁰¹.

Mi pare però meritevole di sottolineatura il fatto che in alcuni Stati nazionali della Repubblica messicana (sia anteriori che posteriori al *Código federal* del 1928), che sul punto derogano di fatto al modello offerto dal Codice federale, trovando essi applicazione nei tribunali, il contratto reale sia espressamente riconosciuto ed il mutuo venga chiaramente fatto rientrare all'interno di questa categoria¹⁰².

⁹⁹ Cfr. soprattutto I. GALINDO GARFÍAS, *Teoría general de los contratos*, México, 1996, 95 ss.; e R. SÁNCHEZ MEDAL, *De los contratos civiles*¹⁶, cit., 221 ss.

¹⁰⁰ Cfr. E. GUTIERREZ Y GONZALEZ, *Derecho de las obligaciones*, México, 2005¹⁵, 248 s., il quale, però, confonde il contratto reale con il contratto ad effetti reali; R. ROJINA VILLEGAS, *Compendio de derecho civil, IV, Contratos*, México, 2008³², 14 s. e 200 ss.; M.Á. ZAMORA Y VALENCIA, *Contratos civiles*, México, 2000⁸, 161 s.; non fa eccezione sul punto il progetto di riforma del diritto delle obbligazioni pubblicato nel 1979: cfr. I. GALINDO GARFÍAS, *Código civil. Anteproyecto de las obligaciones*, México, 1979.

¹⁰¹ Cfr. R. ROJINA VILLEGAS, *Compendio de derecho civil, IV*³², cit., 200 ss.

¹⁰² Cursoriamente, si possono citare il Cc. del *Estado de Vera Cruz Lleva* del 1868 (art. 2103: «*el que recibe en préstamo dinero ú otras cosas fungible, adquiere su propiedad; pero está obligado á devolver al acreedor otro tanto de su misma especie y calidad*»); il Cc. di Tlaxala, riformato nel 1976 (art. 1278 co. 3: «*El contrato será real cuando la ley exija, para su constitución, que al celebrarse se entregue el bien o bienes que sean objeto de las obligaciones creadas por el contrato*»; art. 1990: «*El préstamo es un contrato por el cual el prestador transfiera la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles al prestatario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad*»); il *Código civil* di Puebla (art.

3.2. Il Perú

Anche in Perù, in merito al problema qui in esame, si sono verificate delle vicende almeno altrettanto articolate quanto quelle verificatesi in Messico. In Perù, infatti, la qualifica di contratto reale era stata riconosciuta al mutuo non solo dalla dottrina precodicistica¹⁰³, ma anche dagli stessi Cc. del 1852 (il primo Cc. 'endogeno' dell'America Latina) e del 1936.

art. 1800 Cc. per. 1852

«*El mutuo es un contrato real por el que una persona entrega a otra cierta cantidad de cosas fungibles ...*»;

art. 1573 Cc. per. 1936

«*Por el mutuo, una persona entrega a otra cierta cantidad de dinero o de cosas que se consumen por el uso ...*».

La realtà del mutuo non era posta in dubbio né dalla dottrina elaborata sotto la vigenza del Codice del XIX secolo¹⁰⁴, né da quella del tempo in cui imperava il Codice del 1936¹⁰⁵.

1443: «*El contrato es real cuando sea necesario para su validez, por exigirlo la ley o convenirlo así las partes, que al celebrarlo éstas, se entreguen material o jurídicamente, el bien o bienes objeto de las obligaciones creadas por el contrato*»; art. 2240: «*Mutuo es un contrato por el cual el mutuante, transfiere la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles al mutuario, quien se obliga a pagar, en el plazo convenido, otro tanto de la misma especie y calidad*»; art. 2245: «*El contrato de mutuo se perfecciona por la entrega del bien que constituye su objeto*»; il Codice civile dello Stato di Guerrero pubblicato nel 1993 (art. 2299: «*El mutuo, llamado también préstamo de consumo, será un contrato por el cual el mutuante transfiera la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles al mutuario, quien se obligará a devolver otro tanto de la misma especie y calidad*») e, infine, il Codice civile dello Stato di Quintana Roo (art. 225: «*Los negocios jurídicos son reales cuando se perfeccionan con la entrega del bien sobre el cual recaen*»; art. 2650: «*El mutuo, llamado también préstamo de consumo, es un contrato por el cual el mutuante transfiere la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad*»).

¹⁰³ Cfr. ad es., J.E. DE OCHOA, *Manual del Abogado americano*, I, Paris, 1827, 151 e 216; più cauto è il Progetto di Cc. elaborato negli anni 1835-1836 dal dr. Manuel Lorenzo de Vidaurre (cfr. M.L. VIDAURRE, *Proyecto del Código civil peruano dividido en tres partes. 2ª Parte. Dominio y contratos*, Lima, 1835, 193), il quale si limitava a prevedere che: «*mutuo es el préstamo de una cantidad de dinero ...*»; del resto, nota è l'avversione di Vidaurre per il diritto romano e le sue tradizioni: cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 272 e 332 ss.

¹⁰⁴ Cfr. J. SILVA SANTIESTEVEAN, *Derecho peruano. Parte civil*, Piura, 1853 (rist. 1936), 145; O. TUDELA, *Curso de derecho civil romano*, Lima, 1868, 102.

¹⁰⁵ Cfr. G. APARICIO Y GOMEZ SANCHEZ, *Código civil. Concordancias*, XIV, *Legislación y derecho civil (Arts. 1328 a 1602)*, Lima, 1943, 28 ss.; F. GUZMÁN FERRER, *Código civil (Antecedentes – Concordancias – Exposición de motivos – Comentarios – Doctrina – Jurisprudencia)*, IV, (*De los contratos*), Lima, 1977³, 1067.

La più recente codificazione del 1984, invece, ha compiuto una decisa scelta di campo in favore della consensualità, evidente da una lettura dell'art. 1648, che conferma sul punto le stesure dei precedenti progetti del 1980, 1981 e 1984¹⁰⁶.

art. 1648 Cc. per. 1984

«*Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad*».

E lo stesso Cc. per. 1984 per evitare ogni possibile ambiguità, stabilisce all'art. 2112 altresì che:

art. 2112 Cc. per. 1984

«*Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los art. 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio*».

La dottrina peruviana ha affermato che questo cambio non è «ni exótico, ni original», ma alla sua base si pone il fatto che non deve esistere alcun impedimento al principio della libertà che le parti si accordino sul prestito prima della consegna della cosa¹⁰⁷. Chiara e dichiarata è l'ispirazione sia al Cc. federale del Messico sopra visto ed al principio consensualistico ivi adottato, sia a letture dottrinali di ambito tedesco (soprattutto Larenz) o francese (soprattutto Mazeaud)¹⁰⁸.

Certo, la scelta di campo del legislatore peruviano appare adottata in maniera netta e consapevole. Mi pare però che nello stesso Cc. per. 1984 siano rimasti residui dell'impostazione reale che del mutuo accoglievano i Cc. precedenti di questo Paese. Un esempio mi pare l'art. 1664, che dichiara concluso il mutuo per la quantità effettivamente ricevuta, e non per quella dichiarata, invero senza chiarire le ragioni per le quali l'effetto obbligatorio legato al consenso viene limitato solo a seguito della consegna parziale.

¹⁰⁶ Cfr. il Progetto del 1980 di M. ARIAS SCHREIBER PEZET; l'art. 1684 redatto dalla *Com. Reformadora* e l'art. 1611 curato dalla *Com. Revisora* del 1984.

¹⁰⁷ Cfr. M. ARIAS SCHREIBER PEZET, in AA.VV., *Código civil*, VI, *Exposición de motivos y comentarios*, a cura di L. REVOREDO DEBAKEY, Lima, 1985, 318 s.

¹⁰⁸ Vd. M. CASTILLO FREYRE, *Los contratos típicos*, in *Instituciones del derecho civil peruano (Visión histórica)*, III, a cura di V. GUEVARA PEZO, Lima, 1996, 2086 ss.; ID., *Tratado de los contratos típicos*, vol. XII, t. II, *Mutuo - Arrendamiento*, Lima, 2002, 34 ss.; sul punto, cfr. anche M. DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código civil. Primera parte*, T. I, Lima, 1996³, 180 ss.; L. ROMERO ZAVALLA, *El derecho de los contratos en el Código civil peruano de 1984. Teoría general de los contratos*, I, Lima, 1999, 70 ss.

art. 1664 Cc. per. 1984

«Si en el mutuo se declara recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, el contrato se entiende celebrado por esta última, quedando sin efecto en cuanto al exceso».

A mio avviso, infatti, se il mutuo è concluso con il semplice scambio dei consensi, la *traditio* rimane un requisito di efficacia del contratto, che è comunque ‘celebrado’ per l’importo convenuto, anche se, come è ovvio, il mutuatario restituirà solo quello che ha effettivamente ricevuto¹⁰⁹.

3.3. Cuba

Anche Cuba presenta una evoluzione per certi versi analoga a quella del Perù. Il Cc. del 1889, che era in realtà una adozione del Cc. spagnolo¹¹⁰, pur codificando all’art. 1258 il principio consensualistico (*‘Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento’*), nella definizione del mutuo considerava come presupposta la *datio*:

art. 1753 Cc. cub. 1889 = Cc. spa.

«El que recibe en préstamo dinero ú otras cosas fungible, adquiere su propiedad, y está obligado á devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

Invece il nuovo Cc. cubano del 1987¹¹¹, pur non ribadendo la norma sul valore fondante del mero consenso nei contratti, fa del mutuo tra privati un contratto consensuale, mentre mantiene la struttura reale per il mutuo bancario.

¹⁰⁹ Cfr. M. CASTILLO FREYRE, *Tentaciones Académicas. La reforma del Código civil peruano de 1984*, II, Lima, 1998, 1001, il quale propone l’abolizione di questo art., ma non per i motivi indicati nel testo, bensì perché a tal fine basterebbero le norme sulla simulazione.

¹¹⁰ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., 484 s. e 528 ss.; L.B. PÉREZ GALLARDO, *¿Quo vadis derecho de contratos?, Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del Código civil cubano (A propósito de los veinte años del Código civil cubano)*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 24, 2007, 109 ss.

¹¹¹ Su questo Cc, oltre al volume *Il Codice civile di Cuba e il diritto latinoamericano, Progetto Italia-America Latina. Ricerche giuridiche e politiche, Materiali X, Università di Roma ‘Tor Vergata’-CNR, Roma, s.d.* (Atti dell’Incontro di studi, Roma, 20 novembre 1990), cfr. L.B. PÉREZ GALLARDO, *De la codificación civil*, in *Derecho civil. Parte general*, a cura di C. VALDÉZ DÍAZ, La Habana, 2002, 32 ss.; ID., *¿Quo vadis derecho de contratos?*, cit., 103 ss.; ID., *El Código civil cubano y los tiempos actuales: ¿Es la hora de la celebración o la del réquiem?*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 38, 2017, 21 ss. Vd. anche il recentissimo volume *Costituzione e diritto privato. Una riforma per Cuba*, a cura di A. BARENGHI-L. PÉREZ GALLARDO-M. PROTO, Napoli, 2019, con saggi di romanisti e civilisti italiani e cubani.

art. 379 Cc. cub. 1987

«Por el contrato de préstamo una de las partes se obliga a entregar a la otra una cantidad de dinero o de bienes designados solamente por su género, y esta a devolver otro tanto de la misma especie y calidad dentro del plazo convenido».

art. 447 Cc. cub. 1987

«Por el contrato de préstamo bancario, el banco pone a disposición del interesado una suma de dinero para aplicarla a un determinado fin, obligándose esta a su devolución y al pago del interés convenido, que no puede exceder del legal».

La dottrina cubana, dal canto suo, non fatica a trovare nella rivalutazione del sopra visto *Ordenamiento de Alcalá* le radici di questo cambiamento¹¹². In ogni caso, si riconosce però che la distinzione tra contratti reali e contratti consensuali «resulta de la naturaleza de las prestaciones contractuales, naturaleza que el legislador no puede modificar a su albedrío»¹¹³: pertanto la categoria dei contratti reali deve essere comunque riconosciuta e mantenuta, ma ad essa appartengono il pegno con spossamento e la donazione di beni mobili, ma certamente non il mutuo tra privati (ma sì il mutuo concluso da un privato con una banca)¹¹⁴.

3.4. *Il nuovo Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina: le novità in tema di contratti*

3.4.1. *Le spinte consensualistiche della dottrina argentina prima del 2015*

In Argentina, prima del 2015, la realtà del mutuo, con l'eccezione relativa agli effetti sopra ricordati della promessa accettata di mutuo oneroso, non è assolutamente argomento di discussione per una parte della dottrina argentina¹¹⁵,

¹¹² Cfr. T. DELGADO VERGARA, *El contrato como institución central en la sociedad moderna*, in *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, a cura di L.B. PÉREZ GALLARDO, La Habana, 2000, 142 s.

¹¹³ Cfr. N. DE LA C. OJEDA RODRÍGUEZ, *Clasificación de los contratos*, in AA.VV., *Derecho de contratos*, I, *Teoría general del contrato*, La Habana, 2003, 115 s.

¹¹⁴ Cfr., oltre all'a. cit. alla nt. prec., anche J. FERNANDÉZ BULTÉ-V. RAPA ALVAREZ, *El Código civil cubano y el sistema jurídico latinoamericano*, in *Il Codice civile di Cuba e il diritto latinoamericano*, cit., 66 s.; L.B. PÉREZ GALLARDO, *¿Quo vadis derecho de contratos?*, cit., particolarmente 120 ss.

¹¹⁵ Cfr. J.O. MACHADO, *Exposición y comentario del Código civil argentino*, VI, Buenos Aires, s.d. (ma 1898-1922), 94 ss.; B. LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código civil argentino*, VI, Buenos Aires, 1931⁶, 506 ss.; L. SEGOVIA, *El Código de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, 1933, 643 nnt. 1 e 4; R.M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, I, Buenos Aires, 1957², 41 s.; e III, Buenos Aires, 1954², 536; A.J. RINESSI, s.v. *Préstamo de consumo*, in *Enciclopedia jurídica Omeba*, XXIII, Buenos Aires, 1967, 36 ss.; R.F. GARRIDO-J.A. ZAGO, *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Buenos Aires, 1985, 74 ss.; R.L. LORENZETTI, *Tratado*

che però non sempre dimostra di avere chiari i termini del problema in discorso¹¹⁶.

Ma anche in questo Paese non sono mancate spinte consensualistiche, sia a livello di progetti di revisione del Codice di Vélez, sia a livello dottrinario.

La Commissione che lavorò negli anni 1926-1932 ad un Progetto di riforma del Codice di Vélez (cd. *Anteproyecto Bibiloni*) si limitò a recepire l'inquadramento reale di deposito, comodato e mutuo¹¹⁷. Però, le ragioni della scelta del collegio di studiosi che lavorarono a quest'opera sono in realtà piuttosto articolate e complesse. Come è noto, infatti, la commissione coordinata da Bibiloni, della quale sono stati editi anche i lavori preliminari, condusse alla pubblicazione di un Progetto nel 1936, sulla base del quale, a partire dal 1940, una diversa Commissione di accademici tentò di elaborare un Progetto ufficiale di Codice, da presentare all'approvazione del Parlamento (intento che in realtà non fu mai conseguito).

Le discussioni che accompagnarono questo ultimo lavoro sono ai nostri fini assai interessanti. Nella riunione del 16 aprile 1941 il giurista Alberto Gaspar Spota, segretario della Commissione, civilista argentino insignito del secolo XX¹¹⁸, affermò che: «parece que esto de los contratos reales responde mas bien a preocupaciones de otra época, y que fuera un re-

de los contratos, III, Santa Fé, 2000, 362 ss. (ma vd. anche ID., *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fé, 2004, 224 ss.), il quale pure conosce ed apprezza (364) l'impostazione consensuale che a tale contratto dà il Progetto di riforma del Cc. del 1998 (vd. *infra*, nt. 125); S. FRUSTAGLI, *Mutuo o préstamo de consumo*, in *Fundamentos de derecho contractual. Parte especial*, II, a cura di N.L. NICOLAU, Buenos Aires, 2009, 591 ss.; S.M. CHAÍN MOLINA, *El consentimiento en la formulación de los contratos. Supervivencia de la categoría de los contratos reales. Consentimiento. Causa y forma de los actos jurídicos*, Tesi di dottorato, Universidad de La Plata (Argentina), <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43210/Documento_completo_.pdf?sequence=6> (lavoro che invero desta più di qualche perplessità); sul punto, vd. anche la nt. successiva.

¹¹⁶ Mi riferisco ad es. a J.O. MACHADO, *Exposición y comentario*, VI, cit., 100 ss., che parla di contratto reale e di obbligazione di consegnare a carico del mutuante, ma nello stesso senso vd. anche G.A. BORDA, *Tratado*, II⁵, cit., 774 s., il quale prima afferma essere il mutuo un contratto bilaterale, in cui esiste «para el prestamista la obligación de entregar la cosa» (vd. anche a p. 780, dove l'a. afferma che tale obbligazione si può adempiere contestualmente alla conclusione del contratto o successivamente ad essa), e poi qualifica il mutuo come contratto reale; per una giusta critica a questa impostazione, vd. R.M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino*, III², cit., 536.

¹¹⁷ Cfr. J.A. BIBILONI, *Anteproyecto de reformas al Código civil argentino presentado a la Comisión encargada de redactarlo*, VI (*Obligaciones, Parte especial*), Buenos Aires, 1932, 262 ss. per il deposito; 268 per il comodato, dove la formulazione proposta recita espressamente: «El comodato es un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa»; 275 per quanto riguarda il mutuo (facendo salva la promessa di mutuo oneroso, che vincola entrambe le parti, mentre vincola il solo promittente in caso di mutuo gratuito).

¹¹⁸ Egli fu autore, tra le altre opere, anche di un *Tratado de derecho civil* in dodici volumi (il primo vol. apparve nel 1947) e fu altresì professore nella Università di La Plata e nella UBA di Buenos Aires.

licito del derecho romano»; e poi aggiunge: «hoy los derechos se han espiritualizado tanto que choca decir que, para que exista contrato, se requiere la tradición de la cosa de una persona a la otra», concludendo per l'abolizione dell'articolo che reca la classificazione dei contratti in reali e consensuali: «hoy por hoy, parece que bastaría el mero acuerdo de voluntades para que el contrato se perfeccione»¹¹⁹.

Dal canto suo, il Presidente di quella Commissione, Héctor Lafaille, civilista nato e morto a Montevideo (Uruguay), ma formatosi in Argentina, dove è stato per oltre trenta anni professore nella UBA, nel dichiararsi d'accordo con le osservazioni di Spota, aggiungeva che la divisione tra contratti reali e consensuali ha un sapore meramente dottrinario, e che non vedeva ragioni per le quali essa dovesse essere mantenuta nel Codice riformato; essa – aggiunge Lafaille – «ha pasado al proyecto porque ya estaba en el Código civil»¹²⁰. Il progetto, pertanto, finisce per muovere una critica piuttosto aspra alla distinzione tra contratti reali e contratti consensuali presente nell'allora vigente codice argentino¹²¹, ma tali critiche finirono per perdersi con l'insabbiamento che il destino riservò al lavoro di tutti questi illustri giuristi.

Successivamente, i lavori di questa commissione vengono utilizzati come base per l'elaborazione del Progetto del 1954, curato da un altro insigne giurista argentino, Jorge Joaquín Llambías¹²²: in questo Progetto, questo studioso, lasciate da parte le critiche rivolte alla categoria della realtà, segue pedissequamente la tradizionale costruzione del mutuo come contratto reale¹²³. Vale la pena notare come questa scelta venga espressamente sottolineata da Nestor A. Pizarro nella voce contratto nell'*Enciclopedia jurídica Omeba*¹²⁴.

¹¹⁹ *Proyecto de reforma del Código civil. Libro III (continuación). Actas de la sección de derecho civil, IV*, Buenos Aires, 1962, 21.

¹²⁰ *Proyecto de reforma del Código civil. Libro III (continuación). Actas de la sección de derecho civil*, cit., 22; Lafaille, però, non disconosce che in alcuni casi particolari sarebbe stato possibile (o forse addirittura necessario) 'recuperare' il meccanismo della realtà.

¹²¹ Cfr. *Proyecto de reforma del Código civil. Libro III (continuación). Actas de la sección de derecho civil*, cit., 21 s.; la critica non riguarda solo l'opportunità dell'inserimento nel riformando Cc. di una tale distinzione, di sapore più che altro dottrinario, ma pertiene alla utilità in sé della categoria.

¹²² Anche Llambías fu, per lungo tempo, *profesor titular* nella UBA e poi nella UCA; egli fu altresì autore di un famoso Trattato di diritto civile (*Parte general*, 2 tomi; *Obligaciones*, 6 tomi, i cui primi voll. apparvero a Buenos Aires nel 1960), oltre che di un molto diffuso *Código civil anotado*.

¹²³ Cfr. l'*Anteproyecto de Código civil de 1954 para la República Argentina*, Buenos Aires, 1968, artt. 1411 ss.: «el mutuo quedará concluído cuando una persona entregue en propiedad a otra una determinada cantidad de cosas fungibles ...».

¹²⁴ Cfr. N.A. PIZARRO, s.v. *Contrato*, in *Enciclopedia jurídica Omeba*, IV, 1956, Buenos Aires, 120 ss.

Più di recente, invece, prima della ‘svolta’ del 2014, la scelta ‘consensualistica’ per il mutuo si trova sostenuta in due progetti di riforma del Cc. argentino, quello del 1993, curato da una Commissione incaricata dalla Camera dei deputati¹²⁵, e quello del 1998, curato da una Commissione composta da diversi professori universitari¹²⁶.

Ma anche la dottrina argentina, soprattutto quella più recente, da un lato, premeva per il superamento della categoria del contratto reale, alla luce del riconosciuto dominio del principio consensualistico, dall’altro lato, propendeva per la costruzione del mutuo come un contratto valido ed efficace a partire dal momento dello scambio dei consensi.

Uno dei massimi esponenti della civilistica argentina contemporanea, il prof. Alberto J. Bueres, ha affermato che nel diritto dei contratti la consegna della cosa (*scil.*: intesa come elemento necessario per la nascita del vincolo obbligatorio) non avrebbe alcun significato scientifico né pratico, costituendo addirittura una sorta di fardello che la dogmatica moderna si trascina dietro dall’antichità¹²⁷.

La realtà nel diritto dei contratti era considerata dal cordobese Juan Manuel Aparicio niente più che un «arcaísmo jurídico»¹²⁸, mentre Jorge

¹²⁵ Cfr. *Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial*, Buenos Aires, 1994, dove all’art. 1140 si dichiara il mutuo un contratto pienamente consensuale.

¹²⁶ Cfr. *Proyecto de Código civil de la República Argentina* del 1998 (redatto dai Proff. ALEGRÍA, A.A. ALTERINI, J.H. ALTERINI, MÉNDEZ COSTA, RIVERA, ROITMAN), in *Antecedentes Parlamentarios*, 7, 1999, dove, all’art. 1404, si definisce così il nostro contratto: «Mutuo es el contrato por el cual el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie». Sulla genesi e gli obiettivi di questo ‘Proyecto’ vd. A.A. ALTERINI, *El Proyecto de Código civil de 1998. Perspectiva y prospectiva*, in *Instituciones de derecho privado moderno. Problemas y propuestas*, a cura di J.M. ALTERINI-S PICASSO-J.H. WAJNTRAUB, Buenos Aires, 2001, 13 ss.

¹²⁷ Cfr. A.J. BUERES, *La entrega de la cosa en los contratos reales*, Buenos Aires, 1977, ma cfr. anche N. KITAINIK, in *Código civil y comercial de la nación analizado, comparado y concordado*, I, a cura di A.J. BUERES, Buenos Aires, 2014, commento all’art. 966, 561. Secondo Bueres (la posizione del quale è ampiamente citata dalla dottrina argentina contemporanea: cfr., *ex multis*, *Código civil y comercial de la Nación*, diretto da G. MEDINA e J.C. RIVERA e curato da M. ESPER, Buenos Aires, 2014, ed. La Ley, art. 966), la *datio rei* costituiva la «quinta rueda del derecho» e la sua abolizione ha correttamente trasformato tutti i contratti in contratti consensuali.

¹²⁸ Cfr. J.M. APARICIO, *Contratos. Parte general*, I, Buenos Aires, 1997, 128; cfr. anche ID., *Comentario y observaciones al Proyecto de Código civil. Parte general del contrato (arts. 957 a 983). Disposiciones generales – Clasificación – Formación del consentimiento*, che ho potuto consultare all’indirizzo <<http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/congresos-jornadas-y-seminarios/comentario-y-observaciones-al-proyecto-de-codigo-civil.-parte-general-del-contrato-arts.-957-a-983/view>>, vd. n. 17 (il documento non ha la numerazione a pagine progressive): «esta categoría constituye un resabio histórico de filiación romana, mantenida viva por la tradición, no obstante la drástica transformación que experimentó el sistema en que se justificaba su razón de ser, con el abandono del formalismo y la afirmación del principio consensualista».

Mosset Iturraspe la riteneva una categoria «*hoy huérfana de todo sustento*»¹²⁹; lo stesso a., poi, si dichiarerà espressamente favorevole alla ‘consensualizzazione’ dei contratti reali¹³⁰.

Secondo Atilio Aníbal Alterini, già Preside della *Facultad de Derecho* della UBA, coordinatore del Progetto di riforma del Codice civile del 1998 di cui abbiamo parlato poco sopra¹³¹, in materia contrattuale la regola di base deve essere quella per cui il mero consenso fa nascere gli effetti del contratto, ma la legge può stabilire che, in casi particolari, tali effetti risultino ‘postergati’ dalla necessità di adempiere ad una qualche solennità o dalla volontà delle parti di postergarli¹³².

Sebbene non sia mancato chi ha parlato diffusamente di ‘consensualizzazione’ dei contratti reali¹³³, merita qui sottolineare la ricostruzione di Carlos Alberto Gherzi, professore di Diritto civile nella UBA, il quale, facendo leva sulla lettera dell’art. 1141, aveva affermato essere la consegna nei contratti reali un requisito di efficacia e non di validità del contratto¹³⁴, riprendendo una tesi enunciata in Italia, in modo tutto sommato più raffinato (ma non incontrovertito: vd. *supra*, p. 166, nt. 25), da Valerio Di Gravio¹³⁵.

A mio avviso, però, non corrisponde al vero l’affermazione che serpeggia tra la dottrina argentina, secondo la quale la percezione sociale dell’uomo medio tenderebbe ad escludere la necessità della categoria del contratto reale, reputandosi sempre concluso il contratto già al momento dello scambio dei consensi¹³⁶. Io ritengo, come peraltro ho avuto già ripetu-

¹²⁹ J. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Santa Fe, 1998, 65 s.

¹³⁰ Cfr. J. MOSSET ITURRASPE-M.A. PIEDECASAS, in *Código civil comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Contratos. Parte general. Artt. 1137 a 1216*, Santa Fe, 2004, 48; cfr. anche, nello stesso senso, E.C. WAYAR, *Contratos*, cit., 159 ss.

¹³¹ Sulla figura di Alterini, scomparso nel 2012, vd. ora A. SEGUÍ, *Atilio Aníbal Alterini*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 33, 2012, 413 ss. (<www.romaeamerica.it>).

¹³² Cfr. A.A. ALTERINI, *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*, Buenos Aires, 1998, 177 ss.

¹³³ Cfr. J. MOSSET ITURRASPE-M.A. PIEDECASAS, in *Código civil comentado*, cit., 48; E.C. WAYAR, *Contratos*, cit., 159 ss.

¹³⁴ Cfr. C.A. GHERZI, *Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial. Empresas-Negocios-Consumidores*, I, Buenos Aires, 1999, 328: «los contratos reales, para producir sus efectos propios ...». Meno raffinata appare la costruzione che fa della consegna nei contratti reali una *condicio iuris*: cfr. in questo senso, per l’America Latina l’uruguayano J. PEIRANO FACIO, *Curso de contratos*, cit., 204 ss. e il cileno A. GUZMÁN BRITO, *La consensualización de los contratos reales*, in *Revista de Derecho*, Pont. Univ. Católica de Valparaíso, 29, 2007, 45 ss.

¹³⁵ Cfr. V. DI GRAVIO, *Teoría del contrato reale*, cit., il quale, più opportunamente, parla della consegna come una ‘concausa di efficacia’ del contratto di mutuo.

¹³⁶ Così cfr. G. CAMELO, *Algunos aspectos de la reforma proyectada en la Teoría General de los Contratos. Principios, definición, clasificación y categorías contractuales*, in *Revista Derecho Privado*, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 4 (*Reforma del Código*

tamente modo di affermare, e come mi permetterò di ripetere nelle conclusioni del presente contributo, che per alcuni contratti, la realtà rappresenti una garanzia per la parte debole del contratto¹³⁷, se non addirittura, in alcuni casi, un 'modo di essere' quasi ontologico dell'operazione giuridica di volta in volta messa in opera dalle parti.

3.4.2. *Il nuovo Código civil y comercial de la nación Argentina del 2015*

Il frutto di questo complesso lavoro è l'emanazione, nel 2014, del Nuovo Codice civile e commerciale della Repubblica argentina (da ora in poi: cc. arg.), in vigore dal 1 gennaio 2015¹³⁸, che sancisce il definitivo tramonto di uno dei Codici civili più importanti dell'America Latina, quello redatto dal giurista argentino Dalmacio Vélez Sarsfield (da ora in poi: Cc. di Vélez) e in vigore dal 1869.

Molte sono le novità introdotte dal nuovo codificatore argentino, soprattutto in tema di diritto di famiglia e di diritto ereditario¹³⁹. Ma anche in tema di obbligazioni il legislatore non ha mancato di modificare il regime precedente¹⁴⁰. In particolare, mi pare che uno dei cambiamenti più rilevanti, sebbene molto sottovalutato dagli stessi studiosi argentini, riguardi il tema dei contratti¹⁴¹.

civil, III, *Contratos*), Buenos Aires, 2013, 19 s.: «se adecua a las prácticas sociales y a lo que las personas no expertas suelen de buena fe interpretar con relación a ellas, pues es claro que actualmente quien negocia un mutuo y desconoce su carácter de contrato real, habitualmente considera que queda perfeccionado desde que el mutuante asumía el compromiso de la entrega del dinero y no desde que éste le es efectivamente entregado»; con questo studioso si dichiarano d'accordo J.M. BRODSKY-E.E.DONATO BRUN, *Aspectos generales de los contratos en el Proyecto de Código civil y comercial de la Nación*, in *En Letra*, 2, 2014, 349 (<<https://enletra.files.wordpress.com/2015/02/2014-02-1-jmb.pdf>>).

¹³⁷ Cfr., A. SACCOCCIO, *Mutuo reale e mutuo consensuale nel sistema giuridico latinoamericano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 27, 2009, 101-132 (trad. sp. in AA.VV., *Tra Italia e Argentina. Tradizione romanistica e culture dei giuristi*, a cura di C. CASCIONE e C. MASI DORIA, Napoli, 2007, 2013, 261-299; trad. cinese in *Digesto*, Pechino, 2011; trad. portoghese in AA.VV., *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*, a cura di S. SCHIPANI e D. BORGES SANTOS DE ARAUJO, São Paulo, 2015, 455-504); ID., *Mutuo reale, accordo di mutuo*, cit., 345-418; ID., *L'eredità del 'sistema romano dei contratti reali'*, cit., 103 ss.; ID., *Realità e consensualità*, cit., 475 ss.; ID., *L'immortalità di una categoria: morte e rinascita del contratto reale (diritto italiano-diritto cinese)*, in *NDC*, 2, 2018, 53 ss.

¹³⁸ Su questo Cc. vd. ora il volume *Nuovo Codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, a cura di R. CARDILLI e D. ESBORRAZ, Padova, 2017.

¹³⁹ Vedine una sintesi in A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Pautas para interpretar el Código*, che costituisce la premessa al nuovo Codice civile e commerciale argentino (ed. Astrea, 2015 = in *Roma e America. Diritto romano comune*, 36, 2015, 367 ss.).

¹⁴⁰ Dalla generale incorporazione nel Codice civile del vecchio Codice di commercio alla unificazione del regime della responsabilità contrattuale con quella extracontrattuale; dalla creazione di una parte generale delle obbligazioni alle modifiche che andremo ora a descrivere.

¹⁴¹ Mi colpisce il fatto che i cambiamenti nel sistema contrattuale argentino, che conducono, come vedremo meglio nel corso della trattazione, alla totale abolizione della categoria

Interessante appare riportare qui la definizione dell'art. 957, secondo il quale il contratto è

art. 957 c.c.c. arg. 2014

«el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales».

Nonostante le contrarie dichiarazioni di facciata, tale nuova formulazione, che al giurista italiano non può non evocare quella dell'omologo art. 1321 del nostro Codice civile, determina un non lieve spostamento di prospettiva rispetto all'omologo art. 1137 del Cc. di Vélez. La differenza con l'impostazione del vecchio codice civile appare evidente, già a partire dalla definizione stessa data al contratto, che diverge nettamente dalla nozione accolta nel vecchio codice¹⁴².

art. 1137 c.c. di Vélez

«Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos».

art. 1140 c.c. di Vélez

«Los contratos son consensuales o reales. Los contratos consensuales, sin perjuicio de lo que se dispusiere sobre las formas de los contratos, quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento».

Il cambio nel nuovo codice non si limita però alla definizione del contratto, perché ha di mira la cancellazione della categoria stessa del contratto reale. Appare chiaro dalla lettura di questa norma, infatti, che il legislatore contemporaneo ha di fatto elevato a definizione generale del contratto quella che Vélez aveva previsto come definizione dei soli contratti consensuali.

In particolare, per quello che qui interessa, il Cc. arg. abolisce espressamente la categoria dei contratti reali, in omaggio al noto brocardo «*todos los contratos son consensuales*», rendendo consensuali il contratto di deposito, di comodato, di mutuo, di permuta, ma anche il pegno.

del contratto reale, non sono avvertiti dalla dottrina argentina come quello che realtà sono, cioè un mutamento radicale che coinvolge (a mio avviso malamente interpretandola) la stessa nozione di contratto: ad es., la sopra cit. opera di A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Pautas para interpretar el Código*, cit., non fa cenno alcuno a ciò, nell'elencare *conservaciones y modificaciones*, ma lo stesso avviene anche in atti governativi, come *Modificaciones relevantes del Código civil y comercial de la Nación. Cuadro explicativo* (<<http://www.sde.gov.ar/justicia/cuadrocomparativo.pdf>>).

¹⁴² Sul punto, per uno sguardo di insieme, sempre utile è la lettura di D.F. ESBORRAZ, *Contrato y sistema en América Latina*, cit., *passim*.

L'innovazione condotta a termine dal legislatore argentino del 2015, è giudicata da qualche studioso¹⁴³ come necessaria per risolvere i «numerosos conflictos» che il precedente regime avrebbe ingenerato: ma, in realtà, nessuno si premura di spiegare quali siano tali conflitti che sarebbero derivati dall'esistenza della categoria del contratto reale. Lo stesso prof. Ricardo Lorenzetti, attuale presidente della Corte Costituzionale argentina, e una delle anime ispiratrici, insieme ad Aída Kemelmajer de Carlucci, del nuovo Codice, afferma che l'abolizione della categoria dei contratti reali risponde ad esigenze di modernizzazione dell'ordinamento giuridico argentino, il quale risulta così semplificato e snellito¹⁴⁴. D'altra parte, però, lo stesso Ricardo Lorenzetti non indaga le conseguenze che possano derivare da tale 'cambio', e, per giunta, in alcuni precedenti lavori scientifici, aveva di fatto difeso l'esistenza della categoria dei contratti reali¹⁴⁵, pur manifestando apertamente il proprio apprezzamento per l'impostazione in chiave consensualistica prescelta dal Progetto di riforma del Codice civile del 1998¹⁴⁶.

¹⁴³ Cfr. G. CAMELO, in *Código civil y comercial de la Nación comentado (Infojus)*, III, a cura di M. HERRERA, G. CAMELO, S. PICASSO, Buenos Aires, 2015, *sub* art. 969, 349.

¹⁴⁴ «Con ello, el sistema normativo ha ganado en simplicidad, en claridad y en adecuación del tratamiento jurídico a la inteligencia de las prácticas sociales»: cfr. G. CAMELO DÍAZ, in *Código civil y comercial de la Nación comentado*, V, a cura di R.L. LORENZETTI, Santa Fe, 2015, art. 966, 570 ss.

¹⁴⁵ Cfr. R.L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, III, Santa Fe, 2000, 362 ss.; ma vd. anche ID., *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, 2004, 224 ss.

¹⁴⁶ R.L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, III, cit., 364.

CAPITOLO VI

IL MUTUO NELLA LEGISLAZIONE CINESE

1. Cina

In Cina il nostro contratto è stato disciplinato dalla Legge generale sui Contratti del 1999, che leggo nella traduzione italiana curata dai colleghi Toti e Formichella¹.

In prima battuta appare interessante notare come il Capitolo XII della legge sia espressamente rubricato 'Mutuo di denaro', quasi a voler prendere atto del fatto che i mutui di fungibili diversi dal denaro costituiscono al giorno d'oggi casi di rara applicazione, che non vale la pena codificare².

Il legislatore cinese, pare aver avuto l'intenzione di codificare un mutuo reale tra persone fisiche (artt. 210 e 211)³, e un mutuo consensuale in tutti gli altri casi, con particolare riferimento ai mutui costituenti operazioni finanziarie concluse con l'intermediazione di una banca (artt. 196-209)⁴.

Penso, però, che la formulazione attuale non renda il dettato comples-

¹ *Leggi tradotte della Repubblica popolare cinese: la legge sui contratti*, trad. it. di L. FORMICHELLA ed E. TOTI, Torino, 2002.

² Merita però segnalare che proprio di recente il *restyling* del BGB sembra essersi mosso in direzione opposta, dividendo il mutuo in *Geld-* e *Sachdarlehen*: cfr. § 488 Abs. 1: «Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen»; § 607 Abs. 1: «Durch den Sachdarlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer eine vereinbarte vertretbare Sache zu überlassen. Der Darlehensnehmer ist zur Zahlung eines Darlehensentgelts und bei Fälligkeit zur Rückerstattung von Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet».

³ Questo, infatti, è il senso che mi pare si debba dare all'art. 210 Legge cinese: «Il contratto di mutuo tra persone fisiche acquista efficacia nel momento in cui il mutuante dà il denaro».

⁴ La lettera della legge non è chiarissima sul punto, ma l'intenzione si può ricavare da una lettura sistematica degli articoli richiamati: cfr. art. 196 Legge cinese: «Il mutuo di denaro è il contratto con cui il mutuatario prende il prestito denaro dal mutuante e alla scadenza lo restituisce, pagando inoltre gli interessi»; art. 201: «Qualora il mutuante non fornisca il denaro nel termine e nell'ammontare convenuti, provocando perdite al mutuatario, deve risarcirle. Qualora il mutuatario non ritiri il denaro nel termine e nell'ammontare convenuti, deve pagare gli interessi da tale data e su tale ammontare».

sivo di questi articoli esente da ambiguità e problematiche, che non mi pare dipendano solo da problemi di traduzione.

Infatti, l'art. 196, che costituisce il primo articolo dedicato al mutuo di denaro, prevede che il mutuo è il contratto con il quale il mutuatario prende in prestito denaro dal mutuante, obbligandosi alla restituzione del *tantundem*.

La terminologia usata (almeno quella che si legge nella traduzione italiana: «prende in prestito»⁵) sembrerebbe voler inquadrare il mutuo tra i contratti reali, rendendo la dazione (che pare richiamata con l'impiego del verbo 'prendere') un requisito necessario per la conclusione del contratto. Però, al successivo art. 201 si prevede che se il mutuante non fornisca il denaro nel termine convenuto risponde per le perdite subite dal mutuatario, e che se il mutuatario rifiuta di ricevere il denaro paga gli interessi dal momento dell'accordo. È, quindi, solo dalla lettura di quest'ultima norma che l'interprete viene chiaramente indirizzato verso il profilo della consensualità del contratto: è evidente, infatti, che se il mutuante viene sanzionato per il caso in cui non compia la *numeratio*, quest'ultima è un elemento di efficacia, e non di struttura del contratto

Inoltre, solo la lettura del successivo art. 210, dove si chiarisce che il mutuo tra persone fisiche acquista efficacia solo al momento della consegna, rende chiaro che il mutuo consensuale, di cui si è parlato fino a quel momento, è solo quello tra un privato e un ente finanziatore: forse meglio avrebbe fatto il legislatore cinese a chiarire subito *ex professo* il punto.

Lo stesso art. 210, poi, almeno a giudicare da come lo legge la dottrina cinese, sembra voler orientare in chiave reale il mutuo tra persone fisiche. Però la trad. it. parla dell'"acquisto di efficacia" del mutuo a partire dalla consegna: questo significa, per le nostre categorie dogmatiche, che la dazione è un requisito richiesto per l'efficacia e non per il perfezionamento del contratto, cioè che il contratto di mutuo deve ritenersi concluso già a partire dallo scambio dei consensi e la consegna attiene solo all'esecuzione dello stesso. Anche qui la formulazione prescelta, al di là delle problematiche legate alla sua traduzione, non appare limpida, e per questo pienamente giustificate mi paiono le proposte di modifica che attualmente circolano all'interno della dottrina cinese⁶.

⁵ La prudenza con cui mi esprimo è dovuta al fatto che le fonti citate, così come la dottrina, non sono a me accessibili, per ragioni di lingua, nella loro versione originale.

⁶ Cfr. *Zhongguo Minfadian Cao'an Fuliyou* (A propositional version with reasons for civil code draft of China), a cura di LIANG HUIXING, Pechino, 2013, 537; *绿色民法典* (Green Civil Code Draft), a cura di XU GUODONG, Social Sciences Documentation Publishing House, 2004, 559. Xu Guodong imposta la definizione del mutuo in chiave non di efficacia, ma di validità (art. 407 «il contratto del mutuo tra persone fisiche diventa valido quando il mutuatario consegna l'oggetto»); a mio avviso, però, dal punto di vista dogmatico è necessario differenziare i dati richiesti per la qualificazione giuridica della fattispecie dai requisiti che

In ogni caso, la linea seguita dal legislatore cinese (alternativa tra mutuo consensuale [tra un privato e una banca] e mutuo reale [tra privati]) non è affatto nuova nel sistema giuridico romanistico: l'ALR prussiano del 1794⁷ e il Progetto italo-francese di Cc. delle obbligazioni del 1927⁸, così come il Progetto di Cc. it. del 1936 ne costituiscono precedenti importanti. Mi pare solo curioso notare che in un Paese comunque appartenente al medesimo sistema giuridico romanistico, come Cuba, a seguito dell'introduzione del Cc. del 1987, si sia pervenuti alla soluzione esattamente opposta rispetto a quella cinese, configurando come reale il mutuo tra un privato e una banca e come consensuale quello tra persone fisiche (vd. *supra*, pp. 199 ss.).

Apprezzabile mi pare comunque la scelta del legislatore cinese di tentare di adeguare la configurazione dogmatica del mutuo alla concreta operazione di prestito posta in essere dalle parti, differenziando in funzione di ciò il momento perfezionativo del contratto stesso.

Riguardo alla gratuità, il legislatore cinese sembra apparentemente percorrere la stessa via intrapresa dal legislatore italiano, nel momento in cui introduce una norma come l'art. 197², dove si prevede che il mutuo deve comprendere «clausole come ... il tasso di interesse»: tale norma, infatti, pare dare per presupposta la naturale produttività di interessi del contratto. Del resto, operata la limitazione di questo contratto al solo denaro, la scelta appare quasi consequenziale.

L'interprete straniero, poi, è colpito da altre delle norme cinesi sul mutuo, che segnano delle discontinuità sia rispetto al diritto romano, sia rispetto all'ordinamento giuridico italiano.

Ad esempio, l'art. 197, fatta salva una contraria pattuizione delle parti e solo nel caso in cui queste siano persone fisiche, richiede espressamente la forma scritta per il contratto, distaccandosi nettamente da quella 'informalità' che ha guidato la nascita dell'istituto fin dai suoi primi passi.

All'art. 201, poi, il legislatore cinese prevede che se il mutuante non fornisca al mutuatario il denaro promesso causandogli delle perdite, deve risarcirle. A questo proposito, già il giurista Paolo (vd. *Paul.*, 2 ad ed. D. 45,1,68: vd. *supra*, pp. 149 ss.) precisava che in tal caso il risarcimento non deve limitarsi alla cifra promessa in mutuo, ma deve comprendere l'*id*

l'ordinamento richiede per la validità dello stesso: cfr. U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 283; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., 36.

⁷Cfr. ALR 1794 I,11,1 § 653: «Das eigentliche Darlehn ist ein Vertrag, vermöge dessen Jemand gangbares ausgemüntzes Geld ... einem Andern zum Verbräuche übergibt»; § 654 «Hat Jemand durch einen gültigen Vertrag sich verpflichtet, einem Andern ein Darlehn zu geben, so ist er schuldig diesen Vertrag ... zu erfüllen».

⁸*Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti. Testo definitivo approvato a Parigi nell'ottobre 1927 – Anno VI*, Roma, 1928, art. 636, 294: «il mutuo è il contratto con cui una delle parti dà o si obbliga a dare ...».

quod interest, espressione che corrisponde a quella con cui la dottrina moderna indica il cd. interesse positivo: in altre parole, il mutuante che non adempie all'obbligo di consegnare il denaro deve risarcire al mutuatario tutto quanto questi avrebbe potuto incassare, se avesse avuto a disposizione la somma mutuata. Questa credo sia l'interpretazione da dare alla norma cinese.

Interessanti sono anche gli artt. 202 e 203, che codificano quello che la giurisprudenza italiana ha chiamato 'mutuo di scopo', in cui cioè le parti fissano un vincolo di destinazione per la somma mutuata. In tal caso, non appare chiaro dal tenore della legge se si tratti di una disposizione generale, valevole per tutti i mutui, o di una norma particolare, da applicare solo per alcune tipologie di prestito, come è in Italia. È bene poi ricordare che anche le fonti romane prevedevano, in alcuni casi del tutto particolari, dei vincoli di destinazione per le somme concesse a mutuo⁹.

Infine, mi piace segnalare qui la proposta di modifica presentata dal prof. Xu Guodong, dell'Università di Xiamen, nella sua bozza di Codice civile, a me purtroppo accessibile solo indirettamente, per le sopra ricordate ragioni linguistiche: in questo cd. Progetto verde, Xu Guodong, propone di codificare il mutuo oneroso come consensuale, e il mutuo gratuito come reale (salvo diversa pattuizione delle parti o diversa previsione legislativa)¹⁰. Tale opinione, che, come abbiamo visto (*supra*, p. 165, nt. 17) non manca di sostenitori anche in Italia, in Cina appare confortata dall'adesione anche di altri studiosi, come per esempio i proff. Liu Ja'an, dell'Università di Pechino di Scienze Politiche e Giurisprudenza, o Zheng Yongkuan.

Non mancano poi in Cina i sostenitori di opinioni più radicali in senso consensualistico, che propongono cioè di abolire del tutto la categoria dei contratti reali, facendo soprattutto riferimento al mutuo: posso citare i colleghi Zheng Yongkuan e Wang Hong.

⁹Vd. ad es. *Ulp.*, 73 *ad ed.* D.20,4,6 (prestito concesso per acquistare il vitto per i marinai, o per pagare il nolo o le merci da trasportare); vd. anche *Hist. Aug.*, *Sev. Alex.* 21 (prestito per l'acquisto di terreni).

¹⁰绿色民法典 (*Green Civil Code Draft*) a cura di XU GUODONG, cit., 559.

CAPITOLO VII

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Conclusioni che non concludono. – 1.1. Il mutuo reale e il mutuo consensuale nel sistema giuridico romanistico. – 1.2. Realtà o consensualità per il mutuo? – 1.3. Servono ancora oggi i contratti reali? – 2. Alcuni ‘inconvenienti’ pratici dell’abolizione del contratto reale. – 3. Per l’attualità del contratto reale. – 4. Il contratto reale: questo ‘immortale’.

1. Conclusioni che non concludono

1.1. *Il mutuo reale e il mutuo consensuale nel sistema giuridico romanistico*

In sede di conclusioni, mi pare opportuno sottolineare due profili emersi dall’analisi finora condotta, l’uno, relativo alla natura reale o consensuale del mutuo dal punto di vista della tradizione giuridica; l’altro, relativo alla costruzione giuridico-dogmatica delle operazioni di prestito (prevalentemente di denaro).

Dal primo punto di vista (il profilo della ricostruzione storica), le testimonianze riportate dimostrano come nel sistema giuridico romanistico non esista un inquadramento unitario del mutuo. In particolare, non vi è dubbio che il diritto romano classico strutturava questo contratto come reale, sia nella costruzione dogmatica che di esso facevano i giuristi, sia nelle vicende pratiche, laddove la *datio*, per quanto smaterializzata, ne costituiva pur sempre il presupposto di esistenza.

Nello stesso tempo, però, anche i romani non ignoravano l’esigenza di concludere fattispecie diverse ed in qualche modo più articolate, in cui la *datio* fosse ‘spiritualizzata’, fin quasi al punto da scomparire. D’altro canto, la pratica dei ritrovamenti epigrafici dimostra come sempre più spesso l’obbligo di restituzione del mutuatario risultasse formalizzato in *stipulationes* (cd. *Stipulationsdarlehen*), che non erano come tali precedute da *dationes*; nella stessa linea, poi, va considerata la problematica della ‘*non numerata pecunia*’, che testimoniava l’ingiustizia di dover essere tenuti a restituire quanto non si era mai ricevuto. In tali casi, l’operazione crediti-

zia si reggeva sul solo scambio dei consensi, o, al massimo, sulla formalizzazione di questi all'interno del meccanismo stipulatorio, e l'elemento di realtà (la *traditio*) serviva solo, al massimo, a rendere inoperante l'*exceptio (doli)*, prima, *non numeratae pecuniae*, poi) che era a disposizione del promittente contro lo stipulante doloso.

Come contrappeso rispetto a questa situazione, troviamo la previsione da parte dei giuristi della possibilità di concludere promesse di mutuo nella forma di '*stipulationes de mutuo dando*', che non vincolavano mai lo stipulante all'accettazione del denaro, ma obbligavano sempre il promittente inadempiente al risarcimento del danno (vd. D.45,1,68: *supra*, pp. 149 ss.).

Questa situazione si trova riflessa in una linea di ideale continuità all'interno del sistema giuridico latinoamericano, laddove le evidenti linee di unità di sistema stesso non nascondono le specificità di alcuni singoli ordinamenti. In particolare, già il *derecho de Castilla e León*, sulla spinta della sopra vista *Ley única* dell'*Ordenamiento de Alcalá* del 1348¹, sancisce il principio per cui in tutti i contratti *solus consensus obligat*. Questo principio, che viene recepito all'interno della dottrina ibero-americana, e traslato nei territori del Nuovo Mondo, finisce per costituire una specificità del sistema giuridico latinoamericano, in un momento (XIV sec.) in cui in Europa tale principio era ancora lontano dall'affermarsi, per quanto diffusamente ribadito nel corso dei secoli XVII e XVIII. In America Latina, tale principio del consensualismo rimane in qualche modo quiescente nel corso del processo di Codificazione del secolo XIX e degli inizi del XX: infatti tutti questi Cc. (cd. '*Códigos de la independencia y de la mezcla*') continuano a considerare il mutuo come un contratto reale, pur evidenziando in generale il ruolo predominante del consenso al momento della conclusione dei contratti.

La linea presente nell'*Ordenamiento de Alcalá*, rafforzata altresì da elementi interni al sistema latinoamericano (ad es. il *Proyecto García Goyena*), come anche da elementi in qualche modo esterni al sistema stesso (la pubblicazione dell'*OR* svizzero nel 1900 o le opere di alcuni studiosi francesi o tedeschi sopra richiamati) riemerge prepotente con il Cc. federale del Messico del 1928, il quale codifica il mutuo come un contratto puramente consensuale, alla stregua di qualsiasi altro contratto.

La linea è chiaramente presente anche in Europa, soprattutto negli ordinamenti svizzero e tedesco (dopo la riforma del 2002), ed è ampiamente difesa da un nutrito stuolo di studiosi, che avversano sia la costruzione del mutuo come contratto reale, sia la categoria stessa della realtà.

¹ Cfr. *supra*, pp. 174 ss.

1.2. *Realità o consensualità per il mutuo?*

Di fronte alla domanda se convenga costruire il mutuo come un contratto reale o piuttosto come un contratto consensuale, considerato che entrambe le costruzioni sono presenti nel sistema giuridico romanistico (tanto nel sottosistema europeo, quanto in quello latinoamericano), credo necessario ammettere che non esiste una risposta unitaria, come dimostra la diversità di modelli circolanti nello stesso sistema: non è vero che il mutuo reale è migliore o tuzioristico del mutuo consensuale, o viceversa.

A mio avviso esistono diverse fattispecie negoziali, a cui è giusto che corrispondano diverse costruzioni dogmatiche, quasi come se si trattasse di diversi vestiti per modelli parzialmente convergenti, ma comunque dotati di distinte specificità.

In particolare, nelle operazioni di prestito di denaro, allorché l'esigenza del mutuatario è quella di avere la immediata disponibilità della somma, ad es. perché deve acquistare una casa, o un'automobile o qualsiasi altra cosa, non c'è dubbio che il contratto maggiormente rispondente all'esigenza di entrambe le parti (mutuante e mutuatario) sia il mutuo reale, in cui la *traditio* è il presupposto necessario all'esistenza stessa del contratto: senza la consegna il mutuo non viene ad esistenza, perché senza la consegna non trova soddisfacimento l'esigenza che ha spinto il mutuatario a chiedere il prestito ed il mutuante a concederglielo, che è quella di avere immediatamente a disposizione la somma *de quo*.

Al contrario, non va misconosciuto il fatto che la pratica moderna (ma, come abbiamo visto, anche quella antica) richiede l'esistenza di una figura 'obbligatoria' di prestito, tale che «il mutuatario sappia di poter fare affidamento sulla promessa del mutuante»².

Questo avviene allorché per il mutuatario è sufficiente poter contare sulla assicurazione del mutuante (che normalmente è una banca, o comunque un contraente 'forte'), che gli presterà quella determinata somma. Si tratta di una operazione di prestito, che, se vogliamo, possiamo chiamare anch'essa mutuo o mutuo obbligatorio, che va tenuta rigorosamente distinta dalla mera promessa di mutuo, ma che si differenzia dal mutuo reale sopra considerato perché la consegna effettiva del denaro attiene in questo caso alla fase esecutiva del contratto, e non alla fase della conclusione dello stesso.

A mio avviso, però, come già insegnano le fonti romane, questo mutuo consensuale, andrebbe comunque bilanciato con due aggiustamenti, tesi soprattutto a tutelare il contraente 'debole' del rapporto, ma non solo.

Da un primo punto di vista, è necessario garantire al mutuante la pos-

² Così cfr. già B. GARDELLA TEDESCHI, s.v. *Mutuo (contratto di)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 11, Torino, 1994⁴, 538.

sibilità di non dover più erogare le somme promesse, se accerti che le condizioni patrimoniali del mutuatario sono così mutate, da far legittimamente dubitare della sua capacità di restituire il prestito³.

Da un secondo punto di vista, mi pare necessario garantire al mutuatario la possibilità di non essere obbligato a ricevere tutta la somma pattuita, qualora in seguito non ne abbia più necessità, senza che debba essere condannato ad alcunché. Si tratta di uno sbilanciamento dell'equilibrio contrattuale, che tiene conto della differenza di potere contrattuale tra una banca e un debitore da mutuo⁴, e che, del resto, è in linea con il modello che emerge già dalle fonti romane sopra viste.

Ad esempio, il legislatore cinese del 1999 (ma in parte anche quello cubano del 1987), in ossequio alla tradizione di cui ho tentato di delineare alcune parziali tracce nelle pagine precedenti, e pur prevedendo la possibilità di stipulare dei mutui consensuali, ha scelto di mantenere aperta la strada per il mutuo reale; ciò non implica, come abbiamo pure visto, negare che si debba riconoscere che, per talune ipotesi, il corrispondente schema consensuale possa risultare tuzioristico: significa solo, a mio avviso, riconoscere che tale circostanza non può in alcun modo condurre a proporre l'accantonamento del mutuo reale, o addirittura, da una prospettiva più generale, l'abolizione o il superamento della categoria del contratto reale.

A mio avviso, infatti, gli inconvenienti non derivano dalla previsione di un mutuo consensuale, che ha la sua ragion d'essere in alcuni casi, quanto piuttosto dal voler rendere questa l'unica strada percorribile per chi voglia concludere una operazione di prestito di denaro. In altre parole, se il mutuo è solo consensuale, si determinano delle sconvenienze e delle ridondanze, a cui vale la pena accennare brevemente.

Nel mutuo, e facendo salvo il caso previsto dall'art. 1822 Cc. it. 1942 (promessa di mutuo), si vuole consentire al mutuante di valutare bene, fino al momento della consegna, il rischio a cui l'operazione di prestito lo sottopone, ma anche (a mio parere sarebbe necessario dire: soprattutto) evitare di ancorare la concreta operatività del contratto all'adempimento da parte del promittente, che costituisce un fatto «di per sé insicuro e possibilmente dilatorio»⁵.

³Di 'notevole difficoltà di restituzione' e di 'mancanza di idonee garanzie' parla l'art. 1822 Cc. it. 1942 a proposito della promessa di mutuo.

⁴Vd. *supra*, pp. 149 ss., a proposito di D.45,1,68.

⁵Non convincente appare l'obiezione di M. DE TILLA, *Donazione*, cit., 548, il quale argomenta dal fatto che il nostro legislatore ha dotato di natura consensuale il contratto di apertura di credito, il quale assolverebbe a una funzione analoga al mutuo. In realtà, mentre il mutuatario chiede una disponibilità immediata (e ciò giustifica la realtà), l'apertura di credito costituisce solo una sorta di assicurazione per il debitore rispetto a futuri impegni, e quindi ben può essere strutturata come contratto consensuale.

Inoltre, nel mutuo consensuale, il mutuante potrebbe convenire il mutuatario che abbia perso interesse al prestito per costringerlo ad accettarlo; la cosa, se già appare poco perspicua nel mutuo oneroso, diviene decisamente incomprensibile nel mutuo gratuito: non è un caso che tale possibilità era espressamente esclusa dalle fonti romane (vd. pp. 136 ss.).

Ancora: una volta configurato il mutuo come contratto esclusivamente consensuale, e stabilito, di conseguenza, che il mutuante 'si obbliga a consegnare al mutuatario', quest'ultimo, di fronte all'inadempienza del primo, potrebbe chiedere, secondo le regole generali, la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, oppure l'adempimento di quanto promesso⁶: ma trattandosi in entrambi i casi di una obbligazione pecuniaria, nessun mutuatario sceglierebbe la seconda soluzione, soprattutto allorché si valuti, come mi pare più corretto, che il danno risarcibile in tal caso debba corrispondere al cd. 'interesse positivo'⁷.

Nello stesso contratto consensuale di mutuo, infine, potrebbero affiorare altri e diversi problemi; ad es.: posto il mutuo consensuale, il credito del mutuatario all'erogazione del mutuo sarebbe pignorabile da parte dei suoi creditori? Potrebbe il mutuatario chiedere gli interessi per la mancata tempestiva erogazione? Potrebbe egli opporre questo credito in compensazione di altro credito che il mutuante vantasse nei suoi confronti, o, peggio, potrebbe il mutuante opporre in compensazione un altro credito che avesse nei confronti del mutuatario, vanificando così nei fatti il senso dell'operazione giuridica (prestito di denaro) posta in essere?⁸.

Per tutte queste ragioni, il mutuo reale non può e non deve essere considerato un relitto del passato, ma piuttosto una esigenza concreta della vita attuale, che l'ordinamento giuridico ha il diritto-dovere di tutelare.

⁶ Così fa, ad es., il nuovo Cc. arg. all'art. 1526.

⁷ Risulta difficile prospettarsi la situazione di un mutuatario il quale, in una ipotesi di mutuo consensuale, di fronte al conclamato inadempimento del mutuante ad erogargli la somma promessagli, lo convenga per l'adempimento, pur potendogli chiedere, in esito alla risoluzione contrattuale, il risarcimento del danno. Cfr. anche Cass. 6 giugno 2003, n. 9101, in *Riv. notar.*, 3, 2004, con nota di UNGARI TRASATTI, *La natura giuridica e la struttura del cd. contratto condizionato di mutuo fondiario*.

⁸ Per alcune di queste obiezioni vd. già E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., 187 ss.; più di recente, cfr. anche D. CENNI, *La formazione*, cit., 139 s.; più problematico mi pare risultare parlare di una ripugnanza sociale verso l'esperibilità di un'azione esecutiva contro il mutuante, come conseguenza della nascita di un credito del promissario alla consegna del denaro: mi pare, infatti, che, da un lato, il mutuante che non adempia la promessa prestata ai sensi dell'art. 1822 vada incontro proprio a questa conseguenza; dall'altro, negli ordinamenti che attualmente ammettono il mutuo consensuale (Svizzera e Messico, prima di tutti, ma anche Germania, Paesi Bassi, Perù, Cuba e Argentina) tale evenienza non è in alcun modo sentita come ripugnante.

1.3. Servono ancora oggi i contratti reali?

In altra sede ho tentato di dimostrare che il contratto reale non appare il frutto di un vuoto ossequio alla tradizione, ma rappresenti piuttosto una categoria che ha un senso pregnante e che è chiamata a svolgere una importante funzione anche nel mondo cd. globalizzato di oggi e che al contrario, la sua abolizione rappresenterebbe, ancora oggi, una astrazione non giustificata né dalla realtà negoziale, né dai dati normativi⁹. Ovviamente, non avrebbe alcuna utilità riprendere qui, in sede di conclusioni, le medesime argomentazioni altrove svolte (vd.p. 205, nt. 137). Penso però che sia utile sottolineare alcune delle motivazioni che, ancora oggi, rivestono di una certa utilità lo schema giuridico del mutuo reale.

Nei Cc. che operano la scelta sopra criticata di abolire la categoria del contratto reale, il deposito, il pegno, il comodato, e perfino la donazione sono rigidamente strutturati come contratti consensuali, in cui una parte (il mutuante, il depositante, il comodante ecc.) si obbliga a compiere una certa attività. Ciò, ovviamente, rappresenta una libera scelta di politica legislativa a cui ogni legislatore appare legittimato; quello che mi pare contestabile, sono invece le ragioni sulle quali si vuole far riposare una tale scelta.

Essa, infatti, da un lato appare frutto di una spinta aprioristica da parte della dottrina, la quale, assunto il modello generale e astratto di contratto che si legge più o meno in tutte le codificazioni moderne, cioè quello dell'accordo produttivo di effetti giuridici, lo cala sui singoli istituti, senza considerare troppo il rispetto delle coerenze e della rispondenza di questi, così costruiti, alle esigenze concrete delle parti; dall'altro lato, crea alcuni problemi, ai quali tra breve farò cenno.

Esaminiamo il primo punto: la presunta necessaria rispondenza dei singoli contratti a uno schema generale e astratto di contratto assiologicamente dato.

L'argomentazione addotta da questa parte della dottrina e che per questo si trova esplicitata in maniera evidente nei progetti di unificazione del diritto europeo (cd. progetti di *Sotf Law*) già a livello della definizione del contratto¹⁰, è la seguente: i Cc. definiscono il contratto come accordo, er-

⁹ Cfr. A. SACCOCCIO, *L'eredità del 'sistema' romano dei contratti reali*, cit., 103 ss.; vd. però anche C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 16; A. GUZMÁN BRITO, *La consensualización de los contratos reales*, cit., 35 ss.

¹⁰ Intendo dire che in questi progetti, già nel dare la definizione generale e astratta di contratto si chiarisce che il contratto è l'accordo e che nessun altro requisito (con riferimento soprattutto alla consegna della cosa) può essere richiesto: cfr. ad es. Principi UNIDROIT (art. 3.2: «Un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti»); PECL, 1996/2000 (art. 2:101: «Il contratto è concluso quando: a) le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente e b) hanno raggiunto un accordo sufficiente. Non è richiesto alcun altro requisito»); l'unico che assume

go, per la sua conclusione non è richiesto alcun altro requisito. Essa mi pare che riposi su un equivoco, o meglio su un presupposto non dimostrato, cioè quello che le norme sulla parte generale del contratto impediscano il formarsi di regole difformi in sede di disciplina dei singoli contratti¹¹. Giustamente, a mio avviso, è stato recentemente osservato che «si tratta di prendere atto del fatto che, sebbene collocata in una norma di parte generale e dunque tendenzialmente applicabile a tutti i contratti, la regola della consensualità nella formazione del contratto esplica in realtà una funzione meramente sussidiaria e residuale, venendo in rilievo nei soli casi in cui la disciplina particolare del singolo contratto non dispone diversamente»¹².

La scelta di abolire del tutto la categoria dei contratti reali, poi, oltre che da tale vizio 'esegetico' di fondo, mi pare venga affettata da un altrettanto evidente vizio metodologico in cui incappano dottrina e (alcuni) legislatori: si afferma che i contratti di mutuo, di deposito, di comodato ecc. debbano essere (solamente) consensuali non perché questa scelta corrisponda ad un migliore adattamento di singoli istituti giuridici ai mutamenti di una società (in ipotesi quella romana, italiana, cinese, ma, più in generale, quella degli anni 2000, in qualsiasi parte del mondo), che richieda delle innovazioni in campo giuridico, ma piuttosto perché, dato al 'genus contratto' uno schema generale e astratto, tutte le *species* in esse ricomprese devono necessariamente adattarsi questo schema.

Ciò però significa ignorare la realtà in nome di uno schematismo astratto, perdere quella 'concretezza', quella flessibilità, quella capacità di adattamento alla realtà che era tanto cara ai giuristi romani¹³, e che, per molti versi, ha costituito e continua a costituire la fortuna di questo patrimonio sapienziale che da essi abbiamo ereditato¹⁴.

una posizione differente, peraltro coerente con quella difesa nel presente contributo, è il *Code européen des contrats – Avant-project* (Gandolfi) del 2002, il quale difende la categoria del contratto reale e la sua possibile 'alternatività' con un corrispondente contratto consensuale (art. 34 co. 2: «I contratti reali si perfezionano con l'effettiva consegna della cosa che ne costituisce l'oggetto, salvo che in base alla volontà delle parti o agli usi debba ritenersi che esse abbiano voluto concludere un contratto consensuale atipico»); cfr. M.L. RUFFINI GANDOLFI, *I contratti reali nella prospettiva di una codificazione europea: elementi per una discussione*, in *Jus*, 2000, fasc. 2-3, 341 ss.

¹¹ Contro questo assioma, vd. già le considerazioni di G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impresa*, 1998, 328 ss.

¹² Cfr. D. CENNI, *La formazione*, cit., 15 (riprendendo affermazioni già espresse in EAD., *Consensualità*, cit., 980 ss.); più discutibili mi paiono le argomentazioni che la a. (pp. 16 ss.) trae dall'art. 1327 Cc. it. 1942; secondo questa a. (vd. anche pp. 101 ss.), la realtà costituirebbe una «regola speciale di formazione del contratto».

¹³ Sulla valorizzazione della 'concretezza' nel sistema contrattuale romano vd. soprattutto G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, cit. sul quale cfr. anche il mio A. SACCOCCIO, *Dal 'Sistema romano dei contratti'*, cit.

¹⁴ Sul punto, conforme G. BENEDETTI, *Dal contratto*, cit., 80, il quale parla di «logica astratta ispirata al dogma del consensualismo»; vd. anche F. MASTROPAOLO-P. DE VECCHIS-

In altre parole, mi pare corretto affermare che «i dati normativi non possono essere sovvertiti soltanto per pregiudizi teorici, che ne esaltino alcuni a scapito di altri, per estetismi, amanti delle costruzioni simmetriche, per ragioni 'logiche', preferite a quelle storiche»¹⁵. Da questo punto di vista, la presenza dei contratti reali appare una imprescindibile esigenza logico giuridica del sistema¹⁶.

2. Alcuni 'inconvenienti' pratici dell'abolizione del contratto reale

Esaminiamo ora il secondo punto sopra enunciato, cioè la presenza di alcune conseguenze irragionevoli, di natura meramente pratica, che deriverebbero dall'abolizione della categoria dei contratti reali: mi limito, in via esemplificativa, a citarne alcune.

Del mutuo abbiamo già detto sopra.

Nel deposito, nei casi in cui l'interesse a concludere il contratto è del depositante, il depositario potrebbe astrattamente convenire in giudizio il depositante, che non adempia al suo obbligo di consegnare la cosa, anche qualora egli (il depositante) abbia perso interesse al negozio¹⁷; in maniera corrispondente, il comodante potrebbe convenire il comodatario allo scopo di obbligarlo a ricevere la cosa, che però nel frattempo a quello non risulta più utile¹⁸.

E. MASTROPAOLO, *Contratti di garanzia reale mediante pegno di beni mobili, di crediti, di moneta, di azienda. I contratti di garanzia*, in *Trattato dei contratti diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI*, Torino, 2006, 1222, secondo il quali «la realtà o non di un determinato tipo contrattuale non dev'essere affermata in base a teorie astratte, ma sol perché sia resa necessaria dai concetti emergenti da un ordinamento giuridico o comunque dal disegno positivo-legale».

¹⁵ F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., 21.

¹⁶ Già Gianfranco Palermo, strenuo sostenitore del principio del consensualismo riconosceva che le parti devono poter introdurre elementi di realtà nelle negoziazioni a cui attendono (cfr. G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, 101 ss., dove l'a. parla della possibilità che la volontà delle parti richieda una «forma di attribuzione patrimoniale sostanzialmente giustificata da una predeterminazione della causa»). Lo stesso Enrico Gabrielli, che pure non nasconde la sua ostilità al meccanismo della realtà, ne riconosce in qualche modo l'utilità affermando (cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 89): «se ai paciscenti, infatti, non può essere logicamente e giuridicamente precluso porre in essere accordi preliminari di contratti reali e figure consensuali atipiche alternative a quelle dei negozi tipicamente reali, tutte le volte che il concreto atteggiarsi dell'operazione posta in essere lo renda opportuno, così, del pari, ad esse non può essere precluso introdurre, per effetto di private determinazioni, attraverso l'adozione di tecniche adeguate, "elementi di realtà" per adattare il concreto meccanismo dell'operazione posta in essere ai risultati sostanziali perseguiti».

¹⁷ Ipotesi bollata come assurda, e per questo esclusa, da N. CIPRIANI, *La natura dei contratti di comodato*, Napoli, 2002, 87, a giudizio del quale in tal caso il depositario, e solo in caso di deposito oneroso, potrebbe soltanto chiedere il pagamento del corrispettivo.

¹⁸ È vero che in tali casi il comodante potrebbe aver dovuto mettere in piedi una orga-

3. Per l'attualità del contratto reale

Da un punto di vista più generale, si può dire che la scelta della consensualizzazione di tutti i contratti reali faccia perdere di vista il fatto che in alcune circostanze, se si prescinde da schematismi astratti, è necessario rispettare un giusto equilibrio tra la forza vincolante della volontà e l'effettiva consegna di un bene da una parte all'altra, che in alcuni casi appare come un elemento costitutivo assolutamente imprescindibile della fattispecie¹⁹.

Nei contratti reali non basta il fatto di dichiarare una certa volontà, ma occorre che tale volontà realizzi il suo fine attraverso un atto dispositivo²⁰: a tal fine soccorre l'essenza stessa della realtà, incarnata nel fatto che la semplice dichiarazione di volontà non accompagnata dalla trasmissione della disponibilità della cosa è inidonea a produrre una certa tipologia di effetti²¹. Si può ben dire che in alcuni casi «la struttura reale sia ... l'unico mezzo per la realizzazione di quella funzione» che le parti intendono in concreto raggiungere²².

Ma in quali casi la realtà impone la realtà? La dottrina più risalente tentava di individuare una funzione unitaria per la realtà in tutte le sue manifestazioni, nel fatto che il legislatore, guardando all'*id quod plerumque accidit*, in alcuni casi avrebbe voluto fissare il momento impegnativo solo all'atto della consegna²³. La costruzione, però, faceva acqua da tutte le parti, e non ha retto al raffronto con la quotidianità, che dimostra come sempre più spesso, in taluni frangenti, le parti intendono vincolarsi già prima di effettuare la *traditio*, anche in ambiti contrattuali che tradizionalmente sono stati campo di gioco esclusivo della realtà.

nizzazione per consegnare la cosa al comodatario, ma ciò non toglie che, se l'interesse primario di questo contratto è in capo al comodatario, appare assurdo prevedere la possibilità di forzarlo a ricevere, quando tale interesse non sussista più; al massimo si può ipotizzare un qualche tipo di responsabilità. Su questi esempi si sofferma ampiamente A. GUZMÁN BRITO, *La consensualización*, cit., 52 ss.

¹⁹ Cfr. M.N. JOBARD-BACHELLIER, *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif*, en *Revue trimestrelle de Droit civil*, 84 (janvier-mars 1985), 1, 62: «ces solutions [cioè quella di prevedere i contratti reali] sont le résultat non fortuit d'exigences bien réelles issues d'un équilibre fondamental à respecter entre la force de la volonté, la force du consentement donné, d'une part, et la force de ce fait matériel, représenté par la déplacement d'un bien corporel d'un patrimoine à un autre, qui seul peut avoir pour effet de mettre la chose concrètement et définitivement, à la disposition».

²⁰ Nota giustamente A. DALMARTELLO, *La consegna della cosa*, Milano, 1950, 201, che la volontà dispositiva senza l'attuazione del fatto è una contraddizione in termini, perché non posso voler consegnare e dichiarare di consegnare se non consegnando effettivamente.

²¹ Cfr. D. CENNI, *La formazione*, cit., 80.

²² G. D'AMICO, *La categoria*, cit., 359.

²³ Così cfr., ad es., P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 130 ss.; per una opinione in senso diverso vd. però già G. CARRARA, *La formazione*, cit., 342.

Per questo, a mio avviso, si deve condividere l'asserto che non è possibile individuare una *ratio* unitaria della categoria dei contratti reali, ma l'indagine deve essere svolta caso per caso, per individuare di volta in volta la maggiore rispondenza dell'assetto reale del contratto agli interessi concretamente manifestati dalle parti in gioco²⁴. In questo senso, si può anche concordare con quella parte della dottrina, secondo la quale «il giudizio sulla realtà della singola operazione contrattuale può essere svolto solo in concreto»²⁵, purché ciò non diventi la porta per espellere *tout court* la realtà stessa dal nostro ordinamento²⁶.

E, in effetti, è ben possibile riscontrare ragioni logico-dogmatiche che giustifichino la necessità della permanenza della categoria pur nella diversità di fattispecie negoziali.

Ad esempio, nel comodato le ragioni di amicizia che sono per lo più alla base del contratto fanno guardare con ripugnanza alla possibilità che il comodatario convenga in giudizio il comodante per costringerlo a dare esecuzione a un comodato consensuale²⁷, così che il legislatore ha ammesso la tutela solo quando si fosse realizzata nei fatti quella forma di cooperazione sociale che il comodato implica²⁸.

Nel deposito gratuito, la realtà appare illuminata dalla volontà di non tenere obbligato il depositario, il quale offre sostanzialmente un servizio al depositante, sulla base del mero consenso²⁹; per il deposito oneroso, oltre che dalle medesime ragioni sopra ricordate per il mutuo³⁰, altresì, seguendo un risalente orientamento, dalla volontà del legislatore di garantire al depositario quello che impropriamente viene chiamato uno *ius poenitendi*, «cioè il diritto di non assumere una obbligazione di custodia in senso tecnico, finché egli non accetta il trasferimento della detenzione»³¹.

²⁴ Cfr. A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., 685 s.; D. CENNI, *La formazione*, cit., 115 ss., la quale ne fa una questione di metodo; N. CIPRIANI, *La natura*, cit., 82 ss.

²⁵ Cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 113.

²⁶ Vd. infatti la posizione meno 'morbida' che lo stesso Gabrielli aveva precedentemente manifestato sul punto in altri contributi: cfr. E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, 93 ss.

²⁷ A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., 685; D. CENNI, *La formazione*, cit., 124.

²⁸ Così vd. G. BENEDETTI, *Dal contratto*, cit., 80.

²⁹ D. CENNI, *La formazione*, cit., 142; al contrario, A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., 686 pensa alle stesse ragioni di amicizia addotte per il comodato.

³⁰ D. CENNI, *La formazione*, cit., 144.

³¹ Così cfr. ancora A. GALASSO-G. GALASSO, s.v. *Deposito*, in *Digesto delle disc. priv. Sez. civ.*, 5, Torino, 1989, 256; al contrario, secondo A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., 686 nel deposito oneroso la realtà non troverebbe giustificazione alcuna, dovendosi ammettere «un contratto di custodia a struttura consensuale».

4. *Il contratto reale: questo 'immortale'*

Per tutte queste ragioni, la categoria dei contratti reali non può e non deve essere considerata un relitto del passato, ma piuttosto un'esigenza concreta della vita attuale, che l'ordinamento giuridico ha il diritto-dovere di tutelare: il legislatore, in questo, non deve farsi traviare dall'ossequio a falsi idoli, come quello dell'adozione aprioristica di una nozione generale e astratta di contratto.

È stato brillantemente dimostrato che la 'consensualizzazione' di un contratto reale non è in grado di sopprimere del tutto il ruolo di questa categoria, ma semplicemente posterga al momento dell'effettivo avvenimento della consegna gli effetti e l'esistenza stessa del contratto pretesamente consensuale³².

A mio avviso, quindi, non è il rispetto della categoria del contratto reale a costituire un vuoto omaggio alla tradizione romanistica³³; piuttosto, al contrario, è il sacrificio dei contratti reali sull'altare del principio del consensualismo, ad apparire, nella migliore delle ipotesi, un omaggio reso ad un mito, quello appunto del consenso come unico produttore di effetti giuridici nel campo dei contratti³⁴, mito costruito 'a tavolino' dai giusnaturalisti³⁵ in un contesto storico ben determinato e che poi però ha avuto le sue fortune nel periodo successivo. Non mi sfugge, però, che in taluni studiosi, e in maniera decisamente meno raffinata, questa costruzione appare dettata da una mal intesa idea di modernità, e rappresenta piuttosto un tributo pagato al fascino degli ordinamenti di matrice anglo-americana, che hanno questa impostazione.

³² Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La consensualización*, cit., 51: «La conclusión final es que la creación de los contratos consensuales no suprime a los contratos reales; sólo los posterga».

³³ D'altra parte abbiamo sopra visto come gli stessi romani tendevano, soprattutto per il mutuo, ad elaborare schemi negoziali complessi che tendevano a superare in taluni casi la necessità della *traditio* per il perfezionamento del contratto tipicamente reale.

³⁴ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La consensualización*, cit., 58: «nos formamos la impresión que el sacrificio de los contratos reales en el altar del consensualismo es un sacrificio a cierto mito. El consensualismo, como principio general, es algo más bien moderno. Los romanos, que inventaron los contratos consensuales, desconocidos en otros pueblos de la Antigüedad, y particularmente en el mundo helenístico, no pensaron en elevar el canon que los rige a la categoría de tal principio».

³⁵ Esemplificativo è il passo di H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, cito dall'ed. curata da B.J.A. DE KANTER-VAN HETTINGA TROMP, Lugduni Batavorum, 1939, in cui l'a. ravvisa nello 'stare pactis' un fondamentale principio dello *ius naturae* e (cfr. *Prolegomena*, § 15, 11: *Deinde vero cum iuris naturae sit stare pactis, [necessarius enim erat inter homines aliquis se obligandi modus, neque vero alius modus naturalis fingi potest] ab hoc ipso fonte iura civilia fluxerunt*; vd. anche lib. II, cap. 11, *de promissis*, 326 ss.), dichiara sufficiente il consenso per la produzione delle obbligazioni tra le parti, in critica alla opposta opinione del francese Coenannus (allievo di Alciato), il quale, seguendo Labeone, riteneva necessario altresì il sinalagma (cfr. lib. II, cap. 12 *de contractibus*, 340 ss.).

Alla base delle costruzioni che affermano il principio per cui 'tutti i contratti sono consensuali' mi pare che non riposi l'osservazione di un dato promanante dalla realtà, che andrebbe sempre inseguito e soddisfatto dall'analisi giuridica, quanto piuttosto la volontà di rincorrere costruzioni dogmatico-dottrinarie, alle quali in taluni casi non va disconosciuto un elevato grado di raffinatezza, e che, però, spesso basandosi su vuoti schematismi, costruiscono una nozione astratta di contratto come accordo, e pretendono poi di calarlo nella realtà concreta delle singole fattispecie, disconoscendo completamente il dato di realtà che da alcune di queste promana³⁶.

Mi permetto, quindi, di dissentire sia dalla scelta operata da alcuni legislatori (in Europa, Svizzera e Germania; in America Latina, Messico, Perù, Cuba [solo in parte] e Argentina) di cancellare dai Codici civili la categoria del contratto reale, sia da tutte quelle ricostruzioni dottrinarie che, usando argomenti (questi sì) a mio avviso 'pseudo-logici' pretendono di dimostrare l'inutilità della stessa alla luce di presunte norme 'di fondo' che regolerebbero nel nostro ordinamento l'istituto del contratto, o per un presunto omaggio alla 'modernità', incarnata, nell'immaginario di alcuni, dalla cd. globalizzazione.

Ciò, però, non significa ritenere i contratti reali una categoria assiomatica assoluta, ma, al contrario, importa riconoscere che, per taluni tipi legalmente codificati come reali (tra i quali un esempio calzante è costituito proprio dal mutuo), il corrispondente schema consensuale risulti, in alcune circostanze, tuzioristico rispetto al primo. Tale circostanza, però, non può a mio avviso in alcun modo condurre a proporre l'abolizione o il superamento della categoria del contratto reale.

Concludendo: si può affermare che ancora al giorno d'oggi l'idea di contratto reale non è poi così arcaica come alcuni credono³⁷, e che, di conseguenza, per quanto si voglia eliminare dal sistema la categoria dei contratti reali, questi si rifiutano in tutti i modi di morire, lasciando nell'interprete quasi l'impressione che si tratti di una categoria per certi versi immortale³⁸.

³⁶ Di una astrazione non giustificata né dalla realtà negoziale, né dai dati normativi parlava già C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., 16.

³⁷ Cfr. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*⁹, Paris, 2005, n. 49, 161: «L'attachement de la jurisprudence à la notion de contrat réel a, au demeurant, conduit à un courant doctrinal important à prendre conscience de ce que celle-ci n'était peut-être pas aussi archaïque qu'on l'a prétendu».

³⁸ A. GUZMÁN BRITO, *La consensualización*, cit., 58: «... y que, quiérase o no, ellos consiguen introducirse en el sistema, negándose a morir; si se prefiere, son inmortales».

INDICE DEGLI AUTORI

(in grassetto la prima citazione)

A

AB IDSINGA S.H. **13**²⁴
ABELIUK MANASEVICH R. **182**⁴³
ACEVEDO E. **180**³⁵
ADAMS B. **9**¹⁰; **72**¹²²; **74**¹²⁸; **77**¹³⁶; **87**¹⁷⁷
ADLER K. **39**¹⁷; **155**⁴⁰⁴; **165**²²
AGUILAR GORRONDONA J.L. **191**⁷⁴
ALBANESE B. **18**⁴⁵; **62**⁹²
ALBERTARIO E. **7**⁵; **17**⁴¹; **31**³¹; **49**⁴⁶
ALCIATUS A. **83**¹⁶¹
ALEXANDER L. **15**³⁵
ALEXANDER AB ALEXANDRIA **11**¹⁵
ALONSO J.L. **144**³⁶⁴
ALTERINI A.A. **203**¹²⁶; **204**¹³²
ALVAREZ J.M. **179**²⁹
AMARELLI F. **41**²¹; **43**²⁹; **51**⁵⁹; **52**⁶¹
ANDREAU J. **30**²⁸; **31**³²; **31**³³; **37**⁹; **37**⁹
ANDLAUNDER J.P. **13**²⁶
ANGELINI P. **66**¹⁰⁵
ANGERER S. **103**²²⁵
APARICIO J.M. **185**⁴⁹; **203**¹²⁸
APARICIO Y GOMEZ SANCHEZ G. **197**¹⁰⁵
APATHY P. **49**⁵¹; **51**⁵⁹; **114**²⁷²; **117**²⁸⁰; **121**²⁸⁸
APPLETON C. **10**¹³
ARANGIO-RUIZ V. **7**⁵; **45**³⁵; **45**³⁶; **47**⁴⁰; **51**⁵⁷;
52⁶²; **52**⁶³; **6**¹⁰⁸; **72**¹²¹; **72**¹²²
ARCHI G.G. **6**²
ARIAS SCHREIBER PEZET M. **198**¹⁰⁶; **198**¹⁰⁷
ARNESE A. **10**¹³; **27**¹⁹; **44**³³
ASTUTI G. **6**³; **52**⁶⁴
AUBRY C. -RAU C. **177**²²

B

BARASSI L. **161**⁴; **163**¹¹; **165**²²

BARCLAJUS G. **13**²⁵; **70**¹¹³; **71**¹¹⁹; **101**²¹³;
141³⁴⁹; **155**⁴⁰³
BARTOLUS A SAXOFERRATO **139**³⁴²; **152**³⁹⁵
BASADRE J. **171**¹
BAUDRY-LACANTINERIE G.-WAHL A.
177²²
BEHREND O. **26**¹¹
BEKKER E.I. **14**³⁰
BENEDETTI G. **162**¹⁰; **183**⁴⁵; **219**¹⁴; **222**²⁸
BENÖHR H.P. **84**¹⁶¹
BERETTA P. **47**⁴⁰
BERGER A. **53**⁶⁸
BERLIRI L.V. **10**¹²; **163**¹²
BERTOLLINI C. **143**³⁵⁹
BESELER G. **47**⁴⁰; **52**⁶³; **61**⁸⁹; **67**¹⁰⁷; **67**¹⁰⁸;
67¹⁰⁹; **76**¹³³; **81**¹⁵²; **128**³⁰³
BESSON P.F. **13**²⁴
BETTI E. **7**⁵; **17**⁴¹; **55**⁷³; **106**²³⁶; **113**²⁶⁹;
153³⁹⁸
BEVILÁQUA C. **186**⁵⁴
BIANCHI FOSSATI VANZETTI M. **84**¹⁶⁴
BIANCHINI M.G. **10**¹³
BIBILONI J.A. **201**¹¹⁷
BILLETER G. **10**¹³
BIONDI B. **11**; **4433**; **4535**; **4535**; **4536**;
4640; **135**³²⁶
BISCARDI A. **11**¹⁴
BLICHARZ G.J. **11**¹⁴
BOCERUS H. **11**¹⁶
BODWITCH P.L. **146**³⁷¹
BOEHMER I.H. **141**³⁵²
BONFANTE P. **17**⁴¹; **61**⁹⁰; **62**⁹¹; **66**¹⁰⁶; **67**¹⁰⁸
BONIFACIO F. **9**¹⁰; **72**¹²³; **74**¹²⁸; **76**¹³³; **77**¹³⁷;
83¹⁶⁰; **84**¹⁶¹; **86**¹⁷⁶; **89**¹⁸²; **90**¹⁸⁴; **92**¹⁹²;
92¹⁹⁴
BORDA G.A. **185**⁴⁹; **201**¹¹⁶
BORN J. **13**²⁴

- BORTOLUCCI G. 61⁸⁹; 62⁹²; 63⁹⁵; 118²⁸²
 BRAMANTE M.V. 21^{67bis}; 26¹⁴; 26¹⁵; 32³⁷; 36¹; 57⁷⁷
 BRANCA G. 49⁴⁷
 BRASIELLO U. 10¹²; 73¹²³; 76¹³³; 77¹³⁷; 90¹⁸⁴; 92¹⁹⁴; 128³⁰³
 BRENES CÓRDOBA A. 194⁸⁹
 BREONE M. 49⁵⁰; 64¹⁰⁰; 67¹⁰⁸
 BRIGUGLIO F. 57⁷⁸
 BREUNING C.H. 13²⁶
 BRINZ A. 62⁹²; 63⁹⁵
 BRODSKY J.M. - DONATO BRUN E.E. 205¹³⁶
 BROGGINI G. 128³⁰⁶; 129³⁰⁷
 BRÜCKMANN J.G. 13²⁶
 BRUNI L. (ARETINO) 145³⁶⁷
 BRUNNEMANN J. 141³⁵³; 150³⁸⁷
 BUERES A.J. 203¹²⁷
 BUND E. 67¹⁰⁷; 67¹⁰⁸
 BURDESE A. 8⁹; 40¹⁹; 106²³⁶; 106²³⁷; 113²⁶⁹; 128³⁰³; 129³¹⁰; 129³¹⁰; 131³¹³; 138³³⁸
 BÜRGE A. 76¹³³
 BUSACCA C. 9¹⁰
 BUSCA A.M. 135³²⁴
 BUSSI E. 101²¹⁴
 BUSTAMANTE C.J.G. 189⁶⁴
 BYOUNG-HO J. 36³
- C
- CAMODECA G. 32³⁶; 38¹²; 38¹²; 38¹³; 42²⁶; 54⁶⁹; 107²⁴¹; 108²⁴²; 108²⁴⁴; 108²⁴⁵; 114²⁷²
 CANNATA C.A. 7⁵; 24⁵; 26¹⁴; 52⁶⁰; 151³⁹²
 CAPOGROSSI COLOGNESI L. 24⁶
 CAPONE P. 27¹⁹
 CAMELO G. 204¹³⁵; 207¹⁴³; 207¹⁴⁴
 CARBONE P.L. 172²
 CARDAHI C. 101²¹⁴; 101²¹⁵
 CARDILLI R. 26¹¹; 28¹⁹; 78¹⁴²; 81¹⁵⁴; 91¹⁹⁰; 103²²⁵; 104²²⁸; 105²³⁰; 175¹²
 CARLÀ F.-MARCONE A. 29²⁴; 30²⁹
 CARRARA G. 161⁴; 163¹¹; 165²²; 221²³
 CARRASCO GARCÍA C. 137³³⁵
 CARRESI F. 164¹⁴; 168³³
 CARUSO G. 10¹³
 CASSARINO A. 95²⁰¹
 CASSIMATIS G. 10¹³
 CASTÁN TOBEÑAS J. 172²
- CASTILLO FREYRE M. 198¹⁰⁸; 199¹⁰⁹
 CASTRESANA HERRERO A. 11¹⁴; 32³⁸; 37⁹
 CATALANO P. 171¹
 CATANESE C.F. 164¹⁶
 CENNI D. 163¹⁰; 165¹⁶; 165¹⁶; 165¹⁹; 165²¹; 166²²; 217⁸; 219¹²; 221²¹; 222²⁴; 222²⁷; 222²⁹; 222³⁰
 CERAMI P. 8⁸; 64¹⁰⁰
 CERAMI P.-PETRUCCI A. 31³⁴; 74¹²⁹; 95²⁰⁰; 98²¹⁰
 CERVENCA G. 10¹³; 89¹⁸²; 90¹⁸⁴; 92¹⁹⁴
 CHAÍN MOLINA S.M. 201¹¹⁵
 CHAUDET F. 6²
 CHERCHI A. 10¹³
 CHEVREAU E. 11¹⁴
 CHEVALLIER P. 17⁴³
 CIMMA M.R. 135³²⁴; 137³³⁵; 144³⁶⁴
 CIOCCA P. 38¹⁰
 CIPRIANI N. 220¹⁷; 222²⁴
 CLARO SOLAR L. 174⁸; 174¹⁰; 175¹¹; 178²⁶; 182⁴²
 CLAUS A. 59⁸⁵; 61⁹⁰; 62⁹¹; 62⁹³; 63⁹⁷
 COELHO DA ROCHA M.A. 186⁵²
 COLLINET P. 61⁸⁹; 62⁹³; 92¹⁹⁴; 106²³⁶
 CONNOLLY S. 49⁴⁵
 CONRADI J.L. 13²⁶
 CONRAT (COHN) M. 45³⁵; 47⁴⁰
 CONSTANTIN O. 77¹³⁶; 77¹³⁷; 77¹³⁹; 84¹⁶¹
 COPPA ZUCCARI P. 92¹⁹²
 CORBINO-A. SANTALUCIA B. 60⁸⁶
 CORNIOLEY P. 111²⁵⁷; 111²⁵⁹; 128³⁰⁶; 130³¹¹; 130³¹²
 CORPUS IURIS CIVILIS. TEXT UND ÜBERSETZUNG III 79¹⁴⁹; 149³⁸³
 CORRIOLS E. 13²⁷
 CORTESE B. 6²; 7³
 COSTA E. 15³³; 37⁶
 COSTA P. 52⁶⁰
 COUDERT J. 154³⁹⁹
 COVIELLO N. 165²²
 CRELL C.L. 13²⁵
 CRIFÒ G. 78¹⁴³
 CUERPO DEL DERECHO CIVIL 102²²⁰
 CUIACIUS I. 56⁷⁵; 67¹⁰⁹; 68¹¹¹; 70¹¹⁸; 103²²⁵; 127³⁰²; 152³⁹⁵
- D
- D'AMICO G. 165¹⁶; 165¹⁷; 221²²

- D'ORS A. 6²; 7⁵; 174⁴; 184⁵; 32³⁸; 37⁹;
111²⁵⁶; 114²⁷²; 148³⁸⁰
- DA SILVA PEREIRA C.M. 186⁵⁶
- DALMARTELLO A. 162⁸; 168³³; 221²⁰
- DALMARTELLO A.-PORTALE G.B. 164¹⁶
- DAWSON J.P. 6³
- DE ALBORNOZ B. 176¹⁸; 176¹⁹; 177²⁰
- DE ASSO Y DEL RIO I.J.-DE MANUÉL Y
RODRIGUEZ M. 174⁷; 179³⁰
- DE CARVALHO SANTOS J.M. 186⁵⁵
- DE CHURRUCA J. 74¹²⁹
- DE COCCEIUS S. 60⁸⁶
- DE FRANCISCI P. 17⁴¹; 67¹⁰⁸; 106²³⁶; 128³⁰³
- DE LA C. OJEDA RODRÍGUEZ N. 200¹¹³
- DE LA CHEVALLERIE A. 7⁵
- DE LA PUENTE Y LAVALLE M. 198¹⁰⁸
- DE LOS MOZOS J. 21⁶³
- DE MARTINO F. 10¹⁴; 11¹⁴; 29²²; 29²⁶; 37⁹
- DE MELO FREIRE P.J. 186⁵²
- DE NOVA G. 165¹⁷; 219¹¹
- DE OCHOA J.E. 197¹⁰³
- DE PAULA RUANOVA F. 195⁹⁴
- DE ROBERTIS F.M. 55⁷⁴; 76¹³³; 81¹⁵³
- DE RUGGIERO-F. MAROI R. 162⁸
- DE SARLO L. 89¹⁸²
- DE SOLÓRZANO Y PEREIRA J. 176¹⁶
- DE TAPIA E. 179²⁸
- DE TILLA M. 162¹⁰; 165¹⁹; 216⁵
- DE VILLA V. 10¹³; 66¹⁰⁵; 67¹⁰⁹; 89¹⁸²; 128³⁰³
- DEGENKOLB H. 39¹⁷; 155⁴⁰⁴; 156⁴⁰⁵
- DEL CASTILLO J.A. 189⁶³
- DEL MORAL O. 193⁸⁸
- DELL'ORO A. 111²⁵⁸; 121²⁸⁸
- DELGADO VERGARA T. 200¹¹²
- DELLA TORRE R. 12¹⁸
- DEMELIUS G. 165¹⁷
- DERNBURG H. 154⁴⁰²; 155⁴⁰³; 155⁴⁰⁴
- DI CINTIO L. 112²⁶⁷; 126²⁹⁹; 129³⁰⁹; 131³¹⁴
- DI GRAVIO V. 162¹⁰; 164¹³; 166²⁵; 168³³;
204¹³⁵
- DI IORIO L. 6²
- DI MAJO GIAQUINTO A. 163¹¹
- DI MARZO S. 128³⁰³
- DI PORTO A. 29²⁵; 29²⁶
- DINIZ M.H. 187⁶¹
- DOMINICI A. 191⁷⁴
- DONATUTI G. 5²; 65¹⁰³; 67¹⁰⁷; 67¹⁰⁹; 68¹¹¹;
130³¹¹
- DONELLUS H. 55⁷³; 140³⁴⁶; 152³⁹³; 153³⁹⁹
- DUARENUS F. 70¹¹⁵; 140³⁴⁵
- DÜLL R. 146³⁷³
- DUMAS A. 44³⁵; 47⁴⁰; 47⁴²
- E
- EHRHARDT A. 79¹⁴⁴; 80¹⁵⁰
- ENDEMANN W. 14³¹
- ENGELS A. 21⁶⁷
- ESBORRAZ D.F. 175¹¹; 178²⁶; 182⁴⁰; 182⁴¹;
206¹⁴²
- ESCRICHE J.E. 179³¹
- EVANS-JONES R. 9¹⁰
- F
- FABER A. 70¹¹⁵
- FABROTUS C.A. 12²²
- FALCONE G. 147³⁷⁵
- FALZEA A. 166²²
- FASOLINO F. 10¹³
- FAUCEGLIA G. 162⁸
- FAUSTI P.L. 164¹⁴; 165¹⁶; 167²⁸
- FERNÁNDEZ BARREIRO A. 7⁵
- FERNANDÉZ BULTÉ J-RAPA ALVAREZ V.
200¹¹⁴
- FERNÁNDEZ TEJERO 146³⁷³
- FERNANDEZ DE RETES J. 144³⁶⁶
- FERRIER C.J. 194⁹⁴
- FERRINI C. 8⁸; 61⁸⁹
- FERRO-LUZZI P. 163¹¹
- FINLEY M.I. 38¹¹
- FIORI R. 40¹⁹
- FLUME W. 6³; 62⁹²
- FORABOSCHI D.-GARA A. 110²⁵³
- FORCHIELLI P. 162⁸; 162¹⁰; 164¹³; 164¹⁵;
165¹⁸; 221²³
- FORMICHELLA L.-TOTI E. 209¹
- FOURMAN L. 15³⁶
- FOWLER H.N. 147³⁷⁷
- FRAGALI M. 162⁸; 169³⁵
- FRATTAROLO V-IORIO E. 162⁷
- FRESE B. 67¹⁰⁹
- FREUDENTHAL J. 75¹³²
- FREZZA P. 72¹²³; 89¹⁸²; 92¹⁹⁴
- FRUSTAGLI S. 201¹¹⁵
- FUENTESECA P. 7⁵

FUNAIOLI C.A. 163¹¹
FUSCO S.A. 20⁶¹; 38⁹

G

GABRIELLI E. 163¹¹; 220¹⁶; 222²⁵; 222²⁶
GALASSO A. 73¹²⁵; 164¹⁵; 164¹⁵; 164¹⁶;
168³³
GALASSO A.-GALASSO G. 222³¹
GALGANO F. 165¹⁷
GALINDO GARFIAS I. 196⁹⁹; 196¹⁰⁰
GALLO F. 7⁵; 40¹⁹; 106²³⁵; 106²³⁷
GAMARRA J.-FERNÁNDEZ G.-QUIRÓ
SALDAÑA J. 184⁴⁷
GANDOLFI G. 9¹⁰; 73¹²³; 73¹²⁶; 76¹³³; 85¹⁶⁸;
85¹⁶⁹; 90¹⁸⁴; 98²⁰⁹
GARCÍA GALLO A. 175¹⁴; 176¹⁴
GARCÍA GOYENA F. 178²³
GARCÍA GOYENA F.-AGUIRRE J.M.
MONTALBÁN J. 178²³
GARDELLA TEDESCHI B. 215²
GARRIDO R.F.-ZAGO J.A. 200¹¹⁵
GAY J.L. 6³
GAZZARA M. 165¹⁶
GEIGER K. 72¹²²; 92¹⁹⁴
GESUÈ F. 164¹⁵
GHERSI C.A. 204¹³⁴
GIAMPICCOLO G. 162⁸; 168³⁴; 169³⁴
GIARELLI F. 161⁴
GIFFARD A.E. 6³; 154³⁹⁹
GILIBERTI G. 20⁶²
GIOMARO A.M.-BRANCATI C. 88¹⁷⁹
GIOMARO A.M.-MOROSINI P. 21⁶⁶; 167³⁰
GIRARD P.F. 62⁹¹; 62⁹²
GIUFFRÉ V. 1¹; 11¹⁴; 19⁴⁹; 25⁸; 25⁸; 26¹⁴;
27¹⁶; 36³; 38¹³; 113²⁶⁹; 180³⁶
GLÜCK C.F. 36²; 44³³; 45³⁵; 45³⁶; 46³⁹;
60⁸⁶; 62⁹³; 63⁹⁴; 63⁹⁶; 77¹³⁷; 84¹⁶¹; 155⁴⁰⁴
GOAEDDEUS I. 12¹⁷
GOLDSCHMITH R.W. 38¹⁰
GOLTARA E. 167³⁰
GOMES O. 187⁶⁰; 187⁶¹
GÓMEZ DE LA SERNA P.-MONTALBÁN J.M.
175¹¹; 178²⁶
GÓMEZ ROYO E. 20⁶¹; 36³
GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ M. 179³²
GORDON W.G. 73¹²⁴; 76¹³³; 91¹⁸⁶
GOTHOFREDUS I. 60⁸⁶

GRIFFIN M. 147³⁷⁴
GRILLONE A. 29²⁶
GRIMAL P. 146³⁷²
GRÖSCHLER P. 21⁶⁵; 42²⁴; 59⁸⁵; 107²⁴¹;
108²⁴²; 108²⁴³; 108²⁴⁵; 109²⁴⁸; 109²⁴⁹;
109²⁵⁰; 110²⁵²; 111²⁶⁰; 114²⁷²; 134³²²;
135³²⁶; 138³³⁹
GROSSO G. 7⁵; 55⁷³; 112²⁶⁸; 135³²⁶; 219¹³
GROTIUS H. 223³⁵
GUNTZ J.H. 13²⁴
GUTIERREZ Y GONZALEZ E. 196¹⁰⁰
GUZMÁN BRITO A. 163¹⁰; 173⁴; 177²¹;
178²⁵; 180³⁴; 181³⁸; 189⁶⁷; 190⁶⁸; 190⁷⁰;
190⁷¹; 192⁸¹; 193⁸⁸; 194⁸⁹; 194⁹¹; 194⁹²;
195⁹⁵; 197¹⁰³; 199¹¹⁰; 204¹³⁴; 218⁹;
221¹⁸; 223³²; 223³⁴; 224³⁸
GUZMÁN FERRER F. 197¹⁰⁵

H

HÄGERSTRÖM A. 75¹³³; 118²⁸²
HÄNCHEN S. 6²
HALLEBEEK J. 20⁵⁹
HARRISON S.J. 145³⁷⁰; 146³⁷¹
HAUSMANINGER H. 76¹³³
HAMZA G. 172²
HEICHELHEIM F. 28²²
HEIMBACH G.E. 14²⁹; 83¹⁶¹; 103²²³
HERNÁNDEZ TEJERO F. 146³⁷³
HEUMANN H.-SECKEL E. 79¹⁴⁸; 103²²²
HOLLANDER D.B. 29²⁷
HOMMEL F.A. 13²⁶
HONORÉ A.M. 6²
HONSELL. H.-MAYER-MALY TH.-SELB T.
62⁹²
HUBER U. 141³⁵⁴
HUSCHKE PH.E. 15³⁴; 36³; 58⁸⁰; 61⁹⁰; 63⁹⁴;
63⁹⁵; 65¹⁰³; 67¹⁰⁹; 68¹¹⁰; 76¹³³; 83¹⁶¹;
86¹⁷⁵; 102²¹⁸; 128³⁰⁴; 142³⁵⁸; 150³⁸⁹

I

IANNINI M.C. 162⁸
IASO MAYNI 140³⁴⁴; 152³⁹⁵; 153³⁹⁹
ITURRASPE J.M.-PIEDECASAS M.A. 185⁴⁹
IUSTINIANI AUGUSTI DIGESTA SEU
PANDECTAE III 25⁹; 43³¹; 51⁵⁵; 55⁷²; 57⁷⁶;

- 60⁸⁷; 65¹⁰⁴; 70¹¹⁴; 75¹³¹; 79¹⁴⁹; 80¹⁵¹; 83¹⁵⁸;
83¹⁵⁹; 85¹⁷¹; 88¹⁸⁰; 95¹⁹⁹; 95²⁰⁰; 97²⁰⁸; 102²²⁰;
103²²³; 104²²⁹; 106²³⁴; 120²⁸⁴; 136³²⁷; 149³⁸³
- IUSTINIANI AUGUSTI DIGESTA SEU
PANDECTAE IV 53⁶⁵
- J
- JAKAB E. 143³⁶²
JOBARD-BACHELLIER M.N. 221¹⁹
JOHNSTON D. 152³⁹³
JONES A.H.M. 38¹¹
- K
- KADEN E.H. 6²
KARLOWA O. 47⁴⁰
KASER M. 1¹; 6²; 7⁵; 9⁹; 19⁵³; 27¹⁶; 27¹⁶;
32³⁹; 39¹⁵; 41²¹; 60⁹⁰; 61⁹⁰; 62⁹²; 62⁹³;
63⁹⁷; 64⁹⁹; 103²²⁶; 104²²⁸; 107²⁴⁰; 108²⁴²;
109²⁴⁷; 109²⁵⁰; 110²⁵¹; 111²⁵⁷; 118²⁸²;
130³¹²; 153³⁹⁸
KAUNE ARTEAGA E. 190⁶⁹
KÄSTNER A. 13²⁶
KELLERHOFF A. 142³⁵⁷
KEMELMAJER DE CARLUCCI A. 205¹³⁹;
206¹⁴¹
KIESSLING E. 72¹²³; 77¹³⁸
KITAINIK N. 203¹²⁷
KLAMI H.T. 9¹⁰; 73¹²³; 73¹²⁷; 77¹³⁶; 77¹³⁷;
84¹⁶¹; 90¹⁸⁴; 91¹⁸⁷; 91¹⁸⁸; 93¹⁹⁶
KLINGMÜLLER 53⁶⁷
KNIEP K.F.F. 66¹⁰⁶
KNÜTEL R. 53⁶⁷; 151³⁹¹
KOHLER J. 15³⁶; 38¹⁷; 150³⁸⁶; 155⁴⁰⁴; 164¹⁶
KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI J. 152³⁹⁴
KRELLER H. 136³²⁹; 137³³³
KRÜGER H. 135³²⁵
KRÜGER P. 61⁸⁹; 76¹³³
KÜBLER B. 61⁹⁰; 62⁹³; 72¹²²
KUPISCH B. 6³
KUPISZEWSKY H. 11¹⁴
- L
- LABRUNA L. 31³¹; 130³¹¹; 130³¹²
LAMMFROMM H. 16³⁸
- LANDOLT PH. 129³⁰⁶; 130³¹¹
LANNI S. 172²
LANTELLA L. 56⁷⁵; 90¹⁸⁴
LAURENDI R. 42²⁴; 101²¹⁶
LAURIA M. 16⁴¹
LAUTERBACH W.A. 13²⁶
LEITNER P. 37⁶
LENEL O. 44³⁵; 45³⁶; 45³⁶; 47⁴⁰; 47⁴⁰; 51⁵⁸;
52⁶²; 66¹⁰⁵; 67¹⁰⁷; 67¹⁰⁸; 67¹⁰⁹; 137³³¹;
138³³⁷; 149³⁸⁵
LEONI G. 44³⁵
LEVAGGI A. 174⁸; 174¹⁰; 175¹¹; 175¹²;
175¹²; 178²⁴
LEVICK B. 149³⁸¹
LEVY E. 136³²⁹
LÉVY PH. 28²²; 135³²⁵; 143³⁶⁰
LEYSER W. 12¹⁷
LI CAUSI P. 147³⁷⁵
LIANG HUIXING 210⁶
LIEBS D. 6²; 6³; 85¹⁶⁶
LIGIOS M.A. 95²⁰¹
LITEWSKI W. 9¹⁰; 11¹⁴; 74¹²⁹; 76¹³³; 76¹³³;
77¹³⁶; 77¹³⁷; 77¹³⁸; 79¹⁴⁸; 81¹⁵³; 82¹⁵⁵;
83¹⁵⁷; 83¹⁶⁰; 84¹⁶¹; 86¹⁷⁵; 89¹⁸¹; 89¹⁸²;
90¹⁸⁴; 92¹⁹²; 92¹⁹³; 92¹⁹⁴; 135³²⁴; 135³²⁵;
137³³⁰; 137³³⁴; 137³³⁵; 138³³⁹; 143³⁶³;
144³⁶⁴; 144³⁶⁶
LINCK J.E. 13²⁴
LLAMBÍAS J.J. 202¹²²; 202¹²³
LLERENA B. 200¹¹⁵
LOCAMER G.D. 12¹⁷
LO CASCIO E. 28²¹; 30²⁸; 38¹³
LOMBARDI G. 128³⁰³
LONGO C. 1¹; 9¹⁰; 17⁴²; 24⁵; 36³; 36³; 72¹²⁰;
72¹²⁰; 79¹⁴⁷; 81¹⁵³; 83¹⁶⁰; 84¹⁶¹; 86¹⁷⁴; 89¹⁸²;
90¹⁸⁴; 91¹⁹¹; 92¹⁹²; 92¹⁹⁴; 105²³¹; 105²³²;
105²³³; 112²⁶³; 113²⁶⁹; 143³⁵⁹; 150³⁸⁹; 153³⁹⁸
LONGO G.E. 130³¹¹; 133³¹⁹
LONGO S. 21⁶⁴
LÓPEZ DE ZAVALÍA F.J. 185⁴⁹
LORENZETTI R.L. 201¹¹⁵; 207¹⁴⁵; 207¹⁴⁶
LORUSSO F. 172²
LOTMAR P. 156⁴⁰⁶
LÜBBERT G. 15³⁶; 16³⁷
LUCHETTI G. 22⁷⁰; 111²⁵⁸
LUCREZI F. 20⁶³
LUDEWIG J.P. 13²⁴
LUMINOSO A. 164¹⁶; 166²⁷; 222²⁴; 222²⁷;
222²⁹; 222³¹

M

MACCORMACK G. **10**¹²; 20⁵⁷; **76**¹³³
 MACHADO J.O. **200**¹¹⁵; 201¹¹⁶
 MACLEOD C. **146**³⁷¹
 MADURO LUYANDO E.-PITTIER SUCRE E. **191**⁷⁴
 MAGNUS JO. MATTH. **150**³⁸⁷
 MAJELLO U. **211**⁶
 MANCINI C. **165**¹⁶
 MANFREDINI A. **29**²³
 MANTELLO A. **146**³⁷³; **147**³⁷⁴; 147³⁷⁴;
 148³⁸⁰
 MANTHE U. **111**²⁶⁰; 135³²
 MANTOVANI D. **51**⁵⁸
 MARÍN E. A.R. **191**⁷⁴
 MARINI R. **40**¹⁹
 MARRONE M. **76**¹³³; **95**²⁰¹
 MARTORANO F. **163**¹¹
 MASCHI C.A. **1**¹; **10**¹²; **20**⁵⁵; 25⁹; 27¹⁷; 28¹⁹;
 36³; 38⁹; **72**¹²¹; 72¹²¹; 76¹³³; 84¹⁶¹; 92¹⁹⁴;
 162⁸; 162¹⁰; 165¹⁶; 167²⁸; 218⁹; 224³⁶
 MASI DORIA C. **111**²⁶⁰
 MASTROPAOLO F. **162**¹⁰; 164¹³; 165¹⁶;
 166²⁶; 180³⁶; 211⁶; 220¹⁵
 MASTROPAOLO F.-DE VECCHIS P.-
 MASTROPAOLO E. 219¹⁴
 MATEOS ALARCÓN M. **195**⁹⁴
 MATTIOLI F. **27**¹⁷
 MEDICUS D. **45**³⁶; 47⁴⁰; 150³⁸⁸; 154⁴⁰⁰;
 156⁴⁰⁶
 MEDINA G.-RIVERA J.C. **203**¹²⁷
 MEINHART A. **79**¹⁴⁴
 MEJIA ALTAMIRANO J. **191**⁷⁵
 MELICH ORSINI J. **191**⁷⁵
 MENA BRITO PAZ J. **22**⁷¹; 195⁹⁶
 MERELLO ARECCO I. **173**⁵
 MERILLIUS E. **13**²⁵; 70¹¹⁵; 141³⁴⁸; 155⁴⁰³
 MESSINEO F. **155**⁴⁰⁴; 162⁸; **165**²²
 METRO A. **76**¹³³
 MICELI M. **66**¹⁰⁵
 MICHEL J. **18**⁴⁸; 27¹⁷; 28¹⁹; 37⁹; 92¹⁹⁴
 MILAZZO A. **8**⁸
 MIRABELLI G. **165**¹⁸
 MIRROW M.C. **176**¹⁴
 MITTEIS L. **61**⁹⁰; **73**¹²⁴
 MOLINAEUS C. **150**³⁸⁷
 MOMMSEN TH. **50**⁵⁴; **53**⁶⁶; 65¹⁰²
 MONICA A.-CIERVO V.Q **167**³⁰

MORETÓN SANZ M.F. **134**³²¹
 MORITZ F.R. **13**²⁴
 MOSSET ITURRASPE J. **204**¹²⁹
 MOSSET ITURRASPE J.-PIEDECASAS M.A.
204¹³⁰; 204¹³³
 MÜHLENBRUCH C.F. **60**⁸⁶; 62⁹³
 MURGA J.L. **6**²

N

NABER J.C. **67**¹⁰⁹; 72¹²¹; 89¹⁸²; 90¹⁸⁴; 92¹⁹⁴
 NADER P. **187**⁶¹
 NAPOLETANO V.-BARBIERI E.M.-NOVITÀ
 M. **155**⁴⁰⁴; 162¹⁰; 164¹⁴; 168³³
 NATOLI U. **155**⁴⁰⁴; 162¹⁰; 164¹⁶; 166²²
 NEGRI G. **9**¹⁰
 NERGERN J. **12**¹⁷
 NEUSTETEL L.J. **9**¹⁰; 83¹⁶¹
 NICOSIA G. **28**¹⁹
 NIEDERLÄNDER H. **6**³; 128³⁰³
 NIEMEYER TH. **9**¹⁰; 72¹²⁰; 77¹³⁷; 91¹⁸⁸; 91¹⁹²
 NIVARRA L.-ROMAGNO G.W. **155**⁴⁰⁴; 162⁹;
 165¹⁶; 165¹⁷
 NOODT G. **13**²⁷; **44**³⁵; **63**⁹⁴

O

OLDE KALTER A. **6**²
 OLIVECRONA K. **76**¹³³
 OPPO G. **168**³³
 ORDOQUI CASTILLA G. **183**⁴⁶
 ORESTANO R. **63**⁹⁹
 OSPINA FERNÁNDEZ G.-OSPINA ACOSTA E.
189⁶⁴; 189⁶⁵
 OSTI G. **165**²²
 OSUÑA GÓMEZ J. **182**⁴³
 OVIEDO ALBÁN J. **189**⁶³
 OZUMI N. **171**¹

P

PACIFICI MAZZONI E. **161**⁴
 PALAZZO A. **163**¹¹
 PALERMO G. **220**¹⁶
 PALMA A. **67**¹⁰⁷
 PALMIERI A. **167**²⁹

- PANGRAZIO M.A. 193⁸²
 PANOFSKY K. 92¹⁹²
 PARICIO J. 8⁸
 PASTORI F. 8⁸; 111²⁵⁸; 121²⁸⁸; 135³²⁶;
 150³⁸⁸; 151³⁹²; 151³⁹²; 152³⁹⁶; 152³⁹⁶
 PEIRANO FACIO J. 183⁴⁴; 204¹³⁴
 PELLECCI L. 6²
 PELLOSO C. 40¹⁹
 PEPPE L. 29²³
 PÉREZ GALLARDO L.B. 199¹¹⁰; 199¹¹¹;
 199¹¹¹; 200¹¹⁴
 PERIÑÁN B. 47⁴⁰; 52⁶¹
 PERNICE A. 17⁴¹; 61⁸⁹; 62⁹³; 63⁹⁶; 67¹⁰⁶;
 106²³⁶; 110²⁵⁵; 111²⁵⁷; 117²⁸²; 120²⁸⁷; 124²⁹⁵;
 124²⁹⁵; 127³⁰¹; 137³³¹; 143³⁶¹; 144³⁶⁵
 PEROZZI S. 17⁴¹; 24⁵; 49⁴⁶; 67¹⁰⁸; 128³⁰³
 PESET M. 178²⁷
 PESTMAN P.W. 110²⁵¹
 PETRUCCI A. 31³⁵; 32³⁵; 73¹²⁴; 73¹²⁶; 74¹²⁹;
 95²⁰⁰; 95²⁰¹; 96²⁰²; 98²¹⁰; 135³²⁴
 PICON-SALAS M. 176¹⁵
 PIKA E. 6²
 PIRAINO LETO A. 163¹¹
 PIZARRO N.A. 202¹²⁴
 PLEKET H.W. 30²⁸
 PONTES DE MIRANDA F. 187⁵⁷; 187⁵⁸;
 187⁵⁹
 PONTORIERO I. 11¹⁴; 153³⁹⁹
 POTHIER R.J. 14²⁸; 58⁸⁰; 58⁸²; 150³⁸⁷
 PRICHARD A.M. 6²
 PRINGSHEIM F. 76¹³³; 112²⁶⁵; 117²⁸⁰; 118²⁸²
 PULITANÒ F. 43³⁰; 45³⁵; 46⁴⁰; 47⁴¹; 48⁴⁴;
 50⁵³; 52⁶¹; 53⁶⁴
 PURPURA G. 11¹⁴
- Q
- QUADRATO E. 7⁴
 QUIJADA M. 172³
- R
- RABEL E. 72¹²²
 RABER F. 6⁴⁰
 RANCHINUS G. 70¹¹⁷
 RAPPAPORT J.H. 14³³
 RASCÓN C. 9⁹
- REPGEN T. 152³⁹⁵
 RESCIGNO P. 162⁸
 RICCOBONO S. 51⁵⁶; 61⁹⁰; 62⁹³; 64⁹⁹;
 136³²⁸; 136³²⁹
 RINESSI A.J. 200¹¹⁵
 RIZZARDO A. 187⁶¹
 ROA BARCENA R. 195⁹⁴
 RODRIGUES S. 187⁶¹
 RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL J.N. 179³²;
 194⁹⁴
 ROESLER H. 14³²
 ROJINA VILLEGAS R. 196¹⁰⁰; 196¹⁰¹
 ROLDÃO DE FREITAS GOMES L. 187⁶¹
 ROLLINGER C. 30²⁹
 ROMERO ZAVALA L. 198¹⁰⁸
 RONCATI S. 21⁶⁸; 167²⁹; 167³¹
 ROPPO V. 165¹⁷; 165²⁰
 ROSET J. 19⁵⁰; 36³; 67¹⁰⁷
 ROSSI M.G.-BRUNO C.E. 165¹⁶
 ROSTI M. 172²
 ROTONDI G. 9¹⁰; 72¹²¹; 92¹⁹²; 92¹⁹²; 92¹⁹⁴
 ROUGÉ J. 11¹⁴
 ROUSSIER J. 52⁶⁴
 RUBINO D. 166²³
 RUDORFF A.F. 149³⁸⁵
 RUFFINI GANDOLFI M.L. 219¹⁰
 RUPPRECHT H.A. 15³³
- S
- SACCO R. 163¹¹; 165¹⁹; 168³²
 SACCO R.-DE NOVA G. 163¹¹
 SACCOCCIO A. 1¹; 1²; 8⁶; 10¹¹; 36⁵; 39¹⁸;
 40¹⁹; 40²⁰; 63⁹⁴; 63⁹⁸; 70¹¹⁶; 76¹³⁵; 79¹⁴⁹;
 149³⁸³; 162⁵; 163¹⁰; 172²; 175¹³; 205¹³⁷;
 218⁹; 219¹³
 SACCONI G. 19⁵⁴; 39¹⁵; 43³⁰; 46³⁸; 47⁴⁰;
 46⁴¹; 50⁵³; 52⁶¹; 52⁶⁴; 61⁹⁰; 111²⁵⁸;
 121²⁸⁸; 144³⁶⁶
 SACHERS E. 9¹⁰; 67¹⁰⁷; 81¹⁵²
 SALA J. 175¹¹; 178²⁷; 194⁹⁴
 SALAMANCA H. 189⁶²
 SALAZAR REVUELTA M. 1¹; 19⁵¹; 36³
 SALKOWSKI C. 77¹³⁹; 117²⁸²
 SALMASIUS C. 12¹⁹
 SALOMONE A. 28²⁰
 SALVAT R.M. 200¹¹⁵; 201¹¹⁶
 SALVIOLI G. 28²²

- SAN NICOLÒ M. 14³³
 SÁNCHEZ FONTÁNS J. 183⁴⁵
 SÁNCHEZ MEDAL R. 195⁹⁷; 195⁹⁸; 196⁹⁹
 SANTORO R. 6²; 64¹⁰⁰; 105²³⁰; 106²³⁵
 SCAGLIONE F. 163¹¹; 164¹⁴
 SCEVOLA R. 8⁵
 SCHARLACH W. 65¹⁰¹
 SCHERILLO G. 8⁸
 SCHERZ J.G. 13²⁶
 SCHIPANI S. 172²; 172³; 179³³
 SCHLOSSMANN S. 15³⁶; 17⁴¹; 20⁵⁶
 SCHRÓTER E.F. 12²¹
 SCHUBERTH G.A. 13²⁶
 SCHULTING A. 142³⁵⁵
 SCHULZ F. 5²; 72¹²¹; 74¹²⁸; 76¹³³; 76¹³³;
 77¹³⁷; 79¹⁴⁵; 86¹⁷⁵; 90¹⁸⁴; 91¹⁸⁸; 91¹⁹¹;
 92¹⁹³; 92¹⁹⁴; 93¹⁹⁵
 SCHWARZ F. 6²; 27¹⁶; 62⁹²
 SCHWARTZKOPFFS J. 12¹⁷
 SCOTTI F. 73¹²³; 89¹⁸²
 SCOZZAFAVA O.T. 163¹¹; 165¹⁹
 SEGALINI S. 17⁴¹
 SEGOVIA L. 200¹¹⁵
 SEGRÈ G. 7⁵; 8⁸; 9¹⁰; 49⁴⁶; 61⁸⁹; 72¹²²; 83¹⁶⁰;
 89¹⁸²; 90¹⁸⁴; 92¹⁹³; 92¹⁹⁴; 112²⁶⁴; 118²⁸²;
 120²⁸⁶; 124²⁹⁴; 127³⁰¹; 128³⁰³; 129³¹⁰
 SEGUÍ A. 204¹³¹
 SEIDL E. 9¹⁰
 SEPÚLVEDA SANDOVAL C. 195⁹⁷; 195⁹⁸
 SERRAO F. 1¹; 19⁵²; 26¹²; 36³; 49⁵⁰; 66¹⁰⁵;
 67¹⁰⁹
 SEUFFERT J.A. 154⁴⁰²; 155⁴⁰⁴; 156⁴⁰⁷;
 156⁴⁰⁸
 SHATZMAN I. 27¹⁸
 SIBER H. 62⁹²; 128³⁰⁶; 129³⁰⁷; 130³¹¹; 132³¹⁷
 SILVA ALONSO R. 193⁸²
 SILVA SANTIESTEVEAN J. 197¹⁰⁴
 SIMONCELLI V. 161⁴
 SIMONETTO E. 16³⁸; 162¹⁰; 165¹⁶; 168³⁴; 217⁸
 SIMONIUS A. 6²
 SINTENIS C.F.F. 83¹⁶¹; 142³⁵⁶; 153³⁹⁷;
 155⁴⁰³; 156⁴⁰⁸; 157⁴⁰⁹
 SOAREZ A RIBEIRA E. 62⁹²
 SOLAZZI S. 41²¹; 44³³; 46⁴⁰; 61⁹⁰; 64⁹⁹
 SOLIDORO L. 10¹³; 27¹⁹; 28²⁰; 29²²; 42²⁶; 53⁶⁸
 SØRENSEN V. 147³⁷⁵
 SOTO KLOSS E. 176¹⁷
 STANOJEVIĆ O. 11; 18⁴⁷; 36³
 STEINER A. 49⁴⁸
 STELLA MARANCA F. 146³⁷³
 STELZENBERGER B. 27¹⁸; 108²⁴¹
 STINTZING J. 75¹³²
 STORCH H. 15³⁵
 STRYKIUS S. 141³⁵⁰
 STURM F. 6²
 SUFFRIAN F. 15³⁶
- T
- TALAMANCA M. 1¹; 1¹; 5¹; 6³; 25¹⁰; 27¹⁶;
 36⁴; 41²¹; 49⁵¹; 93¹⁹⁷; 93¹⁹⁸; 107²³⁹;
 107²⁴¹; 110²⁵⁴; 111²⁵⁶; 111²⁵⁸; 111²⁵⁹;
 112²⁶¹; 112²⁶²; 112²⁶³; 112²⁶⁴; 112²⁶⁷;
 113²⁷⁰; 113²⁷⁰; 117²⁷⁹; 117²⁸⁰; 117²⁸¹;
 117²⁸²; 118²⁸³; 120²⁸⁵; 121²⁸⁹; 124²⁹⁵;
 126³⁰⁰; 127³⁰¹; 128³⁰⁵; 131³¹⁶; 132³¹⁸
 TCHERNIA A. 30²⁸
 TEMIN P. 31³⁰
 TERRÉ F.-SIMLER P.-LEQUETTE Y. 224³⁷
 TETI R. 163¹¹; 164¹⁴; 165¹⁶; 165¹⁹; 167³⁰;
 168³³; 168³⁴
 THIBAUT R.M. 84¹⁶³
 THOMAE J. 12¹⁷
 TOMAS Y VALIENTE F. 174⁹
 TONDO S. 7⁵; 9⁹
 TORRENT A. 39¹⁶
 TORRES KIMSER J.R.-RÍOS AVALOS B.-
 MORENO RODRÍGUEZ J.A. 193⁸²
 TOULLIER C.B.M. 177²²
 TOYNBEE A.J. 29²⁶
 TRENNER G.S. 13²⁴
 TRENNER G.S. 13²⁴
 TREPTOW E. 44³⁵
 TRIGO DE LOURREIRO L. 186⁵²
 TRIOLA R. 166²⁴
 TROPLONG R.T. 178²²
 TUDELA O. 197¹⁰⁴
- U
- UNGARI TRASATTI 217⁷
 UNGER J. 165¹⁷
- V
- VALENCIA ZEA A. 189⁶⁶
 VALLIUS G. 150³⁸⁷
 VALMAÑA OCHAÍTA A. 9¹⁰; 76¹³³; 77¹³⁶; 84¹⁶¹

VAN ECK C. 109²⁴⁸
 VAN OVEN J.C. 6²
 VARVARO M. 6²
 VASCONCELOS J. 173³
 VAZNY J. 128³⁰³
 VÉLEZ F. 189⁶²
 VERDAM P.J. 10¹²; 162¹⁰
 VEYNE P. 24⁶; 148³⁸¹
 VIARD P.E. 1¹; 16³⁹; 26¹²; 26¹⁴; 36³
 VIDAURRE M.L. 197¹⁰³
 VIGNERON R. 72¹²²
 VILAGUT A. 11¹⁶
 VILLAÇA AZEVEDO Á. 187⁶¹
 VINNIUS A. 153³⁹⁹
 VISALLI N. 164¹⁴
 VISKY K. 53⁶⁷; 54⁶⁹; 54⁷⁰
 VISMARA P. 101²¹⁴
 VITERI E.R. 192⁸⁰
 VITTORIA C. 42²⁶; 110²⁵³
 VOCI P. 67¹⁰⁸
 VOET J. 141³⁵¹
 VOLCKMAR B. 12¹⁸
 VOLANTE R. 161¹; 161²; 163¹¹; 164¹³;
 167²⁹
 VON ARNIM H. 148³⁷⁷
 VON DER PFORDTEN L. 153³⁹⁷
 VON GNEIST R. 136³²⁹; 138³³⁹
 VON JHERING R. 58⁸¹; 60⁸⁶
 VON LÜBTOW U. 5²; 7⁵; 11¹⁴; 18⁴⁶; 18⁴⁶;
 20⁵⁶; 27¹⁶; 36³; 62⁹²; 62⁹³; 65¹⁰¹; 67¹⁰⁷;
 67¹⁰⁹; 76¹³³; 77¹³⁶; 77¹³⁷; 77¹³⁹; 79¹⁴⁴;
 79¹⁴⁵; 79¹⁴⁸; 83¹⁵⁷; 84¹⁶¹; 103²²³; 104²²⁶;
 118²⁸²; 126²⁹⁸; 129³⁰⁶; 156⁴⁰⁷
 VON REDEN S. 30²⁸; 37¹³
 VON SAVIGNY F. C. 41²¹; 62⁹²; 78¹⁴⁰; 83¹⁶¹;
 155⁴⁰⁴; 171¹
 VON VANGEROW K.A. 77¹³⁸; 91¹⁹²; 106²³⁸

W

WACKE A. 114²⁷²

WALCH C.F. 13²⁶
 WALDSTEIN W. 6²
 WATSON A. 20⁶⁰; 62⁹²; 62⁹³
 WEGMANN STOCKENBRAND A. 21⁶⁹
 WEGENER E. 13²⁴
 WAYAR E.C. 185⁴⁹; 204¹³⁰; 204¹³³
 WENDT O.H. 110²⁵⁵; 127³⁰²; 127³⁰²
 WENGER L. 61⁹⁰; 62⁹²
 WESENER G. 79¹⁴⁸
 WEYAND S. 67¹⁰⁷
 WIEACKER F. 17⁴¹
 WILKINS A.S. 145³⁶⁹
 WINDSCHEID B. 142³⁵⁷; 155⁴⁰⁴
 WISSENBACH J.J. 12²⁰
 WOLF J.G. 42²⁶; 114²⁷²; 121²⁸⁸; 135³²⁶
 WOLF G.-CROOK J.A. 111²⁶⁰; 114²⁷²
 WOLFF H.J. 6²
 WOLLER F.I. 12¹⁷
 WOLLSCHLÄGER C. 7³
 WOŁODKIEWICZ W. 7⁵
 WUBBE F.B.J. 7⁵; 10¹²; 67¹⁰⁷
 WUNNER S.E. 6²; 16⁴¹

X

XU GUODONG 210⁶; 212¹⁰

Z

ZACCARIA A. 163¹¹
 ZACHARIAE K.S. 177²²
 ZAMORA Y VALENCIA M.Á. 196¹⁰⁰
 ZAMORANI P. 76¹³⁴; 77¹³⁷; 79¹⁴⁵
 ZANNINI P. 8⁸
 ZIEGLER K. 12¹⁷; 101²¹⁴
 ZIMATORE A. 167³⁰
 ZITELMANN E. 65¹⁰²; 65¹⁰³; 66¹⁰⁵; 103²²³;
 103²²⁵
 ZOESIUS H. 141³⁴⁷
 ZOLLER F.G. 13²⁴

INDICE DELLE FONTI

(in corsivo le fonti esaminate con maggiore attenzione)

FONTI LETTERARIE

CATO

De re rust
praef.: 27¹⁹

CICERO

Ad Atticum
6,2,3: 31³²

HORATIUS

Epistulae
1,7,78: 145

LIVIUS

Ab Urbe condita libri
7,16,1: 27¹⁹
32,27: 27¹⁸

PLAUTUS

Curculius
507: 28²⁰

PLINIUS

Naturalis historia
33,48: 28²⁰

PLUTARCHUS

De vitando aere alieno
5: 42²⁶

SCRIPTORES HISTORIAE AUGUSTAE

Sev. Alex.
21: 212⁹

SENECA

De beneficiis

4,39,1: 147
4,39,2: 148³⁷⁸
4,39,4: 148³⁷⁹

STOICORUM VETERUM FRAGMENTA

(Von Arnim)
9 n. 16: 147³⁷⁷

TACITUS

Annales
6,16: 27¹⁹

VARRO

De ling. lat.
5,179: 26¹⁵

FONTI GIURIDICHE

FONTI PREGIUSTINIANEE

XII TABULAE

6,1: 25⁷
8,18a: 25⁷

COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET
ROMANARUM

10,7,5: 85¹⁷⁰
10,7,9: 84; 86; 87

GAIUS

Institutiones
3,89: 36¹
3,90: 26¹³
3,91: 164¹³
3,176: 111²⁵⁹; 114²⁷²; 129; 129³⁰⁸

4,20: 26¹⁶
 4,23: 28²⁰
 4,53c: 46³⁷
 4,116a: 134

PAULI SENTENTIAE

2,12,5a: 74¹²⁹
 2,12,5: 74
 2,12,9: 74; 84
 2,14,1: 36⁸
 2,15,5: 85¹⁷⁰

VATICANA FRAGMENTA

11: 54⁶⁹

FONTI GIUSTINIANEE

CORPUS IURIS CIVILIS

Institutiones

3,13 pr.: 26¹³
 3,13,3: 36¹
 3,14 pr.: 25¹¹
 3,15,1: 185⁵⁰
 3,29: 122²⁹⁰
 4,6,31: 45³⁶
 4,6,33c: 46³⁷

*Digesta**Const. Dédokēn*: 171¹

2,8,5,1: 148³⁸⁰
 2,14,4,2: 135³²⁶
 2,14,7,1: 118
 2,14,7,15: 78; 81¹⁵⁴
 4,3,7,10: 148³⁸⁰
 4,3,8: 148³⁸⁰
 5,1,38: 41²¹; 51⁵⁹
 12,1: 14; 23; 45³⁵; 57; 137; 138
 12,1,1,1: 25⁹; 185⁵⁰
 12,1,2,1: 36¹
 12,1,2,4: 57
 12,1,3: 36¹
 12,1,4 pr.: 80;
 12,1,9,4: 117²⁸¹; 119; 120; 120²⁸⁵; 120²⁸⁶;
 122
 12,1,9,5: 111²⁵⁹; 119; 120²⁸⁵; 120²⁸⁶; 122
 12,1,9,6: 119; 120²⁸⁵; 120²⁸⁶; 123
 12,1,9,7: 119; 120²⁸⁵; 123
 12,1,9,8: 60; 63⁹⁷; 69; 78¹⁴¹

12,1,9,9: 72¹²⁰; 75; 79¹⁴⁴; 82; 83; 83¹⁵⁷;
 84; 84¹⁶³; 85¹⁶⁸
 12,1,10: 83; 83¹⁵⁷; 83¹⁶⁰
 12,1,11 pr.: 104
 12,1,11,1: 55
 12,1,13,2: 49; 49⁴⁹
 12,1,15: 69; 70; 100; 106
 12,1,22: 41²¹; 50; 52
 12,1,30: 135; 136; 137; 140; 141; 141³⁴⁸;
 141³⁴⁹; 142; 142³⁵⁶; 143; 143³⁵⁹; 144;
 144³⁶⁶
 12,1,32: 113²⁷⁰
 12,1,40: 109; 109²⁴⁸; 113; 116²⁷⁵
 12,1,42,1: 149³⁸³
 12,6,1,1: 164¹³
 12,6,24: 164¹³
 12,6,28: 164¹³
 13,3: 45³⁵
 13,3,4: 41²¹; 52; 52⁶¹
 13,4: 45³⁵
 13,4,1: 44³³
 13,4,2 pr.: 45³⁶
 13,4,4 pr.: 46³⁸
 13,4,4,1: 46³⁸
 13,4,5: 43³⁰
 13,4,6: 43
 13,4,7 pr.: 46³⁹
 13,4,7,1: 46³⁹
 13,4,9: 41²¹; 44³²
 13,6,5 pr.: 46³⁹
 13,6,29 pr.: 85
 13,6,29,1: 85
 13,7,35 pr.: 148³⁸⁰
 14,6,3,4: 139³⁴⁰
 14,6,6: 139³⁴⁰
 16,3,1,34: 83
 16,3,1,35: 81¹⁵⁴
 16,3,7,2: 94; 95²⁰¹; 96²⁰⁴
 16,3,24: 73; 78; 87; 88; 98
 16,3,25,1: 90¹⁸⁴
 16,3,26,1: 74; 97
 16,3,28: 73
 16,3,29 pr.: 85; 87
 16,3,29,1: 85
 17,1,34: 64¹⁰⁰
 17,1,34 pr.: 36; 64; 70¹¹³; 71; 71¹¹⁹; 81;
 82; 99; 100; 101²¹³; 102; 103; 104; 106
 17,1,42: 148³⁸⁰
 19,1,13,26: 54⁶⁹

19,5,19 pr.: 106
 19,5,24: 108²⁴²
 20,3,4: 138³³⁷
 20,4,6: 212⁹
 21,2,31: 152³⁹⁶
 22,1,9 pr.: 53
 27,10,1 pr.: 123²⁹¹
 30,47,1: 41²¹; 51⁵⁹
 30,49,8: 151³⁹¹
 30,49,9: 151³⁹¹
 32,30,3: 151³⁹¹
 33,1,1: 41²¹; 51⁵⁹
 34,3,3: 151³⁹¹
 34,3,7: 151³⁹¹
 34,3,8: 151³⁹¹
 34,3,19: 151³⁹¹
 34,3,24: 151³⁹¹
 34,3,31: 151³⁹¹
 35,2,19: 151³⁹¹
 39,5,2,5: 108²⁴²
 39,5,35,2: 58
 41,1,38,17: 126²⁹⁹
 41,2,3,3: 76¹³⁴
 42,5,24,2: 95²⁰¹; 96
 44,4,2,3: 144³⁶⁶
 44,7,52: 107²⁴¹
 45,1,25: 135³²⁶; 136³²⁹
 45,1,67: 149³⁸⁵
 45,1,67,1: 149³⁸³
 45,1,68: 40; 139; 139³⁴¹; 141³⁴⁸; 142³⁵⁶;
 149; 150³⁸⁷; 152³⁹⁵; 154; 154³⁹⁹; 173;
 211; 214; 216⁴
 45,1,71: 151³⁹⁰
 45,1,75,7: 152³⁹⁵
 45,1,90: 53⁶⁷
 45,1,122 pr.: 40
 45,1,126,2: 59; 109; 111²⁵⁹; 113; 116²⁷⁵;
 124; 129³⁰⁶; 129; 130³¹¹; 133
 45,1,137,7: 151³⁹⁰
 45,3,1,2: 49; 114; 119
 46,1,56,2: 108²⁴²
 46,2,6,1: 108²⁴²; 108²⁴²; 116; 116²⁷⁹
 46,2,7: 114; 116; 117²⁷⁹; 118²⁸²
 46,3,94,1: 50⁵²
 50,17,31: 152³⁹⁶

Codex

2,18,(19),9: 123; 123²⁹²
 4,2,9: 48

4,2,14: 133
 4,30: 138
 4,32,15: 53
 4,34,4: 74
 7,47,1: 150³⁸⁷
 8,37(38),3 pr.: 111²⁵⁹; 123

Novellae

135,4: 27¹⁷

Edicta:

9,5: 27¹⁷
 9,7,1: 27¹⁷

FONTI POST GIUSTINIANEE

BASILICORUM LIBRI

B.23,1,9: 77¹³⁷

BASILICORUM SCHOLIA

ἐὰν συμφωνήσω (= *si pactus sim*) a
 B.13,2,24: 91¹⁸⁵

συνίστασθαι δάνειον (= *ut mutuum non
 contrahitur*)
 a B.14,1,34: 102²¹⁹

ἐὰν ο διοικῶν τὰ πράγματά μου
 (= *si is, qui negotia mea procurabat*) a
 B.14,1,34: 103²²⁴

δανεῖσαι (= *mutuum ei dare*) a B.23,1,9:
 78¹⁴¹

ἔχων μοι ἐν παρακαταθήκη (= *cum a me
 in deposito*)
 a B.23,1,9: 77¹³⁹; 78¹⁴¹; 79¹⁴⁶

ἔνθα ἄνηβον (= *si a pupillo*) a B.23,1,9:
 122²⁹⁰

ἕως οὔ κινηθῶσιν (= *antequam mota sit*)
 a B.23,1,10: 84¹⁶¹

ἐὰν δανείσω σοι (*si credidero tibi*) a
 B.23,1,11,1: 56⁷⁴

ὁ ἐπερωτεθείς (= *qui sponndit*) a
 B.23,1,30: 137³³⁶; 139³⁴¹

καὶ οὐκ ἐνέχεται (= *et non obligatur*) a
 B.23,1,30: 139³⁴¹

TEOPHILUS

Paraphrasis

4,6,33c: 44³³

- FONTI EPIGRAFICHE
- CIL
III,5: 108
- FIRA III (NEGOTIA)
120: 107²³⁹
121: 107²³⁹
122: 108; 108²⁴⁶; 108²⁶⁰
123: 108; 108²⁴⁷
- TPSULP. (CAMODECA)
46: 38¹²
50-59: 113
53: 38¹²
56: 108; 108²⁴⁵
57: 108; 108²⁴⁴
79: 38¹²
- FONTI PRECODICISTICHE
- GLOSSA ACCURSIANA
gl. *tuum* a D.12,1,2,2: 174⁷
gl. *creditum* a D.12,1,2,3: 174⁷
gl. *si quis nec causam* a D.12,14 pr.:
81¹⁵³
gl. *deposui* a D.12,1,9,9: 77¹³⁷
gl. *quod si ab initio* a D.12,1,10: 77¹³⁷,
84¹⁶¹
gl. *post* a D.16,3,7,2: 96²⁰⁴
gl. *terminos* a D.16,3,24: 93¹⁹⁷
gl. *non tenet* a D.16,3,24: 93¹⁹⁷
casus a D.16,3,29: 86¹⁷²
gl. *ut in ceteris* a D.16,3,29: 86¹⁷²
gl. *his argumentum* a D.17,1,34 pr.:
102²²¹
gl. *nihilo magis* a D.17,1,34 pr.: 102²²¹
gl. *post* a D.42,5,24,2: 96²⁰⁴
gl. *incerta est* a D.45,1,68: 152³⁹⁵
argum. a D.45,1,68: 154⁴⁰¹
gl. *interest* a D.45,1,68: 153³⁹⁹
gl. *integram* a D.45,1,122 pr.: 42²⁷
gl. *obtulerit* a D.45,1,122 pr.: 43²⁸
- SIETE PARTIDAS
5,1,1: 173⁶
- 5,1,3: 173⁵
5,1,4: 173⁵
5,1,5: 173⁵
5,1,6: 173⁵
5,1,7: 173⁵
5,1,9: 173
3,18,70: 173⁶
- GLOSSA DI GREGORIO LÓPEZ ALLE SIETE
PARTIDAS
gl. *de gracia* a Part. 5,1 pr. : 173
- ORDENAMIENTO DE ALCALÁ
16 *Ley única*: 174; 214
- NUEVA RECOPIACIÓN
5,6,12: 177
- NOVÍSIMA RECOPIACIÓN
10,1,1: 177
- ORDINAÇÕES FILIPINAS
4,50: 185⁵¹
- FONTI CODICISTICHE
- ARGENTINA
*Anteproyecto de Código civil de 1954
para la República argentina*
1411 ss.: 202¹²³
- Código civil (1869)*
1137: 206
1140: 184; 185; 206
1141: 184; 185; 204
1142: 184
2240: 184
2242: 184
2244: 184
- Proyecto de Unificación de la legislación
civil y comercial (1994)*
1140: 203¹²⁵
- Proyecto de Código civil de la República
Argentina (1998)*
1404: 203¹²⁶
- Código civil y Comercial (2015)*

957: 206
1526: 217⁶

BOLIVIA
Código civil (1830)
1254: 190⁶⁸

Código civil (1976)
879: 189; 190
895: 189
899: 190

Código de comercio
1331: 190

BRASILE
Consolidação des Leis civis
477: 181

Esboço de Código civil
1903: 181
1905: 181
2208: 181

Projecto do Código civil brasileiro
(1902)
1464: 186⁵³
1471 ss.: 186⁵³.

Código civil (1917)
1256: 185.

Código civil (2003)
586: 185; 187

CILE
Código civil
1443: 181; 193⁸⁵
2196: 181; 193⁸⁵

CINA
Legge generale sui Contratti
Cap. XII: 209
196: 209⁴; 210
197: 211

197²: 211
196-209: 209
201: 209⁴; 210; 211
202: 212
203: 213
210: 209; 209³; 210
211: 209

COLOMBIA
Código civil
1550: 188
2221: 188
2222: 188

Código de comercio
824: 188
1169: 188

COSTARICA
Código civil
1343: 194⁸⁹

CUBA
Código civil (1889)
1258: 199
1753: 199

Código civil (1987)
379: 200
447: 200

ECUADOR
Código civil
1486: 193⁸⁵
2126: 193⁸⁵

EL SALVADOR
Código civil
1954: 193⁸⁶

GERMANIA
BGB
§ 488¹: 209²
§ 607¹: 209²

GUATEMALA

Código civil (1887)1367: 191⁷⁶

1942: 192

1866: 192⁷⁷*Código civil* (1933)1398: 191⁷⁶1902: 192⁷⁷

HONDURAS

*Código civil*1544: 193⁸⁷1932: 193⁸⁷

ITALIA

Codice civile 18651819: 161; 161³; 180³⁶*Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti* (1927)636: 211⁸*Codice civile* 19421321: 163¹¹; 206

1322: 164

1327: 219¹²1355: 166²⁶1453: 169³⁵1782: 9¹⁰1813: 162; 162⁶; 164¹⁴

1815: 167

1822: 149³⁸²; 154⁴⁰²; 164; 164¹⁴; 216;
216³; 217⁸2932: 155⁴⁰⁴

MESSICO

Código civil federal (1870)

1392: 194

2809: 194⁹³*Código civil federal* (1884)2684: 194⁹³*Código civil federal* (1928)

2384: 196

*Código civil Guerrero*2299: 197¹⁰²*Código civil Puebla*1443: 197¹⁰²2240: 197¹⁰²2245: 197¹⁰²*Código civil Quintana Roo*225: 197¹⁰²2650: 197¹⁰²*Código civil Tlaxala*1278³; 196¹⁰²1990: 196¹⁰²*Código civil Vera Cruz*2013: 196¹⁰²

NICARAGUA

*Código civil*3390: 194⁹⁰

PANAMA

*Código civil*1444: 193⁸⁸

PARAGUAY

Código civil (1985)

1292: 192

1293: 193

PERÙ

Código civil (1852)

1800: 197

Código civil (1936)

1573: 197

Código civil (1984)

1648: 198

1664: 198; 199

2112: 198

PORTORICO

*Código civil*1644: 194⁹¹

PRUSSIA

*ALR*I.11,1 § 653: 211⁷I.11,1 § 654: 151³⁸⁹; 211⁷

REPUBBLICA DOMINICANA

*Código civil*1892: 193⁸⁴

SPAGNA

Proyecto García Goyena

1630: 177

URUGUAY

Proyecto Acevedo

2167: 180

Código civil

1252: 182

1252¹: 1831252²: 183

2197: 182; 183

2299: 183

VENEZUELA

*Código civil (1867)*1528: 190⁷²

1545: 191

*Código civil (1880)*1673: 190⁷³*Código civil (1982)*

1735: 191

FONTI GIURISPRUDENZIALI

Cass. civ., 27 novembre 1967, n. 2845:
168³³Cass. Civ., 12 maggio 1971, n. 1358:
168³³Cass. civ., sez. III, 21 dicembre 1990, n.
12123: 162⁷Cass. civ., sez. I, 12 ottobre 1992, n.
11116: 162⁷Cass. civ., sez. III, 21 febbraio 1995, n.
1861: 169³⁵Cass. civ., sez. I, 21 luglio 1998, n.
7116: 167³⁰Cass. civ., sez. I, 8 marzo 1999, n. 1945:
162⁷Cass. civ., 6 giugno 2003, n. 9101: 217⁷

Finito di stampare nel mese di aprile 2020
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Per i tipi Giuffrè:

- VINCENZO ALLEGRI, *Impresa artigiana e legislazione speciale.*
- MARIA ALESSANDRA SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *La "responsabilità illimitata" nel fallimento per estensione.*
- MARZIA BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di Storia e di Diritto.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nelle società per azioni.*
- VERA PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. II - Studi sul giuramento nel mondo antico.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997 n. 127.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Verso l'incerto bipolarismo. Il sistema parlamentare italiano nella transizione (1987-1999), presentazione di Valerio Onida.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Il "bravo funzionario" ab-sburgico tra absolutismus e aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800).*
- VERA PARISIO (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico.*
- ANTONELLO CALORE, *"Per Iovem lapidem" alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti.*
- MARIO MISTRETTA, *La conversione del capitale in euro nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata.*
- CLAUDIO DORDI, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Inerzia della Pubblica Amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I – L'offesa mediante violenza.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. III – Guerra giusta? – Le metamorfosi di un concetto antico.*
- VERA PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo.*
- CRISTINA AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito.*
- ROBERTO FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Lo sviluppo bipolare della forma di governo italiana. Le vicende politico-parlamentari successive all'elezione del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi ed il mutamento della maggioranza nella XIV legislatura.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680).*
- MARIO MISTRETTA, *Partecipazioni sociali e comunione legale dei beni: l'interpretazione come governo della complessità.*

- CRISTINA ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*.
- MARIO GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*.
- ANTONIO D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*.
- ADRIANA APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*.
- ALBA FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*.
- NADIA MACCABIANI, *La legge delegata. Vincoli costituzionali e discrezionalità del governo*.
- CHIARA MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico*.
- ALESSANDRA VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico. Amministratori indipendenti e funzioni di controllo*.
- FABIO ADDIS (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*.
- MARZIA BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolamentazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*.
- ALESSANDRO BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*.
- VERA PARISIO (a cura di), *I servizi locali di interesse economico generale nella legge regionale della Lombardia del 12 dicembre 2003 n. 26*.
- ELISABETTA FUSAR POLI, «*La causa della conservazione del bello*». *Modelli teorici e statuti giuridici per il patrimonio storico-artistico italiano nel secondo Ottocento*.
- LUCIANA GUAGLIANONE-FRANCESCA MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*.
- LUCA MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*.
- SAVERIO F. REGASTO, *La forma di governo parlamentare fra «tradizione» e «innovazione»*.
- ANTONIO SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*.
- FABIO ADDIS (a cura di), *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*.
- MARIO NOTARI (a cura di), *Dialoghi tra giuristi e aziendalisti in tema di operazioni straordinarie*.
- VERA PARISIO (a cura di), *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*.
- ADRIANA APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici*.
- NADIA MACCABIANI, *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali*.
- CHIARA DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*.
- VERA PARISIO (a cura di), *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*.
- EDOARDO ALES-MARZIA BARBERA-FAUSTA GUARRIELLO (a cura di), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa. Edizione aggiornata*.
- ROBERTO LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla L. n. 205/2000 al Codice del processo amministrativo*.
- GIOVANNI TURELLI, «*Audi Iuppiter*». *Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci*.
- PAOLA LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*.
- GIUSEPPE FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*.
- ELISABETTA FUSAR POLI, *Centro dinamico di forze. I giuristi e l'innovazione scientifico-tecnologica fra liberismo e autarchia*.

ADRIANA APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia.*

MARIO GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato. Ricadute recenti sulla forma di governo italiana.*

CRISTINA AMATO, *Affidamento e responsabilità.*

VERA PARISIO (edited by), *The water supply service in Europe: austrian, british, dutch, finnish, german, italian and romanian experiences.*

ALBERTO SCIUMÈ-ELISABETTA FUSAR POLI (a cura di), *«Afferrare ... l'inafferrabile». I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra otto e novecento.*

ANTONELLO CALORE-ALBERTO SCIUMÈ (a cura di), *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale.*

FABIO ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti.*

ALBERTO VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento.*

VALERIO PESCATORE, *Reviviscenza - Vicenda di obbligazioni e garanzie.*

FRANCESCA MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi.*

VERA PARISIO (edited by), *Services of general economic interest, administrative courts and courts of audit.*



Per i tipi Giappichelli:

Seconda Serie

1. CHIARA MINELLI, *Rationabilis e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, 2015.
2. VERA PARISIO (edited by), *Food Safety and Quality Law: a Transnational Perspective*, 2016.
3. PAOLA PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, 2016.
4. LUIGI FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, 2016.
5. VERA PARISIO-VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ-BELÉN NAGUERA DE LA MUELA (dirección), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, 2017.
6. LUCA PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, 2017.
7. SIMONA CACACE, *Autodeterminazione in Salute*, 2017.
8. CHIARA MINELLI (a cura di), *Certeza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino, in memoria di Maria Vismara Missiroli*, 2017.
9. STEFANO LIVA, *Temere appellare. Rimedi e sanzioni contro le impugnazioni dilatorie*, 2017.
10. FABIO RAVELLI, *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele*, 2018.
11. LUCA PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, 2018.
12. VERONICA MONTANI, *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, 2018.
13. LUCA MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, 2018.

Terza Serie

14. ANTONIO SACCOCCIO-SIMONA CACACE (a cura di), *Sistema giuridico latinoamericano. Summer School (Brescia, 9-13 luglio 2018)*, 2019.
15. SIMONA CACACE-ADELAIDE CONTI-PAOLA DELBON, *La Volontà e la Scienza. Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, 2019.
16. LUISA PASCUCCHI, *Usura e oneri eventuali*, 2019.
17. ANTONIO SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, 2020.

I Quaderni

1. ANTONELLO CALORE-FRANCESCO MEZZETTI (a cura di), *I confini mobili della cittadinanza*, 2019 (LaCIS - I).

Scritti scelti

1. CHIARA MINELLI (a cura di), *Scuola, religione, nuove generazioni. Esperienza giuridica e risorse del futuro*, 2020.

