



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

**Stefano Porcelli**

# *HETONG E CONTRACTVS*

**Per una riscoperta dell'idea di reciprocità  
nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano**



**G. Giappichelli Editore – Torino**



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

---

*Terza Serie – 23*



Stefano Porcelli

# *HETONGE E CONTRACTVS*

Per una riscoperta dell'idea di reciprocità  
nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano



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 978-88-921-3487-4

ISBN/EAN 978-88-921-8912-6 (ebook - pdf)

*Il presente volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.*

*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](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://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).



*Alla mia famiglia*



*Repugnat enim naturae,  
quae vetat ex alienis incommodis  
nostrum augere commodum:  
at haec natura verbis aut promissis  
immutari non potest:  
certe non debet*

F. Connannus,  
*Comm.*, l. V, c. 2, n.1



# INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Prefazione</i>	XIX
<i>Brevi considerazioni introduttive</i>	XXIII

## CAPITOLO I

### *HETONG* NEL DIRITTO CINESE DELL'ANTICHITÀ

1. 禮 ( <i>Fa</i> ) e 禮 ( <i>li</i> )	1
2. 合同 ( <i>Hetong</i> ) nel diritto cinese dell'antichità e la sua interpretazione come <i>Gesamtakt</i>	8
3. Considerazioni di sintesi	12

## CAPITOLO II

### DAI MODELLI DELL'ANTICHITÀ ALLA RECEZIONE DEI MODELLI DELLA TRADIZIONE ROMANISTICA

1. Il Progetto della dinastia <i>Qing</i> : avvio dell'allontanamento dai modelli dell'antichità e recezione dei modelli della tradizione romanistica	15
1.1. I primi contatti con i modelli 'occidentali'	15
1.2. I giuristi e la recezione dei modelli della tradizione romanistica	19
1.3. Il contratto nel Progetto di Codice civile della dinastia <i>Qing</i> del 1911	23
2. Il Progetto di Codice civile del 1926	26
3. Il Codice civile del 1931	27
3.1. Le caratteristiche del Codice civile del 1931	27
3.2. Il contratto nel Codice civile del 1931 (profili sistematici e dogmatici)	29
4. Considerazioni di sintesi circa la 'prima stagione' di dialogo tra tradizione romanistica e diritto cinese	33

CAPITOLO III  
DALLA FONDAZIONE  
DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE  
ALLA LEGGE SUI CONTRATTI

1. Dalla fondazione della Repubblica Popolare Cinese alla Rivoluzione culturale	37
1.1. Il contesto	37
1.2. La materia dei contratti: 合同 ( <i>hetong</i> ) e 经济合同 ( <i>jingji hetong</i> )	41
2. 改革开放 ( <i>Gaige kaifang</i> ) e tradizione romanistica	50
2.1. Dall'avvio delle politiche di apertura e riforma alla Decisione riguardante l'elaborazione del nuovo Codice civile	50
2.2. L'istituto del contratto nel "sistema del tripode" (三足鼎立, <i>sanzu dingli</i> )	56
2.3. La Legge sui principi generali del diritto civile del 1986	61
2.4. Dal sistema del tripode alla Legge sui contratti del 1999	67
3. <i>Segue</i> : la Legge sui contratti della RPC del 1999	68
3.1. La Legge sui contratti, considerazioni d'insieme	68
3.2. 诚实信用原则 ( <i>Chengshi xinyong yuanze</i> ): il principio di buona fede nella Legge sui contratti	71
3.3. La definizione dello 合同 ( <i>hetong</i> ) come 协议 ( <i>xieyi</i> ): segnali della necessità di approfondimenti ulteriori	74
3.4. L'art. 124 in materia di 无名合同 ( <i>wuming hetong</i> )	75
3.5. 原因 ( <i>Yuanyin</i> ), 根据 ( <i>genju</i> ) 目的 ( <i>mudi</i> ) e 动机 ( <i>dongji</i> ) tra dottrina cinese e Legge sui contratti	78
3.6. Categorizzazioni in materia di contratti svolte dalla dottrina cinese	82
3.7. Le Interpretazioni della Corte Suprema	83
3.8. Orientamenti nella prassi	87
3.9. Contraddizioni (apparenti) e spunti offerti dalla dottrina romanistica	90
4. Considerazioni di sintesi	96

CAPITOLO IV  
IL 'CONTRACTVS' NEL DIRITTO ROMANO:  
PROBLEMI STORIOGRAFICI  
E CONSIDERAZIONI TERMINOLOGICHE

1. Cenni storiografici sul problema del contratto in diritto romano	101
2. Considerazioni terminologiche su <i>contrahere</i> e <i>contractus</i>	108
3. Il legame tra nozioni giuridiche scientifiche e la terminologia volta ad esprimerle: l'esempio della 'modernizzazione' del 清末 ( <i>Qingmo</i> )	113
4. Considerazioni di sintesi	115

CAPITOLO V  
ATTIVITÀ NEGOZIALI E *CONTRAHERE*  
PRIMA DI LABEONE

1. Inquadramento del tema	117
2. Tipicità formale e tipicità causale: unilateralità dell' <i>oportere</i>	118
3. ' <i>Consensus</i> ' e ' <i>bona fides</i> '	126
4. Quinto Mucio Scevola in D. 46,3,80 (Pomponius <i>libro quarto ad Quintum Mucium</i> )	133
5. Considerazioni di sintesi	142

CAPITOLO VI  
*CONTRACTVS* E *ULTRO CITROQUE OBLIGATIO*  
IN LABEONE. L'EMERSIONE DELL'IDEA GIURIDICA  
DI RECIPROCIÀ

1. Cenni biografici circa la figura di Labeone	145
2. D. 50,16,19 (Ulpianus <i>libro undecimo ad edictum</i> ): il contratto come <i>ultra citroque obligatio</i>	148
2.1. Cenni sull'inquadramento del passo	149
2.2. <i>Actus-contractus</i> e la scansione muciana dalla prospettiva dell' <i>oportere/obligatio</i>	154
2.3. <i>Contractus</i> e <i>ultra citroque obligatio</i>	155
2.3.1. Il rapporto tra <i>consensus</i> e <i>ultra citroque obligatio</i> nella <i>definitio</i>	155
2.3.2. <i>Ultra citroque obligatio</i> come caratteristica fondante la categoria del <i>contractus</i> tra modelli tipici e gestione dei negozi atipici	159
2.3.3. <i>Ultra citroque obligatio</i> : costruzione "monolitica" rappresentativa dei rispettivi <i>oportere ex fide bona</i> delle parti	162
2.3.4. La struttura <i>ultra citroque</i> dell' <i>obligatio</i> come 'causa' di una nozione 'elastica' di <i>contractus</i>	164
2.4. <i>Contractus</i> e <i>συνάλλαγμα</i>	165
2.4.1. Labeone e l'impiego di termini greci	165
2.4.2. Labeone ed i <i>συναλλάγματα</i> di Aristotele	167
2.4.3. Il calco semantico 'al contrario'	171
2.4.4. <i>Συνάλλαγμα</i> , <i>contractus</i> e la giustizia correttiva nei rapporti di scambio	172
3. Potenzialità dogmatiche della nozione di <i>contractus</i> come <i>ultra citroque obligatio</i>	173
3.1. D. 17,1,8 pr. (Ulpianus <i>libro trigensimo primo ad edictum</i> )	173
3.2. D. 18,1,80,3 (Labeo <i>libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum</i> )	176
3.3. D. 19,5,19 pr. (Ulpianus <i>libro trigensimo primo ad edictum</i> )	178

	<i>pag.</i>
3.4. D. 4,3,9,3 (Ulpianus <i>libro undecimo ad edictum</i> )	181
3.5. <i>Ultronitroque obligatio</i> e profili riguardanti le azioni (cenni)	184
3.6. Rilievo dell'esecuzione di una prestazione, di un'attività prodromica o dell'inerzia contraria alla <i>bona fides</i> nel caso della <i>bibliotheca</i> in D. 18,1,50 (Ulpianus <i>libro undecimo ad edictum</i> )	186
4. Considerazioni di sintesi	190

## CAPITOLO VII

*CONTRACTVS E ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*  
IN ARISTONE

1. Inquadramento del tema	193
2. <i>Conventio</i> e <i>contractus</i> nel « <i>De pactis</i> »	195
2.1. La centralità della <i>conventio</i>	196
2.2. Le <i>conventiones legitimae</i> e le <i>conventiones iuris gentium</i>	199
2.3. D. 2,14,7,2 (Ulpianus <i>libro quarto ad edictum</i> ) e il <i>συνάλλαγμα</i> in Aristone	202
2.3.1. Cenni di inquadramento del passo	202
2.3.2. La 'res'	202
2.3.3. Il ' <i>subsit tamen causa</i> ' e l'esecuzione della prestazione	204
3. Altri passi rilevanti per chiarire la visione aristoniana del <i>contractus</i>	208
3.1. D. 19,5,16,1 (Pomponius <i>libro vicensimo secundo ad Sabinum</i> )	209
3.2. D. 39,5,18 (Ulpianus <i>libro septuagensimo primo ad edictum</i> )	209
3.3. D. 2,14,58 (Neratius <i>libro tertio membranarum</i> )	211
4. <i>Hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem</i> : la "messa a punto" di Aristone	213
5. Cenni circa l'azione	216
6. Considerazioni di sintesi	217

## CAPITOLO VIII

IL CONTRATTO COME ACCORDO  
E IL RUOLO DELLE PROSPETTIVE VOLONTARISTICHE

1. Glossatori, Commentatori, Canonisti	221
2. La resistenza del contratto come <i>συνάλλαγμα</i> nell'umanesimo giuridico	223
3. La rilettura in chiave volontaristica del giusnaturalismo	225
4. Da Domat a <i>l'Ecole de l'Exégèse en droit civil</i>	230
5. Dogma della volontà in Savigny e nella Scuola pandettistica – il contratto come negozio giuridico bilaterale	236
6. Modelli romani e <i>consideration</i> (spunti di riflessione)	238
7. Il contratto come accordo ed i recenti orientamenti in Italia come prove della tenuta dei modelli di contratto richiamati da Ulpiano	241

	<i>pag.</i>
7.1. Il 'velo' della volontà e le contraddizioni (nel diritto positivo e nella dottrina)	241
7.2. La causa come "fenice" che risorge dalle sue ceneri	245
7.3. Rilettura critica	251
8. Considerazioni di sintesi	255

CAPITOLO IX  
LA RECIPROCIÀ  
NEL DIRITTO CINESE DELL'ANTICHITÀ

1. Il 契约 ( <i>qiyue</i> ) come vincolo e forma	259
2. Ricostruzione delle vicende relative al 契约 ( <i>qiyue</i> ) così come emerge dalle testimonianze scritte	261
3. Efficacia giuridica dei 契约 ( <i>qiyue</i> ) alla luce di diversi profili messi in luce dalla dottrina cinese	266
4. 礼尚往来 ( <i>Li shang wang lai</i> ) e la reciprocità nel <i>li</i>	268
5. Considerazioni di sintesi: elementi dogmatici alla luce dei "diversi circuiti giuridici"	272

CAPITOLO X  
*HETONG* TRA ACCORDO E RECIPROCIÀ  
NEL NUOVO CODICE CIVILE  
DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE

1. La decisione di elaborare un nuovo Codice civile	277
2. Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese	282
2.1. Norme ed impostazioni sistematiche della parte generale del Codice con incidenza sulla materia del contratto	282
2.2. Il contratto nel nuovo Codice civile della Repubblica Popolare Cinese	291
3. Considerazioni di sintesi	296

*Considerazioni conclusive* 299

*Indice degli Autori* 303

*Indice delle Fonti* 309



*Desidero esprimere la mia più sincera gratitudine al Professor Riccardo Cardilli per l'impagabile contributo durante l'elaborazione del lavoro, arricchendolo con preziosi consigli e suggerimenti nelle varie fasi della sua realizzazione. La mia più sincera gratitudine allo stesso modo va alla Professoressa Fei Anling che mi ha offerto un altrettanto impagabile aiuto nell'arricchimento del lavoro oltre che nel riuscire ad esplorare gli aspetti profondi della cultura giuridica cinese.*

*Ringrazio sentitamente il Professor Antonio Saccoccio per le preziose osservazioni ricevute delle quali il lavoro si è indubbiamente giovato.*

*Per gli importanti consigli e per l'aiuto ricevuto durante la revisione del volume ringrazio la Professoressa Roberta Marini, il Professor Zhai Yuanjian, il Professor Ennio Sanzi, la Professoressa Paola Guerri, la Dottoressa Yana Stoeva, il Dottor Liu Pai.*



## PREFAZIONE

Stefano Porcelli ha conseguito il titolo di dottore di ricerca in diritto presso la *China University of Political Science and Law* (CUPL). Egli è stato il primo italiano, sin dalla fondazione della Repubblica Popolare Cinese (1949), ad aver conseguito tale titolo in Cina seguendo l'intero percorso in lingua cinese, ed abbiamo ragioni di ritenere che sia stato il primo italiano in assoluto a riuscire in una simile impresa. Sin dall'esame di ammissione al dottorato di ricerca, nel seguire i corsi obbligatori per i dottorandi della CUPL, nell'esame di accettazione del progetto di tesi, nella pre-discussione e nella discussione della tesi di dottorato, essendosi il tutto svolto in lingua cinese ha senz'altro compiuto sforzi maggiori di quelli, comunque già notevoli, richiesti agli studenti cinesi. (Non siamo in grado di attestare se abbia o meno versato delle lacrime, tuttavia, come suo mentore posso affermare che non ne ha versate in mia presenza, anzi, al contrario ha sempre trovato modi diversi per riuscire ad ispirare sé stesso e superare le varie difficoltà che si sono di volta in volta presentate).

Ha elaborato una tesi di dottorato di oltre 300.000 caratteri sul tema della codificazione del diritto, comparando il diritto romano e la tradizione da quello discesa con il diritto cinese, ottenendo un parere molto favorevole da parte degli autorevoli colleghi (oltre che della CUPL, anche dell'Università del Popolo e della Tsinghua) che hanno integrato la Commissione d'esame.

Stefano Porcelli è stato inoltre invitato, a partire dal 2014, a tenere insegnamenti per studenti di postgrado della CUPL ove, considerando anche i suoi interessi di ricerca, ha prevalentemente insegnato diritto dei contratti e diritto romano.

Stefano Porcelli non soltanto mostra un fortissimo interesse circa il tema del contratto nel diritto romano e nel diritto cinese, ma ha impiegato una puntuale metodologia scientifica nella raccolta, selezione ed analisi delle fonti. I risultati delle sue ricerche non sono soltanto fondati su dati solidi, ma includono molteplici profili di originalità che hanno peraltro offerto interessanti spunti di ispirazione ai giuristi cinesi. In particolare, ha approfondito temi di rilievo in sede di elaborazione del nuovo *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese* offrendo degli utili suggerimenti.

Proprio ieri, il 28 maggio 2020, l'Assemblea Nazionale del Popolo ha approvato, e poco dopo il Presidente Xi Jinping ha promulgato, il *Codice*

*civile della Repubblica Popolare Cinese* che entrerà in vigore il primo gennaio 2021. Il nuovo *Codice* è il primo testo legislativo promulgato con la denominazione di “codice” (典, *dian*) dalla fondazione della Repubblica Popolare Cinese, negli altri casi si è sempre infatti compiuto impiego di denominazioni diverse, come ad esempio 法 (*fa*) che andava piuttosto a rendere in tali contesti l’idea di “*lex*”. Nel diritto cinese antico, invece, si faceva già ricorso al termine *dian* che andava non soltanto ad indicare un diritto redatto per iscritto e recante una certa sistematicità, ma altresì un’alta espressione del potere imperiale.

La ragione per cui la Cina del XX secolo ha scelto di fare ricorso alla tecnica legislativa di elaborazione di un codice è prevalentemente legata a due aspetti: il primo è quello per cui la Cina, già dal tempo dell’unificazione da parte dell’imperatore Qin Shihuang (seconda metà del III secolo a.C.) sino all’ultima dinastia imperiale, la dinastia Qing, ha normalmente fatto ricorso all’elaborazione per iscritto di alcuni campi del diritto tendendo alla sistematicità; il secondo è quello per cui, a partire dagli ultimi anni del XIX secolo ed in particolare dai primi anni del XX, a seguito dei contatti e delle dispute sorte in relazione a questioni commerciali con alcuni Stati ‘occidentali’, ha iniziato a fare ingresso in Cina l’idea di “codice” della tradizione romanistica e, guardando ai rapidi benefici che la codificazione del diritto privato stava dando nel vicino Giappone (a cui aveva permesso un rapido sviluppo), nella legislazione che veniva ad essere elaborata nell’ambito della ‘modernizzazione’ si è andato ad affermare un solido legame con l’idea di codice della tradizione romanistica, con le tecniche a questa relative ed in particolare con il ruolo fondamentale svolto dalla scienza giuridica nell’elaborazione di un diritto scientifico.

Nel Codice civile, il contratto rappresenta uno degli istituti più importanti: non soltanto tocca vari aspetti della vita quotidiana delle persone, dato che viene fatto impiego di contratti innumerevoli volte nelle attività di natura economica che si svolgono quotidianamente nella società, ma molti principi fondamentali del diritto privato sono stati individuati, e la loro configurazione è stata ‘affinata’, dai giuristi proprio nello studio scientifico di questioni relative al contratto, basti pensare, ad esempio, all’eguaglianza, all’autonomia negoziale, alla buona fede, al divieto di abuso del diritto ecc. Inoltre, il tenere in considerazione lo spirito del diritto dei contratti è imprescindibile per lo sviluppo ed il miglioramento, in generale, della nostra società attuale. L’approfondimento teorico di quanto relativo all’istituto del contratto, l’arricchimento dei contenuti ed il tentativo di miglioramento delle regole in materia hanno rappresentato per millenni e continuano a rappresentare ancora oggi alcuni tra i principali obiettivi che i giuristi si pongono.

Questo lavoro di Stefano Porcelli, in particolare per quanto riguarda l’approfondimento delle tematiche relative al contratto nel dialogo tra diritto romano e diritto cinese, non soltanto ci permette di cogliere impor-

tanti spunti di riflessione proprio in relazione al sistema del diritto romano, ma contribuisce a vedere da vicino e cogliere con maggior chiarezza diversi importanti aspetti relativi al diritto cinese. Il presente lavoro non soltanto contribuisce in modo significativo ad arricchire la ricerca giuridica in materia di contratto all'interno del dialogo tra diritto romano e diritto cinese, ma reca altresì un rilevante valore teorico per le future riflessioni che riguarderanno l'interpretazione, l'implementazione ed eventualmente anche un futuro miglioramento delle norme dettate nel nuovo *Codice civile*. Come sappiamo, la promulgazione del codice civile non rappresenta la conclusione del processo di codificazione, ma ne è una, sebbene importantissima, tappa. I nostri sforzi non debbono arrestarsi qui, ed i risultati pubblicati nel presente lavoro offrono uno spunto di riflessione importante anche per ulteriori sviluppi nei nostri studi.

Pechino, 29 maggio 2020

*Fei Anling*



## BREVI CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

A partire dal tardo periodo della Dinastia Qing (清末, *Qingmo*; 1644-1911), la Cina, nell'intento di porre in essere una 'modernizzazione' della società rispetto ai modelli tramandati dall'antichità, ha iniziato ad ispirarsi a nuovi modelli giuridici offerti dalla tradizione fondata sul diritto romano.

L'apertura alla tradizione romanistica e l'adattamento della stessa ad una società con cultura e tradizioni così distanti sono da collegarsi alla sua elevata scientificità che permette di rinvenire nel diritto romano una 'grammatica' del diritto<sup>1</sup> oltre che, alla sua vocazione tendenzialmente universalistica<sup>2</sup>, incentrata sulla persona umana<sup>3</sup>.

Gli effetti di questo dialogo tra la tradizione romanistica ed il diritto cinese, a poco oltre un secolo dal suo avvio e, peraltro con un nuovo *Codice civile* da pochi giorni promulgato, hanno determinato un'importante area di verifica e tenuta di contenuti giuridici propri della tradizione cinese con le spinte concettuali e sistematiche provenienti dai diritti codificati in Europa e i contenuti propri della tradizione romanistica su cui quelli erano fondati.

Lo studio qui presentato ha scelto di focalizzare la propria attenzione su un tema centrale del diritto privato, quello del contratto, ambito problematico nel quale si misurano da millenni istanze di autonomia negoziale e meritevolezza degli interessi perseguiti. Più specificamente, è sembrato che il problema della atipicità contrattuale potesse rappresentare un terreno fertile per cogliere, ad un livello più profondo delle strutture, dei concetti e delle

---

<sup>1</sup> Si veda quanto evidenziato da P. BIRKS, *Foreword: Peter Stein, Regius Professor of Civil Law in the University of Cambridge*, 1968-1993, in A.D.E. LEWIS, D.J. IBBETSON (a cura di), *The Roman Law Tradition*, Cambridge, 1994, xi.

<sup>2</sup> Si veda, per tutti, la ricostruzione svolta in P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino, 1965.

<sup>3</sup> Riferimento essenziale è il celebre passo ora in D. 1,5,2 (Hermogenianus *libro primo iuris epitomarum*) *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus*. Su cui, ad esempio, S. TAFARO, *Ius hominum causa constitutum. Un diritto a misura d'uomo*, Napoli, 2009, pp. 9 ss. Sulle nozioni concrete di *homo* e *persona* contro le 'astrazioni moderne', per tutti, P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, in particolare 167 ss.

funzioni, la complessità del dialogo sopra richiamato, andando a verificare quali siano effettivamente i limiti dell'autonomia privata e come i valori di fondo della società cinese reagiscono all'apertura ai modelli scientifici plasmatis nel diritto romano, non limitandosi alla sola descrizione del dato normativo del diritto positivo.

Il tema prescelto è risultato, infatti, essere radicato su uno strato più profondo del ruolo del diritto rispetto alla realtà sociale, come esigenza insopprimibile nell'ambito dei rapporti tra privati.

CAPITOLO I  
*HETONG*  
NEL DIRITTO CINESE DELL'ANTICHITÀ

SOMMARIO: 1. 灋 (*Fa*) e 禮 (*li*). – 2. 合同 (*Hetong*) nel diritto cinese dell'antichità e la sua interpretazione come *Gesamtakt*. – 3. Considerazioni di sintesi.

1. 灋 (*Fa*) e 禮 (*li*)

Il diritto cinese dell'antichità, come categoria storica, non riflette le consuete periodizzazioni della storia europea, ma ha una sua peculiare rappresentazione, che può vedersi caratterizzata, a differenza delle periodizzazioni proprie di quest'ultima, in due grandi fasi, quella arcaica, precedente alla costituzione dell'Impero cinese (che si protrae dunque, *grosso modo* sino agli ultimi decenni del III secolo a.C.) e quella dell'Impero cinese (dagli ultimi decenni del III secolo a.C. al 1911 d.C.)<sup>1</sup>. Ciò è di fondamentale importanza per cogliere, ad un livello più profondo, gli sviluppi degli schemi giuridici – e quindi anche della società di cui quelli sono stati espressione – ricostruibili storicamente in Cina, per comprendere poi su quali basi e come sia avvenuta la rilettura delle nozioni e degli schemi della tradizione romanistica che sono stati ripresi a partire dalla 'modernizzazione' avviata agli inizi del XX secolo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Si veda, ad esempio, in italiano J. GERNET, *Il mondo cinese. Dalle prime civiltà alla Repubblica Popolare*, Torino, 1978.

<sup>2</sup> Vale la pena premettere che la Cina, come evidenziano gli storici del diritto cinese, ha visto la fondazione della Repubblica cinese e relativa instaurazione del Governo provvisorio di Nanchino quale esito della rivolta innescatasi a Wuhan il 10 ottobre 1911 e che ha portato alla caduta della dinastia Qing, non soltanto quali eventi che hanno segnato la caduta della dinastia stessa, ma come la conclusione di oltre due millenni di impero feudale (si veda M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo fazhi shi* (中国法制史), Beijing, 2010, p. 356). Se la rivoluzione di Wuhan, con il rovesciamento dell'ultima dinastia imperiale, può considerarsi l'evento simbolo di questo passaggio dall'antichità feudale alla modernità (si veda circa tali passaggi, J. ZHANG (a cura di), *Zhongguo fazhi shi* (中国法制史), Beijing, 1998, pp. 335 ss.), è tuttavia da tenere in considerazione il fatto che, come si vedrà meglio dalle prossime pagine, altri importanti mutamenti, seppur ancora durante il governo della dinastia Qing, ave-

Il diritto dell'antichità cinese è caratterizzato da una tensione dialettica tra l'approccio sostenuto dalla 'scuola legista', che prediligeva il ricorso a norme che, per usare una terminologia attuale, potrebbero definirsi come di 'diritto positivo' quale elemento fondamentale dell'azione di governo, ed un altro, sul quale era forte l'influenza della 'scuola confuciana' che, invece, vedeva come soluzione migliore quella di un modello di governo della società basato su regole etiche e norme consuetudinarie, lasciando al diritto positivamente posto un ruolo suppletivo. Queste due visioni non devono, però, essere considerate come fondanti dei filoni nettamente separati. Come è stato ben chiarito nella storiografia cinese, anche quando il confucianesimo divenne l'ideologia ufficiale, l'approccio legista continuò ad esercitare, comunque, un ruolo importante soprattutto nei periodi di maggiore instabilità sociale e politica<sup>3</sup>. Dato un simile sostrato ideologico, che per semplificare e senza nessun irrigidimento concettuale potremmo qualificare come evocante due prospettive interagenti, quelle del 'diritto statale' e del 'diritto consuetudinario', che da un lato si influenzavano reciprocamente e dall'altro restavano separati<sup>4</sup>, era possibile riscontrare una multidimensionalità dei contesti normativi, descritta, con felice espressione, come una presenza di "diversi circuiti giuridici", la quale finiva, ovviamente, con l'incidere anche sulla "configurazione giuridica dei rapporti stessi"<sup>5</sup>.

Nell'andare ad indicare le caratteristiche generali del diritto dell'antichità cinese, questo non si presentava dunque in chiave unitaria come nel latino *ius*, infatti, sebbene gli studiosi cinesi sottolineano come la stessa nozione di 'diritto', non contemplates partizioni al proprio interno simili a quelle consuete di diritto pubblico e privato, civile e penale (si trattava di un modello definito in dottrina come 诸法合体, *zhufu heti*)<sup>6</sup>, tuttavia era centrata sulla dialettica tra il 灋 (*fa*) e il 禮 (*li*).

---

vano già iniziato ad affermarsi in particolare nella prima decade del XX secolo (si veda ancora, J. ZHANG, *Zhongguo fazhi shi*, cit., p. 317). È proprio in questi anni che, per quanto riguarda la Cina, si può riscontrare l'iniziale abbandono delle strutture e dei modelli giuridici dell'antichità e si realizzerà la prima 'modernizzazione', attingendo largamente alle nozioni ed agli schemi offerti dalla tradizione romanistica che vengono riletti alla luce delle specificità derivanti dalla storia e dalla cultura cinesi.

<sup>3</sup> Si veda, A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi. Lineamenti di una analisi relativa al diritto privato*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 23/2007, p. 112.

<sup>4</sup> Si veda Z. LIANG, *Qingdai xiguanfa: shehui yu guojia* (清代习惯法: 社会与国家), Beijing, 1996, pp. 129 e 140, sul punto anche Y. CHUN, *Qiyue zhidu* (II) (契约制度 (下)), in X. ZHAO (a cura di), *Shenfen yu qiyue: zhongguo chuantong minshi falü xingtai* (身份与契约中国传统民事法律形态), Beijing, 2011, p. 619.

<sup>5</sup> Si veda, M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, 2004, pp. 130-131.

<sup>6</sup> Si veda, sul punto, ad esempio J. ZHANG (a cura di), *Zhongguo fazhi shi*, cit., p. 5, si veda anche quanto evidenziato in X. YE (a cura di), *Zhongguo minfa shi* (中国民法史), Shanghai, 1992, p. 2 e quanto ivi richiamato.

Con la parola 法 (*fa*, che indica sia il diritto in accezione oggettiva, sia la legge in senso formale<sup>7</sup>, ma che nel senso comune indica anche il “modo”, il “metodo”)<sup>8</sup> sin da tempi remoti ci si è riferiti all’idea del ‘diritto’. L’origine del carattere svela un aspetto già di per sé rilevante circa la visione cinese del diritto nell’antichità, ma con riflessi anche su quello attuale. Il carattere da cui il moderno 法 deriva è 灋<sup>9</sup>. Nello 说文解字 (*Shuowen Jiezi*), antico dizionario cinese, composto da Xu Shen sotto la dinastia degli Han orientali nel 121 d.C.<sup>10</sup>, si legge quanto segue: “灋、井卩也，平之如水，从水，廌所以觸不值者去之，从廌去”<sup>11</sup>. Dal testo richiamato si comprende la ragione per cui il carattere 灋 sia composto dal radicale dell’acqua (氵 sulla sinistra), da un unicorno 廌, e dal verbo 去 (posto sotto l’unicorno). La composizione complessa del carattere più antico evidenzia un dato essenziale per comprendere il vero significato del *fa*, in quanto, mentre nella versione attuale semplificata del carattere 法 restano soltanto il radicale dell’acqua ed il verbo andare, nel carattere originario l’immagine che veniva evocata era quella del (robusto)<sup>12</sup> unicorno che andava ad eliminare le asperità che emergevano sull’acqua, al fine di renderla nuovamente livellata. Da ciò taluni studiosi sottolineano il fatto che in tal

<sup>7</sup> Per la precisazione si veda, ad esempio, R. CAVALIERI, *La legge e il rito*, Milano, 1990, p. 30.

<sup>8</sup> S. LÜ *et al.*, s. v. 法 (*Fa*), in *Xiandai Hanyu Cidian* (现代汉语词典), Beijing, 2016.

<sup>9</sup> Si veda ad esempio, ancora S. LÜ *et al.*, s. v. 法 (*Fa*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.; S. XU, s. v. 灋 (*Fa*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi* (说文解字), III, Beijing, 2018; B. CHEN, *Fa he falü* (法和法律), in Q. HE *et al.* (a cura di), *Falü Mingci de Qiyuan* (法律名词的起源), I, Beijing, 2009, p. 5 ed anche Z. WANG, *Zhongguo Gudai Fali Xue* (中国古代法理学), Shanghai, 1929, pp. 6 ss.

<sup>10</sup> Sul punto, J. SONG, N. WANG, J. HU, *Jiyu yuliaoku fangfa de shuzihua “shuowen” xue yanjiu huanjing de goujian* (基于语料库方法的数字化《说文》学研究环境的构建), in *Yuyan wenzhi yingyong* (语言文字应用), 1/2007, p. 134. Circa il ruolo cruciale svolto da tale testo si vedano le osservazioni svolte a p. 133. Si veda altresì quanto in K. TANG, *Qianyan* (前言), in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi* (说文解字), I, Beijing, 2018, pp. 1 ss. In italiano il titolo di tale dizionario è reso, ad esempio, come *Spiegazione delle figure e interpretazione dei caratteri*, cfr. F. BOTTÉRO, *La scienza in Cina: dai Qin-Han ai Tang. Lo studio della lingua: l’unificazione della scrittura e i dizionari*, reperibile in [http://www.treccani.it/enciclopedia/la-scienza-in-cina-dai-qin-han-ai-tang-lo-studio-della-lingua-l-unificazione-della-scrittura-e-i-dizionari\\_%28Storia-della-Scienza%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/la-scienza-in-cina-dai-qin-han-ai-tang-lo-studio-della-lingua-l-unificazione-della-scrittura-e-i-dizionari_%28Storia-della-Scienza%29/) (ultimo accesso, novembre 2019).

<sup>11</sup> Si veda S. XU, s. v. 灋 (*Fa*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, III, cit.

<sup>12</sup> L’immagine tradizionale cinese dell’unicorno la troviamo ancora nello *Shuowen Jiezi*, ove viene assimilato ad un bovino di montagna con un corno (廌, 解廌兽也, 似山牛, 一角; 古者决狱, 令触不直. 象形, 从豸省), in sostanza, in base anche alle rappresentazioni grafiche che pure oggi vengono rese, sarebbe piuttosto simile, ad esempio, ad un rinoceronte, cfr. S. XU, s. v. 廌 (*Zhi*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, III, cit.

modo risaltino gli elementi dell'eguaglianza e della giustizia<sup>13</sup>; altri richiamano direttamente quello dell'equità, la 公平 (*gongping*)<sup>14</sup>; altri ancora, invece, sottolineano che l'idea evocata sia piuttosto quella della pena<sup>15</sup>. L'immagine dell'unicorno che si 'attiva' al fine di rimuovere le asperità dalla superficie dell'acqua può lasciar certo trasparire un'idea di equità e di giustizia sostanziale, tuttavia, l'immediato accostamento tra il *fa* e lo *xing* (井 卩 è una delle forme arcaiche di 刑 *xing*, la pena: 刑法 – *xingfa* attualmente è la denominazione del diritto penale)<sup>16</sup> è già di per sé eloquente al riguardo.

In realtà, anche andando a vedere gli antichi 'codici', non può non notarsi una forte connotazione di natura pubblicistica dei contenuti del *fa* dell'antichità, ed in particolare la forte presenza di regole attinenti al diritto penale.

Le Cronache di Zuo riportano, infatti, che nel 536 a.C. nel regno di Zheng (郑国, *Zheng Guo*) fu colato un tripode in metallo (铸鼎, *zhuding*) detto il 'Libro forgiato' delle pene 《铸刑书》 (*Zhuxingshu*), con iscritte delle norme di natura penalistica volte a renderle note al fine di restringere i privilegi dell'aristocrazia schiavista che esercitava arbitrariamente l'irrogazione delle pene capitali<sup>17</sup>.

Può essere, altresì, menzionato il celebre 法经 (*Fajing*), il cd. *Classico delle leggi*<sup>18</sup>, che pare essere collocabile nel periodo delle dinastie Qin e Han<sup>19</sup>.

Tuttavia, il paradigma di quelli che saranno poi i codici delle dinastie per i secoli successivi, sino all'ultimo codice dinastico Qing, il 《大清律例》

<sup>13</sup> Si veda, ad esempio, Z. WANG, *Zhongguo Gudai Fali Xue*, cit., pp. 6-9; si veda anche Y. ZHANG, "Fa" yi tanyuan ( "灋" 义探源), in *Faxue Yanjiu* (法学研究), 3/2005, pp. 141 ss.

<sup>14</sup> Tale lettura è ad esempio offerta in M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo fazhi shi*, cit., p. 13.

<sup>15</sup> Si veda S. CAI, *Zhongguo fali zijue de fazhan* (中国法理自觉的发展), Beijing, 2005, pp. 230-232.

<sup>16</sup> La stessa definizione di cui si sta parlando è spesso oggi, anche nella letteratura scientifica, citata nel seguente modo "灋，刑也", cfr., tra gli altri, Y. ZHANG, "Fa" yi tanyuan, cit., n. 3, pp. 145 ss. Per quanto riguarda il rapporto tra 法 (*fa*) e 律 (*lü*) in modo approfondito si veda quanto in B. CHEN, *Fa he falü*, cit., pp. 7-8 e la bibliografia minima ivi richiamata; in generale sull'area di significati in comune tra 法 (*fa*), 律 (*lü*) e 刑 (*xing*), si veda Q. HE, *Zhongguo faxue shi* (中国法学史), I, Beijing, 2006, pp. 17 ss.

<sup>17</sup> Si vedano J. ZHANG (a cura di), *Zhongguo fazhi shi*, cit., pp. 48-50; M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo fazhi shi*, cit., p. 72; si vedano anche le considerazioni già svolte in S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema*, in *BIDR*, 110/2016, p. 254 ed in S. PORCELLI, *Diritto e logica. Da Roma alla Via della seta*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 39/2018, p. 216.

<sup>18</sup> Dell'opera viene ancora da alcuni studiosi discussa l'autenticità, questione che tuttavia, autorevoli storici cinesi del diritto, risolvono in senso positivo, vd. Q. HE, *Zhongguo faxue shi*, cit., pp. 67-78.

<sup>19</sup> Al riguardo, J. ZHANG (a cura di), *Zhongguo fazhi shi*, cit., pp. 53 ss.

(Da *Qing Lüli*), e che andò ad influenzare sia il diritto che il linguaggio giuridico anche di altri Paesi dell'Asia, tra cui ad esempio il Giappone, fu il Codice ascrivibile alla dinastia Tang, di cui venne elaborata una versione anche corredata di commenti andata sotto il nome di 《唐律疏议》 (*Tanglü Shuyi*). I contenuti restavano prevalentemente legati alla sfera di quello che definiremmo diritto pubblico, in quanto, anche considerando il resto della produzione legislativa di epoca Tang, con i cd. 唐六典 (*Tangliudian*), le norme hanno prevalentemente ad oggetto l'amministrazione dello 'stato' ed il diritto penale<sup>20</sup>.

I rapporti tra privati erano presi in considerazione soltanto nei casi in cui questi avessero avuto rilevanza sotto i profili da ultimo richiamati<sup>21</sup>. Autorevoli storici cinesi del diritto sottolineano come nel *Tanglü Shuyi*, come in un codice penale moderno, sia posta una 'parte generale' all'inizio del Codice e gli altri 11 libri sono, invece, dedicati ai tipi di reato ed alle relative punizioni. Questa struttura risulta caratterizzata da rigore, con articoli a cui sono stati poi aggiunti dei commenti integrati in modo organico, e sembra elaborata da un 'legislatore' a cui venne richiesto di riassumere l'esperienza della legislazione precedente<sup>22</sup>. Ciò avrebbe imposto di comprendere le varie forme in cui le condotte criminali si manifestavano nella società cinese, trovando similitudini e differenze tra i crimini e raccogliendo, così, in uno stesso libro, il risultato di questa lettura del fenomeno sociale in chiave giuridica all'interno di un codice organizzato in modo tendenzialmente sistematico<sup>23</sup>. Ciò è comunque avvenuto a prescindere dall'influenza della logica di derivazione greca che da diversi secoli veniva già impiegata dai giuristi romani. Come si è avuta l'occasione di sottolineare altrove, è molto poco probabile che, nonostante sia dimostrata l'esistenza per queste epoche di vie commerciali tra Mediterraneo e Asia che andavano ad integrare quella che sarà poi definita, con fortunata espressione, come la Via della Seta (*Seidenstraße*), si possa effettivamente ritenere riscontrabile una tale influenza, in quanto delle testimonianze scritte che possono attestare la trasmissione in Cina di concetti appartenenti alla logica risalgono a diversi secoli dopo: ad esempio, si può pensare all'opera 名理探, *Mingli tan* del 1631,

---

<sup>20</sup> Si veda, anche per quanto riguarda l'influenza del *Tanglü Shuyi* sul *Ritsu Ryō* (律令) giapponese e sul diritto di altri Paesi asiatici così come sui Codici delle dinastie successive S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica*, cit., pp. 254-255 e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>21</sup> Ad esempio, per la rilevanza di questioni in materia di successioni nel *Tanglü Shuyi* si veda quanto già osservato in S. PORCELLI, *Diritto delle successioni mortis causa in Cina durante l'elaborazione del nuovo Codice civile*, in E. ARROYO AMAYUELAS, C. BALDUS, E. DE CARVALHO GOMES, A.M. LEROYER, Q. LU, J.M. RAINER (a cura di), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, II, Napoli, 2019, p. 606 e la bibliografia ivi richiamata in n. 3.

<sup>22</sup> J. ZHANG (a cura di), *Zhongguo fazhi shi*, cit., pp. 146-147.

<sup>23</sup> J. ZHANG (a cura di), *Zhongguo fazhi shi*, cit., pp. 146-147.

del gesuita portoghese Francisco Furtado e Li Zhizao<sup>24</sup>.

Resta comunque il fatto che nel *Tangliù Shuyi* sia riscontrabile una certa organizzazione sistematica di fondo.

Se, dunque, nel diritto cinese dell'antichità il *fa* recava una componente di giustizia sostanziale ed una forma scritta (da una data epoca, si è visto, anche con una certa sistematicità), i contenuti restavano comunque quasi esclusivamente collegati all'area del diritto riguardante, in senso lato, l'amministrazione dello 'stato' e il potere coercitivo dello stesso nella perseguzione penale.

Nel trattare questioni relative al diritto privato è, invece, importante prestare attenzione anche ai contenuti del 禮 (*li*, versione semplificata 礼)<sup>25</sup>. Nel già più volte richiamato *Shuowen Jiezi*, si trova la seguente dicitura: “禮，履也。所以事神致福也。从示从豊，豊亦聲”<sup>26</sup>. Accanto all'accostamento posto in inizio tra *li* e 履 (*lǜ*), termine, quest'ultimo con cui, associato a 行 (*xíng*) è indicato, oggi, l'adempimento<sup>27</sup>, nella spiegazione offerta in seguito è svolto un collegamento tra il 'divino', 神 (*shén*)<sup>28</sup> e la fortuna e la felicità 福 (*fú*)<sup>29</sup>, con la componente relativa al 'divino' che viene anche ad emergere dal carattere stesso, ove, si trova il radicale 礻 (sulla parte sinistra) che richiama l'area semantica del culto, del divino, del soprannaturale e poi 豊, che dà anche la fonetica, rappresentativo di un vaso impiegato nei rituali attinenti appunto alla sfera del culto<sup>30</sup>. Que-

<sup>24</sup> F. FURTADO, Z. LI, *Mingli tan* (名理探), Hangzhou, 1631. Lo stesso termine attualmente impiegato per designare la logica, 逻辑, *luoji*, viene considerato come prestito fonetico da “logic”; si veda F. MASINI, *The Formation of Modern Chinese Lexicon and Its Evolution Toward a National Language: The Period from 1840 to 1898*, in *Journal of Chinese Linguistics Monograph Series*, 6, 1993, rispettivamente pp. 203 e 141 e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>25</sup> S. LÜ *et al.*, s. v. 礼 (*Li*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.; S. XU, s. v. 禮 (*Li*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, I, cit.

<sup>26</sup> S. XU, s. v. 禮 (*Li*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, I, cit.

<sup>27</sup> Si veda ad esempio il cap. IV della 中华人民共和国合同法, la *Legge sui contratti della RPC* che è, appunto, dedicato all'adempimento del contratto: 第四章 合同的履行, denominazione mantenuta per il cap. IV del Libro III (sul contratto) del nuovo *Codice civile della RPC* (rispettivamente *infra* capp. III e X). Si veda anche S. LÜ *et al.*, s. v. 履行 (*Lǚxíng*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>28</sup> S. LÜ *et al.*, s. v. 神 (*Shén*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>29</sup> S. LÜ *et al.*, s. v. 福 (*Fú*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>30</sup> Si veda ad esempio anche quanto nelle spiegazioni e annotazioni offerte in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, I, cit., pp. 8-9. Per quanto riguarda il 豊 (*lǐ*), si legge, ancora nello *Shuowen Jiezi*, “豊，行禮之器也。从豆，象形。凡豊之屬皆从豊” cfr. S. XU, s. v. 豊 (*Li*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi* (说文解字), II, Beijing, 2018. Sul punto anche, X. MA, *Li yu fa: fa de lishi lianjie* (礼与法：法的历史连接), Beijing, 2004, pp. 77-79 e quanto ivi richiamato.

sta parola è andata ad indicare il cerimoniale, e poi gradualmente acquisì il significato di regola (o sistema di regole) di comportamento<sup>31</sup>. Come sintetizzato dalla gius-sinologia italiana, nel pensiero confuciano, la condotta appropriata doveva essere determinata “in base alla collocazione gerarchica dei soggetti, nel rispetto delle regole rituali e delle consuetudini ancestrali (il 礼, *li*)”<sup>32</sup>. Nel pensiero di Confucio era importante tener conto del ruolo che il soggetto assumeva nella società alla luce della posizione-relazione (sovrano – suddito, padre – figlio, marito – moglie, fratello maggiore – fratello minore, amico – amico), tenendo presente che nessuna di queste “era ispirata al principio dell’eguaglianza tra i soggetti; persino l’ultima, apparentemente l’unica a svolgersi su un piano paritario, prevedeva una rigida gerarchia fondata sull’età o sulla posizione sociale”<sup>33</sup>. In tale contesto, soltanto “i casi patologici di conflitto insorti nella società, indifferentemente dal fatto che si trattasse di violazioni di leggi dello stato o di violazioni gravi e socialmente irrecuperabili delle norme morali o d’etichetta avrebbero richiesto l’adozione e l’applicazione di quelle regole legali (repressive) che lo stato produceva al fine di proteggere l’ordine pubblico”<sup>34</sup>.

Nel quadro delineato, dunque, è evidente come le caratteristiche del diritto cinese dell’antichità siano rimaste sostanzialmente inalterate sino agli inizi del XX secolo, quali espressione di una società caratterizzata da una piuttosto marcata staticità delle posizioni sociali e dalle forme di organizzazione imperiale del potere pubblico, rappresentando forti fattori di resistenza all’interno della dialettica tra *fa* e *li*<sup>35</sup>, ove in quest’ultimo si può ritenere sia stata regolata la parte più ampia e significativa dei modelli comportamentali rilevanti nei rapporti tra privati<sup>36</sup>.

Va, altresì, evidenziato come, rispetto agli svolgimenti caratteristici dell’esperienza giuridica romana – che poi influenzeranno la tradizione giuridica europea e non solo – non sia rilevabile la maturazione di una scienza giuridica autonoma, caratterizzata dalla figura del giurista<sup>37</sup>. Anche la

<sup>31</sup> R. CAVALIERI, *La legge e il rito*, cit., pp. 34-35.

<sup>32</sup> R. CAVALIERI, *La legge e il rito*, cit., p. 49.

<sup>33</sup> R. CAVALIERI, *La legge e il rito*, cit., p. 48.

<sup>34</sup> R. CAVALIERI, *La legge e il rito*, cit., p. 50, si vedano anche le pp. seguenti ove sono riportati gli sviluppi che le impostazioni di Confucio vennero ad assumere nella sua scuola.

<sup>35</sup> Su cui più approfonditamente, si rinvia a R. CAVALIERI, *La legge e il rito*, cit.; J. ZHANG (a cura di), *Zhongguo fazhi shi*, cit., pp. 1 ss.; X. MA, *Li yu fa: fa de lishi lianjie*, cit.

<sup>36</sup> Si veda, ad esempio, X. YE (a cura di), *Zhongguo minfa shi*, cit., p. 3.

<sup>37</sup> Sebbene, come segnalato, nell’ambito dei codici sia stata raggiunta da un certo periodo una sistematizzazione e sebbene, come si vedrà più avanti, anche nell’ambito dei contratti è probabile che vi siano stati degli esperti, tuttavia, non sembra restino tracce significative di uno studio scientifico del diritto in Cina sino a quando nel XIX secolo e soprattutto dagli inizi del XX verrà avviata la cd. modernizzazione. Al riguardo si veda quanto si dirà *infra* in cap. II.

componente di quello che potremmo qualificare come potere giudiziario, caratterizzata dalla presenza di giudici preposti ad attuare il diritto, non risulta essere orientata verso una formazione specifica fondata sullo studio del diritto. La componente giudiziaria, al contrario, è composta nella sostanza da giudici popolari o “giudici non professionali”<sup>38</sup>. In sede di applicazione del diritto, questi ultimi, alla luce della morale e appunto del complesso rapporto tra *fa* e *li*<sup>39</sup>, impiegavano un approccio caratterizzato dall’intuito e tendente ad una “ragionevolezza sostanziale”<sup>40</sup>, in cui l’operazione ermeneutica e decisionale teneva in considerazione anche quello che era il 情 (*qing*)<sup>41</sup>. Come è stato evidenziato da Sun Xiaoxia<sup>42</sup>, possono individuarsi quattro significati per il 情 (*qing*): il primo è quello del 情感 (*qinggan*), nel senso di ‘emozione’ quale opposto di razionale; il secondo è il 情理 (*qingli*), cioè la ragione individuata sul piano della morale; il terzo 情面 (*qingmian*), in cui viene in risalto quella che anche in italiano definiamo come “la faccia”, in sostanza, la reputazione; il quarto 事实 (*shishi*), nel significato di fatto come contrapposto al diritto.

Si evidenzia quindi una caratterizzazione del modello giudiziale nella storia antica del diritto cinese che potremmo definire, in base alle nostre categorie concettuali, come prevalentemente fondato sul momento equitativo piuttosto che non sulla vincolatività di norme generali ed astratte.

## 2. 合同 (Hetong) nel diritto cinese dell’antichità e la sua interpretazione come Gesamtakt

Nella *Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese* del 1999 (la 中华人民共和国合同法), così come, in generale, nel diritto vigente della RPC, incluso il nuovo *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese* (中华人民共和国民法典), il “contratto” è designato con il termine 合同 (*hetong*).

In realtà, come si avrà occasione di vedere meglio più avanti, questo è il punto di approdo di una vicenda che ha avuto ricadute importanti sul significato da accordare al termine<sup>43</sup>. Autorevole dottrina cinese sottolinea, ad esempio, come il significato di *hetong*, piuttosto che accostabile al

---

<sup>38</sup> Sul punto, X. SUN, *Zhongguo chuantong faguan de shizhixing si wei* (中国传统法官的实质性思维), in *Zhejiang Daxue Xuebao (renwen shehui kexue ban)* (浙江大学学报 (人文社会科学版)), 4/2005, p. 8.

<sup>39</sup> X. SUN, *Zhongguo chuantong faguan de shizhixing si wei*, cit., p. 8.

<sup>40</sup> X. SUN, *Zhongguo chuantong faguan de shizhixing si wei*, cit., p. 8 ove si parla di “实质合理性”.

<sup>41</sup> Si veda M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., pp. 44 ss., in particolare p. 48.

<sup>42</sup> X. SUN, *Zhongguo chuantong faguan de shizhixing si wei*, cit., p. 8.

<sup>43</sup> Si veda *infra* cap. III.

*Vertrag*, sarebbe piuttosto stato legato ad un area di significato più vicina a quella del diverso termine tedesco di “*Gesamtakt*”, in quanto *hetong* esprimerebbe un negozio giuridico bilaterale o plurilaterale nel quale le manifestazioni di volontà si muovono ‘nella stessa direzione’<sup>44</sup>. Già questo è comunque un valido segnale di quanto, da una prospettiva precipuamente cinese, complessi siano stati i percorsi della categoria del ‘contratto’ dai tempi della modernizzazione Qing sino ad oggi, passando per la stagione di maggior aderenza al modello socialista ove venivano evidenziandosi più che gli aspetti negoziali e di autonomia privata, gli effetti vincolanti dell’atto compiuto nel rispetto della economia pianificata<sup>45</sup>.

Il 契约 (*qiyue*), che era in precedenza il termine più ampiamente impiegato per designare il contratto, renderebbe, invece, un’idea più vicina a quella del “*Vertrag*”, contraddistinto, a sua volta, dall’incontro di volontà che non sarebbero, appunto, parallele bensì ‘contrapposte’<sup>46</sup>. Ancora la stessa dottrina chiarisce che, in ogni caso, al giorno d’oggi *hetong* debba essere considerato il termine impiegato in modo più diffuso nel significato che avrebbe, invece, tradizionalmente dovuto avere *qiyue*<sup>47</sup>. Negli attuali dizionari giuridici cinesi, per quanto riguarda la voce *qiyue* è frequente il rinvio ad *hetong*<sup>48</sup>.

In realtà, il termine *hetong* veniva impiegato già nel diritto cinese dell’antichità. Esso è riscontrabile in modelli di accordi matrimoniali di epoca Yuan<sup>49</sup>, ovvero ancora in accordi di ‘società’ e di transazione risalenti al periodo Qing<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun* (合同法总论)<sup>3</sup>, Beijing, 2011, p. 9. L’enucleazione in Germania della categoria del *Gesamtakt* si deve ad O. VON GIERKE, nella sua opera *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887, p. 133, attraverso la quale il grande giurista tedesco delineò una differenza sostanziale tra le manifestazioni individuali di volontà che si incontravano nell’accordo da posizioni contrapposte e quelle che, in materia di atti costitutivi delle corporazioni e fondazioni, pur incontrandosi in un accordo, si configuravano in modo parallelo, elaborando la categoria dell’*einseitiger Gesamtakt*. Sulla proposta interpretativa di Otto von Gierke, si veda P. LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis*, Tübingen, 1994, pp. 19-21. Sull’importanza della critica di Gierke all’eccessivo liberalismo ed individualismo del *Entwurf* del BGB, si veda T. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Tübingen, 2001.

<sup>45</sup> R. CARDILLI, *Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用*, in M. PAPA, G. M. PICCINELLI, D. SCOLART (a cura di), *Il libro e la bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Roma, 2011, 153 ss., in particolare pp. 156-161. Anche su questi aspetti, *infra* cap. III.

<sup>46</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>3</sup>, cit., p. 9.

<sup>47</sup> In S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>3</sup>, cit., p. 10 è spiegato che si debba riconoscere come al giorno d’oggi non vi sia alcuno che possa rinominare la *Legge sui contratti* da “*hetongfa*” a “*qiyuefa*” poiché le persone, per la forza delle abitudini, hanno accettato il termine *hetong*.

<sup>48</sup> Si veda ad esempio F. PU, *Falü cidian* (法律辞典), Shanghai, 2009, p. 122.

<sup>49</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu* (II), cit., p. 660.

<sup>50</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu* (II), cit., pp. 650-651.

Nello *Shuowen Jiezi* si legge che 同 (*tong*, termine che ancora oggi significa stesso, identico, medesimo)<sup>51</sup> “合會也。从冂<sup>52</sup>从口<sup>53</sup>”<sup>54</sup> e quindi possiamo dedurre che indicasse, nella sostanza, un riunire insieme, un’unione, un incontro, un’idea di comune, un associarsi.

Il carattere 合, *he*, si collega a 會, semplificato 会, *hui*, che ancora oggi significa mettere insieme, assemblare, incontrarsi, associarsi<sup>55</sup>. Per 合 (*he*, che oggi significa unire insieme, comune come opposto di diviso, intero)<sup>56</sup>, invece, troviamo nello *Shuowen Jiezi* “△口也”<sup>57</sup>: 口 *kou*, è la bocca<sup>58</sup>, mentre △, *ji*, il raccogliere, mettere insieme; nello *Shuowen Jiezi* ritroviamo anche la seguente definizione in riferimento proprio al carattere *ji* di cui si discute: “三合也。从入、一，象三合之形。凡△之屬皆从△。讀若集。”<sup>59</sup>.

Seppur impiegando tutta la prudenza del caso, date le difficoltà che si presentano nella ricostruzione, con *hetong* veniva dunque dato maggior rilievo alla coincidenza delle ‘porzioni’ del supporto materiale sul quale era scritto il contratto<sup>60</sup>, ma anche alla comunanza di intenti, all’unirsi, al mettersi insieme, all’associarsi.

Degli studiosi cinesi, comunque, sottolineano come già in fonti dell’epoca degli Zhou occidentali, ricorra *hetong* e come questo sia poi giunto ad indicare sia il contratto scritto nel suo insieme, sia, contestualmente, l’eguaglianza delle ‘porzioni’ materiali del documento in cui era diviso il *qiyue* consegnate a ciascuna parte<sup>61</sup>.

Spiega la stessa dottrina come, a causa dell’arretratezza sotto il profilo scientifico e tecnologico nei tempi più risaltanti vi sia stata una particolare rigidità per quanto riguardava i requisiti volti a fornire delle prove del

<sup>51</sup> S. LÜ *et al.*, s. v. 同 (*Tong*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>52</sup> Si legge nello *Shuowen Jiezi* “重覆也。从冂、一。凡冂之屬皆从冂。讀若艸莓莓。” e dunque emerge il significato del “ripetere”, S. XU, s. v. 冂 (*Mao*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, III, cit.

<sup>53</sup> 口 (*Kou*) è la bocca, si veda S. LÜ *et al.*, s. v. 口 (*Kou*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>54</sup> S. XU, s. v. 同 (*Tong*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, III, cit.

<sup>55</sup> S. LÜ *et al.*, s. v. 会 (*Hui*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>56</sup> S. LÜ *et al.*, s. v. 合 (*He*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>57</sup> S. XU, s. v. 合 (*He*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, II, cit.

<sup>58</sup> Si veda nelle note precedenti.

<sup>59</sup> S. XU, s. v. △ (*Ji*), in *Shuowen Jiezi*, e quanto al riguardo richiamato in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, II, cit.

<sup>60</sup> Su cui *infra* cap. IX.

<sup>61</sup> Si veda S. WANG, *Qiyue yu hetong* (契约与合同), in Q. HE *et al.* (a cura di), *Falü Mingci de Qiyuan* (法律名词的起源), II, Beijing, 2009, p. 616 ove sono richiamate fonti da in cui in effetti sembra che il termine sia appunto impiegato con riferimento alla identità delle porzioni.

negozio posto in essere; dopo che si iniziò ad utilizzare supporti cartacei in Cina (intorno al II secolo d. C.)<sup>62</sup>, i *qiyue* vennero ad essere redatti per iscritto sulla carta e, su ciascuna delle 'porzioni' materiali del documento che veniva diviso e che restavano a ciascuna delle parti, doveva comparire la metà del carattere *tong* (同) cosicché, in caso di future controversie, si sarebbe potuto valutare l'autenticità di quanto affermato in base alla 'porzione' di *qiyue* in possesso della parte, che appunto era volta ad assolvere a finalità probatorie e di autenticità<sup>63</sup>. Successivamente, allo stesso fine, sembra si sia passati ad utilizzare *hetong* piuttosto che non soltanto *tong*<sup>64</sup>.

Il significato e l'impiego del termine assumono così, successivamente, non più soltanto il significato simbolico (quali parti materiali di uno stesso *qiyue*) dell'accordo concluso, ma più specificamente di un 'tipo di *qiyue*', redatto in forma scritta<sup>65</sup>. *Qiyue* dovrebbe aver così quindi acquisito un significato più generale, ed un significato più specifico<sup>66</sup>.

Dall'epoca Qing il termine è (come si accennava) impiegato per designare tipi diversi di *qiyue*, tra cui quelli della gestione comune di patrimoni, la transazione e la società<sup>67</sup>. Sul finire della dinastia Qing, quando sorse la necessità di tradurre il termine tecnico di 'contratto' delle diverse lingue europee, tenendo ferma la necessità del consenso, *qiyue* fu il termine prescelto, venendo ad indicare i negozi in cui alla manifestazione di volontà facevano seguito obbligazioni delle parti di natura corrispettiva, come ad esempio nella compravendita, mentre con *hetong* si preferì tradurre i casi in cui alla manifestazione di volontà delle parti faceva seguito la nascita di obbligazioni che erano rivolte verso la stessa direzione venendo dunque questi ad evocare la struttura degli 'atti collettivi'<sup>68</sup>, ossia, appunto, il "*Gesamtakt*"<sup>69</sup>. Questa proposta di interpretazione per spiegare il differente orientamento prescelto in sede di traduzione dei termini che nelle diverse lingue straniere indicavano il contratto, trova diverse adesioni in dottrina<sup>70</sup>.

<sup>62</sup> Si veda ad esempio s. v. *Carta*, in P. LECALDANO, A. SOLMI (dir.), *Rizzoli Larousse Enciclopedia Universale*, vol. III, Milano, 1967, p. 467.

<sup>63</sup> S. WANG, *Qiyue yu hetong*, cit., p. 616.

<sup>64</sup> S. WANG, *Qiyue yu hetong*, cit., p. 616.

<sup>65</sup> S. WANG, *Qiyue yu hetong*, cit., p. 617; circa il fatto che con questo non fosse possibile designare contratti conclusi in forma orale, si veda anche J. YU, "*Qiyue*" yu "*hetong*" zhi bian - yi Qingdai qiyue wenshu wei chufa dian ( "契" 与 "合同" 之辨——以清代契约文书为出发点), in *Zhongguo shehui kexue* (中国社会科学), 6/2003.

<sup>66</sup> *Infra*, cap. IX.

<sup>67</sup> S. WANG, *Qiyue yu hetong*, cit., p. 617.

<sup>68</sup> S. WANG, *Qiyue yu hetong*, cit., p. 617-619.

<sup>69</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>3</sup>, cit., p. 9.

<sup>70</sup> Si veda ad esempio, anche S. SHI, *Minfa zonglun* (民法总论), Beijing, 2000, pp. 310-312.

In ogni caso, come già segnalato, e come si vedrà meglio da quanto sarà spiegato più avanti, a seguito di scelte terminologiche assunte negli anni '50 del XX secolo, ad oggi il termine *hetong* sembra aver invaso il contenuto proprio del significato, più generale, tradizionalmente riservato piuttosto al termine *qiyue*, ossia quello più ampio di 'contratto'. Per poter, tuttavia, riuscire a cogliere bene quale sia la configurazione che questo ha attualmente nel diritto e nella scienza giuridica cinese è importante andare a ripercorrere le vicende che hanno toccato la materia del diritto dei contratti a partire dal tempo della 'modernizzazione' del periodo tardo Qing, sino al tempo in cui è ora svolta l'elaborazione del nuovo *Codice civile*.

### 3. Considerazioni di sintesi

Nel diritto dell'antichità cinese, non erano state elaborate in modo scientifico partizioni come quelle tra diritto pubblico e privato, tra diritto penale e civile, ma il diritto era colto nella sua dimensione dinamica all'interno della dialettica tra *fa* (con maggiore connotazione pubblicistica ed in particolare penalistica) e *li* (prevalentemente collegato, invece, alla sfera prima sacrale e rituale e poi divenuto insieme di regole di comportamento con natura che potrebbe definirsi consuetudinaria e, comunque, ancora fortemente ancorate ad una connotazione morale). *Fa* e *li* erano, da un lato, separati, ma dall'altro andavano (in particolare per quanto riguarda il *li* rispetto al *fa*) ad influenzarsi. Proprio la materia del diritto dei contratti, così come la più parte di quello che secondo le nostre categorizzazioni sarebbe il diritto privato, è in prevalenza rientrante nell'ambito del *li*.

Il termine maggiormente impiegato per designare il 'contratto' nel diritto cinese dell'antichità era *qiyue*. Il termine *hetong*, che nel XX secolo ha finito per sostituirsi a *qiyue* in tale funzione, comunque esisteva e semanticamente, rispetto a *qiyue*, sembra che andasse ad esprimere un'idea maggiormente collegata alla 'eguaglianza' delle porzioni del documento ed alla 'comunanza di intenti' così come degli obiettivi delle parti. Questo veniva, come visto, quantomeno da epoca Qing, impiegato per designare tipi specifici di *qiyue*, come quelli per la gestione comune di patrimoni, la transazione, la società. Con la registrazione in lingua cinese delle nozioni 'occidentali' del contratto, nel periodo tardo Qing proprio il termine *qiyue* risulta ancora impiegato, per rendere il *Vertrag*, mentre, *hetong* è utilizzato preferibilmente per rendere quello che nella dottrina tedesca di fine Ottocento è stato qualificato il *Gesamtakt*. Il passaggio all'impiego di *hetong* in senso generale per esprimere il 'contratto' è, come si vedrà più avanti, il frutto dell'intreccio di una serie di fattori, i quali, sia in chiave ideologica

in base alla carica semantica di quest'ultimo termine, sia in prospettiva dogmatica in base al ruolo che il contratto è venuto da un certo periodo ad assumere, sono stati essenziali anche per tale esito linguistico.



## CAPITOLO II

# DAI MODELLI DELL'ANTICHITÀ ALLA RECEZIONE DEI MODELLI DELLA TRADIZIONE ROMANISTICA

SOMMARIO: 1. Il Progetto della dinastia *Qing*: avvio dell'allontanamento dai modelli dell'antichità e recezione dei modelli della tradizione romanistica. – 1.1. I primi contatti con i modelli 'occidentali'. – 1.2. I giuristi e la recezione dei modelli della tradizione romanistica. – 1.3. Il contratto nel Progetto di Codice civile della dinastia *Qing* del 1911. – 2. Il Progetto di Codice civile del 1926. – 3. Il Codice civile del 1931. – 3.1. Le caratteristiche del Codice civile del 1931. – 3.2. Il contratto nel Codice civile del 1931 (profili sistematici e dogmatici). – 4. Considerazioni di sintesi circa la 'prima stagione' di dialogo tra tradizione romanistica e diritto cinese.

### 1. *Il Progetto della dinastia Qing: avvio dell'allontanamento dai modelli dell'antichità e recezione dei modelli della tradizione romanistica*

#### 1.1. *I primi contatti con i modelli 'occidentali'*

Negli ultimi decenni sono stati evidenziati i contatti, più o meno diretti, tra l'Impero Romano e la Cina<sup>1</sup> attraverso la rete di vie di comuni-

---

<sup>1</sup>Basti pensare che già nel I secolo d. C., al tempo di Tiberio, un senatoconsulto vietava agli uomini di vestire indumenti di seta (si veda Tac., *Ann.* 2,33 e sul punto anche S. SCHIPANI, s. v. *Diritto Romano in Cina*, in *Treccani XXI secolo*, Roma, 2009, p. 527); al fatto che Seneca ne sottolineava l'eccessiva trasparenza (si veda Sen., *De benef.* 7,9,5 e su cui ancora S. SCHIPANI, s. v. *Diritto Romano in Cina*, cit., p. 527); al fatto che negli Annali degli Han posteriori veniva menzionata e descritta 大秦 (*Daqin*), ossia Roma (si veda lo *Houhanshu* (后汉书) attribuito allo storico FAN YE nella parte sulla trattazione delle regioni occidentali (西域传), ovvero, ancora nel capitolo interamente dedicato a Roma ed a questa, appunto, intitolato (大秦传). Si vedano Y. LIN, *Gongyuan yi dao wu shiji Zhongguo wenxian zhong guanyu Luoma diguo de chuanwen. Yi "Houhan shu Daqin chuan" wei zhongxin de kaocha* (公元 1 到 5 世纪中国文献中关于罗马帝国的传闻——以《后汉书·大秦传》为中心的考察), in *Gudai wenming* (古代文明), 3/2009, pp. 54 ss. e P. LIU, *L'Impero romano e i suoi contatti con la Cina nello Houhanshu*, in R. CARDILLI, L. FORMICHELLA, S. PORCELLI, Y. STOEVA (a cura di), *Chang'an e Roma. Eurasia e Via della seta. Diritto,*

cazione commerciale tra il Mediterraneo e l'estremo oriente<sup>2</sup>, a cui il barone Ferdinand von Richthofen diede la fortunata designazione di "Seidenstraße"<sup>3</sup>, con possibili ricadute anche sul piano culturale dello scambio di idee e concezioni<sup>4</sup>.

Sebbene tali rapporti, nel corso del tempo, pur se con fasi alterne, siano andati ad intensificarsi, contribuendo altresì ad uno scambio sempre maggiore di informazioni anche per quanto concerne la materia giuridica<sup>5</sup>, il

---

*società, economia, Atti del II e III Seminario internazionale Chang'an e Roma (Xi'an, 2 giugno 2015 e Roma, 11-13 settembre 2017)*, Milano, 2019, pp. 103 ss.); alla cd. Mummia di Grottarossa, che indossava abiti di seta, ambra della zona del Mar Baltico e pietre preziose dell'Asia centrale (su cui P. BORBA CASELLA, *BRICS – Prospettiva post-moderna di cooperazione internazionale*, in R. CARDILLI, S. PORCELLI (a cura di), *Aspetti giuridici del BRICS – Legal Aspects of BRICS (Roma, 6-8 maggio 2013)*, Padova, 2015, p. 15).

<sup>2</sup>Y. YÜ, *Trade and expansion in Han China: a study in the structure of Sino-barbarian economic relations*, Berkeley-Los Angeles, 1967, pp. 90-91; R. ADINOLFI, *I rapporti tra l'impero Romano e la Cina antica*, Napoli, 1977; ID., *Soldati di Crasso in Cina e mercanti campani in Mongolia India e Ceylon*, in *Bollettino flegreo*, 8/1999, pp. 42 ss.; J. FERGUSON, *China and Rome*, in *ANRW*, II, 9.2, Berlin-New York, 1978, pp. 581 ss.; U. MANTHE (recensione a), *Raffaele Adinolfi, I rapporti tra l'impero Romano e la Cina antica*, in *Gnomon*, 53/1981, pp. 291 ss.; M.G. RASCHKE, *New studies in Roman commerce with the East*, in *ANRW*, II, 9.2, Berlin-New York, 1978, pp. 604 ss.

<sup>3</sup>Al riguardo si veda la ricostruzione proposta in D.C. WAUGH, *Richthofen's "Silk Roads": Toward the Archaeology of a Concept*, in *The Silk Road*, 5/2007, pp. 1 ss. In generale circa la rete di vie di comunicazione che da millenni collegano un capo all'altro dell'Eurasia, può altresì pensarsi alla possibilità che dei legionari di Crasso, divenuti prigionieri dai Parti dopo la sconfitta del 53 a. C. a Carre fossero successivamente stati, a seguito di una serie di avvenimenti, impiegati dagli Han nei territori occidentali dell'Impero al fine di respingere gli Xiongnu (con buona probabilità gli antenati degli Unni, si veda, al riguardo H. KIM, *The Huns*, London, 2015) e che come ricompensa per il contributo prestatogli venne concesso di fondare una città, *Lijian/Liqian* (驪靛), che si ipotizza sia sorta nel luogo dell'attuale distretto Yongchang della città di Jinchang nella provincia cinese del Gansu. Sulla questione di *Lijian/Liqian* per lo stato della ricerca in ambito storico e giuridico svolta congiuntamente da studiosi europei ed asiatici, si veda P. CATALANO, S. PORCELLI, «*Chang'an e Roma: l'incontro delle due culture*». *Liqian – Xi'an 2013. Risultati operativi 2013*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 36/2015, pp. 151 ss. ed in R. CARDILLI, L. FORMICHELLA, S. PORCELLI, Y. STOEVA (a cura di), *Chang'an e Roma. Eurasia e Via della seta. Diritto, società, economia*, cit. così come gli altri contributi rilevanti per l'argomento presenti in quest'ultimo volume. In particolare per la rappresentazione del problema storico e giuridico posto da *Lijian* si veda R. CARDILLI, *Lijian/Liqian. Una città romana in Cina. Il problema giuridico del rapporto tra Impero e Città*, in R. CARDILLI, L. FORMICHELLA, S. PORCELLI, Y. STOEVA (a cura di), *Chang'an e Roma. Eurasia e Via della seta*, cit., pp. 46-59 e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>4</sup>Come sottolineato da Romila Thapar, con riferimento al rapporto tra mondo greco-romano e India, ma con argomenti validi anche per la Cina, l'"exchange of merchandise led inevitably to an exchange of ideas"; R. THAPAR, *Early India: From the Origins to AD 1300*, Oakland, 2004, p. 253. Per quanto riguarda una proposta di estensione di tale assunto si veda P. BORBA CASELLA, *BRICS – Prospettiva post-moderna di cooperazione internazionale*, cit., p. 15.

<sup>5</sup>Si veda quanto in J. WANG, *Goutong Liangge Shijie de Falü Yiyi* (沟通两个世界的法律意义), Beijing, 2001, con riferimento alle informazioni date, in senso lato, circa il diritto cine-

momento storico nel quale i profondi mutamenti della società cinese e del suo diritto si incontrarono in modo significativo con i contenuti della tradizione romanistica deve farsi risalire all'ultimo periodo di governo della dinastia Qing (fine XIX-inizio XX secolo). A seguito delle cd. guerre dell'oppio, infatti, prese avvio una stagione piuttosto problematica sia per la dinastia Qing al potere che per la Cina in generale: il Paese che nel corso dei millenni aveva esercitato una grande influenza, anche culturale, in Asia venne a trovarsi, alla stregua di altri Paesi tra cui il Giappone, soggetto alle imposizioni delle 'potenze europee' e degli Stati Uniti d'America per quanto riguarda il sistema delle concessioni e dei tribunali misti/consolari che giudicavano secondo il diritto straniero<sup>6</sup>. In tale contesto, quantomeno a partire dagli anni '60 del XIX secolo, la conoscenza del diritto internazionale 'occidentale' divenne necessaria e, con questa, iniziò a fare ingresso la scienza giuridica 'occidentale'<sup>7</sup>. Aspetto fondamentale da tenere in considerazione per comprendere la complessità di tale incontro tra la concezione cinese del diritto e quella invece 'occidentale', è dato dalla incomunicabilità terminologica connessa a parole che potessero in qualche modo rappresentare un ponte di dialogo comune tra le due differenti prospettive. In tale situazione si impose, quindi, in primo luogo, un grande sforzo di creazione di neologismi<sup>8</sup>. Tuttavia, in una prima fase, la conoscenza della scienza giuridica straniera non venne a diffondersi né in modo rapido, né sistematico, a causa di quella che era nel complesso la situazione in Cina al tempo. In un primo momento si cercò, infatti, di prendere tempo, non venendo riservata una grande attenzione al diritto straniero, se non per quanto riguardava il diritto internazionale. Ciò era probabilmente legato al fatto che per poter meglio definire i 'rapporti con l'estero', in conseguenza dei cd. trattati ineguali che la Cina aveva subito dalle grandi potenze europee e dagli Stati Uniti d'America, gli alti funzionari imperiali sentirono il bisogno di conoscere meglio il diritto internazionale. All'inizio degli anni '60 del XIX secolo venne istituito il 总理各国事务衙门 (*Zongli Geguo Shiwu Yamen*), con funzioni di 'ministero degli esteri'<sup>9</sup> e già nell'estate del 1862 presso lo stesso fu fondato il 京师同文馆 (*Jingshi Tongwenguan*), prima scuola di lingua del governo cinese volta a formare giovani alla traduzione<sup>10</sup>. Grazie all'istitu-

---

se, in sintesi nelle pp. 13 e 14, mentre, con riferimento alle informazioni sul diritto europeo date in Cina, ad esempio sul neologismo *leyisi* (勒义斯) per rendere il latino *leges* che si trova nello *Xixue fan* di Giulio Aleni (G. ALENI, *Xixue fan* (西學凡), Fuzhou, 1623), pp. 21-30 ed in particolare per il riferimento all'impiego di 勒义斯, si veda p. 27.

<sup>6</sup> S. SCHIPANI, s. v. *Diritto Romano in Cina*, cit., pp. 289 ss.

<sup>7</sup> J. WANG, *Goutong Liangge Shijie de Falü Yiyi*, cit., p. 139.

<sup>8</sup> Al riguardo anche quanto osservato *infra* cap. III e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>9</sup> Si veda F. MASINI, *The Formation of the Modern Chinese Lexicon*, cit., p. 41.

<sup>10</sup> Si veda J. WANG, *Goutong Liangge Shijie de Falü Yiyi*, cit., p. 140; G. AJANI, B. PASA, *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, Torino, 2013, pp. 574-576.

zione del *Tongwenguan* vennero realizzate le prime traduzioni di libri giuridici e fu attivato anche l'insegnamento del diritto internazionale.

In questa fase, le opere di traduzione di testi giuridici (con il necessario sforzo di creazione di neologismi) furono relativamente poche e non vennero, inoltre, svolte da giuristi, facendo sì che, in un primo momento, queste ebbero un impatto abbastanza limitato sulla società cinese in cui non prese, appunto, ancora avvio un vero studio sistematico del diritto<sup>11</sup>. Ad esempio, nell'ambito del menzionato *Tongwenguan*, il missionario americano William Alexander Parsons Martin (originariamente incaricato dell'insegnamento della lingua inglese) iniziò ad insegnare anche diritto internazionale<sup>12</sup> e guidò la traduzione del libro *Elements of International Law* di Henry Wheaton che venne pubblicato nel 1864 con il titolo di *Wanguo Gongfa* (万国公法)<sup>13</sup>.

La scarsità di iniziative tese non soltanto a realizzare prime traduzioni di opere in lingua straniera, ma anche a orientare sul piano della formazione giuridica le nuove generazioni di studenti cinesi, ebbe una importante ricaduta anche per il diritto civile, ambito nel quale è possibile menzionare ad esempio il tentativo nel 1880 di tradurre in cinese il *Code Napoléon*, svolto sotto la guida del chimico francese Anatole Adrien Billequin nel progetto di traduzione dei cd. "sei codici"<sup>14</sup>.

Storicamente, va rilevato che, in questa fase, il potere imperiale, pur in un contesto internazionale di difficoltà – come sopra detto – sembra all'interno del Paese rafforzarsi, senza l'attuazione di riforme politiche. Ciò emerge con evidenza nella scelta probabilmente ben consapevole di non tradurre, tra i menzionati testi legislativi francesi, la Costituzione al fine di evitare che si diffondessero idee troppo 'distanti' rispetto alla struttura e

<sup>11</sup> Per approfondimenti sul tema si veda l'analisi svolta in S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica*, cit., pp. 259-269 e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>12</sup> Q. HE, *Zhongguo Faxue Shi* (中国法学史), III, Beijing, 2006, p. 47.

<sup>13</sup> W.A.P. MARTIN (traduzione a cura di), *Wanguo gongfa* (萬國公法), Beijing, 1864; H. WHEATON, *Elements of International Law*, Boston, 1855, su cui, ad es. J. WANG, *Goutong Liangge Shijie de Falü Yiyi*, cit., pp. 149 ss.

<sup>14</sup> Lo stesso Li Guilian sottolinea come il livello di conoscenza della lingua cinese di Billequin non era molto elevato e ciò, associato ad altre ragioni (tra cui quella per cui appunto la traduzione non venne svolta da esperti di diritto), porta anche l'Autore a riconoscere come il livello della stessa non fu molto alto, cfr. G. LI, "Faguo Minfadian" de san ge zhongwen yiben (《法国民法典》的三个中文译本), in *Bijiaofa yanjiu* (比较法研究), 1993, p. 88. Si vedano, infatti, al riguardo, le differenze tra la menzionata traduzione del *Code Napoléon* svolta nel 1880 sempre nell'ambito del *Tongwenguan* sotto la guida di Billequin (A.A. BILLEQUIN, *Faguo lili* (法國律例), Beijing, 1880) e quella che ha visto la luce circa un trentennio dopo nell'ambito del *Falüguan* (法律館), la *Falanxi minfa zhengwen* (L. CHEN, *Falanxi minfa zhengwen* (法兰西民法正文), Beijing, 1909, su cui anche J. WANG, "Faguo minfadian" de di yi wei Zhongguo yi zhe (《法国民法典》的第一位中国译者), in *Faxue* (法学), 2001) che, in linea con i nuovi tempi, venne svolta da giuristi. Al riguardo si veda quanto in S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica*, cit., pp. 264 ss. ed in particolare, per la prospettiva qui adottata, pp. 266-267.

alle forme, per così dire, costituzionali dell'Impero Qing, limitando l'attività di traduzione ai soli codici civile, di commercio, di procedura civile, penale e di procedura penale, con in aggiunta, al posto della Costituzione, il *Code forestier*<sup>15</sup>. La lentezza del piano delle riforme invocate dalle potenze straniere andò ad indebolire ulteriormente la Cina nello scenario internazionale, evidenziandosi sempre di più l'inadeguatezza del suo modello economico di stampo feudale e la sua struttura politico-costituzionale in chiave imperiale<sup>16</sup>.

Il Giappone, invece, con l'ingresso nell'era della restaurazione Meiji si era prontamente imbarcato in un vasto programma di riforme<sup>17</sup> e, nel periodo a cavallo tra la fine dell'800 e gli inizi del '900, diventò un punto di riferimento ed un modello per le riforme che la Cina dovette successivamente porre in essere<sup>18</sup>.

## 1.2. I giuristi e la recezione dei modelli della tradizione romanistica

Sul finire del 清末(*Qingmo*), negli ultimissimi anni del XIX secolo ed a partire, in particolare, dai primi anni del XX secolo, a seguito di ulteriori eventi politici sia interni che internazionali, la Cina si trovò costretta a mutare orientamento, aprendosi ed avviando un processo di accelerazione nella 'modernizzazione'<sup>19</sup>. Ciò, a distanza di tempo, determinò un allontanamento dai modelli e dai contenuti giuridici dell'antichità ed un avvicinamento a quelli della tradizione romanistica. Tale importante obiettivo della prima modernizzazione venne perseguito attraverso il contributo fondamentale di due politiche interagenti: da un lato con l'invio di giovani studenti cinesi all'estero al fine della loro formazione sui diritti stranieri; d'altro lato, invitando in Cina numerosi esperti stranieri di diritto. Dal punto di vista istituzionale, tali politiche vennero accompagnate dalla fondazione delle prime università moderne e prese altresì avvio una piuttosto rilevante pubblicazione sia di materiali giuridici stranieri tradotti in cinese, sia di libri giuridici cinesi.

La ricerca giuridica si orientò sulle ragioni del 'successo' dei Paesi stranieri ed anche di Paesi vicini alla Cina, come il Giappone dopo il pro-

---

<sup>15</sup> Si veda sull'argomento anche J. WANG, *Goutong Liangge Shijie de Falü Yiyi*, cit., p. 199.

<sup>16</sup> Sul punto, ad esempio, A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi*, cit., p. 124.

<sup>17</sup> Si veda F. MASINI, *The Formation of the Modern Chinese Lexicon*, cit., p. 91.

<sup>18</sup> Si veda ad esempio G. LI, *Jindai Zhongguo falü de biange yu Riben yingxiang* (近代中国法律的变革与日本影响), in *Bijiaofa Yanjiu* (比较法研究), 1994 ed in generale quanto in S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica*, cit., pp. 278 ss.

<sup>19</sup> Circa gli eventi che hanno dato la spinta definitiva verso tale mutamento di direzione della Cina, si veda l'efficace sintesi svolta in G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, Torino, 2007, pp. 171-172.

cesso di modernizzazione realizzato, il che determinò l'approfondimento da parte dei primi giuristi cinesi del sistema giuridico-istituzionale di quei Paesi, di cui il diritto romano era la base<sup>20</sup>. È proprio in questa fase che nasce l'interesse cinese per lo studio del diritto romano e di alcune sue caratteristiche che hanno poi condizionato gli ordinamenti ispirati dallo stesso, come l'importanza del ruolo del giurista, con un metodo caratterizzato dalla dimensione scientifica del diritto o come la codificazione del diritto quale modello della tradizione giuridica straniera fin dai Codici giustiniani<sup>21</sup>.

Una tale nuova sensibilità rispetto ad una tradizione giuridica altra rispetto a quella del diritto cinese dell'antichità innesterà alcune delle riforme che andarono a scuotere il sistema cinese dalle proprie fondamenta, gettando le basi per la traiettoria che sarà poi mantenuta in futuro, fino ai nostri giorni, e di cui il nuovo *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese* rappresenta la più recente manifestazione.

Una delle scelte più significative di quegli anni, è la decisione di abbandonare il 诸法合体 (*zhufa hetu*), dimensione tipica del diritto cinese dell'antichità ed accogliere, al suo posto, il 诸法分立 (*zhufa fenli*), che separa la sfera del diritto privato da quella del diritto pubblico e quant'altro. Proprio quest'ultima scelta, viene considerata dagli storici del diritto cinese come una prima e concreta 'recezione' del diritto 'continentale' – e dunque della tradizione romanistica – in Cina<sup>22</sup>.

Assume altresì rilievo, in tale contesto storico di particolare importanza, l'avvio nel 1906 dell'elaborazione di un *Progetto di Codice civile Qing*, la cui bozza definitiva è del 1911 (*Da Qing Minlü Cao'an*; 大清民律草案)<sup>23</sup>. In questa si può assistere all'ingresso in Cina, anche a livello legislativo, del modello romanistico di codice con una 'parte generale'<sup>24</sup>, e con parti speciali relative alle obbligazioni e ai diritti reali, con una chiara ispirazione al modello sistematico e concettuale della Scuola Pandettistica, tenendo però conto della mediazione nell'interpretazione e nell'adattamento di

<sup>20</sup> Si veda quanto in S. SCHIPANI, *s. v. Diritto Romano in Cina*, cit., p. 530.

<sup>21</sup> Si vedano ad esempio i rilievi svolti da S. SCHIPANI, *s. v. Diritto romano in Cina*, cit., p. 535 ove è messo in luce come la cultura giuridica cinese sia venuta poi a mostrarsi "consapevole dei delicati meccanismi del nostro sistema giuridico di diritto codificato e, cioè: della complementarità esistente fra i codici e un ceto specializzato di giuristi che li produce e poi li interpreta e quotidianamente li migliora; del ruolo del *principium* come *potissima pars* del sistema; del pluralismo, anche linguistico, a cui il sistema è aperto nel dialogo con tale *principium*".

<sup>22</sup> Circa le due diverse prospettive, si veda J. ZHANG (a cura di), *Zhongguo Fazhi Shi*, cit., p. 315.

<sup>23</sup> Si veda J. ZHANG (a cura di), *Zhongguo Fazhi Shi*, cit., pp. 315 ss.

<sup>24</sup> Come osservato, la parte generale del codice civile "si può considerare l'estremo punto dello sviluppo, realizzato dalla pandettistica, del metodo dei giuristi romani che costituiscono il diritto in sistema", così S. SCHIPANI, *s. v. Diritto Romano in Cina*, cit., p. 531.

quei contenuti nel diritto giapponese ed (ovviamente) anche delle tradizioni cinesi<sup>25</sup>.

Il mutamento di paradigma in atto è accompagnato anche dal processo di elaborazione di una *Costituzione* formale, che può ritenersi forse un ulteriore, chiaro, segnale dello stesso<sup>26</sup>.

Questo processo di 'modernizzazione' del diritto è stato a sua volta interessato da una disputa, esplosa in occasione di alcune scelte da compiere con riferimento al diritto penale, ma propagatasi poi anche alle altre partizioni del diritto interessate dal processo di codificazione.

Il dibattito (noto come la 礼法之争; *lifa zhi zheng*), che può considerarsi l'indubbio segnale di una nascente maggiore scientificità degli studi giuridici in Cina, vide contrapposte la scuola del *li* (la 礼教派; *lijiao pai*) e quella del *fa* (la 法治派; *fazhi pai* o 法理派; *fali pai*). La seconda, guidata da Shen Jiaben (沈家本) e Wu Tingfang (伍廷芳), era orientata verso un processo di riforme maggiormente ispirato ai modelli stranieri ed in particolare alla tradizione romanistica. La prima, invece, con al vertice Zhang Zhidong (张之洞) e Lao Naixuan (劳乃宣), era orientata per delle riforme che tenessero in maggior conto il diritto cinese tradizionale<sup>27</sup>, espressione comunque di una struttura della società e del relativo diritto ancora fortemente radicata nella Cina dell'epoca.

Nel *Progetto di Codice civile* realizzato al tempo può ancora notarsi, per quanto riguarda taluni aspetti, l'eco delle diverse posizioni del dibattito ricordato e, fermo restando il fondamentale ruolo di Shen Jiaben<sup>28</sup>, sono individuabili due direttrici principali: per quanto riguarda la parte generale, i diritti reali e le obbligazioni si è seguito maggiormente il modello della tradizione romanistica, con anche l'importante contributo del giurista giapponese Matsuoka Yoshimasa (松冈义正)<sup>29</sup>; nella redazione dei libri sul

<sup>25</sup> Si veda, ad esempio, X. MENG, 'Da Qing minlü cao'an' fayuan bianxi (《大清民律草案》法源辨析), in *Qingshi yanjiu* (清史研究), 4/2010, p. 105. L'espressione 以日为师 (*Yi Ri wei shi*) è impiegata, con riferimento al ruolo di 'guida' svolto dal Giappone in questa fase tardo Qing, in X. ZHAO, *Dangdai Zhongguo de fadianhua yu fadian guan. Laizi lishi faxue de jiaoyi* (当代中国的法典化与法典观——来自历史法学的教益), in *Fazhi yu shehui* (法制与社会), 3/2016, p. 12.

<sup>26</sup> Si consideri quanto a cui si è accennato circa la traduzione dei "sei codici" ove, invece di tradurre la *Costituzione* francese si scelse di tradurre il *Code forestier*. Per quanto riguarda, invece, le questioni relative all'elaborazione della costituzione in tarda età Qing si veda G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., pp. 173-175.

<sup>27</sup> Q. HE, *Zhongguo faxue shi*, III, cit., p. 39; M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo fazhi shi*, cit., pp. 341-343; H. HU, *Qingmo "Lifa zhi zheng" de yuanyin ji jieju xinlun* (清末“礼法之争”的原因及结局新论), in *Wenjiao ziliao* (文教资料), 2006, pp. 80-81.

<sup>28</sup> Sulla figura di Shen Jiaben, uno dei più influenti (se non forse il più influente) tra i giuristi del tempo, si veda Q. HE, *Zhongguo faxue shi*, III, cit., pp. 624-626 e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>29</sup> Sul contributo di Matsuoka Yoshimasa (松冈义正) nell'elaborazione di tali libri del

diritto di famiglia e delle successioni *mortis causa*, è invece riscontrabile anche una maggiore influenza del diritto tradizionale cinese, che veniva, come sottolineato, in particolare sostenuto dalla Scuola del *li*<sup>30</sup>, sebbene anche tale influenza si apra comunque in modo piuttosto marcato ad un dialogo con i modelli della tradizione romanistica<sup>31</sup>. Ciò non meraviglia, in quanto quelli della famiglia e delle successioni *mortis causa* sono ambiti di contenuto giuridico che affondano su strati molto profondi della cultura e della tradizione giuridica di una civiltà<sup>32</sup>.

Ulteriore aspetto che vale la pena sottolineare è la presenza di norme di diritto commerciale, infatti una netta distinzione tra diritto civile e commerciale non era, come tale, contemplata nell'antico diritto cinese, e ciò è venuto a segnare quello che può considerarsi un tratto distintivo anche della storia della codificazione in Cina dalla modernizzazione Qing di cui si discute e che permane anche nel nuovo *Codice civile*, che è stato già progettato come un codice unitario, per il diritto civile e commerciale<sup>33</sup>.

La *Da Qing Minlü Cao'an* constava di 1569 articoli suddivisi in 5 libri, nell'ordine: parte generale (che comprendeva un capitolo iniziale di norme ad applicazione generale riguardanti anche le fonti e dove era altresì presente, ad esempio, il richiamo al principio di buona fede), obbligazioni, diritti reali, famiglia, successioni. Tale *Progetto* non entrò mai in vigore a causa della caduta della dinastia Qing<sup>34</sup>, ma non mancò di esercitare, come si vedrà nelle prossime pagine, un'ampia influenza sul futuro del diritto cinese<sup>35</sup>.

---

Progetto Qing, si veda, ad esempio, L. YANG, *Zhongguo liang ci minlü cao'an de bianxiu ji qi lishi yiyi*: "Da Qing Minlü Cao'an Minguo Minlü Cao'an" dianjiao shuoming (中国两次民律草案的编修及其历史意义——《大清民律草案 国民律草案》点校说明), in L. YANG (a cura di), *Da Qing minlü cao'an – Min Guo minlü cao'an* (大清民律草案 – 国民律草案), Changchun, 2002, p. 6; sulla figura di Matsuoka Yoshimasa, si veda Q. HE, *Zhongguo faxue shi*, III, cit., pp. 723-724.

<sup>30</sup> Si veda, ancora, L. YANG, *Zhongguo liang ci minlü cao'an de bianxiu ji qi lishi yiyi*, cit., p. 6.

<sup>31</sup> Ad esempio, per quanto riguarda la materia delle successioni, si veda quanto osservato in S. PORCELLI, *Diritto delle successioni mortis causa in Cina*, cit., pp. 608-610.

<sup>32</sup> Sull'argomento cfr. R. CARDILLI, *Considerazioni romanistiche sulla resistenza dei termini di 'erede' e 'successione'*, in S. SCOLA, M. TESCARO (a cura di), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, I, Napoli, 2019, p. 30; S. PORCELLI, *Diritto delle successioni mortis causa in Cina*, cit., p. 608; S. PORCELLI, Y. ZHAI, *The Challenge for the Harmonization of Law*, in *Transition Studies Review*, 17/2010, p. 431 e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>33</sup> Si vedano, al riguardo, ad esempio gli autorevoli rilievi formulati ancora in fase di progettazione del nuovo *Codice* in X. SUN, *Woguo minfadian bianzuan zhong de ji ge wenti* (我国民法典编纂中的几个问题), in *Zhongguo Renda* (中国人大), 5/10/2016, p. 47.

<sup>34</sup> Per una sintesi delle ragioni per cui l'entrata in vigore ne venne successivamente esclusa si veda L. YANG, *Zhongguo liang ci minlü cao'an de bianxiu ji qi lishi yiyi*, cit., p. 7.

<sup>35</sup> Sul punto anche, ad esempio, A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi*, cit., p. 124.

### 1.3. Il contratto nel Progetto di Codice civile della dinastia Qing del 1911

Nel *Progetto* di codice civile della dinastia Qing è utilizzata una nozione di contratto in termini di *qiyue*, rispetto alla scelta del quale rivestiva proprio il peso fondamentale che esso aveva avuto nel diritto cinese dell'antichità (anche rispetto alle sue 'varianti', tra cui *hetong*)<sup>36</sup>. La nozione di contratto che venne adottata fu ispirata dai modelli delle codificazioni europee<sup>37</sup>, elaborata sul piano dogmatico andando oltre la mera forma.

Nel capitolo V del libro I del *Progetto* della dinastia Qing, intitolato significativamente "negoziio giuridico" (法律行为 – *falü xingwei*), si ha una prima sezione dedicata alla 'manifestazione di volontà' (意思表示 – *yisi biaoshi*) ed una seconda sezione dedicata al *qiyue* che, analogamente al *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) tedesco del 1900 e al *Codice civile* giapponese del 1898, si apriva con il regolare, nell'art. 201, profili attinenti alla vincolatività dell'offerta<sup>38</sup> e, dopo aver regolato i vari altri aspetti riguardanti la stessa, si concludeva con gli artt. 211 e 212 relativi al 'consenso' e alla 'forma'. Nel primo si stabiliva che qualora fosse stato raggiunto il consenso sugli elementi essenziali del contratto, si sarebbe presunto che questo fosse perfezionato anche se fosse mancato rispetto agli altri elementi non essenziali del contratto<sup>39</sup>; nel secondo si sanciva il ruolo rivestito dalla forma scritta ove impiegata, disponendo che, qualora il contratto fosse stato redatto dalle parti in forma scritta, per quanto avesse preceduto la redazione del documento, si presumeva che il contratto non fosse stato concluso<sup>40</sup>.

Il II libro è dedicato al 债权 – *zhai quan*, cioè all'ambito che possiamo indicare come relativo alle obbligazioni<sup>41</sup>. Al primo capitolo, dedicato a norme generali, faceva seguito un secondo capitolo dedicato ai *qiyue*, ove l'art. 503, posto in apertura, stabiliva che, salvo diversa previsione di legge, la costituzione, modificazione ed estinzione di un 'rapporto obbligatorio' tramite negozio giuridico avviene con il *qiyue* tra le parti stretta-

---

<sup>36</sup> Si veda quanto osservato nel capitolo precedente e quanto sarà altresì chiarito *infra* nel cap. IX.

<sup>37</sup> Definizioni e modelli del contratto che nei codici civili europei del XIX secolo sono fondati sulle reinterpretaioni delle fonti giustiniane svolte dalla scuola del giusnaturalismo (cfr. *infra* cap. VIII) e consolidatesi poi nella età delle "grandi rivoluzioni"; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999, pp. 31 ss. Si veda anche *infra* cap. VIII.

<sup>38</sup> Art. 201: 要约定有承诺期间者, 不得撤回。

<sup>39</sup> Art. 211: 契约之要素已为合意者, 其他事项虽不合意, 亦推定其契约成立。

<sup>40</sup> Art. 212: 契约当事人有作书件之约者, 于作书件前, 推定其契约不成立。

<sup>41</sup> Si vedano i chiarimenti circa la valenza semantica della terminologia impiegata offerti *infra* nei prossimi §§.

mente interessate<sup>42</sup>. Qui è individuabile una derivazione (probabilmente deviata anche dallo sguardo rivolto al modello giapponese) della disposizione contenuta nel § 311 del *BGB*<sup>43</sup>.

Ciò rappresenta già un indizio dell'influenza sul *Progetto* di codice civile cinese del 1911 della tradizione romano-germanica, ed in particolare dei contenuti della costruzione del sistema pandettistico, poi confluiti nel *Codice* tedesco del 1900.

Emergono anche influenze più profonde, connesse agli spostamenti sistematici di riorganizzazione dei contenuti di questa parte del *Progetto*, come ad esempio l'accoglimento della prospettiva, condizionata dalla centralità acquisita nella tradizione romanistica moderna fin dal giusnaturalismo, della manifestazione di volontà, con il conseguente spostamento della donazione dagli atti di liberalità quale modo di acquisto della proprietà (*Code civil* 1804: art. 894), alla sua inclusione nell'elenco dei singoli contratti tipici tra compravendita e locazione nel *BGB*<sup>44</sup>. Come pure nel *BGB*, anche nel *Progetto* di codice civile cinese emerge la problematicità di una tale scelta, che risulta fortemente condizionata dalla valorizzazione dell'elemento volontaristico, offuscando il rilievo della struttura di reciprocità. A riprova di tale influenza, possono richiamarsi le norme che differenziavano notevolmente il regime del contratto di donazione rispetto a quello degli altri contratti, come quelle: sulla revoca per ingratitudine; sulla previsione, all'art. 624 del *Progetto Qing*, di un'eccezione legata allo stato di bisogno del donante sul modello della *Einrede des Notbedarfs* disciplinata dal § 519 del *BGB*; sul regime più gravoso per il donante e favorevole al donatario nel caso in cui si fosse trattato di donazione modale, rispetto a quanto stabilito anche al § 526 del *BGB*; sulla risoluzione negli *双务契约* (*shuangwu qiyue*), che ricalca il riferimento ai *gegenseitigen Verträgen* contenuto nell'attuale § 527 rispetto a questioni di inadempimento del *modus* analoghe a quelle rinvenibili, appunto, nel § 527 del *BGB*<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Art. 503: 依法律行为而债务关系发生, 或其内容变更、消灭者, 若法令无特别规定, 须依利害关系人之契约。

<sup>43</sup> Il § 311 del *BGB* prevede che: *Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.*

<sup>44</sup> §§ 516 ss.

<sup>45</sup> L'art. 622 disponeva, nella sostanza, che qualora un soggetto avesse manifestato ad un altro la volontà di attribuirgli senza remunerazione beni appartenenti al proprio patrimonio e l'altro soggetto avesse accettato, la donazione avrebbe prodotto effetti (赠与, 因当事人之一造表示将自己财产以不索报酬而与相对人之意思, 其相时人允受之者, 发生效力。) Il successivo art. 623, al comma 1, richiedeva la forma scritta pena la revocabilità che non avrebbe comunque colpito la parte eventualmente già eseguita (赠与, 形用书据。赠与不依前项规定者, 各当事人得撤销之。但已履行之部分, 不在此限。) Era poi prevista, con disciplina che ancora riecheggia il *BGB*, la possibilità di svolgere delle donazioni modali (art. 629: 附有担负主赠

Tra le fonti delle obbligazioni erano disciplinati, anche, gli atti illeciti (capitolo VIII), l'arricchimento ingiustificato (capitolo VII)<sup>46</sup>, la gestione di affari altrui (capitolo VI)<sup>47</sup>, l'offerta al pubblico (capitolo V).

In ogni caso, anche dopo l'instaurazione della Repubblica Cinese nel 1912, le consuetudini ed il diritto risultante dalla pratica continuarono ad avere un ruolo fondamentale. Fu la Corte suprema che si sobbarcò del gravoso lavoro di realizzare la tenuta del sistema<sup>48</sup>, tentando di gestire il

---

与人, 若自己已为给付, 得向受赠人请求实行担负 [...] a cui era collegato un regime maggiormente gravoso per il donante in caso di vizi del bene donato (art. 630: 因赠与标的物之权利或物有瑕疵, 受赠人所应受利益之价格不及其担负, 实行之必要费用额者, 受赠人得拒绝实行担负。但因瑕疵所生之不足额已得赔偿者, 平在此限; comma 2: 受赠人不知有前项瑕疵, 实行担负者, 其逾于前项价格之费用, 对于赠与人得请求赔偿); così come era collegato un regime che, ancora come menzionato nel testo, compiva riferimento a quello dei contratti con obbligazioni per entrambe le parti nei casi di mancato adempimento del *modus* (art. 631: 受赠人平实行担负者, 赠与人对于受赠人以有双务契约解除之要件时为限, 得依不当利得的规定, 于实行担负所需费用额之限度, 请求返还赠与物。但第三人得实行其赠与之担负者, 平在此限). Era inoltre dettata, come si diceva, una disciplina della revoca per ingratitudine nei confronti del donante o di un suo parente prossimo, revoca, che poteva essere esercitata anche dall'erede del donante qualora il donatario avesse dolosamente o illecitamente ucciso il donante stesso o avesse fatto impedimento della revoca (art. 632, comma 1: 受任人因重大过失, 对于赠与人或其近亲有忘惠之行为者, 得废止其赠与; comma 2: 赠与人之继承人以受赠人故意并不法杀害赠与人, 或妨碍赠与之废止时为限, 得废止其赠与) Per quanto riguarda l'eccezione legata allo stato di bisogno del donante, facendo eco al § 519 del *BGB*, nell'art. 624 era, nella sostanza, previsto che qualora il donante a causa dell'adempimento della donazione avesse potuto compromettere un suo adeguato sostentamento o l'adempimento di obblighi di mantenimento previsti dalla legge, avrebbe potuto rifiutarsi di adempiere alla donazione; qualora avessero concorso più pretese da parte di più donatari avrebbe avuto la precedenza quella sorta per prima (il testo dell'articolo è il seguente: 赠与人与于赠与履行, 虑有害于自己身分相当之生计, 或不得履行法定扶养义务者, 得拒绝履行; comma secondo: 受赠人有数人, 其请求权竞集者, 依权利成立之先后而定次序)。

<sup>46</sup> Anche qui, nell'art. 929, con formulazione simile a quella del § 812 del *BGB* è previsto che chi, senza una *rechtlichen Grund* (in cinese "causa sul piano del diritto" – 法律上的原因), consegue interessi a seguito del fatto che altri abbia svolto una prestazione o con altri mezzi, cagionando a questi delle perdite, deve restituire tali interessi conseguiti. L'obbligazione della restituzione sussisteva anche nel caso in cui la "causa sul piano del diritto" fosse venuta meno o non fosse venuto a realizzarsi il risultato che, secondo il contenuto del negozio giuridico, era perseguito con la prestazione. Per prestazione avrebbe dovuto essere considerato anche il riconoscimento dell'esistenza o meno di un rapporto obbligatorio tramite contratto (无法律上之原因, 因他人之给付或其他方法受利益, 致他人损失者, 负归还其利益主义务; comma 2: 虽有法律上之原因, 而其后消灭, 或依法律行为之内容, 因结果而为给付其后不生结果, 亦同; comma 3: 以契约认诺债务关系成立或不成立者, 视为给付)。

<sup>47</sup> In base all'art. 918 posto in apertura del capitolo, la gestione di affari altrui è configurata nel caso in cui senza mandato o senza che sussista un rapporto di diritti ed obblighi siano gestiti gli affari di altri (无委任, 或并无权利义务为他人管理事务者, 须依本人真意或得以推知之意, 用最利于本人之方法, 管理之)。

<sup>48</sup> Si vedano, ad esempio, i rilievi svolti in Y. LIU, *Chuantong Zhongguo qiyue quanli xingtai sanlun* (传统中国契约权利形态三论), in *Xinan Minzu Daxue Xuebao (renwen sheke ban)* (《西南民族大学学报》(人文社科版)), 7/2006, p. 190 ed in C. HU, *Zhongguo minfa*

passaggio dal modello dell'antichità in favore della conversione verso nuovi modelli<sup>49</sup>.

## 2. Il Progetto di Codice civile del 1926

Per la tenuta del neo-costituito regime repubblicano era necessaria una forte modernizzazione dell'ordinamento giuridico, il che determinò in diverse occasioni l'avvio di sforzi diretti al superamento del diritto cinese dell'antichità imperiale. Vennero pertanto promulgate diverse leggi, prevalentemente in materia pubblicistica, con la Corte Suprema che, come poco sopra si accennava, svolse un ruolo di tenuta del sistema, con preziose indicazioni anche in materia di diritto privato<sup>50</sup>. I lavori per la realizzazione di un codice civile ripresero ed a questi offrirono il loro contributo anche dei giuristi stranieri tra cui Georges Padoux e Jean Escarra<sup>51</sup>. Si arrivò ad un progetto di codice civile negli anni 1925-1926<sup>52</sup>, la *Minguo Minlü Cao'an* (国民律草案). Questo nuovo *Progetto* di codice, pur segnando alcune differenze rispetto a quello del 1911, si inserisce comunque nel solco già aperto con la *Da Qing Minlü Cao'an*. Esso constava di 1522 articoli, divisi in 5 libri, secondo l'ordine già realizzato nel *Progetto* del 1911: parte generale, obbligazioni, diritti reali, famiglia, successioni. Tuttavia, anche il *Progetto* del 1925-26 non entrò mai in vigore<sup>53</sup>, decisivo al riguardo fu l'avvento del Governo Nazionalista di Nanchino che pose fine alla stagione detta 'dei signori della guerra'<sup>54</sup>.

---

*zonglun* (中国民法总论), Shanghai, 1934, p. 36. Sul tema si veda comunque *infra* nel presente capitolo.

<sup>49</sup> Si veda A. FEI, *On promoting the influence of Roman Law research on the construction of the legislative system in contemporary China*, cit., p. 69 ove viene sottolineato il fatto che sotto l'influenza dei codici civili dei Paesi appartenenti alla tradizione romanistica il *Progetto* di codice civile della dinastia Qing ruppe con la tradizione millenaria cinese ed aprì una nuova strada verso la codificazione.

<sup>50</sup> Si veda A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi*, cit., p. 114 e le principali leggi ivi elencate; si veda anche M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo Fazhi Shi*, cit., pp. 357 ss.

<sup>51</sup> S. SCHIPANI, si veda *Diritto Romano in Cina*, cit., p. 531.

<sup>52</sup> M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo Fazhi Shi*, cit., p. 391. Nel mentre, la Corte Suprema, al fine di fornire un punto di riferimento in luogo del codice civile, pubblicò un documento sui casi civili, cfr. A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi*, cit., p. 125 e si veda anche quanto precisato ivi in n. 14; M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo Fazhi Shi*, cit., p. 391.

<sup>53</sup> Si veda ad es. L. YANG, *Zhongguo liang ci minlü cao'an de bianxiu ji qi lishi yiyi*, cit., p. 8.

<sup>54</sup> Si veda ad es. M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo Fazhi Shi*, cit., p. 405.

### 3. Il Codice civile del 1931

#### 3.1. Le caratteristiche del Codice civile del 1931

Il Governo Nazionalista riuscì, invece, nell'arco di pochi anni, a portare a termine l'elaborazione ed a promulgare, a tappe, i cd. "sei codici", integrati da leggi speciali<sup>55</sup>. In questo contesto venne emanato tra il 1928 ed il 1930, il *Codice civile della Repubblica Cinese* (中华民国民法, *Zhonghua Minguo Minfa*), che entrò in vigore nella sua interezza nel 1931<sup>56</sup>. Anche il *Codice civile* realizzato ed alla cui elaborazione contribuì il giurista belga Georges Padoux<sup>57</sup>, è suddiviso in 5 libri aventi ad oggetto: una parte generale del codice; le obbligazioni (che consta di una corposa parte generale sull'obbligazione e di una parte speciale che reca anche disposizioni riguardanti due tipi di società)<sup>58</sup>; i diritti reali (che comprende anche norme in materia

---

<sup>55</sup> Si veda M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo Fazhi Shi*, cit., pp. 407-409. Circa i cd. "sei codici", si è già visto come già Billequin se ne fosse occupato pur se traducendo la *Legge sulle foreste* piuttosto che non la *Costituzione*, in ogni caso, spiega Zhan Maohua che, in sostanza, l'espressione indica il modello tipico del diritto della tradizione 'continentale' che, da Napoleone (seguito poi anche dal diritto tedesco), ha visto l'elaborazione di una costituzione e cinque codici principali (civile, commerciale, penale, procedura civile e procedura penale) con leggi speciali a questi collegate. In realtà per quanto riguarda la Cina, diversamente dai modelli richiamati, si è visto come già dal tempo delle prime codificazioni moderne del tardo Qing non sia mai stato promulgato un codice commerciale *ad hoc* separato da quello civile, infatti, parlando dei "sei codici" del Governo nazionalista, ancora Zhan Maohua menziona dapprima una struttura che comprendeva costituzione, codice civile, codice di procedura civile, codice penale, codice di procedura penale e codice sull'organizzazione dei tribunali (M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo Fazhi Shi*, cit., p. 408, analogamente, Ajani in G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 182) e poi una struttura in cui quest'ultimo è sostituito dalla menzione di un codice di diritto amministrativo sebbene poi chiarisca che, poiché i contenuti del diritto amministrativo sono variegati, è difficile raccogliarli in un codice (M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo fazhi shi*, cit., p. 409); in ogni caso, poco oltre specifica che il diritto amministrativo rappresenti uno degli elementi del sistema a sei codici del Governo nazionalista anche se questo non è stato tutto raccolto in un codice unitario ma siano state promulgate delle importanti leggi, ispirate ai 'modelli occidentali', che hanno rappresentato un grande sviluppo nella regolamentazione della materia (M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo fazhi shi*, cit., p. 414 e pp. 415-418 per delle esemplificazioni circa quelle che sono ritenute le principali di queste legge).

<sup>56</sup> A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi*, cit., p. 118.

<sup>57</sup> S. SCHIPANI, s. v. *Diritto Romano in Cina*, cit., p. 531.

<sup>58</sup> Il libro sulle obbligazioni è diviso in 2 capitoli, il primo dei quali, che consta di circa 200 articoli, si sostanzia in una parte generale sull'obbligazione e reca norme in materia di fonti delle obbligazioni; oggetto delle obbligazioni; efficacia delle obbligazioni; obbligazioni con pluralità di soggetti; trasferimento delle obbligazioni; estinzione delle obbligazioni. Il secondo capitolo, invece, reca norme riguardanti vari tipi di obbligazione ed in sostanza si configura come un capitolo sui contratti tipici inclusi quelli riguardanti le società di persone nella versione della società semplice e della società in accomandita semplice.

di 典, *dian*, antico istituto cinese)<sup>59</sup>; il diritto di famiglia; il diritto delle successioni. Sulla falsariga di quanto osservato anche dalla dottrina cinese, può osservarsi che il legislatore cinese del *Codice civile* del 1931 abbia adottato un impianto di base, una struttura e dei contenuti di forte ispirazione romanistica, in cui sono stati inseriti alcuni contenuti propri dell'esperienza di *common law* (con alcune modifiche derivanti dal loro inserimento nell'impianto di base proprio della tradizione romanistica) ed, infine, sono stati conservati alcuni istituti ed alcune delle caratteristiche tipiche del diritto dell'antichità cinese<sup>60</sup>.

Analogamente a quanto era già avvenuto nella *Da Qing Minlü Cao'an* del 1911, e diversamente da quanto invece previsto nella *Minguo Minlü Cao'an* del 1925-26<sup>61</sup>, il codificatore cinese del 1931 ha dettato regole specifiche in materia di fonti del diritto, misurandosi apertamente con il problema del valore da riconoscere alle consuetudini, tema questo che – come già rilevato – andava a toccare il rapporto con il diritto di più schietta derivazione dalla cultura e dalla tradizione cinese. Il *Codice civile* nazionalista, al riguardo, riconosce alle consuetudini – analogamente alla *Da Qing Minlü Cao'an* del 1911 – valore di diritto vincolante non soltanto *secundum legem*, ma anche *praeter legem*. Limite invalicabile è considerato l'ordine pubblico e il buon costume<sup>62</sup>. Qualora, poi, non si rinvenissero consuetudini applicabili, si si dovrebbe far ricorso alla *ratio iuris*<sup>63</sup>.

Emerge qui il peculiare ruolo riconosciuto al diritto cinese dell'antichità che, come si è già avuto occasione di sottolineare, per quanto riguarda l'ambito privatistico, era in larga parte di natura consuetudinaria. La scelta operata, di dare rilevanza alle consuetudini come fonte del diritto, incontrò, tuttavia, grandi difficoltà di realizzazione, data la quantità e la frammentarietà delle consuetudini cinesi<sup>64</sup>. D'altronde, è stato poi lo stesso legislatore del 1931 ad aver stigmatizzato come in Cina proprio le

<sup>59</sup> Il *dian*, riconosciuto come istituto antichissimo, viene assimilato alla “vendita di beni immobili con patto di riscatto”, cfr. M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 44.

<sup>60</sup> Si vedano, appunto, anche le osservazioni svolte in M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo Fazhi Shi*, cit., p. 409.

<sup>61</sup> Si veda quanto, al riguardo, già segnalato in precedenza.

<sup>62</sup> Dispone l'art. 2 del *Zhonghua Minguo Minfa* che: 民事所适用之习惯，以不背于公共秩序或善良风俗者为限。

<sup>63</sup> L'art. 1 della *Da Qing Minglv Cao'an* prevedeva che: 民事本律所未规定者，依习惯法，无习惯法者，依法理; mentre l'art. 1 del *Zhonghua Minguo Minfa*, prevede che: 民事，法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。

<sup>64</sup> Si vedano le osservazioni svolte in A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi*, cit., pp. 119-120; S. ZHANG, “*Da Qing Minlü Cao'an*” de *Bianzuan: Ziliao de Queshi yu Cunyi de Wenti* (《大清民律草案》的编纂: 资料的缺失与存疑的问题), in *Zhongguo Gudai Falü Wenxian Yanjiu* (中国古代法律文献研究), Beijing, 2012, p. 404 ove è spiegato che nel 1925, la raccolta di consuetudini (con esclusione di quelle che si ripetevano) raggiungeva una dimensione di 828 volumi.

cattive consuetudini avessero sopravanzato quelle buone, con la necessaria delimitazione del ricorso agli usi nei casi di assenza di disciplina legislativa, col fine di non ritardare il processo di riforme verso lo 'stato di diritto'<sup>65</sup>.

### 3.2. *Il contratto nel Codice civile del 1931 (profili sistematici e dogmatici)*

Il *Codice civile* del 1931 non disciplinava il contratto nella parte in cui era dettata la disciplina del negozio giuridico, ma nel secondo libro dedicato alle 'obbligazioni'<sup>66</sup>. Rispetto alle 'obbligazioni', il *Codice civile* del 1931, accogliendo la modifica già operata in materia dal *Progetto* del 1926, preferisce al termine 债权, *zhai quan*, a quello di 债扁, *zhai bian*. Al riguardo, la dottrina cinese sottolinea come il *Codice* del 1931 intendesse in questo modo tutelare nei rapporti obbligatori entrambi i lati del rapporto, evitando di accentuare la posizione del creditore<sup>67</sup>. Va evidenziato in questa sede, come l'uso del nuovo termine per indicare l'obbligazione, dimostri una particolare sensibilità giuridica a cogliere alcune sfumature concettuali non di poco conto. Mentre, infatti, nel termine *zhaiquan*, usato nel *Progetto* del 1911, è il collegamento – già sopra rilevato – della posizione creditoria (il 债权人, *zhaiquanren*, è il creditore mentre il debitore è il 债务人, *zhaiwuren*) ad essere prevalente, al contrario il riferimento soltanto alla 债 sottende, appunto, una scelta di maggiore neutralità.

Nel libro II sulle 'obbligazioni', la prima sezione è dedicata alle fonti delle obbligazioni (债的发生 – *zhaide fasheng*). Le norme sul contratto (*qiyue*) dettate nell'art. 153, sebbene ancora riecheggino la formulazione del precedente 211 del *Progetto Qing* del 1911, pongono in maggior risalto, rispetto a quanto fatto in quest'ultima, l'elemento dell'accordo. L'art. 153 del *Codice civile* cinese del 1931, infatti, segue in parte gli artt. 1 e 2 del *Codice delle obbligazioni* svizzero del 1911<sup>68</sup>, disponendo che qualora le reciproche manifestazioni di volontà delle parti coincidano sugli elementi essenziali del contratto, a prescindere dal fatto che ciò avvenga in modo espresso o tacito, il contratto deve considerarsi conclu-

---

<sup>65</sup> Si veda M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 244 che richiama quanto sottolineato da Hu Hanmin, presidente dell'organo legislativo, in occasione della presentazione dei primi tre libri del Codice.

<sup>66</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 246.

<sup>67</sup> L. YANG, *Zhongguo liang ci minlü cao'an de bianxiu ji qi lishi yiyi*, cit., p. 8.

<sup>68</sup> Art. 1: 2. Sie [i.e. die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung] kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein; art. 2: 1. Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkten geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle. Su tale collegamento, M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 248-249.

so<sup>69</sup>. In questa parte è riportata poi la disciplina della ‘gestione di affari altrui’ resa in cinese, come già nel *Progetto del 1926*, in termini di 无因管理 (*wuyin guanli*)<sup>70</sup>, ossia “gestione senza ragione/causa”, e rispetto alla quale non emergono sostanziali differenze di regime giuridico rispetto al *Progetto* della dinastia Qing e al *Progetto* del 1926<sup>71</sup>.

In questa parte, il *Codice* disciplina anche l’arricchimento ingiustificato, disciplinato, però, in modo più articolato rispetto al *Progetto* Qing<sup>72</sup>.

Per quanto concernente il diritto dei contratti, vale la pena segnalare che (sulla scia di quanto già si andava delineando nel *Progetto* del 1926 all’art. 232, n. 1<sup>73</sup> la mancata realizzazione dello ‘scopo’/‘funzione’ (*Zweck*) del contratto – reso in termini di 目的 (*mudi*) – per inadempimento della controparte, è considerata una idonea causa di risoluzione del contratto (art. 255)<sup>74</sup>. In altri articoli, il *mudi* viene espressamente richiamato nell’ambito di singoli contratti tipici, come ad esempio nel caso della locazio-

<sup>69</sup> Nei commi successivi, sulla falsa riga di quanto nel *Progetto Qing* e nel *BGB* è poi precisato che qualora sia raggiunto il consenso sugli elementi essenziali e non lo sia, invece, su altri elementi di natura non necessaria, il contratto si presume comunque concluso. Altresì si stabilisce che qualora le parti non fossero state concordi circa tali elementi, il giudice avrebbe dovuto decidere in base alla natura del caso. Il testo (in caratteri semplificati) attualmente in vigore è il seguente: 当事人互相表示意思一致者, 无论其为明示或默示, 契约即为成立; comma 2: 当事人对于必要之点, 意思一致, 而对于非必要之点, 未经表示意思者, 推定其契约为成立, 关于该非必要之点, 当事人意思不一致时, 法院应依其事件之性质定之.

<sup>70</sup> L’art. 735 del *Progetto* del 1926 (未受委任, 或并无权利义务为他人管理事务者, 为无因管理. 其管理依本人之意思或得以推知之意思, 以最利于本人之方法为之), oltre a questa (non poco rilevante) scelta nella traduzione della gestione di affari altrui in termini di “gestione senza ragione/causa”, conserva, comunque, per l’istituto un’impostazione piuttosto simile a quella del richiamato art. 918 del *Progetto* Qing.

<sup>71</sup> Il testo completo dell’art. 172 è il seguente: 未受委任, 并无义务, 而为他人管理事务者, 其管理应依本人明示或可得推知之意思, 以有利于本人之方法为之.

<sup>72</sup> L’art. 179 del *Codice* del 1931 prevede che qualora non vi sia una causa giustificatrice sul piano del diritto e qualcuno ottenga per sé un vantaggio a detrimento di altri, si deve restituire quanto conseguito e ciò valga anche per i casi in cui vi sia in origine una causa giustificatrice, poi venuta meno (无法律上之原因而受利益, 致他人受损害者, 应返还其利益. 虽有法律上之原因, 而其后已不存在者, 亦同). L’art. 180 prevede poi i casi in cui non sia necessario porre in essere la restituzione, ossia quando questa sia stata eseguita nell’adempimento di un dovere morale ecc. (il testo completo dell’articolo è il seguente: 给付, 有左列情形之一者, 不得请求返还: 一、给付系履行道德上之义务者. 二、债务人于未到期之债务因清偿而为给付者. 三、因清偿债务而为给付, 于给付时明知无给付之义务者. 四、因不法之原因而为给付者. 但不法之原因仅于受领人一方存在时, 不在此限).

<sup>73</sup> L’intero testo dell’art. 232 del *Progetto* del 1926 è il seguente: 有下列各款情形之一者, 债权人得解除契约: 一、依契约之性质或当事人之意思表示, 非于一定时期内为给付, 不能达契约之目的, 而债务人不按照时期给付者; 二、约明债务人怠于履行义务即丧失由契约所生之权利, 而债务人负迟延责任者.

<sup>74</sup> Il testo dell’art. 255, nella versione attualmente in vigore, è il seguente: 依契约之性质或当事人之意思表示, 非于一定时期为给付不能达其契约之目的, 而契约当事人之一方不按照时期给付者, 他方当事人得不为前条之催告, 解除其契约.

ne<sup>75</sup>, del comodato<sup>76</sup>, con il medesimo significato.

Nel *Codice civile* del 1931 è riscontrabile un'altra importante caratteristica delle codificazioni della tradizione romanistica, in quanto, come già nei progetti sopra richiamati, è stata inclusa una disciplina specifica per i contratti tipici. Accanto a quelli consueti della nostra tradizione, già previsti – come visto – nel *Progetto Qing*, è stata ancora inclusa in questa parte la donazione<sup>77</sup>. Il punto merita un approfondimento: da un lato, infatti, la donazione nel *Codice civile* del 1931 è definita nell'art. 406 come «*qiyue*», che si è visto essere il termine più usato anche nel diritto cinese dell'antichità per indicare il contratto, in un contesto sistematico che evidenzia la sua natura di contratto tipico. D'altro lato, però, l'articolo menzionato, nell'indicare la funzione dell'atto, evidenzia una sua caratterizzazione in termini di liberalità diretta al trasferimento di beni, prevedendo che vi sia un soggetto, il donante, che offre di dare a titolo gratuito dei propri beni ad un altro, il donatario, dal quale si richiede l'accettazione<sup>78</sup>. Dei profili contraddizione rispetto alle norme in materia di contratti emergono anche, ad esempio, dall'art. 408, il quale, nella versione attualmente in vigore a Taiwan, prevede che, finché i diritti sul bene donato non siano stati trasferiti, il donante può revocare la donazione, salvo nel caso in cui la donazione sia stata posta in essere per atto notarile oppure sia volta all'adempimento di un dovere morale<sup>79</sup>. È regolata altresì la donazione modale, prevedendo un regime che si richiama a quello previsto per i contratti con obbligazioni corrispettive<sup>80</sup>. Si riconosce, poi, la facoltà di revoca per

<sup>75</sup> Ad esempio, l'art. 435, nella versione attualmente in vigore, prevede che: 租赁关系存续中, 因不可归责于承租人之事由, 致租赁物之一部灭失者, 承租人得按灭失之部分, 请求减少租金。[comma 2] 前项情形, 承租人就其存余部分不能达租赁之目的者, 得终止契约。

<sup>76</sup> Ad esempio, l'art. 470, nella versione attualmente in vigore, prevede che: 借用人应于契约所定期限届满时, 返还借用物; 未定期限者, 应于依借贷之目的使用完毕时返还之。但经过相当时期, 可推定借用人已使用完毕者, 贷与人亦得为返还之请求。[comma 2] 借贷未定期限, 亦不能依借贷之目的而定其期限者, 贷与人得随时请求返还借用物。

<sup>77</sup> Al riguardo si veda *infra* cap. VIII.

<sup>78</sup> Art. 406: 称赠与者, 谓当事人约定, 一方以自己之财产无偿给与他方, 他方允受之契约。

<sup>79</sup> Questo è nella sostanza il contenuto dell'art. 408, il cui testo è il seguente: 赠与物之权利未移转前, 赠与人得撤销其赠与。其一部已移转者, 得就其未移转之部分撤销之; comma 2: 前项规定, 于经公证之赠与, 或为履行道德上义务而为赠与者, 不适用之。

<sup>80</sup> Si veda ad esempio il comma 1 dell'art. 412 che stabilisce che qualora il donante avesse già eseguito la prestazione ed il donatario non avesse adempiuto il proprio onere, il donante avrebbe potuto richiedere l'adempimento dell'onere ovvero revocare la donazione (con donazione con onere); ovvero ancora gli artt. 413 e 414 che dettano un regime specifico per le donazioni modali in cui i diritti ed obblighi piuttosto che non seguire le altre norme sulle donazioni, risentono di quelle sui contratti con obbligazioni per entrambe le parti (art. 413: 附有负担之赠与, 其赠与不足偿其负担者, 受赠人仅于赠与之价值限度内, 有履行其负担之责任; art. 414: 附有负担之赠与, 其赠与之物或权利如有瑕疵, 赠与人于受赠人负担之限度内, 负与出卖人同一之担保责任). Il *Progetto del 1926* sul punto era invece più vicino al testo del *Progetto*

ingratitude<sup>81</sup> e l'eccezione – già presente, come visto, nell'art. 624 del *Progetto Qing* e negli artt. 490 e 491 del *Progetto del 1926*<sup>82</sup> – legata allo stato di bisogno del donante<sup>83</sup>.

Accanto agli articoli richiamati in materia di donazione, vale la pena soffermarsi, ancora, sull'art. 74 (posto nella sezione I, dedicata ai principi generali – 通则, *tongze* – del libro V sui negozi giuridici – 法律行为, *falü xingwei*) e ispirato al *BGB* ed al *Codice delle obbligazioni svizzero*<sup>84</sup>, il quale veicola contenuti di equità contrattuale che trovavano riscontro nella visione antica cinese dello scambio<sup>85</sup>. L'art. 74, infatti, dispone al comma

---

*Qing* ed era presente un richiamo espresso agli *shuangwu qiyue* svolto nell'art. 497 del *Progetto* stesso: L'art. 496 del *Progetto del 1926* disponeva che 因赠与物或其权利有瑕疵, 致受赠人应得之利益, 不及其履行负担之必要费用者, 受赠人得拒绝其负担。但其瑕疵已受赔偿者, 不在此限; comma 2: 受赠人不知有前项瑕疵行其负担者, 其超过受赠利益之履行费用, 得请求赠与人, 履赔偿之责; il successivo art. 497, disponeva invece che 受赠人不履行其负担者, 赠与人对于受赠人以有解除双务契约之事件为限, 得依关于本当得利之规定, 于行负担所需费用之限度内, 请求返还赠与物。但第三人得履行其赠与之负担者, 不在此限。

<sup>81</sup> Negli artt. 416 e 417 è regolata la revoca per ingratitude che può essere anche posta in essere dai successori. La disciplina è più articolata, ma per ciò che rileva con riguardo al presente lavoro, assimilabile a quella del *Progetto Qing*. Il testo dell'art. 416 è il seguente: 受赠人对于赠与人, 有左列情事之一者, 赠与人得撤销其赠与: 一、对于赠与人、其配偶、直系血亲、三亲等内旁系血亲或二亲等内姻亲, 有故意侵害之行为, 依刑法有处罚之明文者。二、对于赠与人有扶养义务而不履行者; comma 2: 前项撤销权, 自赠与人知有撤销原因之时起, 一年内不行使而消灭。赠与人对于受赠人已为宥恕之表示者, 亦同。

Il testo dell'art. 417 che riguarda il caso della revoca, appunto, da parte dei successori è: 受赠人因故意不法之行为, 致赠与人死亡或妨碍其为赠与之撤销者, 赠与人之继承人, 得撤销其赠与。但其撤销权自知有撤销原因之时起, 六个月间不行使而消灭。

<sup>82</sup> Le disposizioni che nel *Progetto Qing* erano contenute nell'art. 624, sono state nel *Progetto del 1926* mantenute quasi identiche ma separate tra l'art. 490 che riportava il contenuto del comma 1 dell'art. 624 e l'art. 491 che riportava il contenuto del comma 2 dello stesso.

<sup>83</sup> L'art. 418 con formulazione parzialmente diversa dall'art. 624 del *Progetto Qing* e dai richiamati artt. 490 e 491 del *Progetto del 1926* è intitolato "eccezione dello stato di bisogno del donante – rifiuto dell'adempimento della donazione" (赠与人之穷困抗辩 | 赠与履行之拒绝) prevede, nella sostanza, che dopo che il donante avesse svolto una promessa di donazione, qualora le sue condizioni economiche fossero venute a cambiare e la donazione avesse potuto avere una significativa influenza sul suo sostentamento o ostacolare la sua capacità di adempiere a doveri di mantenimento, avrebbe potuto rifiutarsi di adempiere alla donazione (赠与人于赠与约定后, 其经济状况显有变更, 如因赠与致其生计有重大之影响, 或妨碍其扶养义务之履行者, 得拒绝赠与之履行).

<sup>84</sup> È stato notato come questo sia ispirato al § 138 del *BGB* ed all'art. 21 del *Codice delle obbligazioni svizzero* M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 247; si vedano al riguardo anche le osservazioni svolte in n. 48 (e la bibliografia ivi richiamata) con riferimento al fatto che con tale previsione sia stata attuata a livello formale una rottura rispetto alla concezione ottocentesca del contratto in Europa secondo cui la giustizia contrattuale sarebbe stata garantita dalla libera volontà delle parti e dal libero mercato.

<sup>85</sup> In tal senso M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 248. Il testo del comma 1 dell'art. 74 è il seguente: 法律行为, 系乘他人之急迫、轻率或无经验, 使其为财产上之给付或为给付之约定, 依当时情形显失公平者, 法院得因利害关系人之声请, 撤销其法律行为或减轻其给付。Si veda anche *infra* cap. IX.

1 l'annullabilità del negozio concluso o la riduzione equitativa di quanto dato o promesso, quando una parte, approfittando dello stato di bisogno, o della leggerezza, o della inesperienza altrui, si è fatta dare una cosa o promettere una prestazione, ed alla luce delle circostanze tali condizioni della controparte risultassero in modo evidente. Il perno concettuale sul quale ruota questa disciplina è *gongping* che, come già in parte visto<sup>86</sup>, evoca l'idea di *aequitas*. Emerge bene, qui, quella complessità di dialogo dei contenuti del diritto nell'ambito della dialettica instauratasi nei decenni in esame, in quanto *gongping* è fondamentale caratteristica – che come visto evidenziano anche gli storici cinesi del diritto – della stessa definizione di *fa*<sup>87</sup>.

L'art. 148 (posto in apertura del capitolo 7 del libro I, capitolo intitolato “esercizio dei diritti” – 权利的行使, *quanli de xingshi*), infine, dispone che “l'esercizio di un diritto non deve essere contrario ad interessi pubblici o avere come scopo principale il danneggiamento di altri”, precisando al comma 2 che “l'esercizio dei diritti e l'adempimento dei doveri debbono essere posti in essere sulla base della buona fede” (oggettiva, la 诚实信用, *chengshi xinyong*)<sup>88</sup>.

Nuovamente emergono profili di dialogo di ampio respiro e di grande complessità, in connessione a contenuti e prospettive giuridiche pur presenti nella tradizione giuridica antica della Cina, con alcuni fondamentali principi della tradizione giuridica romansitica, quali il *neminem laedere* e la *fides bona*. Sul punto si tornerà più avanti.

#### 4. Considerazioni di sintesi circa la ‘prima stagione’ di dialogo tra tradizione romanistica e diritto cinese

È stato osservato da Roscoe Pound, proprio con riferimento al *Codice* cinese del 1931, che “il Codice civile cinese è, nella sua essenza, il culmine di un'epoca di continui sviluppi che sono derivati dall'insegnamento del diritto romano sulla base della codificazione di Giustiniano nelle Università italiane del dodicesimo secolo. [...] Invero, il diritto romano moderno, fortemente sistematico, con la sua abbondante dottrina scientifica, è molto più adatto a Paesi che devono passare rapidamente da un corpo di tra-

---

<sup>86</sup> *Supra* cap. I.

<sup>87</sup> Si veda nel capitolo precedente quanto osservato circa la definizione di *fa* nello *Shuowen jiezi*.

<sup>88</sup> Il testo dell'articolo 148 (intitolato “limiti all'esercizio dei diritti” – 权利行使之界限) è il seguente: 权利之行使, 不得违反公共利益, 或以损害他人为主要目的; comma 2: 行使权利, 履行义务, 应依诚实及信用方法。

dizioni e consuetudini etiche e da un controllo sociale indifferenziato a un corpo di diritto moderno che non il diritto inglese ed angloamericano relativamente non sistematico”<sup>89</sup>.

D’altro canto, come notato dagli stessi studiosi cinesi, già nel *Qingmo*, gli insegnanti americani della *Beiyang Daxuetang* (北洋大学堂) di Tianjin che andavano a «riempire gli stomaci degli studenti [cinesi] di casi statunitensi» ottennero il risultato di impiegare buona parte di essi nella diplomazia, piuttosto che non nella magistratura o nell’avvocatura<sup>90</sup>. È stato, altresì, osservato come al tempo delle riforme giuridiche svolte dal governo nazionalista “il grado di dissociazione del sistema giuridico cinese”<sup>91</sup> restava ancora molto alto. In particolare, come osservato nella giusinologia italiana, “il nuovo codice civile, così come tutte le riforme giuridiche nazionaliste, lambirono solo le coste cinesi, esercitando solo qualche effetto nelle maggiori città in cui, peraltro, era forte la presenza degli occidentali”<sup>92</sup>. Il diritto dei contratti (e non solo) poteva considerarsi come “una coltre che si sovrapponeva al substrato tradizionale senza penetrare in tutti i suoi interstizi”<sup>93</sup>.

Il *Codice* nazionalista ha comunque segnato una tappa fondamentale per il diritto in Cina fornendo un importante bagaglio di termini tecnici, concetti ed un reticolato normativo che sono stati poi impiegati anche nei tempi successivi<sup>94</sup>. Tale momento di fondamentale registrazione linguistica e terminologica aveva trovato espressione, per una parte consistente, già al tempo della *Da Qing Minglü Cao’an* con soluzione della continuità rispetto al diritto cinese dell’antichità e con l’avvio della elaborazione dei progetti di codificazione, secondo una linea che nel *Codice civile* nazionalista del 1931 è stata, poi, nella sostanza, confermata e, sotto alcuni profili, rafforzata. Quest’ultimo, che resta ancora in vigore a Taiwan<sup>95</sup>, rappresenta, appunto, una tappa fondamentale nel corso della recente storia del diritto cinese, senza escludere, peraltro, che storicamente vada altresì valorizzato il ruolo svolto sia dal *Progetto Qing* del 1911, sia dal *Progetto* del 1926, in rapporto, in primo luogo, proprio al *Codice* del 1931, in quanto è in questa delicatissima fase che è possibile iniziare concretamente a seguire dei momenti significativi di ispirazione cinese ai modelli della tradi-

---

<sup>89</sup> R. POUND, *Roman Law in China*, in *L’Europa e il diritto romano. Studi in onore di Paul Koschaker*, I, Milano, 1954, pp. 441 ss.

<sup>90</sup> Si veda G. LI, *Ershi shiji chuqi de Zhongguo faxue (xu)* (二十世纪初期的中国法学(续)), in *Zhongwai faxue* (中外法学), 53/1997, p. 10.

<sup>91</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., pp. 251 e 252.

<sup>92</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., pp. 251 e 252.

<sup>93</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 252.

<sup>94</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 252.

<sup>95</sup> A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi*, cit., p. 120, n. 8; M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 252; M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo Fazhi Shi*, cit., p. 408.

zione romanistica. Ciò ha fatto sì che di questi ultimi e della loro rappresentazione diversificata in base ai modelli di codice civile esistenti in quegli anni, siano stati recepiti dalla Cina anche alcuni aspetti piuttosto controversi e poi le scelte di 'armonizzazione' tra le diverse prospettive dei modelli di ispirazione sono andate a loro volta ad incidere sulla coerenza dei contenuti giuridici che si venivano a fissare.

Il diritto della tradizione romanistica, ed in particolare la sua rilettura Pandettistica, poi codificata nel *BGB*, ha rappresentato un modello di sicuro riferimento, quantomeno in relazione ad alcune scelte di fondo che si stavano compiendo nella codificazione in Cina. A tale riguardo, va evidenziata l'inclusione della categoria del 'contratto' nel più ampio *genus* del *Rechtsgeschäft* (法律行为, *falü xingwei*), con l'inevitabile valorizzazione nel primo della *Willenserklärung* (意思表示, *yisi biaoshi*). D'altronde, anche in connessione al problema della causa, è possibile cogliere una certa oscillazione tra il modello della *causa obligationum* (法律上的原因, *falü shang de yuanyin*) e quello della causa come *Zweck* scopo/funzione (目的, *mudi*) del contratto.

Infine, anche per quanto riguarda la donazione (赠与契约, *zengyu qiyue*) sono emersi profili di incoerenza (probabilmente riconducibili al fenomeno sopra richiamato).



CAPITOLO III

DALLA FONDAZIONE  
DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE  
ALLA LEGGE SUI CONTRATTI

SOMMARIO: 1. Dalla fondazione della Repubblica Popolare Cinese alla Rivoluzione culturale. – 1.1. Il contesto. – 1.2. La materia dei contratti: 合同 (*hetong*) e 经济合同 (*jingji hetong*). – 2. 改革开放 (*Gaige kaifang*) e tradizione romanistica. – 2.1. Dall'avvio delle politiche di apertura e riforma alla Decisione riguardante l'elaborazione del nuovo Codice civile. – 2.2. L'istituto del contratto nel "sistema del tripode" (三足鼎立, *sanzu dingli*). – 2.3. La Legge sui principi generali del diritto civile del 1986. – 2.4. Dal sistema del tripode alla Legge sui contratti del 1999. – 3. *Segue*: la Legge sui contratti della RPC del 1999. – 3.1. La Legge sui contratti, considerazioni d'insieme. – 3.2. 诚实信用原则 (*Chengshi xinyong yuanze*): il principio di buona fede nella Legge sui contratti. – 3.3. La definizione dello 合同 (*hetong*) come 协议 (*xieyi*): segnali della necessità di approfondimenti ulteriori. – 3.4. L'art. 124 in materia di 无名合同 (*wuming hetong*). – 3.5. 原因 (*Yuanyin*), 根据 (*genju*) 目的 (*mudi*) e 动机 (*dongji*) tra dottrina cinese e Legge sui contratti. – 3.6. Categorizzazioni in materia di contratti svolte dalla dottrina cinese. – 3.7. Le Interpretazioni della Corte Suprema. – 3.8. Orientamenti nella prassi. – 3.9. Contraddizioni (apparenti) e spunti offerti dalla dottrina romanistica. – 4. Considerazioni di sintesi.

1. *Dalla fondazione della Repubblica Popolare Cinese alla Rivoluzione culturale*

1.1. *Il contesto*

Con l'istituzione della Repubblica Popolare Cinese (RPC), le cd. "vecchie leggi" vennero abrogate<sup>1</sup> e tra queste "i sei codici" che restarono, appunto, in vigore solo a Taiwan<sup>2</sup>. Infatti, una volta che il Partito comunista cinese (PCC) assunse il controllo pressoché completo del territorio, da cui esulavano Taiwan ed alcune isole minori, "i dirigenti del PCC dovevano

---

<sup>1</sup> Cfr. A. FEI, *Lun Woguo minfadian bianzuan huodong zhong de si ge guanxi* (论我国民法典编纂活动中的四个关系), in *Fazhi yu shehui fazhan* (法制与社会发展), 125/2015, p. 108.

<sup>2</sup> Per tutti, M. ZHAN (a cura di), *Zhongguo Fazhi Shi*, cit., p. 408.

porsi, in modo analogo a quanto stava capitando nell'Europa centro-orientale, il problema della continuità tra vecchio diritto e nuovo ordine rivoluzionario”<sup>3</sup>. In realtà, già nel febbraio del 1949, il Comitato centrale prese la decisione di abrogare l'ordinamento del Governo nazionalista: i tribunali avrebbero dovuto applicare le leggi del nuovo governo ed in caso di mancanza di regole specifiche avrebbero dovuto decidere secondo la politica della “nuova democrazia”<sup>4</sup>. Ancora nel 1949 venne adottato un Programma Comune che venne utilizzato anche dopo che la Conferenza politica consultiva del popolo cinese proclamò nella sua prima sessione la fondazione della RPC il primo ottobre del 1949, come una costituzione provvisoria sino a quando la prima Costituzione della ‘Nuova Cina’ venne promulgata nel 1954<sup>5</sup>. Nella Cina Maoista vennero ad alternarsi delle fasi maggiormente formalistiche a delle fasi di maggiore discrezionalità politica<sup>6</sup>. In generale, può notarsi come, se in una prima fase dal 1949 al 1954, vi fu un maggior impiego politico del diritto al fine di realizzare l'espropriazione dei beni in proprietà privata della classe borghese e dei proprietari terrieri, dal 1954 al 1957 si aprì una fase di stabilizzazione delle fonti del diritto, con la Costituzione del 1954 e con la progettazione di una nuova codificazione. Tuttavia, a seguito di una serie di ‘campagne’ promosse nel Paese, come la “campagna dei cento fiori” (百花运动, *Baihua yundong*) con cui si sollecitava lo sbocciare di nuove idee (i ‘cento fiori’ appunto), la “campagna contro i destri” (反右运动, *Fanyou yundong*) attraverso la quale si reagì alla campagna precedente, il “grande balzo in avanti” (大跃进, *Da yuejin*) che si dimostrò un insuccesso e, con l'isolamento venutosi a creare dalla rottura con la nuova classe dirigente russa, si acuirono nel periodo dal 1958 al 1965, ed in particolare durante il periodo del “grande balzo in avanti” sino al 1962, le tendenze verso la discrezionalità partitica e l'informalismo<sup>7</sup>.

Con la “grande rivoluzione culturale” (文化大革命, *Wenhua dageming*), poi, venne ad aprirsi il periodo del cd. nichilismo giuridico (法律虚无主义, *falü xuwu zhuyi*) in cui si giunse ad ignorare, se non addirittura a negare, il ruolo del diritto per lo sviluppo della società e della economia<sup>8</sup>. Questo

<sup>3</sup> Si veda G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 193.

<sup>4</sup> A. GU, *Xin Zhongguo Lifa Gaishu* (新中国立法概述), Beijing, 1995, p. 18.

<sup>5</sup> Su tali passaggi, G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., pp. 193-196.

<sup>6</sup> G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 198.

<sup>7</sup> Si veda, ancora, quanto in G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 198.

<sup>8</sup> Si veda, sul punto, S. SCHIPANI, s. v. *Diritto Romano in Cina*, cit., p. 532. Circa taluni degli effetti della grande rivoluzione culturale, si veda, ad esempio la sintesi riportata in Z. WANG, Z. LI, *Cong falü xuwu zhuyi dao yifa zhiguo. Shiyi Jie San Zhong Quanhui de lishi gongji* (从法律虚无主义到依法治国——十一届三中全会的历史功绩), in *Qinghua Daxue Xuebao*

periodo, di cui il triennio iniziale andò a rappresentare la fase più acuta<sup>9</sup>, perdurò sino a quando, dopo la morte di Mao, venne isolata la “banda dei quattro” (四人帮, *sirenbang*) nell’ottobre 1976 e prese avvio una nuova fase storica.

Sebbene, in un sistema ad economia pianificata, con i mezzi di produzione quasi integralmente appartenenti allo Stato e con gli scambi che avvenivano seguendo le direttive degli organi dell’amministrazione incaricati della gestione, il diritto dell’economia sia venuto ad assumere “caratteri marcatamente pubblicistici e imperativi”<sup>10</sup>, emerse, nuovamente, la consapevolezza della necessità di una nuova codificazione civile, che sfociò in due tentativi rimasti però senza esito.

Il primo è stato avviato nella seconda metà del 1954 quando il Comitato permanente dell’Assemblea Nazionale del Popolo (ANP) organizzò un apposito Gruppo per l’elaborazione del codice civile<sup>11</sup>. L’influenza della scienza giuridica sovietica e del diritto sovietico fu molto forte, basti pensare che tra il 1952 e il 1956 furono tradotti in cinese 156 manuali di diritto sovietico, così come molte leggi dell’URSS, in base a quanto aveva indicato espressamente il Ministero cinese dell’Educazione nel 1951, sulla necessità di prendere come riferimento privilegiato i manuali dell’Unione Sovietica<sup>12</sup>. All’epoca vi era la volontà politica di creare un sistema giuridico rivoluzionario, ispirato all’esempio dell’Unione Sovietica e molti giuristi cinesi si formarono in questo periodo a Mosca<sup>13</sup>. È significativo, al riguardo, che uno dei giuristi più influenti della Repubblica Popolare Cinese degli ultimi cinquant’anni, Jiang Ping, nel riferire la propria esperienza diretta, abbia sottolineato come nella Mosca degli anni ’50 del secolo scorso non si disconoscesse il fatto che il diritto civile sovietico (pur antitetico al diritto privato borghese dell’ottocento tedesco) avesse attinto, per quanto riguarda l’utilizzazione di contenuti giuridici funzionali al so-

---

(*zhexue shehui kexue ban*) (清华大学学报 (哲学社会科学版)), 13/1998, p. 28. Riguardo ad alcune tra le possibili ragioni che hanno determinato l’affermarsi di un periodo di nichilismo giuridico così come ad alcune delle caratteristiche del diritto in Cina durante lo stesso, si veda Q. LIU, *Wenge shiqi falü xuwu zhuyi shengxing de biaoxian ji genyuan* (文革时期法律虚无主义盛行的表现及根源), in *Xinyu gaozhuan xuebao* (新余高专学报), 12/2007, pp. 43-45 e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>9</sup> G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell’Asia orientale*, cit., p. 199.

<sup>10</sup> Si veda quanto in G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell’Asia orientale*, cit., pp. 212-213. Circa il dibattito, in Unione Sovietica, sul ruolo da assegnare al diritto dell’economia di matrice pubblicistica e la difesa del “diritto civile sovietico” come categoria originale dell’esperienza socialista conclusosi, con intervento allineato al volere del potere staliniano nel 1937, in favore del secondo si veda, G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell’Asia orientale*, cit., p. 209 e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>11</sup> P. JIANG, “*Minfa zongze*” pingyi (《民法总则》评议), in *Zhejiang Gongshang Daxue xuebao* (浙江工商大学学报), 144/2017, p. 6.

<sup>12</sup> Cfr. S. SCHIPANI, s. v. *Diritto Romano in Cina*, cit., p. 532 e la bibliografia ivi cit.

<sup>13</sup> Cfr. S. SCHIPANI, s. v. *Diritto Romano in Cina*, cit., p. 532 e la bibliografia ivi cit.

cialismo, ai contenuti del diritto romano e della sua tradizione (contenuti invece talvolta esclusi dalla selezione operata nelle codificazioni liberali dell'Ottocento ovvero 'riletti' in modo diverso)<sup>14</sup>.

Nel 1956 il *Progetto* di codice fu terminato. Esso risulta composto da 525 articoli<sup>15</sup>, divisi in quattro libri riguardanti una parte generale, i diritti reali, le obbligazioni e le successioni. Mancava il diritto di famiglia, coerentemente al modello sovietico di riferimento, "che ne sottolineava la natura non patrimoniale"<sup>16</sup>. Pur intraprese le attività di consultazione per la sua definitiva messa a punto, a causa degli eventi politici già richiamati, non entrò mai in vigore<sup>17</sup>.

Il secondo tentativo di codificazione prese avvio nel 1962, giungendosi all'elaborazione di un *Progetto* di codice che contemplava 262 articoli<sup>18</sup>. Come sottolineato da autorevole dottrina cinese, tale progetto recava diversi "fenomeni piuttosto interessanti", tra cui la sensibile riduzione dell'impiego di termini tecnici<sup>19</sup>. Scompareva la distinzione tra "persona fisica" e "persona giuridica" (rispettivamente 自然人, *ziranren* e 法人, *faren*) e si preferì la *divisio* tra "individui" ed "unità" (rispettivamente 个人, *geren* e 单位, *danwei*). Termini quali "diritti reali" (物权, *wuquan*), "obbligazione" (债权, *zhaiquan*), "negoziato giuridico" (法律行为, *falüxingwei*) non venivano più impiegati e, piuttosto che di "contratti" (合同, *hetong*)<sup>20</sup>, si preferiva parlare di "rapporti" (关系, *guanxi*)<sup>21</sup>. Anche in questo caso, però, in ragione di vicende politiche che sono poi sfociate nel periodo della rivoluzione culturale, il progetto di Codice non entrò in vigore<sup>22</sup>.

---

<sup>14</sup> Si veda, P. JIANG, *Za yi Sulian shiqi de falü he faxue jiaoyu* (杂忆苏联时期的法律和法学教育), ora in P. JIANG, *Jiang Ping jiangyan wenxuan* (江平讲演文选), Beijing, 2003, p. 606. Su questo tipo di problemi, si veda ora rispetto alle forme di appartenenza, R. CARDILLI, *Schemi romani dell'appartenenza e modelli di resistenza nella tradizione civilistica*, in *Diritto@Storia* 16/2018, che parla di "forme di resistenza al paradigma borghese nel diritto russo d'epoca sovietica".

<sup>15</sup> Si veda, sul punto, P. JIANG, "Minfa zongze" pingyi, cit., p. 6.

<sup>16</sup> Si veda Ajani in G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., pp. 212-213.

<sup>17</sup> Sul punto, P. JIANG, "Minfa zongze" pingyi, cit., p. 6.

<sup>18</sup> Si veda, P. JIANG, "Minfa zongze" pingyi, cit., p. 6.

<sup>19</sup> Ancora P. JIANG, "Minfa zongze" pingyi, cit., p. 6.

<sup>20</sup> Si vedrà meglio a breve come, con la Repubblica Popolare Cinese, ancor prima del verificarsi degli avvenimenti di cui si discute e comunque con il procedere della collettivizzazione ed un ruolo sempre più marginale lasciato all'economia privata, si andò a sostituire, nel linguaggio impiegato dal legislatore il termine *hetong* (合同) al termine *qiyue* (契约) poiché, tra le altre ragioni, per designare il contratto, era maggiormente in sintonia con l'ideologia affermantesi, sul punto M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone*, cit., p. 255.

<sup>21</sup> Ad esempio, il "contratto di trasporto" (运输合同, *yunshu hetong*) era detto "rapporto di trasporto" (运输关系, *yunshu guanxi*). Si vd. P. JIANG, "Minfa zongze" pingyi, cit., p. 6.

<sup>22</sup> Ancora, sul punto, P. JIANG, "Minfa zongze" pingyi, cit., p. 6.

Sebbene, come visto, nessuno dei due menzionati progetti, per ragioni legate agli accadimenti socio-politici che hanno interessato la Cina in quei decenni è entrato in vigore, tuttavia, essi contengono degli elementi che non solo permettono di comprendere quale fosse l’approccio al diritto dei contratti in Cina, ma che sono comunque venuti ad incidere sulla mentalità giuridica successiva e che sono utili per comprendere le caratteristiche del diritto cinese attuale. Ad esempio, se è vero che, come visto, nel secondo di questi progetti il termine “obbligazione” (*zhaiquan*) non era impiegato, lo spazio di contenuto giuridico da esso lasciato libero trovava una sua attrazione nell’alveo del termine “responsabilità” (责任, *zeren*) che, rispetto anche al *Progetto* di codice del 1956, assumeva, appunto, sempre più il ruolo di categoria centrale in materia<sup>23</sup>.

### 1.2. *La materia dei contratti: 合同 (hetong) e 经济合同 (jingji hetong)*

È sottolineato dalla dottrina cinese che il diritto dei contratti al tempo della Repubblica Popolare Cinese (RPC) ha attraversato un processo di sviluppo tortuoso<sup>24</sup> che viene suddiviso, in base alle diverse impostazioni dei vari studiosi in tre<sup>25</sup> o quattro fasi<sup>26</sup>. Nella gius-sinologia italiana, invece, si distingue, per quanto riguarda il periodo sino alla rivoluzione culturale, tra una prima fase di recezione del modello sovietico ed una seconda fase di erosione dello stesso sulla base di “opzioni politiche ed ideologiche antiformalistiche ed antiegalitarie”<sup>27</sup>. A queste fasi andrebbe, comunque, ora ad aggiungersi una nuova fase che è quella che ha iniziato ad affacciarsi nell’ottobre 2014 con la Decisione del Comitato centrale del Partito comunista cinese che ha dato avvio ai nuovi lavori di codificazione appena conclusi con la promulgazione completa del nuovo *Codice civi-*

---

<sup>23</sup> Se il progetto degli anni ’50 ancora prevedeva delle norme sia sulle obbligazioni in generale che poi delle norme speciali (si vedano le bozze riportate in Q. HE, X. LI, Y. CHEN (a cura di), *Xin Zhongguo Minfadian Cao’an Zonglan* (新中国民法典草案总览), I, Beijing, 2017, pp. 136 ss.); quello degli anni ’60 (中华人民共和国民法草案试拟稿 *Progetto ‘sperimentale’ di Codice civile per la RPC*) non solo non comprendeva le menzionate norme sull’obbligazione, ma il terzo libro regolava la circolazione del patrimonio che poteva avvenire in base a quanto stabilito dal diritto, dal piano, dal contratto o oralmente tra le parti (art. 73 della bozza del 1° novembre 1964, cfr. Q. HE, X. LI, Y. CHEN (a cura di), *Xin Zhongguo Minfadian Cao’an Zonglan* (新中国民法典草案总览), II, Beijing, 2017, 967) ed in caso di non adempimento di ‘doveri’ derivanti dal rapporto di circolazione del patrimonio si assumeva responsabilità sia dal punto di vista economico che amministrativo (art. 78 della stessa bozza, cfr. Q. HE, X. LI, Y. CHEN (a cura di), *Xin Zhongguo Minfadian Cao’an Zonglan*, II, cit., p. 968).

<sup>24</sup> Cfr. J. CUI (a cura di), *Hetongfa* (合同法), Beijing, 2010, p. 8.

<sup>25</sup> Cfr. S. HAN, *Hetongfa Zonglun* (合同法总论)<sup>2</sup>, Beijing, 2008, pp. 25-27.

<sup>26</sup> Cfr. J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., pp. 8-12.

<sup>27</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 254.

le della RPC<sup>28</sup> e che si aprirà definitivamente con l'entrata in vigore dello stesso fissata per il 1 gennaio 2021<sup>29</sup>.

È chiaro che tali suddivisioni rechino soltanto finalità espositive, poiché in un periodo così breve quanto ricco di avvenimenti, gli eventi che possono aver poi avuto riflessi anche sul piano degli assetti dogmatici sono di difficile e complessa verifica.

Viene sottolineato dagli studiosi cinesi come nella fase iniziale dell'instaurazione della "nuova Cina" l'economia nazionale era in attesa di una ripresa e, nella coesistenza di diversi tipi di economie, lo Stato promosse un commercio interno libero e fece dunque uso dello strumento del contratto<sup>30</sup>. È, infatti, precisato che in questo periodo le politiche guida del partito erano volte allo sviluppo della produzione e dello scambio di prodotti, e dunque finalizzate al soddisfacimento delle necessità legate alla trasformazione dei vari enti economici, agricoli, artigiani ed imprese capitalistiche verso il socialismo. Lo Stato, all'interno dell'ambito economico, fece ampio ricorso all'istituto del contratto: ad esempio, per i principali affari (quali compravendite di beni, locazioni, prestiti ecc.) tra organi di Stato, imprese di Stato e cooperative<sup>31</sup>. Anche in Cina sono venuti dunque a diffondersi i modelli di contratto fioriti nell'URSS in collegamento con i piani di sviluppo economico e la relativa necessità di esecuzione degli stessi, ed andati poi a diffondersi, seppur con diverse peculiarità nei diversi luoghi, anche negli altri Paesi socialisti, noti con la denominazione di "contratti economici"<sup>32</sup>. Sebbene questi contratti economici siano andati a configurarsi in modi diversi tra i vari Paesi, così come anche all'interno dello stesso Paese nel corso del tempo in rapporto ai piani economici elaborati, venendo a declinarsi secondo tinte e modalità diverse tra loro, gli studiosi più attenti hanno individuato delle caratteristiche 'trasversali', tra cui possono richiamarsi la comune natura di fonte dell'obbligazione, la determinazione delle parti contraenti, la particolare compressione della libertà contrattuale ed, infine, la particolare concezione dell'adempimento coordinato con i principi generali del diritto socialista, come quello della mutua assistenza che modifica la normale prospettiva con cui si guarda alle conseguenze dell'inadempimento, ove si prediligono i rimedi volti comunque alla tutela rigorosa del rispetto di quanto stabilito nel contratto economico, in quanto teso a perseguire l'interesse collettivo concretizzantesi nel piano economico e, quindi, fortemente orientata verso l'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni sorte, piuttosto che alle sole con-

<sup>28</sup> Sul punto *infra* in particolare cap. X.

<sup>29</sup> Si veda l'art. 1260 del nuovo *Codice civile della RPC* richiamato *infra* cap. X.

<sup>30</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>2</sup>, cit., p. 26.

<sup>31</sup> J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 8.

<sup>32</sup> Si veda al riguardo quanto osservato in G. AJANI, s. v. *Contratto economico nei Paesi socialisti*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino, 1989, pp. 259-260.

seguenze patrimoniali risarcitorie<sup>33</sup>. Si ha in questo caso una chiara influenza dell'adeguamento della disciplina contrattuale alle prospettive pubblicistiche nelle quali il 'contratto economico' veniva ad operare.

Per quanto riguarda la Cina, si è già visto come con l'istituzione della Repubblica Popolare venne abolita la legislazione nazionalista, incluso il *Codice civile* del 1931. La materia contrattuale iniziò, in tale contesto, ad essere nuovamente disciplinata con il *Regolamento provvisorio per i contratti stipulati tra organi, imprese di Stato e cooperative* emanato il 27 settembre 1950, dal Comitato per gli affari finanziari ed economici del governo di allora<sup>34</sup>. Successivamente, i vari ministeri e commissioni hanno emanato una grande quantità di regole in materia contrattuale, in rapporto ad esempio ai contratti di compravendita, somministrazione, costruzione, trasporto, assicurazioni, mandato<sup>35</sup>.

Di particolare rilievo per il discorso che si sta svolgendo è un aspetto che emerge in modo piuttosto nitido dall'art. 2 del *Regolamento provvisorio* ora menzionato e che ci offre una chiave di lettura importante circa quello che di lì a breve sarebbe stato poi formalmente denominato come "contratto economico", 经济合同 (*jingji hetong*)<sup>36</sup>. Da un lato, infatti, sebbene nel contratto economico si faccia riferimento all'accordo, emerge nella sostanza come l'accordo abbia caratteristiche peculiari, dovendo tut-

---

<sup>33</sup> Circa tali aspetti si veda ancora G. AJANI, *s. v. Contratto economico nei Paesi socialisti*, cit., pp. 259 ss.

<sup>34</sup> "机关、国营企业合作社签订合同契约暂行办法", si veda sul punto J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 8; S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>2</sup>, cit., p. 26. Il *Regolamento* ha ad oggetto "rilevanti attività di affari" tra organi pubblici, imprese di Stato e cooperative che non possono essere immediatamente liquidate – sul punto si veda anche quanto poco oltre nel testo – (art. 2: 凡机关、国营企业、合作社之间有主要业务行为不能即时清结者, 如借贷、代理收付、货物买卖、定制货物、以货易货、委托收售、委托加工、委托贷款款项或实物、委托运输、修缮建筑、租让经营、合资经营等, 必须签定合同, 并须将原合同抄送当地人民银行一份, 以当地的人民银行为结算中心, 履行合同之每笔收付, 必须使用人民银行支票) e che quindi creano, nella sostanza, rapporti che debbono poi essere adempiuti successivamente. Quali esempi di tale tipologia di contratti il *Regolamento* menziona prestiti, compravendite, *joint ventures*, "mandati di trasporto" ecc. Il *Regolamento* prevede altresì che, dopo che le parti avessero stipulato tali contratti, avrebbero dovuto inviarne copia alle banche locali che avrebbero svolto poi la funzione di centro di liquidazione per ogni pagamento legato all'adempimento di tali contratti. Tali contratti potevano essere stipulati soltanto tra persone giuridiche, non era possibile che fossero stati stipulati tra persone giuridiche e privati (art. 5: 合同或契约之签订, 必须以法人为对象, 以其主管人为代表, 不得以个人为对象, 并不得因主管人变动, 而拒绝履行合同, 各单位主管人移交时, 须将合同契约列入移交) e può ritenersi, *a fortiori*, tra privati.

<sup>35</sup> Cfr. J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., pp. 8 e 9.

<sup>36</sup> Si veda, del Ministero del commercio e del Ministero delle industrie locali, il *Comunicato su alcuni problemi attuali nell'esecuzione di contratti economici inseriti nella pianificazione dell'industria e del commercio* (对目前有关工商计划衔接贯彻经济合同中若干问题规定的联合通知).

te le parti coinvolte accettare volontariamente tali contratti pianificati<sup>37</sup>. Dall'altro lato, tuttavia, già da subito dopo la fondazione della Repubblica Popolare (1949) ed a seguito dell'abrogazione, come visto, dei codici precedenti, anche se non venne da subito compiuto ricorso alla denominazione di "contratto economico", proprio da tale art. 2 del *Regolamento provvisorio* del 1950 traspare chiaramente la necessità di andare, comunque, a proteggere giuridicamente un dovere da adempiersi nel futuro ed il "contratto", anche se in questa 'nuova veste', è stato visto come lo strumento più idoneo a realizzare tale obiettivo. Nell'articolo *de quo* è previsto che il *Regolamento* vada ad applicarsi a casi di transazioni che "non possono essere immediatamente liquidate" (不能即时清结者, *buneng jishi qingjiezhe*). Traspare così limpidamente quel legame del contratto con l'obbligazione, caratteristica fondante il sistema romano fin dalla costruzione della giurisprudenza pontificale arcaica dell'*oportere ex sponsione*, che a sua volta, a seguito degli sforzi di rilettura svolti prevalentemente dai giuristi romani, è stato (come si vedrà meglio nei prossimi capitoli) configurato in termini di *obligatio*<sup>38</sup>.

L'interesse 'pratico' perseguito con l'utilizzazione dello schema del 'contratto' nelle economie pianificate è quello di regolare dei doveri giuridici aventi ad oggetto prestazioni di rilevanza patrimoniale che debbono essere adempiute nel futuro. Ed infatti, pur se non con riferimento al *Regolamento* di cui si discute, ma parlando più in generale del contratto economico, è stato puntualmente evidenziato come l'esperienza del contratto economico "evidenzia agli occhi del giurista della tradizione civilistica europea la vitalità dello schema del contratto anche al di fuori del principio di libertà contrattuale, quale strumento adeguato non tanto della autonomia privata, quanto del piano economico statuale, dove il fondamento consensuale ed il tipo di effetto giuridico ad esso connesso (cioè *in primis* la nascita di obbligazioni) conservano una loro particolare utilità anche all'interno di una economia pianificata ed anche al di fuori di un libero incontro di volontà delle parti coinvolte nel contratto"<sup>39</sup>.

Ciò risulta confermato, vale la pena osservare, anche al di fuori dell'esperienza sovietica e cinese, nel processo di modernizzazione a cui il diritto polacco è stato sottoposto dal finire degli anni '80 ed inizi anni dei '90 del secolo scorso. Le riforme attuate in Polonia per gestire la transizione da un'economia sostanzialmente pianificata ad un'economia di mercato, non presero la via di una nuova codificazione, ma quella di riformare il *Codice*

---

<sup>37</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 259.

<sup>38</sup> Su questi svolgimenti si veda, per tutti, R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016, 61 ss. e 273 ss.

<sup>39</sup> R. CARDILLI, *Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用*, cit., p. 154.

civile del 1964<sup>40</sup>. Tra le modifiche più importanti, possono richiamarsi quelle introdotte con la *Legge* del 28 luglio 1990 con la quale venivano abrogati gli enti economici collettivi, erano apportate importanti modifiche alla proprietà socialista e alla proprietà collettiva, era reintrodotta il principio di libertà contrattuale, e previsto l'istituto della eccessiva onerosità sopravvenuta. Nell'ambito del tema qui affrontato, non v'è dubbio che la riforma di maggiore rilievo sia stata quella relativa all'inserimento dell'art. 353<sup>1</sup> sulla libertà contrattuale, che, una volta sostituitosi al principio preesistente, condizionato dall'idea del contratto socialista, non sembra aver imposto una modifica degli articoli successivi, connessi al concreto regime complessivo del contratto e delle obbligazioni<sup>41</sup>. Ciò è un chiaro indizio del nucleo di validità della disciplina contrattuale anche quando del contratto non sia valorizzato il momento di libero accordo delle volontà. Altri elementi di contenuto della disciplina contrattuale conservano un ruolo fondamentale, anche al di fuori della nozione del contratto propria della tradizione romanistica, quanto meno dal giusnaturalismo<sup>42</sup>. In particolare, proprio l'importanza di quello che è il suo 'effetto caratteristico', ossia l'obbligazione, rappresenta un elemento di resistenza dello schema del contratto anche in società ed economie non orientate verso il liberismo.

Per quanto riguarda, poi, il profilo terminologico della denominazione in cinese del contratto, è in questa fase che avviene il passaggio dall'impiego di *qiyue* ad *hetong* come termine volto ad indicare, in generale, il "contratto". Nel titolo del *Regolamento* viene posto in essere un accostamento tra 合同 (*hetong*) e 契约 (*qiyue*), termini che poi all'interno dello stesso *Regolamento* sembrano impiegati in modo intercambiabile<sup>43</sup>. Ad esempio negli artt. 5, 7, 8 del *Regolamento*<sup>44</sup> ricorre la formulazione "合同或契约" – "*hetong huo qiyue*", traducibile come "*hetong* oppure *qiyue*". Inizia ad av-

<sup>40</sup> Sul *Codice civile* della Polonia del 1964 e sulle riforme apportate dopo il 1990 si vd. A. GAWRYSIAK, ZABŁOCKA, J. ZABŁOCKI, *Appunti sul codice civile polacco*, in *Diritto@Storia*, 8, 2009.

<sup>41</sup> Sebbene, ovviamente, non sia questa la sede in cui approfondire il tema, soltanto come spunto di riflessione sembra opportuno tenere in considerazione che, tra gli emendamenti posti in essere il 28 luglio 1990, salvo l'aggiunta delle disposizioni richiamate nel testo, ne sono state aggiunte delle altre attinenti alla materia della diligenza del debitore nell'adempimento (art. 355 §2), sulle sopravvenienze (art. 357<sup>1</sup>) e comunque si è trattato di interventi che, per il tema di cui si discute, pare possa ritenersi abbiano mantenuto inalterato l'impianto di base. cfr. i nn. 48) ss. dell'art. 1 della 321 USTAWA z dnia 28 lipca 1990 r. (o zmianie ustawy– Kodeks cywilny), in *Dziennik Ustaw*, n. 55, pp. 787 ss.

<sup>42</sup> Al riguardo, *infra*, cap. VIII.

<sup>43</sup> In tal senso anche M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 255.

<sup>44</sup> Per l'art. 5 si veda *supra* in nota nel presente §. L'art. 7 dispone: 合同或契约之修改或因故不能履行, 必须经双方及保证人之书面同意, 方为有效. L'art. 8 dispone: 合同或契约签定后如因一方未履行该合同或契约, 致使对方遭受损失时, 须负赔偿之责, 保证人并应负连带责任.

viarsi il processo linguistico il cui esito sarà quello già menzionato per cui *hetong*, che avrebbe originariamente designato in prevalenza ‘atti collettivi’, finirà per essere impiegato al posto di *qiyue*.

Alla luce delle osservazioni già svolte nei paragrafi precedenti, l’idea di uguaglianza e comunione, maggiormente sottesa ad *hetong* piuttosto che non a *qiyue*, faceva sì che il primo dei termini si ponesse meglio in linea con i principi dell’ideologia economica socialista<sup>45</sup>. Anche il fatto che *hetong* sia stato accostato, come si è visto, dalla dottrina cinese agli ‘atti collettivi’ (*Gesamtakt*) e quindi agli atti in cui la volontà delle parti era volta in parallelo al perseguimento di uno stesso scopo<sup>46</sup> evidenzia la particolare funzionalità di *hetong* a valorizzare il suo significato in termini di ‘contratto’ nella prospettiva del contratto economico.

Questi aspetti conservano una loro piena rilevanza, anche alla luce delle precisazioni svolte in dottrina con riferimento al contratto economico, del quale è messo in rilievo che “l’accordo delle volontà era espressione di una libertà ‘metafisica’, intesa cioè come volontà di accettare la disciplina del contratto imposta dal piano”<sup>47</sup>. Nell’enfatizzare l’impiego di *hetong* rispetto a *qiyue* si riusciva così, da un lato, a sottolineare in modo più marcato la rottura ed il rigetto, proposti anche sul piano ideologico, di quanto risalente al periodo dell’antichità imperiale e di ciò che fece seguito allo stesso nei primi decenni dalla caduta della dinastia Qing<sup>48</sup>. La ‘Nuova Cina’ maoista si voleva porre in netta contrapposizione con la storia, anche giuridica, precedente, mutamento di paradigma che in materia contrattuale è concretamente accertabile anche sul piano del passaggio dal *qiyue* all’*hetong*.

Dall’altro lato, ancora a livello ideologico, si riusciva in tal modo a rendere un’idea di contratto nella quale l’elemento saliente non sarebbe tanto quello dell’accordo, quanto quello di fonte di obbligazione per le parti che, anche se contrapposte come nel caso della compravendita, avrebbero potuto essere non tanto viste come tali, quanto piuttosto dando rilievo alla prospettiva di una volontà espressa in parallelo, grazie alla quale le parti tendevano (o quantomeno avrebbero dovuto tendere) al perseguimento dei fini imposti nei piani economici e, più in generale, del fine comune della realizzazione del modello socialista.

A queste prime norme giuridiche emanate nella Cina maoista è riconosciuto dalla dottrina cinese il ruolo di aver, tra l’altro, contribuito al consolidamento dell’economia di stato di matrice socialista ed all’attuazione

---

<sup>45</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 255.

<sup>46</sup> Si vedano ad esempio, i già richiamati rilievi svolti in S. SHI, *Minfa zonglun*, cit., pp. 310-312.

<sup>47</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 259.

<sup>48</sup> Si veda quanto *supra* nei capp. I e II; si veda inoltre anche quanto *infra* in cap. IX.

del primo piano quinquennale<sup>49</sup>. Ancora a detta degli studiosi cinesi, sul finire degli anni '50, la Cina aveva completato la trasformazione verso il socialismo con l'abolizione dell'industria e del commercio privati e la costituzione delle comuni popolari a cui fece poi seguito la menzionata campagna del *dayuejin* (il "grande balzo in avanti") e si procedette in direzione del completamento del sistema di gestione pianificata centralizzata dell'economia nazionale<sup>50</sup>.

L'istituto 'tradizionale' del contratto quale espressione del principio di libertà privata, pur nella sua declinazione in termini di autonomia privata, giocava in realtà un ruolo molto marginale in un'economia in cui i rapporti di scambio erano interamente pianificati. I contratti costituivano soltanto i mezzi e le forme per regolare e realizzare le allocazioni pianificate<sup>51</sup>. Come già si accennava, però, restava in ogni caso l'esigenza di andare, pur nell'ambito delle allocazioni pianificate, a proteggere la vincolatività dei doveri proiettati nel futuro. Nelle discussioni tenutesi in seno al partito tra il 28 novembre ed il 10 dicembre 1958 in collegamento con l'approvazione delle *Decisioni circa talune questioni riguardanti le comuni popolari*<sup>52</sup>, a seguito di critiche, vennero rimosse quali erronee le idee legate alla produzione e scambio di prodotti e si decise di proseguire con lo sviluppo della produzione e di sostenere un'allocazione di questi basata sul lavoro<sup>53</sup>. In tale spirito, il 20 dicembre dello stesso anno il Comitato centrale del partito ed il Consiglio degli affari di Stato promulgarono le *Decisioni circa il miglioramento del sistema di gestione della finanza e del commercio rurale per soddisfare la creazione di comuni popolari*<sup>54</sup> con cui si venne a stabilire che tra gli organi di Stato operanti nel commercio, così come tra le comuni popolari, si sarebbe dovuto procedere alla stipulazione di contratti per l'acquisto e vendita di beni sulla base dei piani statali<sup>55</sup>.

Ancora la dottrina cinese mette in luce come, in ragione delle circostanze oggettive del momento, tali *Decisioni* non siano poi state rigidamente eseguite e come, in ogni caso, a partire dal 1961 vi sia stato un nuovo secondo sviluppo dell'istituto del contratto e della legislazione sul tema in collegamento con l'avvio delle cd. "politiche degli otto caratteri"<sup>56</sup>.

<sup>49</sup> Si veda J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 9.

<sup>50</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>2</sup>, cit., p. 26.

<sup>51</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>2</sup>, cit., p. 26.

<sup>52</sup> 关于人民公社若干问题的决议.

<sup>53</sup> J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 9.

<sup>54</sup> 关于适应人民公社化的形势改进农村财政贸易管理体制的决定.

<sup>55</sup> J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 9.

<sup>56</sup> J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 9. Gli otto caratteri delle menzionate politiche, le "八字方针" (*Bazi fangzhen*) erano "调整、巩固、充实、提高" (*tiaozheng, gonggu, chongshi, tigao*) e quindi si trattava di politiche (quantomeno nello scopo formale) volte a perseguire aggiustamento, consolidazione, appagamento, miglioramento.

Diverse sono state le normative in materia contrattuale promulgate negli anni successivi, riguardo le quali è sottolineato che non dettavano soltanto delle norme di principio in riferimento al contratto, ma anche norme più specifiche in materia di conclusione, adempimento e responsabilità contrattuale rafforzandone, tuttavia, i profili pubblicistici<sup>57</sup>. Se infatti nelle normative in materia contrattuale del tempo sono presi in considerazione, anche in modo piuttosto dettagliato, profili attinenti ad esempio alla conformità dei beni oggetto del contratto, sia in termini di quantità che di qualità, rispetto a quanto pattuito<sup>58</sup>; dall'altro lato, non può non notarsi lo strettissimo legame tra tali strumenti e l'economia pianificata<sup>59</sup> e dunque come questi fossero stipulati tra 'enti pubblici'<sup>60</sup> e come le regole dettate mostrassero marcati tratti, appunto, 'pubblicistici'<sup>61</sup>. Occorre altresì sotto-

<sup>57</sup> J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 9.

<sup>58</sup> Si vedano le osservazioni in W. WANG, *Lun hetong de qiangzhi shiji lüxing* (论合同的强制实际履行), in *Faxue yanjiu* (法学研究), 3/1984, p. 47 ove è compiuto richiamo (in nota 3) all'art. 33, nn. 2 e 3 delle *Norme provvisorie circa le clausole di base nei contratti di ordine di prodotti industriali o minerari* (关于工矿产品订货合同基本条款的暂行规定) dell'8 agosto 1963 circa la possibilità che una delle parti richieda alla parte (parzialmente inadempiente) l'integrazione entro un dato limite di tempo di quanto necessario al fine di soddisfare quanto pattuito in termini di quantità ecc. nel contratto. Si vedano altresì, ancora a titolo esemplificativo le disposizioni contenute nell'art. 13 delle *Regole unificate per la consegna del legname* (木材统一送货办法) approvate dal Consiglio di Stato il 6 maggio 1965 (art. 13: 用木单位收到不符合规定的材树种而又确实不能使用的木材, 由供木单位报请上级主管部门同意后处理, 并如数补发合乎合同规定的木材).

<sup>59</sup> Ad esempio le menzionate *Regole unificate per la consegna del legname* si aprono con l'affermazione secondo cui le stesse siano volte a permettere il raggiungimento degli obiettivi dei piani nazionali per il trasporto di legname (art. 1: 为了完成国家木材调运计划, 明确产、运、需三方面的责任, 严肃履行供货合同, 简化木材发运手续, 节约费用, 制定本办法).

<sup>60</sup> Si veda, ancora a titolo esemplificativo, l'art. 2 delle citate *Regole unificate per la consegna del legname* (art. 2: 凡是实行统一送货的木材供应单位 (以下简称供木单位), 木材需用单位 (以下简称用木单位), 承担上述木材运输的铁路、交通部门 (以下简称承运单位) 和办理上述木款结算的有关银行, 都必须按照本办法的规定执行).

<sup>61</sup> Si veda l'art. 5 di tali *Regole unificate per la consegna del legname* il quale prevede che, qualora a causa di mutamenti accaduti sul lato della fornitura ovvero di limiti di capacità di trasporto, l'ente somministrato il legname non avesse potuto adempiere il contratto secondo quanto "pianificato", questi si sarebbe dovuto rivolgere all'organo di livello superiore al fine di modificare il luogo di origine della fornitura; nel momento in cui l'organo di grado superiore avesse proceduto alla sostituzione di tale luogo alla luce della richiesta, avrebbe dovuto compiere ricerche insieme all'ente locale che avrebbe posto in essere il trasporto al fine di adeguare, nel rispetto delle procedure, il "piano" per il trasporto stesso ed una volta modificato il "piano" darne notizia all'ente somministrato ecc. (art. 5: 供木单位因货源发生变化或受运输能力的限制, 不能按计划执行时, 应报请上级主管部门调整供货地点. 主管部门在调整供货地点的同时, 应与当地承运单位共同研究按规定手续变更运输计划. 变更后的计划, 应及时通知用木单位; comma 2: 用木单位临时要求变更到站或收货人时, 应由用木单位的主管部门在计划月份开始四十天以前, 提请供木单位的上级主管部门, 按照承运单位的规定统一办理变更手续). Si vedano altresì le disposizioni dettate all'art. 26 in riferimento alle modalità di risoluzione delle "controversie economiche" nascenti da tali contratti le quali prevedono che qualora

lineare al riguardo, tenendo conto altresì di quanto già si accennava circa lo spostamento di prospettiva dal piano dell’obbligazione a quello della responsabilità, che le dispute relative a tali rapporti di natura contrattuale appaiono in diversi luoghi inquadrati in termini di “responsabilità economica” (经济责任, *jingji zeren*)<sup>62</sup>.

Con la Rivoluzione culturale avviatasi nel maggio del 1966<sup>63</sup> si è aperta una nuova fase nel diritto della RPC e, tenendo conto anche di quanto osservato dagli studiosi cinesi, in base agli approcci revisionisti, il diritto dei contratti è stato quasi del tutto messo da parte<sup>64</sup>. Osservano altri studiosi che, con l’avvio della rivoluzione culturale, si passò ad un sistema di economia di prodotti su scala nazionale basato su piani obbligatori in cui lo Stato utilizzava piani di ogni tipo al fine di controllare le attività socio-economiche; piani che erano attuati tramite regolamenti, appunto, strumenti pubblicistici, tanto che, è ancora affermato da autorevole dottrina, con tono forse un po’ iperbolico, ma senz’altro efficace, al tempo, non può dirsi che sia esistito l’istituto del contratto<sup>65</sup>, ovvero occorrerebbe forse dire che vi fu un residuo di attività contrattuale, seppur contenuta entro limiti ristretti<sup>66</sup>. Si trattò, comunque, di un periodo che, come visto, gli

---

nell’esecuzione di tali *Regole* fossero sorte delle dispute economiche, sarebbe stato necessario fare tutto il possibile per risolverle tramite consultazioni. Ove ciò non fosse stato possibile, si sarebbe dovuto porre in essere un arbitrato sulla base delle *Regole* stesse e delle <altre> norme a queste relative presso la Commissione per gli affari economici della Provincia, Provincia autonoma, Municipalità del luogo in cui ha sede il debitore (art. 26: 本办法在执行中发生的经济纠纷, 应尽量协商解决。如解决不了时, 由债务方所在地的省、自治区、直辖市经济委员会, 根据本办法和有关规定进行仲裁)。Si vedano anche le osservazioni che, con riferimento alle richiamate *Norme provvisorie circa le clausole di base nei contratti di ordine di prodotti industriali o minerari* ed al *Comunicato* (del Comitato centrale del partito e del Consiglio per gli affari di stato – il governo) *sulla rigorosa esecuzione delle procedure di base per la costruzione e sulla rigorosa esecuzione dei contratti economici del 1962* (关于严格执行基本建设程序、严格执行经济合同的通知), sono svolte in M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., pp. 262-263.

<sup>62</sup> Ancora prendendo a riferimento le *Regole* ora più volte richiamate, ad esempio, l’art. 25, per quanto riguarda le dispute, edulcoratamente menzionate tramite l’impiego del termine 划分 (*huafen*), divisioni, differenze (S. LÜ *et al.*, s. v. 划分 (*Huafen*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.), dispone che: 有关供水、用水单位之间经济责任的划分, 应根据供货合同和国家有关规定执行。

<sup>63</sup> Si veda, ad esempio, quanto in <http://www.people.com.cn/GB/historic/0516/1619.html> (ultimo accesso, marzo, 2020).

<sup>64</sup> J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 9 che richiama il “管、卡、压” (*guan* – controllo, *ka* – divieto, *ya* – pressione).

<sup>65</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>2</sup>, cit., p. 26.

<sup>66</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 267; si vedano anche le pp. successive a cui si rinvia per approfondimenti sul tema. Per quanto riguarda il diritto al tempo della rivoluzione culturale si veda G. CRESPI REGHIZZI, *Diritto cinese e rivoluzione culturale*, in *Rivista di diritto civile*, 2/1967, pp. 300 ss. e, con riferimento ai modelli contrattuali impiegati dalle società per il commercio con l’estero, si veda dello stesso Autore, *Legal Aspects of Trade with China: The Italian Experience*, in *Harvard International Law Journal*, 9/1968, pp. 85 ss.

stessi studiosi cinesi definiscono del “nichilismo giuridico”, in cui il ruolo del diritto era, per impiegare un eufemismo, fortemente ridimensionato.

## 2. 改革开放 (Gaige kaifang) e tradizione romanistica

### 2.1. Dall'avvio delle politiche di apertura e riforma alla Decisione riguardante l'elaborazione del nuovo Codice civile

“Le riforme hanno bisogno del diritto civile, il diritto civile promuove le riforme” (改革需要民法, 民法促进改革), queste sono le parole pronunciate da uno dei più influenti giuristi cinesi nelle ultime decadi del secolo scorso<sup>67</sup>. Dal 1978, sotto la guida di Deng Xiaoping, sono state avviate le politiche di apertura e riforma<sup>68</sup>, progettate in modo che: si dispiegassero in favore del popolo; fossero basate su una costante sperimentazione; fossero gradualmente e poste in essere attraverso degli imprestiti culturali selettivi, secondo un chiaro percorso basato su un ordine di priorità<sup>69</sup>.

Il superamento del nichilismo giuridico e la volontà di fondare la società sul diritto sono stati, e restano, gli elementi fondanti questo processo di riforme<sup>70</sup>. Già nel dicembre del 1978 il Comitato Centrale del PCC venne a stabilire che le contraddizioni prodotte dalla lotta di classe avrebbero dovuto essere risolte in base alle procedure previste dalla *Costituzione* e dalle

---

<sup>67</sup> Z. YANG, *Jingji tizhi gaige yu zhiding minfa de biyaoxing* (经济体制改革与制定民法的必要性), in *Zhengfa luntan* (政法论坛), 6/1985, p. 7.

<sup>68</sup> A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi*, cit., p. 121.

<sup>69</sup> I punti chiave, così come spiegati da Zhang Weiwei sono i seguenti: “*People matter. Since 1978, China has pursued a down-to-earth strategy for modernization, and has focused on meeting the most pressing needs of the people. The architect of China's reform, Deng Xiaoping, argued that China could only 'seek truth from facts,' not from dogmas, and all reforms must take account of local conditions and deliver tangible benefits. Constant experimentation. All changes in China first go through a process of trial and error on a small scale, and only when they are shown to work are they applied elsewhere. Gradual reform, not big bang. China rejected 'shock therapy' and worked through the existing, imperfect institutions while gradually reforming them and reorienting them to serve modernization. [...] Selective learning. China has retained its long tradition of 'selective cultural borrowing' – including from the neoliberal American model, and especially its emphasis on the role of the market, entrepreneurship, globalization and international trade. It is inaccurate to describe the Chinese model as the 'Beijing consensus' versus the 'Washington consensus.' What makes the Chinese experience unique is that Beijing has safeguarded its own policy space as to when, where and how to adopt foreign ideas. Correct sequencing and priorities. China's post-1978 change has had a clear pattern: easy reforms first, difficult ones second; rural reforms first, urban ones second; changes in coastal areas first, inland second; economic reforms first, political ones second. The advantage is that the experiences gained in the first stage create conditions for the next stage*”, cfr. W. ZHANG, *The Allure of Chinese Model*, in *International Herald Tribune*, 1° novembre, 2006.

<sup>70</sup> A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi*, cit., p. 122.

leggi<sup>71</sup>. Al fine di riuscire porre in essere delle simili riforme, il diritto della tradizione romanistica tornava, alla stregua di quanto accaduto al tempo della 'modernizzazione' del *Qingmo* e segnando una traiettoria che viene confermata ancora oggi, ad offrire alla Cina quanto necessario. Innanzitutto, si tratta di un diritto scientificamente elaborato che non ha necessità di compiere riferimento a casi precedentemente decisi. Ciò, infatti, avrebbe costituito un problema quasi del tutto irrisolvibile nelle fasi subito successive al periodo del "nichilismo", in quanto con un approccio basato sul precedente, sarebbe stato necessario 'importare' casi guida da altri Paesi e dunque, per certi versi scegliere di 'sottomettersi' a regole create in base a determinate caratteristiche sociali, politiche, culturali<sup>72</sup>. Il diritto codificato della tradizione romanistica, invece, sostanzandosi in un sistema che permette di selezionare, criticamente, ciò che è necessario in un dato momento (e rimuoverlo eventualmente in seguito) si dimostra maggiormente adattabile alle esigenze di giustizia avvertite dal pragmatico popolo cinese, andando a rappresentare lo 'strumento' in grado di offrire quanto indispensabile al fine di gestire la transizione con le caratteristiche poco più su richiamate<sup>73</sup>. Dal sistema di *common law*, analogamente a quanto si è già sottolineato in precedenza con riferimento a ciò che avvenne nelle prime decadi del secolo scorso, ed in linea con le caratteristiche della transizione cinese che sono state messe in luce, vengono comunque presi dei singoli istituti o complessi di norme che sono tuttavia sottoposti a dei riadattamenti finalizzati al farli coincidere con la struttura generale basata sui modelli della tradizione romanistica.

Un primo, ulteriore, tentativo di codificazione in questa nuova fase risale al 1979, quando, sotto la guida di Peng Zhen e della Commissione per gli affari legislativi dell'ANP, venne istituito un Gruppo per la redazione del codice composto da 36 membri tra cui anche studiosi di diritto. Tuttavia, dopo la pubblicazione della quinta bozza nel maggio del 1982 i lavori

---

<sup>71</sup> Si veda anche Cfr. S. SCHIPANI, s. v. *Diritto Romano in Cina*, cit., p. 533.

<sup>72</sup> Su tale argomento si veda quanto già al riguardo osservato nei capp. precedenti e la bibliografia richiamata.

<sup>73</sup> Alla luce di tali coordinate si è già tentato di rileggere le vicende che hanno riguardato il diritto in materia di imprese nella RPC dal 1978 in poi: dalle *sanzi qiye* (le *joint ventures* sino-straniere – 中外合资企业; *Zhongwai hezi qiye*; le imprese cooperative sino-straniere – 中外合作企业, *Zhongwai hezuo qiye*; le imprese ad esclusivo capitale straniero – 外商独资企业 *Waishang duzi qiye*); alla *gufenhua* (股份化, 'azionizzazione': processo di trasformazione di imprese statali in società per azioni avviato nel 1984 con la scala degli tali esperimenti che è stata poi, successivamente, estesa sempre di più), sino alla *Legge sulle società* (中华人民共和国公司法 *Zhonghua Renmin Gongheguo Gongsifa*) adottata nel 1993 e le riforme che continuano ad interessarla così come alle altre Leggi in materia. Si veda sul punto, per ulteriori esemplificazioni, a S. PORCELLI, *Civilian Tradition and the Chinese Company Law*, in *Transition Studies Review*, 16/2009, pp. 438 ss.

vennero interrotti<sup>74</sup>. Riportano autorevoli studiosi che Peng Zhen propose di trasformare il lavoro di elaborazione delle nuove norme dall'essere "all'ingrosso" all'essere "al dettaglio", ossia propose di emanare prima delle leggi su singole materie, le c.d. *danxingfa* (单行法)<sup>75</sup> e successivamente, una volta raggiunta una certa completezza, si sarebbe proceduto alla elaborazione del codice civile<sup>76</sup>. La ragione di una simile scelta era legata al fatto che la Cina stesse attraversando una fase di rapide e profonde riforme sociali ed economiche e sarebbe stato difficile riuscire a dettare delle regole relativamente 'stabili' come quelle che possono essere inserite in un codice civile, dovendosi quindi attendere una fase di maggior maturazione delle riforme al fine di poter far ciò<sup>77</sup>. In effetti, leggendo quanto sottolineato da altri studiosi, può vedersi come in tale frangente, anche per la legislazione in materia privatistica, si preferì seguire l'idea di Deng Xiaoping del procedere in modo "un po' grezzo" (粗一些, *cu yixie*), poiché soltanto procedendo in modo "un po' grezzo" si sarebbe potuto procedere in modo "un po' rapido" (快一些, *kuai yixie*) e dotare altresì il diritto della (elevata) flessibilità che allora si riteneva necessaria<sup>78</sup>. Si preferì dunque procedere dettando norme nelle materie nelle quali l'esperienza sembrò più matura, su cui non vi erano forti discussioni, preferendo il ricorso a norme più generali, di principio, evitando il più possibile di addentrarsi in questioni concrete che, in quanto peculiari rispetto a determinate fasi della transizione, avrebbero potuto essere troppo legate alle contingenze dei vari momenti<sup>79</sup>. Con l'avanzare delle riforme anche le condizioni mutavano e dunque le previsioni normative dovevano essere conseguentemente modificate. Di ciò i migliori giuristi cinesi erano ben consapevoli<sup>80</sup> e ciò ha fatto sì che, pertanto, si scelse di non emanare in questa prima fase delle riforme un codice civile, ma piuttosto di impiegare delle più agili *danxingfa*, che potevano essere emanate e, all'occorrenza, modificate in modo più agevole rispetto al codice in base alle circostanze ed alle esigenze che sulla spinta delle riforme venivano a mutare. In effetti, considerando quanto poi accaduto nel corso delle ultime decadi, un eventuale codice avrebbe dovuto essere, altrimenti, diverse volte ritoccato se non, alcune

---

<sup>74</sup> P. JIANG, "Minfa zongze" pingyi, cit., p. 6.

<sup>75</sup> Circa la differenza tra le *danxingfa* e le *slip laws* statunitensi si veda S. PORCELLI, *Diritto romano, diritto cinese contemporaneo, diritto e globalizzazione*, in *Chaos e Kosmos*, 8/2010, p. 91, n. 100, consultabile in [http://www.chaoskosmos.it/pdf/2010\\_08.pdf](http://www.chaoskosmos.it/pdf/2010_08.pdf) (ultimo accesso agosto 2019).

<sup>76</sup> P. JIANG, "Minfa zongze" pingyi, cit., p. 6.

<sup>77</sup> Si veda ancora quanto in P. JIANG, "Minfa zongze" pingyi, cit., p. 6.

<sup>78</sup> Z. YANG, *Jingji tizhi gaige yu zhiding minfa de biyaoxing*, cit., pp. 6-7.

<sup>79</sup> Z. YANG, *Jingji tizhi gaige yu zhiding minfa de biyaoxing*, cit., p. 7.

<sup>80</sup> Z. YANG, *Jingji tizhi gaige yu zhiding minfa de biyaoxing*, cit., p. 7.

volte, stravolto – basti pensare, ad esempio, a quella che era la normativa in materia di proprietà e diritti reali negli anni '80 e poi al frutto del compromesso che si riuscì a raggiungere, dopo estenuanti dibattiti, con la *Legge sui diritti reali* in vigore dal 2007<sup>81</sup>, ovvero, si veda più avanti quanto si dirà in tema proprio di diritto dei contratti.

Altro aspetto di rilievo, circa questa prima fase delle riforme, è quello, già lucidamente segnalato in dottrina, relativo al fatto che, in uscita dal nichilismo giuridico caratterizzante il periodo della rivoluzione culturale, venne a rinnovarsi un interesse per il diritto sovietico, così che alcuni esponenti della dottrina giuridica cinese furono influenzati dalla dottrina sovietica (tra l'altro lì minoritaria) che vedeva il diritto dell'economia quale branca separata dal diritto civile<sup>82</sup>.

Viene sottolineato come all'epoca la nozione di diritto civile potesse apparire estranea rispetto alla realtà dell'economia cinese nella quale sul finire degli anni '70 restava una forte prevalenza di rapporti di comando verticale tra amministrazione, partito ed imprese<sup>83</sup>. Ciò venne ad esercitare influenza sulla adozione della *Legge sui contratti economici* (中华人民共和国经济合同法, *Zhonghua Renmin Gongheguo Jingji Hetong Fa*) e rappresentò uno degli ostacoli che impedirono l'esito favorevole dei richiamati lavori di codificazione che presero avvio nel 1979.

In realtà, fu proprio la *Legge sui principi generali del diritto civile* (中华人民共和国民法通则, *Zhonghua Renmin Gongheguo, Minfa Tongze*) del 1986 che, con l'art. 2 che prevedeva la sua applicazione a tutte le relazioni di tipo paritario anche tra persone giuridiche<sup>84</sup>, segnò il prevalere della corrente che appoggiava il diritto civile<sup>85</sup>.

Già dai primi anni successivi all'avvio delle Politiche di apertura e riforma vennero promulgate delle leggi in materia di diritto dell'impresa (anche per i casi in cui erano coinvolte persone e capitali esteri)<sup>86</sup>, di contratti in cui erano coinvolti elementi stranieri, leggi in materia di diritto di famiglia, successioni e quant'altro. Una volta chiarita, nel 1982, la questione della non necessaria redazione del codice civile, vennero emanate una vasta quantità di *danxingfa*, per poi essere, come si accennava, anche

<sup>81</sup> Al riguardo si veda più avanti nel presente paragrafo.

<sup>82</sup> G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., pp. 213-214.

<sup>83</sup> G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 214.

<sup>84</sup> L'art. 2 della *Legge sui principi generali del diritto civile* dispone che: 中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。

<sup>85</sup> G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 214.

<sup>86</sup> Al riguardo si veda ancora l'analisi svolta in S. PORCELLI, *Civilian Tradition and the Chinese Company Law*, cit., pp. 443 ss. e S. PORCELLI, *Dui Qiyefa Xiangguan de Zhidu de Fansi* (对企业法相关制度的反思), in A. FEI et al. (a cura di), *Cong Luoma Fa Zoulai: Sangdeluo Siqibani jiaoshou qishi shouchen hewen* (从罗马法走来桑德罗·斯奇巴尼教授七十寿辰贺文), Beijing, 2010, pp. 85 ss.

modificate al fine di essere mantenute in aderenza con il progredire delle riforme. Tra queste, ad esempio: la Legge sul matrimonio (中华人民共和国婚姻法, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hunyin Fa* del 1980, in vigore dall'1 gennaio 1981 ed emendata nel 2001), la Legge sui marchi (中华人民共和国商标法, *Zhonghua Renmin Gongheguo Shangbiao Fa* del 1982, modificata nel 1993, nel 2001 e da ultimo nel 2013), la Legge sui brevetti (中华人民共和国专利法, *Zhonghua Renmin Gongheguo Zhuanli Fa* del 1984, modificata nel 1992, nel 2000, nel 2008), Legge sulle successioni *mortis causa* (中华人民共和国继承法 *Zhonghua Renmin Gongheguo Jicheng Fa* del 1985), Legge sulle società di capitali (中华人民共和国公司法 *Zhonghua Renmin Gongheguo Gongsì Fa* del 1992, emendata nel 1999, nel 2004, nel 2013 e nel 2018), le più recenti, Legge sui contratti (中华人民共和国合同法 *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetong Fa* del 1999), Legge sui diritti reali (中华人民共和国物权法 *Zhonghua Renmin Gongheguo Wuquan Fa* del 2007), Legge sulla responsabilità da fatti illeciti (中华人民共和国侵权责任法 *Zhonghua Renmin Gongheguo Qinquan Zeren Fa* del 2009).

Una caratteristica comune di questo processo di produzione legislativa imponente che vale la pena sottolineare è quella della presenza di Leggi e normative apposite volte a dettare delle regole specifiche su alcune materie per i casi in cui siano coinvolti soggetti stranieri. Se nel corso delle ultime decadi il ruolo degli *status* è andato, nell'ambito del diritto privato, in linea di massima a decrescere<sup>87</sup>, basti pensare ad esempio, al venir meno della Legge sui contratti economici che coinvolgono elementi esteri (la 中华人民共和国涉外经济合同法 *Zhonghua Renmin Gongheguo Shewai Jingji Hetong Fa*, del 1985) a seguito dell'emanazione della menzionata *Legge sui contratti* del 1999; restano ancora, però, alcune aree in cui sono dettate delle norme apposite per i casi in cui sono coinvolti soggetti esteri e che creano anche talvolta problemi di ordine dogmatico, come nel caso del problema del coordinamento tra gli istituti in materia di diritti reali e proprietà e quelli in materia di diritto delle società, che nel caso delle società pubbliche sono stati ben sottolineati dalla più attenta dottrina<sup>88</sup>.

In tale contesto, ruolo chiave veniva quindi ad essere svolto dalla menzionata *Legge sui principi generali del diritto civile*, risalente alla metà degli anni '80 e redatta grazie al contributo dei maggiori giuristi del tempo (Jiang Ping, Tong Rou, Wang Jiafu e Wei Weiyong) e che, per la sua funzione, veniva considerata come un "piccolo codice civile"<sup>89</sup> ovvero come

---

<sup>87</sup> Sul tema ancora cenni in S. PORCELLI, *Civilian Tradition and the Chinese Company Law*, cit., pp. 438 ss. e S. PORCELLI, *Dui Qiyefa Xiangguan de Zhidu de Fansi*, cit., pp. 85 ss.

<sup>88</sup> Si veda, ad esempio, al riguardo T. YIN, *Zhongguo Minfadian bianzuan de zhang'ai ji qi kefu* (中国民法典编纂的障碍及其克服), in *Beifang Faxue* (北方法学), 52/2015, p. 39.

<sup>89</sup> P. JIANG, "Minfa zongze" pingyi, cit., p. 7.

“una sorta di codice civile coinciso”<sup>90</sup> e costituiva la “base fondamentale del sistema giuridico privatistico in Cina”<sup>91</sup>. Questa ha rappresentato poi lo stampo su cui è stata modellata la nuova parte generale del *Codice civile*. Come si avrà occasione di vedere meglio in seguito<sup>92</sup>, tra la *Legge sui principi generali del diritto civile* e la parte generale del nuovo *Codice civile*, vi sono molti punti in comune, tenendo in conto il fatto che nelle ultime decadi il quadro giuridico, in parallelo con quello economico e sociale, sia sensibilmente mutato.

Seppur costruita sul modello di una parte generale di codice civile, la *Legge sui principi generali* dettava una disciplina più sostanziosa in determinate aree (tra cui proprio quella dei contratti) al fine di sopperire alle lacune che sarebbero poi state colmate nel corso dei decenni successivi con l’emanazione di *danxingfa* specifiche quali, appunto, quelle sui contratti, sugli illeciti, sui diritti reali.

Nel corso degli anni '90 del XX secolo, con la promozione di strategie volte al rafforzamento del governo della Cina sulla base del diritto, il processo di codificazione ricevette una nuova accelerazione<sup>93</sup>. Nel 1998 Wang Hanbin tornò sull’idea di riprendere l’elaborazione di un codice civile, poiché la direzione presa dalle riforme sembrava ormai chiara ed erano state dettate delle *danxingfa* che andavano in linea di massima a coprire buona parte delle aree del diritto. La Commissione degli affari legislativi dell’ANP decise, quindi, di riprendere i lavori di codificazione ed istituì un Gruppo di redazione di leggi in materia civile con a capo Jiang Ping e Wang Jiafu<sup>94</sup>. Il Gruppo decise di procedere partendo dalle materie principali, per poi raccogliere il tutto in un codice unitario. Infatti, come si è già accennato, nel 1999, finalmente venne portata a termine l’elaborazione della *Legge* in materia di contratti (la 中华人民共和国合同法, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetong Fa*) che aveva avuto una lunga e difficile gestazione e, nel 2002, venne altresì sottoposto all’ANP un *Progetto di Codice civile* che contava oltre 1200 articoli<sup>95</sup>. Tuttavia, le critiche che quest’ultima ricevette furono molteplici e dunque si mise da parte il proposito di farlo approvare<sup>96</sup>. Anche dopo la promulgazione della *Legge sui contratti* del 1999 mancavano ancora all’appello quelle che rappresentano delle parti cruciali di un codice civile e, in primo luogo, la materia dei diritti reali la cui regolamentazione, data anche la delicatezza dell’argomento per un

<sup>90</sup> A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi.*, cit., p. 122.

<sup>91</sup> A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi.*, cit., p. 122.

<sup>92</sup> In particolare *infra* cap. X.

<sup>93</sup> X. ZHAO, *Dangdai Zhongguo de fadianhua yu fadian guan.*, cit., p. 12.

<sup>94</sup> P. JIANG, “Minfa zongze” pingyi, cit., p. 6.

<sup>95</sup> P. JIANG, “Minfa zongze” pingyi, cit., p. 7.

<sup>96</sup> P. JIANG, “Minfa zongze” pingyi, cit., pp. 6-7.

Paese socialista alle prese con un processo di importanti riforme, si protrasse per 13 anni e 7 esami da parte degli organi legislativi<sup>97</sup>, sino a quando nel 2007 entrò finalmente in vigore la menzionata *Legge sui diritti reali*<sup>98</sup>.

La *Legge sui Principi Generali del Diritto Civile della RPC* del 1986 che, come detto, svolgeva la funzione di raccordo sistematico, di codice civile conciso<sup>99</sup>, tuttavia, a circa 30 anni dalla sua promulgazione, con una società estremamente diversa, mostrava la necessità di adeguamenti, così come esigenze di aggiornamenti e migliore sistematizzazione del nucleo del diritto privato hanno iniziato ad essere sempre più sentite. Dietro impulso della *Decisione* del Comitato Centrale del PCC del 23 ottobre 2014 si è tornati, quindi, a lavorare alla redazione del *Codice civile*<sup>100</sup>. Una nuova *Parte generale*<sup>101</sup> è stata promulgata nel marzo 2017 ed è entrata in vigore (alla stregua di molte delle leggi più importanti delle ultime decadi) il primo ottobre dello stesso anno, giorno in cui cade la ricorrenza della fondazione della Repubblica Popolare Cinese e quindi simbolicamente importante per la Cina. I contenuti della *Parte generale* sono stati ora assorbiti quali contenuti della parte generale del nuovo *Codice civile* promulgato il 28 maggio 2020.

## 2.2. *L'istituto del contratto nel "sistema del tripode"* (三足鼎立, sanzudingli)

Dopo aver inquadrato, in linea di massima, il rapporto tra nozioni e principi ispirati dai modelli della tradizione romanistica e la società cinese nel corso delle ultime decadi, si può ora tornare ad osservare più da vicino le vicende che hanno riguardato l'istituto del contratto, che è venuto ad assumere progressivamente un sempre maggior rilievo nell'ambito delle riforme svolte nel corso delle ultime decadi andando a rappresentare

---

<sup>97</sup> X. ZHAO, *Dangdai Zhongguo de fadianhua yu fadian guan.*, cit., p. 12.

<sup>98</sup> Per quanto riguarda la materia dei diritti reali nella Repubblica Popolare Cinese, in lingua italiana, fondamentale il volume di Atti curato da Sandro Schipani e Giuseppe Terracina che raccoglie i contributi offerti nel corso Convegno internazionale tenutosi a Roma dal 29 novembre al 1 dicembre 2007 e dunque a ridosso dell'entrata in vigore della *Legge sui diritti reali della Repubblica Popolare Cinese* (1 ottobre 2007), S. SCHIPANI, G. TERRACINA (a cura di), *Sistema giuridico romanistico e diritto cinese. Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, Roma, 2009.

<sup>99</sup> A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi.*, cit., p. 122.

<sup>100</sup> Sulle primissime fasi dei lavori si veda la breve sintesi in S. PORCELLI, *Il sogno cinese e la compilazione del Codice civile – Zhongguo Meng yu Zhongguo Minfadian de Bianzuan*, in *CinItalia – ZhongYi*, 1/2015, pp. 70 ss.

<sup>101</sup> Circa il rapporto tra parte generale e diritto romano si vedano, ancora, le osservazioni svolte in S. SCHIPANI, s. v. *Diritto Romano in Cina*, cit., p. 531.

un punto di vista privilegiato per coglierne gli aspetti più profondi<sup>102</sup>.

È sottolineato dagli studiosi cinesi che, nei primi anni delle riforme, venne impressa una forte accelerazione alla produzione e allo scambio di tipo socialista in cui, pur mantenendo la pianificazione economica, si iniziò ad assegnare un ruolo, seppur complementare, al mercato. Il precedente sistema di amministrazione dell'economia fu modificato, ampliando i diritti di autonomia delle imprese<sup>103</sup> ed abbandonando la gestione basata quasi esclusivamente su rimedi di natura pubblicistica. Si prestò grande attenzione ai dati relativi allo sviluppo economico, elaborando un diritto adeguato a questi obiettivi, aprendosi così, a detta della dottrina cinese, ad un nuovo sviluppo del diritto dei contratti nella RPC<sup>104</sup>.

La prima fase fu, come già accennato, caratterizzata dal sistema cd. del tripode (三足鼎立, *sanzu dingli*)<sup>105</sup> ed in riferimento a questa venne a svolgere comunque un ruolo fondamentale, ancor prima del suo completamento, la menzionata *Legge sui principi generali* del 1986.

Precedentemente alla *Legge sui Principi generali* del 1986, era stata promulgata la *Legge sui contratti economici* (il 13 dicembre 1981)<sup>106</sup> che è considerata la prima legge sui contratti della "Nuova Cina"<sup>107</sup>. Questa ha segnato indubbiamente l'apertura di una nuova fase per quel che riguarda la materia dei contratti<sup>108</sup>.

Tramite la legge sui contratti economici è stato reso possibile che anche in Cina, rispetto alle più importanti attività economiche "有法可依", "vi sia < stato > un diritto da osservare"<sup>109</sup>, seppur, come spiegato dalla dottrina, attraverso un largo ricorso al modello sovietico di 'contratto economico', che in ordine temporale era già stato il modello accolto dalla scienza giuridica cinese prima che si scatenasse "la tempesta ideologica del tardo maoismo"<sup>110</sup>.

<sup>102</sup> Si vedano anche i rilievi svolti in S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>2</sup>, cit., p. 26.

<sup>103</sup> Nel 1978 venne riconosciuto il diritto alle imprese di Stato di poter entrare nel mercato, cfr. S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>2</sup>, cit., p. 26.

<sup>104</sup> J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 9.

<sup>105</sup> J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 10, si veda anche M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., pp. 279-280.

<sup>106</sup> 中华人民共和国合同法.

<sup>107</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>2</sup>, cit., p. 26

<sup>108</sup> J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 9.

<sup>109</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>2</sup>, cit., p. 26.

<sup>110</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 272. Si noti come tale approccio si collochi in realtà nel solco delle precedentemente menzionate linee tracciate da Zhang Weiwei (cfr. W. ZHANG, *The Allure of Chinese Model*, cit.), così facendo non si creava un passaggio "big-bang" ad altri modelli, ma si restava, comunque, nell'ambito di mutamenti graduali, in cui era possibile svolgere sperimentazioni per valutare anche la 'tenuta' di certi modelli ed istituti nel contesto della società cinese ecc.

Per quanto ancora non di portata generale, ma con applicazione limitata alle persone giuridiche, viene comunque offerta, dalla menzionata *Legge sui contratti economici*, una definizione del contratto. Il ‘contratto economico’, reso in termini di 经济合同 (*jingji hetong*), è definito nell’art. 2 quale “accordo tra persone giuridiche che definisce i rapporti di reciproci diritti ed obblighi, volto alla realizzazione di un preciso scopo economico”<sup>111</sup>. Nell’art. 9 si stabilisce che il contratto si considera concluso al momento in cui le parti raggiungono un consenso circa le principali clausole<sup>112</sup>. Nell’art. 5 si precisa che le parti, nella stipulazione del contratto, sono tenute a perseguire “eguali e reciproci vantaggi, uniformità del consenso, equivalente valore”<sup>113</sup> e che nessuna può “imporre con la forza il proprio volere all’altra”, così come che si fa divieto ai terzi<sup>114</sup> di interferire illecitamente nel consenso delle parti<sup>115</sup>.

Come si vedrà poco oltre, non tutti i contenuti espressi nella definizione e nel regime del contratto economico saranno conservati nelle Leggi successive. Così il riferimento espresso dell’art. 2 alla reciprocità di diritti ed obblighi, che non troviamo nelle definizioni del contratto più recenti. Il riferimento espresso dell’art. 5 al perseguimento di reciproci vantaggi sarà, in una prima fase, conservato nella sostanza in tutte e tre le *Leggi* del cd. sistema del tripode, ma verrà poi eliminato. Il richiamo alla ‘equivalenza del valore’ tornerà anche nella *Legge sui principi generali* del 1986, mentre non ricorre più ora nella parte generale del nuovo *Codice*<sup>116</sup>.

Tuttavia, come si vedrà più avanti<sup>117</sup>, è opportuno sottolineare sin da ora che il principio del 等价交换 (*dengjia jiaohuan*), cioè dell’equivalenza negli scambi, rappresenta un elemento fondamentale già radicato nella cultura giuridica cinese più antica.

Accanto a tali disposizioni di principio, la *Legge sui contratti economici* del 1981 disciplina anche diversi tipi di contratto, tra cui la ‘compravendita’<sup>118</sup>, il contratto di costruzione e di lavorazione; il trasporto di beni; il mutuo<sup>119</sup>.

<sup>111</sup> Art. 2: 经济合同是法人之间为实现一定经济目的, 明确相互权利义务关系的协议.

<sup>112</sup> Art. 9: 当事人双方依法就经济合同的主要条款经过协商一致, 经济合同就成立.

<sup>113</sup> È sottolineato come quello dell’equilibrio delle prestazioni sia stato uno dei principi sottesi a tali modelli, cfr. M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 283 e Li Zhuguo lì citato in n. 142.

<sup>114</sup> Letteralmente si parlava di ‘enti’ – unità (单位) ed individui.

<sup>115</sup> Art. 5: 订立经济合同, 必须贯彻平等互利、协商一致、等价有偿的原则。任何一方不得把自己的意志强加给对方, 任何单位和个人不得非法干预.

<sup>116</sup> Si veda *infra* cap. X.

<sup>117</sup> Si veda *infra* cap. IX.

<sup>118</sup> Indicata, tuttavia, diversamente da quanto nella *Legge sui contratti* del 1999 e nel nuovo *Codice civile* con il termine 购销 (*gouxiao*) piuttosto che non, appunto, con 买卖 (*maimai*).

<sup>119</sup> Si vedano gli artt. 17 ss.

Va, tuttavia, evidenziato come la disciplina della *Legge* conservi una forte impronta pubblicistica. Ad esempio, in materia di 'compravendita', la determinazione delle quantità di prodotti da acquistare era vincolata ai piani economici nazionali ovvero a quelli approvati dagli organi di livello superiore competenti<sup>120</sup>. In materia di prezzo, il venditore era vincolato dai prezzi stabiliti per ogni tipo di bene dal dipartimento competente, salvo i casi in cui fosse stata permessa la libera negoziazione, nel qual caso le parti avrebbero potuto liberamente negoziare il corrispettivo<sup>121</sup>. Inoltre, è interessante notare, da un punto di vista sistematico, che la *Legge* prevede una corposa parte di articoli dedicati alla responsabilità contrattuale.

Il 21 marzo 1985, tenendo conto delle peculiarità relative ai contratti recanti 'elementi esteri'<sup>122</sup>, a seguito degli 'esperimenti' svolti, ad esempio, nella Zona economica speciale di Shenzhen e nella Zona di sviluppo economico e tecnologico di Dalian<sup>123</sup>, fu promulgata dal Comitato Permanente dell'ANP la *Legge sui contratti economici con elementi esteri della RPC*<sup>124</sup>. A questa *Legge* è riconosciuto il ruolo di aver contribuito al compimento di un passo in direzione dell'avvicinamento del diritto dei contratti della RPC e quello degli 'stati occidentali'<sup>125</sup>. Questa si applicava ai contratti economici (resi sempre in termini di 经济合同-*jingji hetong*) stipulati tra persone giuridiche della RPC (imprese o altre organizzazioni di tipo economico) e persone giuridiche straniere (imprese, altre organizzazioni di tipo economico) o – e ciò è particolarmente rilevante – persone fisiche straniere, con esclusione dei contratti di trasporto internazionale<sup>126</sup>.

Analogamente a quanto stabilito nella *Legge sui contratti economici* del 1981, le parti, nella stipulazione del contratto, avrebbero dovuto rispettare i principi di "eguali e reciproci vantaggi ed uniformità del consenso". Non si ha qui il riferimento esplicito al principio dell'equivalente valore, così come quello al divieto di imporre con la forza la propria volontà nei confronti dell'altra parte e quello riferito alle interferenze illegittime da parte di terzi<sup>127</sup>. La *Legge* del 1985 tocca – come può intuirsi già dal suo stesso

<sup>120</sup> Art. 17, n. 1: 产品数量, 按国家和上级主管部门批准的计划签订; 没有国家和主管部门批准计划的, 由供需双方协商签订.

<sup>121</sup> Art. 17, n. 3: 产品的价格, 按照各级物价主管部门规定的价格 (包括国家订价、浮动价) 签订。政策上允许议价的, 价格由当事人协商议定.

<sup>122</sup> J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 9.

<sup>123</sup> Sul punto, veda M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 291.

<sup>124</sup> 中华人民共和国涉外经济合同法.

<sup>125</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>2</sup>, cit., pp. 26-27.

<sup>126</sup> Art. 2: 本法的适用范围是中华人民共和国的企业或者其他经济组织同外国的企业和其他经济组织或者个人之间订立的经济合同 (以下简称合同)。但是, 国际运输合同除外.

<sup>127</sup> Si veda il precedentemente menzionato art. 5 della *Legge sui contratti economici* e l'art. 3 della *Legge sui contratti economici con elementi stranieri* di cui si sta discutendo il cui testo è il seguente: 订立合同, 应当依据平等互利、协商一致的原则.

titolo – temi di diritto internazionale privato prevedendo, ad esempio, che le parti possano scegliere il diritto da applicare al contratto e i modi di risoluzione di eventuali controversie derivanti dal contratto, ed in via sussidiaria si prevede l'applicabilità del diritto nazionale con cui il contratto risultasse avere il rapporto più stretto<sup>128</sup>. Aspetto da sottolineare è che la Corte Suprema, nell'art. 10 dell'*Interpretazione circa talune questioni riguardanti l'applicazione della Legge sui contratti economici con elementi esteri della RPC*<sup>129</sup> equiparò – analogamente a quanto prevedeva l'art. 74 del *Codice civile* del 1931 – tra le cause di invalidità del contratto economico internazionale, oltre ai vizi della volontà, l'abuso della situazione di inferiorità dell'altra parte volto ad indurla ad accettare condizioni che altrimenti non avrebbe accettato<sup>130</sup>. In questa *Legge* è da notare, invece, la totale assenza di una disciplina specifica dei singoli tipi di contratto.

Si conserva, invece, un certo controllo pubblicistico, prevedendosi nel comma 2 dell'art. 7, la necessità dell'ottenimento dell'approvazione pubblica, quando per il contratto internazionale concluso sia prevista l'autorizzazione statale dalle leggi e dai regolamenti amministrativi della RPC, quale condizione inderogabile del perfezionamento del contratto concluso tra le parti<sup>131</sup>.

Per completare questo breve quadro circa il sistema del tripode, occorre rapidamente prendere in considerazione anche la *Legge sui contratti tecnologici della RPC*, entrata in vigore nel 1987<sup>132</sup> che aveva ad oggetto i contratti (resi col termine *hetong*) di sviluppo, trasferimento, servizi ecc. relativi all'ambito delle tecnologie<sup>133</sup>.

<sup>128</sup> Ciò non valeva, è precisato al secondo comma, per i contratti di Joint Ventures Sino-Estere, da Cooperative Sino-Estere, Cooperative Sino-Estere per l'esplorazione e per lo sfruttamento di risorse naturali da adempiersi nel territorio della RPC. Il testo dei richiamati primi due commi dell'art. 5 di cui si discute è il seguente: 合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。当事人没有选择的, 适用与合同有最密切联系的国家的法律; comma 2: 在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同, 适用中华人民共和国法律。

<sup>129</sup> Si tratta della 最高人民法院关于适用涉外经济合同法若干问题的解答. Circa le Interpretazioni della Corte Suprema e la loro collocazione nel quadro delle fonti del diritto della Repubblica Popolare, saranno dati più avanti dei riferimenti maggiormente approfonditi.

<sup>130</sup> Su tale previsione, si veda anche M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 299.

<sup>131</sup> Art. 7, comma 2: 中华人民共和国法律、行政法规规定应当由国家批准的合同, 获得批准时, 方为合同成立. In modo più approfondito circa tale *Legge*, anche con riguardo ai rapporti tra questa e la *Convenzione sui contratti per la vendita internazionale di beni mobili* (CISG) e la *Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, si veda quanto in M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 291 ss.

<sup>132</sup> 中华人民共和国技术合同法.

<sup>133</sup> L'art. 2 prevedeva che: 本法适用于法人之间、法人和公民之间、公民之间就技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务所订立的确立民事权利与义务关系的合同。但是, 当事人一方是外国的企业、其他组织或者个人的合同除外. L'art. 1 in modo programmatico disponeva che lo scopo della *Legge* sarebbe stato quello di promuovere lo sviluppo della scienza e tecnologia da porre al servizio della modernizzazione socialista (questo è, nella sostanza il contenuto della prima

Va evidenziato come per la prima volta una *Legge* cinese in materia contrattuale abbia stabilito, seppure nei limiti della materia regolata, che possano essere parti del contratto, oltre le persone giuridiche, anche i privati cittadini<sup>134</sup>.

I principi che informano la *Legge* del 1987 sono quello della libera volontà ed eguaglianza, della buona fede e della reciprocità dei vantaggi. In particolare, tale ultimo principio è declinato anche con il richiamo della non gratuità dell'accordo concluso<sup>135</sup>.

La *Legge* stabilisce per i contratti tecnologici la forma scritta *ad substantiam*, sia per quanto riguarda la conclusione che eventuali modifiche o la risoluzione<sup>136</sup>. Anche in questo caso, si coglie l'influenza del controllo pubblico, con un ampio spazio lasciato ad eventuali interventi delle autorità amministrative. L'art. 8 prevede, infatti, che il Consiglio degli affari di Stato (in Cina organo nazionale di governo) avrebbe indicato quali dovevano essere gli enti pubblici deputati a "gestire" tali contratti<sup>137</sup>. In questa *Legge* si torna a disciplinare, poi, in modo dettagliato i singoli tipi contrattuali<sup>138</sup>.

### 2.3. La Legge sui principi generali del diritto civile del 1986

Nel 1986 è stata promulgata la già menzionata *Legge sui principi generali del diritto civile della RPC*<sup>139</sup>, cui la dottrina riconosce un significato "epocale" nella storia recente del diritto cinese<sup>140</sup>. Si è già accennato al ruolo che questa *Legge* ha effettivamente svolto nel contesto storico di sua emanazione, così come all'influenza che essa ha avuto sulla parte generale del nuovo *Codice civile*. Questa *Legge* regola, appunto, diverse aree del diritto privato: dal diritto delle persone, alle obbligazioni, alla rappresentanza, offrendo le norme di base attraverso cui l'intero diritto privato stesso si coordinava col principio formale di eguaglianza (art. 2)<sup>141</sup>.

---

parte dell'art. 1: 为了推动科学技术的发展, 促进科学技术为社会主义现代化建设服务).

<sup>134</sup> Si veda, al riguardo, poco più avanti la piuttosto sostanziosa 'apertura' offerta con l'art. 85 della *Legge sui principi generali* del 1986.

<sup>135</sup> L'art. 4 disponeva che: 订立技术合同, 应当遵循自愿平等、互利有偿和诚实信用的原则.

<sup>136</sup> L'art. 9 disponeva che: 技术合同的订立、变更和解除采用书面形式.

<sup>137</sup> L'art. 8 disponeva che: 技术合同的管理机关由国务院规定.

<sup>138</sup> Le tipologie di contratto tecnologico che erano regolati da tale *Legge* erano i contratti di sviluppo tecnologico (a cui era dedicato il capitolo 3 appunto intitolato 技术开发合同); contratti di trasferimento di tecnologia (il capitolo 4 era intitolato 技术转让合同) ed i contratti di consulenza tecnica e servizi tecnici (capitolo 5, intitolato 技术咨询合同和技术服务合同).

<sup>139</sup> 中华人民共和国民法通则.

<sup>140</sup> J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 9.

<sup>141</sup> Si veda nuovamente, il già richiamato, art. 2: 中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系.

Come si è già avuto modo di segnalare altrove, questa era, in linea di massima, costruita sulla struttura ‘tipica’ del modello codificato della tradizione romano-germanica della ‘parte generale’, struttura integrata in taluni punti seguendo, per certi versi, i modelli che si erano consolidati nelle ultime decadi in Cina anche sotto l’influenza del modello sovietico, e che andava, dall’altro lato, a gettare i pilastri nelle aree, come quella dei diritto dei contratti ove, in assenza di normative dettagliate (salvo, come visto, comunque le norme che si trovavano nelle *Leggi* del sistema del tripode), era comunque necessario indicare quali avrebbero dovuto essere quantomeno i principali punti di riferimento<sup>142</sup>.

Nella sezione Seconda, dedicata alle obbligazioni, si usa la terminologia 债权, *zhaiquan*, riprendendo la formulazione impiegata nel *Progetto Qing* che si è visto essere stata poi abbandonata nel *Progetto del 1926* e nel *Codice civile* del 1931 a favore del più neutrale termine di 债扁 – *zhaibian*.

Il capitolo V sui diritti soggettivi (“diritti civili” – 民事权利, *minshi quanli*) include una disciplina delle obbligazioni. La scelta sistematica di includere le obbligazioni nell’ambito della *Legge* assume un ruolo significativo e segna un mutamento di paradigma della considerazione dello schema giuridico rispetto alla concezione che si era affermata in Cina nel corso delle decadi precedenti. Mentre, infatti, come sopra visto, all’interno del modello di economia pianificata, la scelta del contratto quale fonte dell’obbligazione era stata condizionata non tanto dai profili consensualistici del primo, quanto dagli effetti giuridici vincolanti sul piano patrimoniale della seconda, con la *Legge sui principi generali*, dell’obbligazione, che viene innervata nel principio di eguaglianza (formale) sancito nell’art. 2, viene dato risalto non più soltanto al suo valore in chiave di doverosità giuridica e non di coercizione, ma altresì quello della struttura di ‘eguaglianza’ delle parti nel rapporto.

Nell’art. 84, posto in apertura della richiamata sezione II del capitolo V dedicata ai “diritti di obbligazione”, si legge che l’obbligazione è lo specifico rapporto di diritti ed obblighi che si produce tra le parti in base a quanto stabilito nel contratto<sup>143</sup> e nella legge.

Il soggetto titolare di diritti è detto creditore, quello che assume obblighi è detto debitore. Il creditore può, sulla base di quanto stabilito nel contratto o nella legge, pretendere dal debitore l’adempimento<sup>144</sup>.

Per quanto riguarda le fonti delle obbligazioni, fermo restando quanto

<sup>142</sup> Sul punto mi sia concesso di rimandare a S. PORCELLI, *La nuova “Parte Generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese”. Struttura e contenuti*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2019, pp. 670 ss.

<sup>143</sup> Circa il termine *yueding* qui impiegato, si veda quanto di dirà poco oltre.

<sup>144</sup> Il testo dell’art. 84 è il seguente: 债是按照合同约定或者依照法律的规定, 在当事人之间产生的特定的权利和义务关系, 享有权利的人是债权人, 负有义务的人是债务人; comma 2: 债权人有权要求债务人按照合同约定或者依照法律的规定履行义务.

si dirà a breve sul contratto, è interessante notare come negli artt. 92 e 93 si prevedano sia l’arricchimento ingiustificato che la gestione di affari altrui.

Per quanto riguarda il primo, è disposto che “qualora non vi sia un legittimo fondamento” e una persona ottenga un arricchimento non dovuto (不当得利, *budang deli* – denominazione ora comunemente riferita all’istituto), cagionando delle perdite ad altri, è obbligato restituire l’arricchimento ingiustificato alla parte che ha subito la perdita<sup>145</sup>.

Va rilevato, al riguardo, che il termine impiegato dalla *Legge* per esprimere l’assenza di un legittima causa all’arricchimento sia 根据, *genju*, nel senso di base, fondamento<sup>146</sup> e non 原因 *yuanyin* che rende il significato causa<sup>147</sup>, come già nel testo degli artt. 929 e 179 della *Progetto Qing* e del *Codice civile* del 1931.

Per quanto riguarda la gestione di affari altrui, invece, la *Legge* dispone che qualora, in assenza di preesistenti doveri imposti dalla legge o stabiliti dalle parti (约定 *yueding*, dove lo *yue* è lo stesso del *qiyue* e *ding* indica il decidere, lo stabilire, il fissare)<sup>148</sup>, un soggetto gerisca o compia dei servizi a favore di chi rischi di subire una lesione nei suoi diritti ed interessi, ha diritto di pretendere da colui che ha tratto beneficio dalla gestione il pagamento delle spese necessarie sostenute<sup>149</sup>.

Se con riferimento all’arricchimento ingiustificato, come si è visto, è venuta meno la menzione della “causa” (*yuanyin*) ed il legislatore ha preferito parlare di “fondamento” (*genju*), autorevole dottrina cinese giunge a spiegare che la mancanza di fondamento legittimo debba intendersi, nella sostanza, con quella che nel diritto romano era denominata ‘assenza di causa’ (ed impiega *yuanyin*), che nel *BGB* è la assenza di una *rechtlichen Grund* (ed impiega, nuovamente, *yuanyin*), che nel *Codice delle obbligazioni* svizzero è considerata come *yuanyin* indebita<sup>150</sup> proseguendo poi con spiegazioni circa la “causa non legittima”<sup>151</sup>.

La stessa dottrina con riferimento a quanto disciplinato dall’art. 93 parla, impiegando una terminologia che si è visto già essersi affermata ai tempi del *Codice* del 1931, di 无因管理 (*wuyin guanli*) aggiungendo che la

<sup>145</sup> Il testo dell’art. 92 prevede, infatti, che 没有合法根据, 取得不当利益, 造成他人损失的, 应当将取得的不当利益返还受损失的人.

<sup>146</sup> Si veda, ad esempio, S. LÜ *et al.*, s. v. 根据 (*Genju*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>147</sup> S. LÜ *et al.*, s. v. 原因 (*Yuanyin*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>148</sup> Si vedano, rispettivamente, S. LÜ *et al.*, s. v. 约定 (*Yueding*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.; quanto si dirà circa lo *yue*, *infra* cap. IX; S. LÜ *et al.*, s. v. 定 (*Ding*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>149</sup> Il testo dell’art. 93 è il seguente: 没有法定的或者约定的义务, 为避免他人利益受损失进行管理或者服务的, 有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用.

<sup>150</sup> Cfr. L. WANG, L. YANG, Y. WANG, X. CHENG, *Minfa xue* (民法学), Beijing, 2011, p. 467.

<sup>151</sup> Si veda, L. WANG, L. YANG, Y. WANG, X. CHENG, *Minfa xue*, cit., pp. 467-68.

scelta di dettare, nella *Legge sui principi generali*, discipline separate per i due istituti sia stata comunque appropriata e tra le varie ragioni a supporto è sottolineato il fatto che questi corrispondano a *rationes* diverse e che nel caso della *wuyin guanli* si tratti di comportamenti basati sui principi morali tra cui quello della cooperazione che debbono ricevere supporto e protezione da parte del diritto<sup>152</sup>. Il punto fondamentale per il discorso che si sta qui svolgendo è, comunque, quello per cui in questi casi la stessa dottrina sta trattando il tema delle *yuanyin* di produzione delle obbligazioni (in particolare con riferimento agli ultimi due istituti citati, di quelle previste dalla legge)<sup>153</sup> facendo chiaramente leva su due elementi dogmatici: quello dell'obbligazione e quello della sua causa intesa come suo fondamento, *rechtlichen Grund*.

Anche per quanto riguarda la materia contrattuale la *Legge sui principi generali* – cui ha fatto seguito, si segnala incidentalmente, l'approvazione della *Convenzione sui contratti per la vendita internazionale di beni mobili (CISG)* a distanza di pochi mesi (11 dicembre 1986) che era stata firmata dalla RPC nel 1981<sup>154</sup> e sarebbe poi entrata in vigore dal 1 gennaio 1988<sup>155</sup> – è vista come una pietra miliare poiché in questa venne quasi completamente abbandonata la, all'epoca ultra-trentennale, dizione (e nozione di) “contratto economico” e venne impiegata, quella che ad avviso di alcuni Autori sarebbe stata la prima definizione di “contratto”<sup>156</sup>. Sebbene, come si vedrà a breve, restino in realtà, comunque, delle menzioni del contratto economico, è innegabile che con questa il fulcro della disciplina in materia di contratto abbia infatti iniziato chiaramente a spostarsi verso il contratto in quanto tale e non il contratto economico<sup>157</sup>, ed è stata al centro di un ‘riassemlamento dogmatico’ in cui un ruolo non secondario pare sia stato svolto dalla valorizzazione del negozio giuridico.

Nell'art. 85 è dettata la definizione di contratto quale “accordo tra le parti volto a costituire, modificare, estinguere rapporti di natura civilisti-

---

<sup>152</sup> L. WANG, L. YANG, Y. WANG, X. CHENG, *Minfa xue*, cit., p. 470.

<sup>153</sup> L. WANG, L. YANG, Y. WANG, X. CHENG, *Minfa xue*, cit., pp. 465 ss.

<sup>154</sup> Si veda quanto precedentemente osservato circa la *Legge sui contratti economici con elementi stranieri* del 1985 e la bibliografia in tale occasione richiamata.

<sup>155</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html) e si veda anche S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>2</sup>, cit., p. 27.

<sup>156</sup> Si veda, per tutti, S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>2</sup>, cit., p. 33.

<sup>157</sup> Per svolgere un breve collegamento al sistema cd. del tripode, si veda come nella *Legge* promulgata successivamente a questa, la *Legge sui contratti tecnologici*, la menzione del contratto economico sembra appaia soltanto all'art. 53 in riferimento al fatto per cui nelle materie trattate dalla stessa non si sarebbero applicate le norme dettate in materia di contratti economici.

ca" <sup>158</sup>. In quella che, come si è visto, dovrebbe essere la prima definizione generale di contratto, questo, dunque, così come poi sarà fatto nella *Legge sui contratti* del 1999, viene identificato con l'accordo e, per quanto riguarda i rapporti che sono richiamati, è piuttosto chiaro il collegamento con quelli a cui il legislatore si riferisce nell'articolo precedente, ossia le obbligazioni. A tale definizione di contratto è stata riconosciuta fondamentale importanza in quanto può essere vista, sia come una forte presa di posizione da parte del legislatore cinese in favore del 'modello privatistico' nella richiamata disputa in corso al tempo circa l'opportunità di proseguire le riforme secondo un modello maggiormente ispirato a quello del diritto dell'economia ovvero, appunto, del diritto privato <sup>159</sup>; sia, come osservato dagli studiosi cinesi, in quanto rappresentava una novità ed un importante avanzamento <sup>160</sup>.

Accanto a tale definizione la disciplina che la *Legge sui principi generali del diritto civile della RPC* reca del contratto è relativamente scarna ed è distribuita in diverse parti della stessa.

Ad esempio, è certo che il contratto debba soggiacere ai principi dettati nella parte generale della *Legge*, quali il principio di uguaglianza stabilito sia nell'art. 2 che nell'art. 3 <sup>161</sup>; il rispetto dei principi della libera volontà, dell'equità, dell'equivalente valore <sup>162</sup> e della buona fede nelle attività di natura civilistica così come stabilito nell'art. 4 <sup>163</sup>. Lo spazio di intervento dello Stato, così come la componente politica ed ideologica restano ancora piuttosto marcate, ad esempio, l'art. 6 stabilisce che nello svolgimento delle attività di natura civilistica si debba rispettare il diritto e nei casi in

---

<sup>158</sup> Il testo dell'art. 85, che oltre a quanto già riportato prevede poi che "il contratto concluso in modo legittimo riceve protezione da parte del diritto" è il seguente: 合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。

<sup>159</sup> Si veda, sul punto, ad esempio M. TIMOTEO, *Riforma economica e diritto: la disciplina giuridica dei contratti economici internazionali e domestici*, in *Mondo cinese*, 90/1995, § II.1; circa la richiamata disputa ed in generale il ruolo della *Legge sui principi generali del diritto civile*, G. AJANI, *Maoismo e diritto*, in G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 214.

<sup>160</sup> Si veda, ad esempio, L. WANG, *Tongyi Hetong Fa Zhiding Zhong de Ruogan Yinan Wenti de Tantaoyao (shang)* (统一合同法制订中的若干疑难问题的探讨 (上)), in *Zhengfa Luntan* (政法论坛), 04/1996, p. 49.

<sup>161</sup> L'art. 2 nella sostanza prevede che il diritto civile della Repubblica Popolare Cinese regola rapporti di tipo patrimoniale e personale tra cittadini, persone giuridiche, persone giuridiche e cittadini quali soggetti posti in posizione paritaria (中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系); l'art. 3 che le parti, nelle attività di natura civilistica, godono di eguale posizione (status); il testo è il seguente: 当事人在民事活动中的地位平等。

<sup>162</sup> Formulazione questa che riprende quella impiegata nell'art. 5 della *Legge sui contratti economici* del 1981.

<sup>163</sup> Il testo dell'art. 4 è il seguente: 民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

cui non vi siano previsioni da parte di questo si deve rispettare la “politica statale”<sup>164</sup> (riferimento che si vedrà poi, invece, cadere con la nuova *Parte generale* e di conseguenza con il nuovo *Codice*)<sup>165</sup>; nel successivo art. 7, invece, è detto che bisogna rispettare la morale pubblica della società, che non si devono arrecare danni agli interessi pubblici della società, all’economia pianificata nazionale e non si deve disturbare l’ordine economico e sociale<sup>166</sup>.

Altre norme piuttosto rilevanti in materia contrattuale sono poi quelle contenute non nella parte ora vista della *Legge* in cui si tratta di obbligazioni, bensì nella sezione dedicata al negozio giuridico ove questo è definito quale negozio legittimo compiuto da cittadini o persone giuridiche al fine di costituire, modificare, estinguere rapporti di diritti ed obblighi di natura civilistica<sup>167</sup>. Sebbene in questa definizione di negozio giuridico, venga in risalto, comunque, il piano della legittimità piuttosto che non quello della volontà che si vedrà, invece, tornare in primo piano con la nuova *Parte generale* e dunque con il *Codice*<sup>168</sup>, un dato importante da cogliere è quello relativo ‘riasseblamento dogmatico’ che inevitabilmente, dato lo spostamento del riferimento ai diritti ed obblighi dal piano del contratto come all’art. 2 della *Legge sui contratti economici* a quello del negozio giuridico, ha fatto sì che questi non siano stati più qualificati come reciproci. Questo spostamento sul piano del negozio giuridico ha senz’altro favorito la rimozione del riferimento espresso alla reciprocità essendovi, come noto, anche negozi giuridici, come ad esempio quelli testamentari, a struttura unilaterale. Tuttavia, tale spostamento di visuale ha avuto ripercussioni sin da subito anche sul versante del contratto poiché, ad esempio, come visto, nell’art. 2 della *Legge sui contratti tecnologici* del 1987, diversamente dall’art. 2 della *Legge sui contratti economici*, veniva già a scomparire il riferimento alla reciprocità dei diritti ed obblighi.

Occorre inoltre considerare che, secondo i dettami della *Legge sui principi generali*, il negozio giuridico sarebbe stato nullo (letteralmente, 无效, *wuxiao*, inefficace)<sup>169</sup>, ad esempio, qualora si fosse trattato di contratto economico (e qui compare nuovamente la dicitura di *jingji hetong*) contrario a quanto stabilito nei piani economici nazionali di natura ‘imperativa’, ovvero di negozio

<sup>164</sup> Il testo dell’art. 6 è il seguente: 民事活动必须遵守法律, 法律没有规定的, 应当遵守国家政策.

<sup>165</sup> Si veda *infra* cap. IX.

<sup>166</sup> Art. 7: 民事活动应当尊重社会公德, 不得损害社会公共利益, 破坏国家经济计划, 扰乱社会经济秩序.

<sup>167</sup> Si è riportato il contenuto dell’art. 54, il cui testo è il seguente: 民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为.

<sup>168</sup> Al riguardo, *infra*, cap. X.

<sup>169</sup> Sul tema si rinvia a quanto osservato in S. PORCELLI, *La nuova “Parte Generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese”*, cit., pp. 693-694.

giuridico con cui attraverso forme lecite si perseguivano scopi illeciti<sup>170</sup>.

Altre norme poi sono dettate, ancora, ad esempio nel capitolo VI dedicato alla responsabilità di natura civilistica ed in particolare alla responsabilità contrattuale è dedicata la sezione II dello stesso (artt. 111-116).

#### 2.4. Dal sistema del tripode alla Legge sui contratti del 1999

Sebbene, come già sottolineato, la *Legge sui principi generali* sia definita come una pietra miliare della seconda modernizzazione del diritto cinese, tuttavia, un diritto dei contratti fondato sul "sistema del tripode" e questa *Legge* contenente soltanto una disciplina di riferimento piuttosto scarna iniziarono ben presto a mostrare i propri limiti rispetto ad una transizione socio-economica che proseguiva a ritmo sostenuto. Come messo in luce dagli studiosi cinesi, già nel luglio del 1990 il legislatore tornò a mettersi a lavoro per riformare la *Legge sui contratti economici* e le modifiche ad essa approvate nel settembre 1993 dal Comitato permanente dell'ANP<sup>171</sup>, realizzarono uno spostamento dei contratti economici domestici "verso un assetto "orizzontale", in tal modo avvicinandoli ai contratti di diritto civile regolati dai Principi"<sup>172</sup>. Restavano, tuttavia, dei problemi da risolvere, tra cui, ad esempio, sono segnalati quelli legati alla frammentarietà della disciplina in materia contrattuale all'interno del "sistema del tripode", l'emersione, nella pratica di sempre nuove figure di contratto, il che portò a far sì che fosse compiuta la scelta di intraprendere i lavori per la redazione di un'unica legge volta a regolare la materia contrattuale<sup>173</sup>. Già nell'ottobre del 1993, la Commissione affari legislativi del Comitato permanente dell'ANP intraprese il

---

<sup>170</sup> Questo quanto nei nn. 6 e 7 dell'art. 58 (下列民事行为无效: [...] (六) 经济合同违反国家指令性计划的; (七) 以合法形式掩盖非法目的的).

<sup>171</sup> Si veda J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 10.

<sup>172</sup> Cfr. M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 304, su tale riforma così come sugli emendamenti alla *Costituzione* intervenuti nello stesso anno, si veda op. ult. cit. pp. 303-304. Ad esempio, potrebbe ancora notarsi come l'art. 2 nella versione del 1981, quali soggetti che potevano stipulare i contratti economici prendeva in considerazione soltanto le persone giuridiche (经济合同是法人之间为实现一定经济目的, 明确相互权利义务关系的协议), mentre nella versione del 1993, accanto a queste iniziano ad essere richiamate (本法适用于平等民事主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户相互之间, 为实现一定经济目的, 明确相互权利义务关系而订立的合同) anche le altre organizzazioni di tipo economico (其他经济组织) ed i nuclei familiari che svolgono attività industriale e commerciale (个体工商户) così come a nuclei familiari titolari di diritto di concessione di fondi nelle zone rurali al fine di porne in essere lo sfruttamento agricolo (农村承包经营户) e, soprattutto, è specificato che queste siano considerate quali soggetti di diritto civile posti in posizione di eguaglianza (平等民事主体).

<sup>173</sup> J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 11.

non agevole percorso<sup>174</sup> che ha portato alla realizzazione unitaria di una Legge “generale” sui contratti del 1999<sup>175</sup>.

### 3. Segue: la Legge sui contratti della RPC del 1999

#### 3.1. La Legge sui contratti, considerazioni d'insieme

La Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese è entrata in vigore nel giorno in cui ricorreva il cinquantenario dalla fondazione della Repubblica Popolare, il primo ottobre del 1999, venendo a porsi come momento di sintesi finale dello svolgimento storico che in materia si è visto aver dato vita alla commistione tra i modelli di provenienza sovietica, come il contratto economico, quelli della tradizione romanistica, con la cultura e le tradizioni più marcatamente cinesi. Essa rappresenta, come si vedrà più avanti<sup>176</sup>, il principale punto di riferimento ed ispirazione per i contenuti giuridici assunti dal nuovo *Codice civile* in materia del diritto dei contratti.

La Legge sui contratti consta in totale di 428 articoli separati tra 23 capitoli più delle disposizioni supplementari.

Dal punto di vista sistematico, essa è divisa in due parti. La prima parte, sul contratto in generale, è organizzata in ‘disposizioni generali’ sul contratto, conclusione del contratto, efficacia, adempimento, modifica e cessione del contratto, estinzione dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto, responsabilità contrattuale ed, infine, altre disposizioni di chiusura<sup>177</sup>. La seconda parte contiene la regolamentazione di 15 diversi tipi di contratto: compravendita (e permuta); somministrazione di elettricità, acqua, gas e riscaldamento; donazione; mutuo; locazione; locazione finanziaria; appalto; costruzione; trasporto; contratti sulle tecnologie; custodia; deposito; mandato; agenzia; mediazione<sup>178</sup>.

La nuova Legge disegna un modello che si colloca in stretta aderenza con quelli della tradizione romanistica a partire dalla definizione dell’art.

<sup>174</sup> Si vedano al riguardo M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., pp. 310-311 e J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 11.

<sup>175</sup> Cfr. G. CRESPI REGHIZZI, *Prefazione*, in R. CAVALIERI, *La legge e il rito*, cit., p. 20.

<sup>176</sup> Si veda *infra* cap. X.

<sup>177</sup> 第一章 一般规定; 第二章 合同的订立; 第三章 合同的效力; 第四章 合同的履行; 第五章 合同的变更和转让; 第六章 合同的权利义务终止; 第七章 违约责任; 第八章 其他规定.

<sup>178</sup> 第九章 买卖合同; 第十章 供用电、水、气、热力合同; 第十一章 赠与合同; 第十二章 借款合同; 第十三章 租赁合同; 第十四章 融资租赁合同; 第十五章 承揽合同; 第十六章 建设工程合同; 第十七章 运输合同; 第十八章 技术合同; 第十九章 保管合同; 第二十章 仓储合同; 第二十一章 委托合同; 第二十二章 行纪合同; 第二十三章 居间合同.

2 del 'contratto' (*hetong*) quale 'accordo' 协议 (*xieyi*)<sup>179</sup>, ponendosi – come si vedrà bene più avanti – in continuità con il filone interpretativo del giuridismo e del modello definitorio del *Code Napoléon* del 1804.

La *Legge* caratterizza l'accordo contrattuale come quello volto a costituire, modificare ed estinguere rapporti di diritti ed obblighi di natura civilistica tra persone fisiche, giuridiche, altre organizzazioni, in posizione di parità.

È dato altresì rilievo alla patrimonialità dell'oggetto del contratto, venendosi espressamente ad escludere l'applicabilità della *Legge* ai matrimoni, alle adozioni ed altri accordi aventi ad oggetto questioni di natura personale. Tale più specifica caratterizzazione denota una possibile influenza del modello italiano del *Codice civile* del 1942<sup>180</sup>. Va, infatti, tenuto conto che la traduzione in cinese del *Codice civile* italiano al momento vigente è stata pubblicata in Cina nel 1997, dunque poco prima della promulgazione della *Legge sui contratti* del 1999 e che nei lavori di elaborazione di quest'ultima, come visto durati anni, hanno preso parte anche le studiosi che nel mentre stavano traducendo in cinese il *Codice civile* italiano<sup>181</sup>.

La definizione del contratto come 'accordo' *xieyi*, ed il rilievo posto sulla produzione di effetti in termini di "rapporto" 关系 (*guanxi*)<sup>182</sup>, come visto, era già presente nella *Legge sui principi generali* del 1986. Elemento nuovo è, invece, l'esplicito risalto dato alla posizione paritaria delle parti del contratto, che trova espressione nel rilievo dalla loro 'posizione di eguaglianza' 平等主体, (*pingdeng zhuti*). Se si collega ciò con il fatto che i rapporti giuridici prodotti siano qualificati in termini di 'diritti ed obblighi' 权利义务 (*quanli yiwu*), si evidenzia la scelta consapevole della *Legge* del 1999 di voler esprimere in modo chiaro la natura obbligatoria del rapporto stesso.

Il coordinamento tra la nuova *Legge sui contratti* del 1999 e la *Legge sui principi generali* del 1986, che, come visto, svolgeva il ruolo di punto di rife-

<sup>179</sup> Circa il significato comune del termine si veda, S. LÜ *et al.*, s. v. 协议 (*Xieyi*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>180</sup> Art. 2: 本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

<sup>181</sup> La traduzione del *Codice civile* italiano del 1942 è stata pubblicata in Cina nel settembre del 1997, si veda A. FEI, M. DING (traduzione di a cura di), *Yidali Minfadian* (Italiano Codice Civile), Beijing, 1997.

<sup>182</sup> Il rapporto è qualificato, riecheggiando impostazioni impiegate a partire dalle decadi precedenti, come 民事 (*minshi*), di diritto civile (circa il significato comune del termine si veda, S. LÜ *et al.*, s. v. 民事 (*Minshi*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.), al riguardo possono estendersi, nella sostanza, le riflessioni e ricostruzioni svolte con riferimento al negozio giuridico in S. PORCELLI, *La nuova "Parte Generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese"*, cit., pp. 691-692, n. 92. Circa il significato comune del termine si veda, S. LÜ *et al.*, s. v. 关系 (*Guanxi*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

rimento della disciplina in materia, ha probabilmente condizionato l'esplicito e diretto richiamo all'eguaglianza e ad altri principi fondamentali nell'ambito della nuova *Legge*, così come, anche, il riferimento ai diritti ed obblighi che era già presente nella *Legge sui contratti economici* del 1981 (art. 2)<sup>183</sup> e che nella *Legge sui principi generali*, coerentemente alla sua struttura sistematica, era stato menzionato soltanto per gli effetti del negozio giuridico (art. 54) e non, invece, per il contratto, in quanto, appunto, quest'ultimo vi era comunque incluso in termini di rapporto tra *species* e *genus*.

Per quanto riguarda l'assenza del riferimento alla 'reciprocità' dei diritti ed obblighi nati dal contratto, essa può essere stata una conseguenza degli – già visti – svolgimenti sistematici ed assestamenti terminologico-concettuali emersi con la *Legge sui principi generali*, ove si diede comunque risalto alla centralità del negozio giuridico ed a cui si accompagnarono i primi passaggi del superamento dell'influenza del modello socialista del 'contratto economico', con un maggiore orientamento verso gli altri modelli codificati dell'Europa.

Importante notare, inoltre, l'enfasi posta sul richiamo al principio di libera volontà delle parti (art. 4)<sup>184</sup>, così come su quelli volti a temperarlo tra cui, appunto, l'eguaglianza (artt. 2 e 3)<sup>185</sup>, l'equità (art. 5)<sup>186</sup>, la buona fede (art. 6)<sup>187</sup>, la legge e l'ordine pubblico (art. 7)<sup>188</sup>.

<sup>183</sup> Va da sé che, già con il passaggio dal quadro delineato nella *Legge sui contratti economici* ove ci si riferiva (nella versione originaria, precedente a quella risultante dopo la riforma della stessa del 1993 attraverso la quale si è visto poco sopra, si è cercato comunque di coordinarla maggiormente con i cambiamenti che già iniziavano ad emergere a seguito delle riforme e, dal punto di vista giuridico, ad esempio con quanto nella *Legge sui principi generali* intanto promulgata, appunto, nel 1986) a contratti stipulati soltanto tra persone giuridiche e dove l'eguaglianza non era riferita alla posizione delle parti, ma, come visto – sebbene non sia stata cosa comunque da poco – ai vantaggi reciproci (si vedano i già menzionati art. 2 e soprattutto il riferimento al 平等互利, *pingdeng huli* nell'art. 5 della *Legge sui contratti economici* nella versione del 1981, ossia rispettivamente, art. 2 经济合同是法人之间为实现一定经济目的, 明确相互权利义务关系的协议; art. 5 订立经济合同, 必须贯彻平等互利、协商一致、等价有偿的原则。任何一方不得把自己的意志强加给对方, 任何单位和个人不得非法干预) a quello delineato nella *Legge sui principi generali* del 1986 ove sono dettate anche norme sull'obbligazione in generale alla luce del principio di eguaglianza sancito all'art. 2 della stessa e quant'altro, come già poco sopra segnalato, il riferimento alla natura obbligatoria del rapporto ha assunto altre tinte: non soltanto viene ad essere confermato comunque il ruolo dell'obbligazione quale strumento cruciale nella protezione di un impegno da adempiersi nel futuro (che si è visto riconosciuto già nell'impostazione che si è trovata nell'art. 2 del *Regolamento provvisorio* del 1950), ma viene assegnato un maggior rilievo (quantomeno formalmente) all'eguaglianza delle parti nel rapporto obbligatorio.

<sup>184</sup> Art. 4: 当事人依法享有自愿订立合同的权利, 任何单位和个人不得非法干预.

<sup>185</sup> Per l'art. 2 si veda poco sopra, il testo dell'art. 3 è il seguente: 合同当事人的法律地位平等, 一方不得将自己的意志强加给另一方.

<sup>186</sup> Art. 5: 当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务.

<sup>187</sup> Art. 6: 当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则.

<sup>188</sup> Art. 7: 当事人订立、履行合同, 应当遵守法律、行政法规, 尊重社会公德, 不得扰乱社会经济秩序, 损害社会公共利益.

Da segnalare è, altresì, l'art. 125 dell' *Legge sui contratti* del 1999, che prevede, nel caso insorgano controversie circa l'interpretazione della clausole del contratto, il ricorso, per ricostruire il significato del contenuto contrattuale, oltre che al tenore letterale delle clausole del contratto (tenendo conto delle parole e frasi impiegate), ad una loro complessiva valutazione, coerentemente allo scopo del contratto (*mudi*), agli usi commerciali e al principio di buona fede<sup>189</sup>.

Ancora da sottolineare vi è poi la previsione di norme che dettano una disciplina dettagliata con riferimento a diversi tipi di contratto (a cui vanno ovviamente ad aggiungersi, quelli regolati in altre Leggi), riprendendo dunque la dialettica, caratterizzante il diritto romano e la tradizione romanistica, tra enucleazione di una categoria generale del contratto e contenuti specifici caratterizzanti la materia contrattuale in termini di tipicità. La *Legge sui contratti* disciplina, oltre ai 'tipi' tradizionali, alcuni contratti la cui diffusione è avvenuta in tempi più recenti.

Per quanto riguarda gli 'accordi' che non riescono ad essere attratti in uno dei tipi regolati, l'art. 124 prevede che si debba fare riferimento alle norme in generale e poi a quelle dettate per i tipi contrattuali simili<sup>190</sup>; inoltre, all'art. 174 in materia di compravendita, è disposto che le norme dettate in materia possono, per quanto compatibili, applicarsi a tutti i contratti 'onerosi' in caso di lacune nella disciplina tipica di essi<sup>191</sup>.

### 3.2. 诚实信用原则 (Chengshi xinyong yuanze): *il principio di buona fede nella Legge sui contratti*

Prima di analizzare più nel dettaglio la disciplina della *Legge* del 1999, è necessario approfondire il ruolo ed il significato che possono riconoscersi alla importante scelta del legislatore cinese di sancire richiami diretti al 诚实信用原则 (*chengshi xinyong yuanze*), il principio di buona fede oggettiva. Come si avrà modo di vedere nel capitolo IX, infatti, lo *xin* nel diritto dell'antichità cinese rappresentava un principio cardine nell'ambito che potrebbe qualificarsi delle relazioni contrattuali<sup>192</sup>.

Il *chengshi xinyong yuanze* compare, come visto, anche nella *Legge sui*

---

<sup>189</sup> Art. 125: 当事人对合同条款的理解有争议的, 应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则, 确定该条款的真实意思。[comma 2] 合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的, 对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的, 应当根据合同的目的予以解释。

<sup>190</sup> Art. 124: 本法分则或者其他法律没有明文规定的合同, 适用本法总则的规定, 并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。

<sup>191</sup> Art. 174: 法律对其他有偿合同有规定的, 依照其规定; 没有规定的, 参照买卖合同的有关规定。

<sup>192</sup> Si veda altresì quanto *infra* cap. X con riferimento all'importanza dello stesso sia nella nuova *Parte generale* che, in generale, con riguardo alle norme sui contratti *Codice civile*.

*principi generali del diritto civile* del 1986, ma all'interno della *Legge sui contratti* del 1999 assume una funzione molto pervasiva. Esso è espressamente richiamato nell'art. 6 (nella parte sulle "disposizioni generali"), stabilendosi che le parti, nell'esercizio dei diritti e nell'adempimento degli obblighi nati dal contratto, debbono rispettare il principio di buona fede<sup>193</sup>. Nell'art. 42, al numero 3 (in materia di "conclusione del contratto"), si prevede che ove dei comportamenti posti in essere in violazione del principio di buona fede fossero produttivi di un danno alla controparte, la parte che si fosse comportata in violazione del *chengshi xinyong yuanze* sarebbe tenuta al risarcimento<sup>194</sup>. Nell'art. 60 (in materia di adempimento) è previsto, nel comma 2, che le parti devono adempiere agli obblighi di informazione, di cooperazione, di segretezza, nel rispetto del principio di buona fede, della natura e dello scopo (*mudi*) del contratto, oltre che delle consuetudini commerciali<sup>195</sup>. Nell'art. 92 (che regola la fase successiva all'estinzione dei diritti ed obblighi 'principali' derivanti dal contratto), è previsto che il *chengshi xinyong yuanze* debba essere rispettato anche nella fase 'post-contrattuale', stabilendo che dopo l'estinzione dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto, le parti devono rispettare gli obblighi di informazione, cooperazione e segretezza, nel rispetto del principio di buona fede ed in base alle consuetudini commerciali<sup>196</sup>. Ancora, nel già menzionato art. 125, in materia di interpretazione del contratto, è disposto che questa debba essere svolta in base al tenore del testo, allo scopo del contratto (*mudi*), alle consuetudini commerciali e al *chengshi xinyong yuanze*<sup>197</sup>.

Come può vedersi, tale principio non è soltanto richiamato quale principio generale e posto quale criterio di interpretazione del contratto, ma è reso dal legislatore principio alla luce del quale le parti debbono comportarsi prima, durante ed anche dopo che le obbligazioni 'principali' del contratto siano state adempiute o comunque si siano estinte, trovando in esso fondamento degli obblighi che, alla luce della correttezza, le parti continuano ad avere l'una nei confronti dell'altra.

Il principio di buona fede, oltre ad essere autorevolmente definito nella dottrina cinese come "clausola regale" (帝王条款, *diwang tiaokuan*) del diritto civile<sup>198</sup>, viene, ricollegato allo *xin* delle virtù confuciane e dunque ad

<sup>193</sup> Il testo dell'articolo è richiamato nelle note precedenti.

<sup>194</sup> Il testo dell'art. 42 è il seguente: 当事人在订立合同过程中有下列情形之一, 给对方造成损失的, 应当承担损害赔偿责任: (一)假借订立合同, 恶意进行磋商; (二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况; (三)有其他违背诚实信用原则的行为。

<sup>195</sup> Si riporta nuovamente il testo dell'art. 60, comma 2 al fine di agevolare la lettura 当事人应当遵循诚实信用原则, 根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

<sup>196</sup> Il testo dell'art. 92 è il seguente: 合同的权利义务终止后, 当事人应当遵循诚实信用原则, 根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

<sup>197</sup> Il testo dell'art. 125 è riportato nelle note precedenti.

<sup>198</sup> 帝王条款, *diwang tiaokuan*, a volte anche 帝王规则, *diwang guize*, è il modo in cui au-

un elemento profondamente radicato nella cultura cinese<sup>199</sup>, utile a “superare le *subtilitates legum* ed andare alla sostanza delle cose”<sup>200</sup>, richiamando modelli di comportamento ispirati alla lealtà, onestà e collaboratività<sup>201</sup>.

Tale principio assume quindi un valore paradigmatico per cogliere i momenti di osmosi concettuale e contenutistici nella comunicazione tra i valori profondi della società cinese tradizionale e i principi fondamentali della tradizione giuridica romanistica<sup>202</sup>. Vale la pena sottolineare, sin da ora, che esso viene a svolgere, come si vedrà<sup>203</sup>, un ruolo significativo nella stessa considerazione dell’importanza dell’idea di ‘reciprocità’ in materia contrattuale, idea che presenta nell’antico diritto e società della Cina un marcato collegamento con lo *xin*<sup>204</sup>.

---

torevole dottrina cinese già da diversi anni designa il principio di buona fede, si veda H. LIANG, *Minfa* (民法), Chengdu, 1988, p. 323 e L. WANG (a cura di), *Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Zongze Xiangjie* (中华人民共和国民法总则详解), I, Beijing, 2017, p. 33.

<sup>199</sup> Si veda L. YANG, *Fayuan yingdang qizhi xianming de fandui shixin xingwei yi chongjian chengxin shehui* (法院应当旗帜鲜明地反对失信行为以重建诚信社会), reperibile in <http://www.doc88.com/p-3723129012468.html> (ultimo accesso, marzo 2020); sul ruolo centrale dello *xin* nella cultura cinese sin dall’antichità, più approfonditamente *infra* cap. IX.

<sup>200</sup> Per tale osservazione, si veda R. CARDILLI, *Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用*, cit., pp. 169 ss.; per un impiego in tal senso del principio da parte dei giudici della Repubblica Popolare, si veda, per tutti il caso del “carro vento dell’est” ivi descritto.

<sup>201</sup> Si veda, ancora, R. CARDILLI, *Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用*, cit., p. 170 ed il caso del “carro vento dell’est” ivi richiamato.

<sup>202</sup> Oltre ai casi richiamati in R. CARDILLI, *Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用*, cit., pp. 168 ss., si pensi ancora, tra i numerosi esempi che potrebbero essere adottati, al caso tra la Shanghai Chenyuan Maoyi Youxian Gongsì ed il Huajin Jianshe Jituan Gufen Youxian Gongsì, ove, alla luce del principio di buona fede i giudici del Secondo Tribunale Intermedio di Tianjin (caso n. 1496 del ruolo delle ‘procedure abbreviate’), hanno ridotto quanto pattuito come ‘liquidated damages’ ex art. 114 della *Legge sui contratti* (当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金, 也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。[comma 2] 约定的违约金低于造成的损失的, 当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加; 约定的违约金过分高于造成的损失, 当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。[comma 3] 当事人就迟延履行约定违约金的, 违约方支付违约金后, 还应当履行债务) non perché la clausola non sia stata ritenuta valida, ma perché essendo state le perdite (legate ad un inadempimento) in cui è incorsa la società in favore della quale la clausola stipulata ben inferiori rispetto all’ammontare previsto nella clausola stessa si è ritenuto che alla luce del principio di buona fede il risarcimento avrebbe dovuto essere stato di misura, appunto, inferiore rispetto a quanto previsto nella clausola.

<sup>203</sup> *Infra* cap. VIII.

<sup>204</sup> Circa il legame tra la buona fede e la reciprocità si vedano, ad esempio, anche le osservazioni svolte in D.F. ESBORRAZ, *La noción de contrato entre ‘synallagma’ y ‘conventio’ en la tradición romanista y sus proyecciones en el sistema jurídico latinoamericano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 26/2008, p. 281 ed ivi in n. 212.

### 3.3. La definizione dello 合同 (hetong) come 协议 (xieyi): segnali della necessità di approfondimenti ulteriori

Se quanto ora riportato offre una visione d'insieme, per riuscire a comprendere a fondo cosa debba intendersi per *hetong* nel diritto cinese, per riuscire a coglierne le caratteristiche più profonde, analogamente a quanto accade anche per il diritto degli altri Paesi della tradizione romanistica<sup>205</sup>, non pare sia comunque sufficiente fermarsi ad una interpretazione letterale dell'art. 2 della *Legge*, ove l'*hetong* viene definito come *xieyi*, con un chiaro collegamento tra contratto e accordo senza calare questo collegamento in un contesto più profondo. In altri termini, sebbene tale accostamento sia indubbio, così come le implicazioni che ne derivano, al fine di riuscire a toccare le corde della materia appare necessario spingersi oltre per cercare di comprendere se tale accostamento sia esaustivo nel descrivere il cosa debba intendersi per *hetong*, ovvero vi sia la possibilità che siano presenti altri elementi, oltre allo *xieyi*, che possono venire in rilievo.

È stata evidenziata la presenza, nella definizione dettata all'art. 2 della *Legge sui contratti* dell'*hetong* come *xieyi*, di una sineddoche<sup>206</sup>, svelata già dagli articoli della *Legge* relativi ad altri elementi essenziali e costitutivi della categoria del contratto. Rispetto alla forma, l'art. 10 prevede che talvolta possa essere imposta l'adozione della forma scritta, la 书面形式 (*shumian xingshi*), così come poi ulteriormente esemplificata nell'articolo successivo<sup>207</sup>. Ciò è già di per sé indice del fatto che il contratto non sia sempre 'soltanto' un accordo, in quanto talvolta è necessario che, affinché uno *xieyi* possa essere considerato come *hetong*, questo sia calato in una determinata forma, in assenza della quale sarebbe un 'mero' *xieyi*, ma non un *hetong*.

Pertanto, ciò che è già rilevabile in maniera così agevole, se considerato anche alla luce di quanto lucidamente sottolineato nella scienza giuridica italiana<sup>208</sup>, offre un segnale circa la ineliminabile necessità di svolgere approfonditi sondaggi interpretativi, al fine di riuscire a comprendere quali

<sup>205</sup> Al riguardo si veda *infra* cap. VIII.

<sup>206</sup> Sulla sineddoche impiegata nelle disposizioni in materia di contratto, fondamentali R. SACCO, *Il contratto*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1975 e P.G. MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984.

<sup>207</sup> Il disposto dell'art. 10 è il seguente 当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式; il disposto dell'art. 11 è il seguente 书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。

<sup>208</sup> Si veda P.G. MONATERI, *La sineddoche*, cit., rispetto alla definizione di 'contratto' del *Code Napoleon* e, con riguardo proprio alle disposizioni della *Legge sui contratti* cinese, R. CARDILLI, *Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用*, cit., p. 155 ed in particolare anche quanto ivi in n. 14.

possano essere gli altri elementi, oltre all'accordo (ed alla forma ove eventualmente richiesta), da tenere in considerazione per riuscire a delineare i contorni della figura del contratto.

Un ambito problematico che può assumere rilevanza per comprendere a fondo la nozione generale del contratto in diritto cinese, è quello che nella nostra tradizione è indicato in termini di cd. contratti innominati. In riferimento a tale ambito i giuristi romani hanno considerato naturale conseguenza dell'attività negoziale, la constatazione secondo cui *natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula* (D. 19,5,4 Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum)<sup>209</sup> e, come si è visto, anche la più attenta dottrina cinese ha indicato questa tra le ragioni per cui si è ritenuto di dover superare il cd. sistema del tripode e giungere all'elaborazione di una *Legge sul contratto*<sup>210</sup>. In sostanza, vi è l'esigenza insopprimibile, al di là della costruzione dei singoli tipi contrattuali, di trovare dei denominatori comuni alla luce dei quali poter leggere i dati che emergono dalla realtà e ricondurvi (o meno) una tutela da parte del diritto. Pertanto, riallacciandosi alla definizione che troviamo all'art. 2 della *Legge* del 1999, si rende necessario distinguere, attraverso l'impiego di procedimenti ermeneutici, se sia conforme alla realtà che tutti gli *xieyi* siano degli *hetong* e, di conseguenza, producano un certo tipo di effetti, ovvero se in alcuni casi, in base alla sussistenza o meno di taluni ulteriori 'elementi', ad uno *xieyi* possano essere ricondotti degli effetti di tipo diverso, magari degli 'effetti più deboli', ovvero, addirittura, nessun effetto giuridico.

### 3.4. L'art. 124 in materia di 无名合同 (wuming hetong)

La *Legge sui contratti* del 1999 reca, come accennato, un apposito articolo dedicato al tema degli 无名合同 (*wuming hetong*, letteralmente "contratti innominati"): l'art. 124 (inserito nel finale della prima parte della *Legge*, nel capitolo VIII ove sono dettate "altre disposizioni" di natura generale) prevede che ai contratti che non sono espressamente disciplinati dalla parte speciale della *Legge sui contratti* o da altre Leggi, si applica la parte generale della *Legge* ed è possibile poi applicarle norme dettate per i tipi contrattuali che siano 'più vicini' rispetto al negozio atipico concretamente concluso<sup>211</sup>.

Con riguardo a tale tema viene in risalto anche un articolo che, sebbene inserito nella parte speciale della *Legge*, costituisce un'apertura di ampio re-

<sup>209</sup> Si veda *infra* cap. VII.

<sup>210</sup> Si veda J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., p. 11 già richiamato.

<sup>211</sup> Il testo dell'art. 124 è già stato richiamato nelle note precedenti, tuttavia per comodità viene qui riproposto: 本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。

spiro: l'art. 174, in materia di compravendita (primo contratto ad essere regolato nella parte speciale della *Legge sui contratti*), stabilisce la natura paradigmatica, in via sussidiaria, del regime della compravendita, rispetto a tutti i contratti onerosi<sup>212</sup>. La compravendita viene, così, a svolgere il ruolo di 'paradigma' dei contratti onerosi (*youchang hetong* 有偿合同)<sup>213</sup>.

In contrappunto a tale valore paradigmatico della compravendita per tutti i contratti onerosi, gli artt. 181-195 regolano, ad esempio, quale particolare tipo di contratto, la "donazione", 赠与合同 (*zengyu hetong*)<sup>214</sup>. Come si è avuto modo di evidenziare in precedenza, la Cina si è orientata a considerare la donazione come contratto tipico sotto l'influenza di alcuni modelli dei codici europei (in particolare il *BGB*) sin dai tempi del *Progetto* della dinastia Qing, soluzione che poi è conservata anche nel *Progetto* del 1926 e nel *Codice civile* del 1931.

Si vede, così, da un lato una resistenza di un'idea di contratto in termini di corrispettività ed onerosità, di cui la compravendita rappresenta il tipo paradigmatico, mentre dall'altro la tensione attrattiva della forza centripeta dell'accordo (*xieyi*) che porta ad includere negli *hetong* anche atti bilaterali che, per definizione non onerosi, sono invece caratterizzati dalla liberalità, come appunto la donazione. Ciò può far luce su quali siano i concreti contorni della figura del contratto rispetto all'accordo, illuminando la dialettica inclusiva od esclusiva generata dalla prospettiva dell'accordo, sia rispetto alla necessaria tipizzazione dei contratti, nei quali l'accordo sarebbe caratterizzato in chiave strutturale dalla reciprocità, sia al possibile sconfinamento che, attraverso l'identificazione con l'accordo, l'*hetong* finisca per realizzare verso ambiti di contenuto più rigorosamente attribuibili alla sfera dei negozi giuridici bilaterali.

Ciò offre un ulteriore stimolo di approfondimento, circa la necessità di riflettere sul se sia realmente configurabile come contratto qualsiasi accordo in quanto tale ed a prescindere dal fatto che la sua 'funzione oggettiva' sia estranea ai tipi regolati specificamente dal legislatore in base alla stabilizzazione normativa del loro contenuto tipico, fotografata in un

<sup>212</sup> Il testo dell'art. 174 è già stato richiamato, tuttavia per comodità viene qui riproposto: 法律对其他有偿合同有规定的, 依照其规定; 没有规定的, 参照买卖合同的有关规定.

<sup>213</sup> Circa il significato comune del termine si veda, S. LÜ *et al.*, s. v. 有偿 (*Youchang*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>214</sup> Circa la vicinanza anche sotto il profilo terminologico tra *zengyu* e la peculiare forma di 'legato' – donazione *mortis causa* regolata nel diritto cinese e resa con 遗赠 (*yizeng*) dove ritorna, appunto, il carattere 赠 (*zeng*, che esprime l'idea del donare) si veda quanto in S. PORCELLI, *Diritto delle successioni mortis causa in Cina*, cit., p. 623; circa il significato comune dei termini si veda S. LÜ *et al.*, s. v. 赠 (*Zeng*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.; S. LÜ *et al.*, s. v. 赠与 (*Zengyu*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.; S. LÜ *et al.*, s. v. 遗赠 (*Yizeng*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.; S. LÜ *et al.*, s. v. 遗 (*Yi*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit. Circa la vicinanza tra la donazione e le successioni *mortis causa*, si vedano ancora i rilievi svolti *infra* in cap. VIII.

momento storico determinato (quello appunto dell'emanazione della *Legge* o del *Codice*)<sup>215</sup>, oppure se tale apertura resti soltanto sulla carta. In altri termini, si tratta di riuscire a comprendere se, al di là di quanto 'tipizzato' dal legislatore stesso, le disposizioni dettate nella *Legge sui contratti* impongano, oltre alla definizione del contratto come accordo, anche alcune ineliminabili caratteristiche strutturali che l'accordo deve soddisfare.

Una prima impressione si ha già nella scelta di prevedere espressamente una clausola di apertura verso la 'atipicità esclusivamente per i contratti onerosi, ai sensi dell'art. 174, ulteriore rispetto a quella dettata dall'art. 124. Ciò potrebbe evidenziare, su un piano più profondo di lettura, una politica di maggior rigore, *a contrario*, per gli accordi atipici non onerosi, esclusi dalla apertura di tutela in termini di atipicità e necessariamente vincolati al rispetto della gabbia dei tipi legali. A questo riguardo, va in ogni caso evidenziato come, a sua volta, l'*hetong* della donazione nella *Legge sui contratti* possa forse considerarsi come il 'tipo' paradigmatico di 'contratto' non oneroso.

Per riuscire a cogliere quanto di più profondo collegato alla ricca complessità che è venuta ad emergere al riguardo nell'ambito della tradizione romanistica e di cui la normativa cinese *de qua* rappresenta una delle declinazioni possibili, si rende, dunque, necessario compiere degli ulteriori approfondimenti.

Il contributo delle opere di commento svolte dalla dottrina cinese, che potrebbero rendersi utili per chiarire taluni aspetti, non si rivela, tuttavia, decisivo per sciogliere il nodo. Nei commentari alla *Legge sui contratti* è indicata la *ratio legis* dell'art. 124, in termini di presa di coscienza dell'impossibilità di imbrigliare nella gabbia della tipicità la ricchezza della realtà negoziale, con una constatazione che sembra riecheggiare quella già richiamata proveniente da Ulpiano<sup>216</sup>.

A ciò si aggiunge che per i cd. contratti innominati può farsi ricorso alla 'parte generale' della *Legge sui contratti*, così come, grazie alla clausola di apertura sopra richiamata, nei limiti in cui l'accordo atipico realizzi una struttura di corrispettività, possono applicarsi gli articoli della legge dedicati ai contratti tipici simili o affini<sup>217</sup>.

In riferimento all'art. 174, invece, rispetto alla *divisio* tra contratti onerosi e contratti gratuiti<sup>218</sup>, si valorizza il fatto che la maggioranza dei contratti sia di natura onerosa, e che la donazione rappresenti, di contrap-

---

<sup>215</sup> Nella quale è importante il ruolo che i giuristi e la prassi vengono a svolgere; vd. *infra* nei successivi capitoli.

<sup>216</sup> K. HU, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa Shiyi* (中华人民共和国合同法释义), Beijing, 2012, p. 216.

<sup>217</sup> K. HU, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa Shiyi*, cit., p. 216.

<sup>218</sup> K. HU, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa Shiyi*, cit., p. 287.

punto, il “tipico contratto gratuito”<sup>219</sup>. Si segnala, al riguardo, l’esistenza di contratti che possono essere, a seconda dei casi, sia gratuiti che onerosi, quali, ad esempio, il mandato, il deposito, il mutuo tra persone fisiche<sup>220</sup>.

### 3.5. 原因 (Yuanyin), 根据 (genju) 目的 (mudi) e 动机 (dongji) tra dottrina cinese e Legge sui contratti

Ulteriori elementi utili per cogliere in maniera più profonda il significato che possa riconoscersi alla concezione cinese del *hetong* come *xieyi* nella Legge del 1999, potrebbero derivare da quanto relativo al ruolo ed al significato della ‘causa’ (*yuanyin*).

Si è già visto che il termine cinese *yuanyin* possa assumere il significato non soltanto di ‘causa’, ma anche quello della parola tedesca *Grund*.

Già nella prima metà del XX secolo, come visto, *yuanyin* era impiegato con questa funzione<sup>221</sup>. Il dato è ulteriormente confermato dal fatto che, sebbene la *Legge sui principi generali* del 1986 abbia preferito il termine 根据 (*genju*), nel senso di fondamento<sup>222</sup>, la dottrina cinese ha continuato ad usare in modo intercambiabile i due termini, compiendo altresì accostamenti comparativi con il *BGB*<sup>223</sup>. Sembrebbe, quindi, che la dottrina cinese abbia appunto recepito questa idea della ‘causa’ come causa dell’obbligazione. Va però precisato come sia rinvenibile nelle interpretazioni dei giuristi cinesi, anche di un diverso significato della *yuanyin* nell’ambito dei negozi giuridici. Si è, infatti, proposto di intendere *yuanyin* come ‘obiettivo/scopo’ (目的, *mudi*, obiettivo, scopo)<sup>224</sup> che si intende perseguire attraverso il negozio giuridico stesso (“所谓原因是指法律行为的目的” *suowei yuanyi shi zhi falv xingwei de mudi*)<sup>225</sup>. In materia di compravendita si è, altresì detto che per *yuanyin* si debba intendere, per il compratore il perseguimento della proprietà del bene, e per il venditore il conseguimento del prezzo, così che la causa (*yuanyin*) viene a legarsi al più specifico significato di obiettivo/scopo (*mudi*) che si cerca di perseguire attraverso

<sup>219</sup> K. HU, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa Shiyi*, cit., p. 287.

<sup>220</sup> K. HU, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa Shiyi*, cit., p. 287.

<sup>221</sup> Si pensi già al richiamato art. 929 del *Progetto Qing* che con formulazione simile a quella del § 812 del *BGB* faceva impiego dell’espressione 法律上的原因 (causa sul piano del diritto), con *yuanyin* appunto impiegato in questa costruzione per trasmettere in lingua cinese la nozione della *rechtlichen Grund*.

<sup>222</sup> Si veda, ad esempio, il richiamato art. 92 della *Legge sui principi generali* del 1986.

<sup>223</sup> Si veda, nuovamente, al riguardo quanto in L. WANG, L. YANG, Y. WANG, X. CHENG, *Minfa xue*, cit., pp. 465 ss.

<sup>224</sup> Si veda ad es. S. LÜ *et al.*, s. v. 目的 (*Mudi*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>225</sup> L. WANG, L. YANG, Y. WANG, X. CHENG, *Minfa xue*, cit., p. 100.

so la compravendita stessa<sup>226</sup>. Si tratta dunque, nella sostanza, di una interpretazione del concetto di causa che sembra accostarsi a quelle che identificano la causa del contratto nella sua con funzione oggettiva<sup>227</sup>. Con la funzione oggettiva, ad esempio declinata come funzione economico-sociale non viene valorizzato un elemento ‘esterno’ al negozio – che possa servire ad individuarlo come categoria dogmatica rispetto ad altro – ma un elemento ‘interno’ allo stesso, che può facilitare la differenziazione tra un negozio rispetto ad un altro<sup>228</sup>. E ciò trova conferma, già nel fatto che, nel menzionato art. 125 della *Legge sui contratti* in materia di interpretazione del contratto – ora riprodotto nella parte generale del nuovo *Codice civile* in materia di interpretazione del negozio giuridico (soggettivamente) bilaterale (art. 142, comma 1)<sup>229</sup> – si sancisce l’importanza dell’合同的目的 (*hetong de mudi*)<sup>230</sup>, richiamo inteso dalla miglior dottrina cinese in termini di “*vertragszweckkonforme Auslegung*”<sup>231</sup>. Questo esplicito richiamo allo *Zweck* offre un ulteriore, importante, chiarimento circa le impostazioni dogmatiche<sup>232</sup> sulle quali la normativa cinese viene ad essere costruita.

Vale la pena poi segnalare la netta distinzione operata nella dottrina cinese fra causa (*yuanyin*) e motivi (动机, *dongji*)<sup>233</sup>. Si afferma espressamente che “causa e motivi sono diversi” (原因与动机不同, *yuanyin yu dongji bu tong*)<sup>234</sup> ed anche dagli esempi adottati emerge, per altro, che *yuanyin* possa intendersi anche come ‘funzione’ del negozio<sup>235</sup>.

<sup>226</sup> L. WANG, L. YANG, Y. WANG, X. CHENG, *Minfa xue*, cit., p. 100.

<sup>227</sup> Si vedano al riguardo le considerazioni svolte *infra* nel capitolo VIII.

<sup>228</sup> Si vedano ad esempio le riflessioni svolte in F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Torino, 1995, p. 111 che saranno richiamate *infra* nei prossimi capp.

<sup>229</sup> Si veda *infra* cap. X.

<sup>230</sup> Per comodità si ripropone il testo del richiamato art. 125 che è il seguente: 当事人对合同条款的理解有争议的, 应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则, 确定该条款的真实意思。[comma 2] 合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的, 对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的, 应当根据合同的目的予以解释。

<sup>231</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>3</sup>, cit., p. 704 che si richiama a K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2004, § 28, Rdnr. 116.

<sup>232</sup> Si veda *infra* cap. VIII.

<sup>233</sup> Circa il significato comune del termine si veda S. LÜ *et al.*, s. v. 动机 (*Dongji*), in *Xian-dai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>234</sup> S. SHI, *Minfa zonglun*, cit., p. 317.

<sup>235</sup> Viene, infatti, portato l’esempio della donazione, indicandone lo scopo (*mudi*) nella volontà del donante di incrementare il patrimonio del donatario senza alcun corrispettivo, lo scopo che caratterizzerebbe in chiave funzionale l’atto compiuto, mentre il motivo concreto che lo abbia spinto alla liberalità, ad esempio per amicizia o affetto, viene qualificato in termini di *dongji*; S. SHI, *Minfa zonglun*, cit., p. 317.

Emerge una visione della causa come collegata allo scopo del negozio oggettivamente considerato, venendo ad esprimere, in sostanza, la funzione. È forse proprio alla luce di questa prospettiva, tendente a valorizzare l'accordo delle parti su una determinata 'funzione oggettiva' tipica del negozio, che la donazione è ricompresa tra i contratti tipici.

Da quanto si è potuto sin qui vedere, quindi, per ciò che riguarda le obbligazioni, la dottrina cinese pare muoversi in un ordine di idee che viene a richiamarsi alla nozione tedesca di *Grund*, mentre, nell'ambito più generale del negozio giuridico, si predilige l'identificazione della causa con lo scopo obiettivo del negozio (*Zweck*), su un piano tendente a valorizzare la funzione obiettiva della transazione.

Sul versante del dettato della *Legge* del 1999 è poi altresì possibile individuare delle norme che potrebbero attenere al cd. profilo dell'illiceità della causa, quali quelle che si trovano nell'art. 7 che riecheggiano quanto che era disposto degli artt. 6 e 7 della *Legge sui principi generali del diritto civile*, con esclusione della menzione della politica nazionale e dei piani economici nazionali<sup>236</sup> e quelle contenute nell'art. 52 n. 3<sup>237</sup> che *mutatis mutandis* richiama quello che era menzionato art. 58 n. 7 della *Legge sui principi generali del diritto civile* spostando la previsione che lì era dettata con riferimento al negozio giuridico sul piano del contratto<sup>238</sup> e dove è impiegato il termine 目的 (*mudi*) con il quale, come si è precedentemente visto, la dottrina sembra indicare la causa quale funzione oggettiva distinta dai motivi soggettivi indicati con il termine 动机 (*dongji*)<sup>239</sup>.

L'impiego di *mudi*, nel senso di scopo oggettivo del contratto e dunque in un'accezione che potrebbe essere compatibile con quella di 'funzione' dello stesso, compare più volte nel testo della *Legge*, basti pensare, ad esempio, alle norme dettate dall'art. 94<sup>240</sup> ove si prevede la risoluzione del contratto: 1)

<sup>236</sup> L'art. 7 della *Legge sui contratti* prevede che le parti nella conclusione e nell'esecuzione del contratto debbono rispettare le leggi, i regolamenti amministrativi, osservare la morale pubblica della società, non debbono disturbare l'ordine sociale ed economico, e danneggiare interessi pubblici (当事人订立、履行合同, 应当遵守法律、行政法规, 尊重社会公德, 不得扰乱社会经济秩序, 损害社会公共利益).

<sup>237</sup> Tra le cause di nullità (letteralmente 无效, *wuxiao*, inefficacia – al riguardo si vedano, ancora, le considerazioni svolte in S. PORCELLI, *La nuova "Parte Generale"*, cit., pp. 693-694) del contratto è previsto che questo sia, appunto, nullo, qualora con forme lecite si perseguano scopi illeciti. Il tenore letterale è lo stesso di quello della previsione contenuta nell'art. 58 n. 7 della *Legge sui principi generali* con la sostituzione del contratto al negozio giuridico: 有下列情形之一的, 合同无效 [...] (三)以合法形式掩盖非法目的.

<sup>238</sup> Tali norme potrebbero accostarsi a quanto nelle fonti romane era previsto in D. 2,14,7,3 (Ulpianus *libro quarto ad edictum*) su cui *infra* cap. VII.

<sup>239</sup> Si vedano, dunque, al riguardo ancora L. WANG, L. YANG, Y. WANG, X. CHENG, *Minfa xue*, cit., p. 100; S. SHI, *Minfa zonglun*, cit., p. 317.

<sup>240</sup> Anche queste sono state segnalate in S. SCHIPANI, *La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i codici del sistema romanistico*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 8/1999, p. 233.

qualora per forza maggiore non sia possibile attuare lo scopo oggettivo del contratto; 2) qualora anche prima dello scadere del termine per l'adempimento, una delle parti abbia espressamente o attraverso i propri comportamenti concludenti manifestato l'intenzione di non voler più adempiere alle proprie obbligazioni principali; 3) qualora la parte ritardi l'adempimento delle proprie obbligazioni principali e continui a non eseguirle entro un ragionevole lasso di tempo pur a fronte della messa in mora; 4) qualora una delle parti, a causa del ritardo nell'adempimento o di altre condotte poste in essere in violazione delle obbligazioni nascenti dal contratto, faccia sì che lo scopo oggettivo (*mudi*) di questo non possa più essere attuato<sup>241</sup>.

In una simile accezione il termine *mudi* compare anche negli artt. 60 e 62, n. 1 e 5 in materia di adempimento. L'art. 60, comma 1, dispone che le parti debbano adempiere integralmente ai propri doveri secondo quanto stabilito nel contratto; nel comma 2, che le parti debbano, nel rispetto del principio di buona fede oggettiva (*chengshi xinyong*), sulla base della natura, dello scopo (*mudi*) del contratto e delle consuetudini commerciali, adempiere ai doveri di informazione, di cooperazione, di segretezza<sup>242</sup>.

Il termine compare ancora, come già segnalato, nell'art. 125 con riferimento all'interpretazione del contratto, così come nella parte speciale, ad esempio, in tema di compravendita agli artt. 148<sup>243</sup> e 166<sup>244</sup> ed anche in altri luoghi.

---

<sup>241</sup> Il testo dell'art. 94 è il seguente: (有下列情形之一的, 当事人可以解除合同: (一)因不可抗力致使不能实现合同目的; (二)在履行期限届满之前, 当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务; (三)当事人一方迟延履行主要债务, 经催告后在合理期限内仍未履行; (四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的; (五)法律规定的其他情形).

<sup>242</sup> Il testo dell'art. 60 è il seguente 当事人应当按照约定全面履行自己的义务。[comma 2] 当事人应当遵循诚实信用原则, 根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。Nell'art. 62, n.1, invece, lo scopo del contratto viene in rilievo con riguardo alla determinazione dei requisiti di qualità (nel caso in cui non individuabili sulla base di quanto previsto dalle parti o da un accordo di queste successivo alla conclusione del contratto stesso volto a chiarirli, art. 61: 合同生效后, 当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的, 可以协议补充; 不能达成补充协议的, 按照合同有关条款或者交易习惯确定) ove è richiamato, tra i vari criteri, quello dell'essere in grado di soddisfare lo scopo (*mudi*) del contratto (质量要求不明确的, 按照国家标准、行业标准履行; 没有国家标准、行业标准的, 按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行). Nell'art. 62, n. 5, con riguardo alle modalità dell'adempimento è disposto che questo debba avvenire in modo che possa essere favorevole al perseguimento dello scopo (*mudi*) del contratto (履行方式不明确的, 按照有利于实现合同目的的方式履行).

<sup>243</sup> Il dettato dell'art. 148 è il seguente: 因标的物质质量不符合质量要求, 致使不能实现合同目的的, 买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的, 标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。

<sup>244</sup> Il dettato dell'art. 166 è il seguente: 出卖人分批交付标的物的, 出卖人对其中一批标的物不交付或者交付不符合约定, 致使该批标的物不能实现合同目的的, 买受人可以就该批标的物解除。[comma 2] 出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定, 致使今后其他各批标的物的交付不能实现合同目的的, 买受人可以就该批以及今后其他各批标的物解除。[comma 3] 买受人如果就其中一批标的物解除, 该批标的物与其他各批标的物相互依存的, 可以就已经交付和未交付的各批标的物解除。

Nella *Legge sui contratti* del 1999, invece, il termine *yuanyin* è impiegato in un'accezione generica, come ad esempio, nell'art. 29 ove indica le cause (*yuanyin*) per cui l'accettazione sia pervenuta in ritardo<sup>245</sup> e nell'art. 121 dove si fa riferimento alla parte che sia inadempiente per causa (*yuanynin*) di un terzo<sup>246</sup>.

### 3.6. Categorizzazioni in materia di contratti svolte dalla dottrina cinese

Ulteriori spunti di riflessione, possono ricavarsi dal modo in cui la dottrina cinese tenta di sottoporre questioni ricollegabili ad esempio a quelle che sorgono dal complesso delle norme sopra esaminate ad una interpretazione sistematica, in chiave di *reductio ad unitatem*.

La linea tendenziale che emerge è quella di ricondurre direttamente sul piano del contratto quanto riferito al negozio giuridico. Si compiono, ad esempio, distinzioni tra contratti bilaterali e contratti unilaterali<sup>247</sup> così come tra contratti gratuiti e contratti onerosi<sup>248</sup>, esattamente come viene fatto con riferimento al negozio giuridico<sup>249</sup>.

Autorevoli studiosi sottolineano che la caratteristica dei contratti bilaterali sia quella dell'interdipendenza delle obbligazioni e che questi siano quelli più diffusi negli affari che, anche dal punto di vista teorico, rientrano in modo più appropriato nella categoria contrattuale. Tuttavia, richiamandosi alle impostazioni di Puchta e Windscheid, giungono a considerare i contratti cd. bilaterali imperfetti, definiti come 不完全双务合同 (*bu wanquan shuangwu hetong*, ossia "contratti non completamente bilaterali") come un tipo di contratti unilaterali<sup>250</sup>. Ancora la stessa dottrina riscontra poi la differenza tra contratti gratuiti ed onerosi nel fatto che, per quanto riguarda i secondi sussiste l'obbligo di adempiere a prestazioni reciproche aventi, appunto, carattere oneroso, mentre per quanto riguarda i primi, vi sarebbe soltanto una delle parti che svolgerebbe una prestazione onerosa, ovvero, pur sussistendo due prestazioni onerose non avrebbero il carattere della reciprocità. È poi aggiunto che, oltre alla donazione, sul

<sup>245</sup> Il testo, dell'art. 29 è il seguente: 受要约人在承诺期限内发出承诺, 按照通常情形能够及时到达要约人, 但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的, 除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外, 该承诺有效.

<sup>246</sup> Il testo, dell'art. 121 è il seguente: 当事人一方因第三人的原因造成违约的, 应当向对方承担违约责任. 当事人一方和第三人之间的纠纷, 依照法律规定或者按照约定解决.

<sup>247</sup> Si veda, ad esempio, J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., pp. 29-30; S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>3</sup>, cit., pp. 51-55.

<sup>248</sup> Cfr., ad esempio, J. CUI (a cura di), *Hetongfa*, cit., pp. 30-31; S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>3</sup>, cit., pp. 55-58.

<sup>249</sup> Si vedano, ad esempio, L. WANG, L. YANG, Y. WANG, X. CHENG, *Minfa xue*, cit., pp. 97-98; con riguardo sia all'una che all'altra distinzione.

<sup>250</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>3</sup>, cit., pp. 53-54.

piano teorico potrebbero poi assumere le caratteristiche di contratti gratuiti anche il deposito, il mandato, il mutuo tra persone fisiche<sup>251</sup>. Quest'ultimo, che sembra configurarsi come contratto reale<sup>252</sup>, viene considerato come potenziale contratto unilaterale non gratuito poiché, diversamente da quanto previsto dalla disciplina generale, non deve necessariamente essere stipulato in forma scritta<sup>253</sup> ma, come stabilito dall'art. 210, acquista efficacia dal momento in cui il mutuante consegna il denaro<sup>254</sup>; nei confronti del mutuo tra persone fisiche vige comunque una presunzione di gratuità dettata dall'art. 211<sup>255</sup>.

Per come la disciplina dell'istituto è costruita, sembra porsi in realtà quale 'forma alternativa' rispetto alla forma scritta richiesta dall'art. 197 per i mutui non tra persone fisiche essendo i primi, viene spiegato, spesso di modico valore e posti in essere alla luce di uno spirito di cooperazione cosicché la forma scritta potrebbe essere un non così utile ostacolo mentre si è scelto il collegare l'efficacia alla consegna per ragioni di certezza dei diritti ed obblighi tra le parti<sup>256</sup>. Bisogna inoltre considerare che questa del mutuo 'gratuito', alla stregua di quelle degli altri 'contratti gratuiti', costituisca, appunto, una fattispecie tipica specificamente regolata dal legislatore.

In ogni caso, come è possibile altresì vedere da quelli che sono gli studiosi richiamati dalla dottrina cinese a sostegno di tali letture, così come da quanto si vede dal modo in cui la materia contrattuale è regolata, è forte l'influenza di impostazioni pandettistiche e dunque dei condizionamenti di cui le stesse, come anche si vedrà meglio più avanti<sup>257</sup>, risentono.

### 3.7. *Le Interpretazioni della Corte Suprema*

Degli elementi ulteriori possono ricavarsi anche dal contributo offerto dalle letture che vengono ad emergere dall'operato dei giudici, sia per quanto riguarda le attività di interpretazione svolte, in modo sistematico, da appositi uffici in seno agli organi di livello più elevato, sia, pare, da quanto emerge dalla decisione dei casi concreti.

---

<sup>251</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>3</sup>, cit., pp. 55-57.

<sup>252</sup> Si veda quanto al riguardo osservato in A. SACCOCCIO, *L'eredità del 'sistema' romano dei contratti reali: tra diritto italiano e legge cinese sui contratti*, in *BIDR*, 150/2016, pp. 141 ss.

<sup>253</sup> L'art. 197 prevede, infatti, che 借款合同采用书面形式, 但自然人之间借款另有约定的除外。借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

<sup>254</sup> Il testo dell'art. 210 è il seguente 自然人之间的借款合同, 自贷款人提供借款时生效。

<sup>255</sup> Il testo dell'art. 211 è il seguente 自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的, 视为不支付利息。自然人之间的借款合同约定支付利息的, 借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。

<sup>256</sup> K. HU, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa Shiyi*, cit., p. 341. Sulla forma quale elemento oggettivo di 'esteriorizzazione e stabilizzazione' della volontà si veda *infra* cap. V.

<sup>257</sup> *Infra* cap. VIII.

Come si è già accennato, nella Repubblica Popolare non vige il cd. principio dello *stare decisis*, le raccolte di “casi guida” redatte dalla Corte Suprema, così come le ‘opinioni’ della stessa hanno soltanto un “valore relativo”<sup>258</sup>; “valore assoluto”<sup>259</sup> hanno, invece, le Interpretazioni<sup>260</sup>. Piuttosto discusso è stato, soprattutto sino a pochi anni addietro, nella dottrina, il valore di queste Interpretazioni<sup>261</sup>, tuttavia, già alcuni studiosi notavano come la Corte Suprema le emanasse da moltissimo tempo ed il legislatore non avesse mai mostrato contrarietà a che ciò accadesse<sup>262</sup>. La Corte Suprema stessa è giunta poi ad emanare nel 2007 un’*Interpretazione* al riguardo<sup>263</sup> in cui, dopo aver chiarito nell’art. 1 che tale impostazione trovi fondamento nella *Legge sull’organizzazione dei tribunali*, nella *Legge sulla supervisione e controllo dei comitati permanenti delle assemblee di ogni livello* e nella *Decisione del Comitato Permanente dell’ANP circa il rafforzamento del lavoro di interpretazione del diritto*<sup>264</sup> giunge nell’art. 5 disporre

<sup>258</sup> Si veda, in proposito, ad esempio, S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>3</sup>, cit., p. 20.

<sup>259</sup> In base all’impostazione di Zhang Zhiming (Z. ZHANG, *Fali jieshi caozuo fensi* (法律解释操作分析), Beijing, 1998, pp. 144 ss.) le fonti di natura “autoritativa” in Cina vengono categorizzate alla luce della distinzione tra fonti che hanno effetto vincolante assoluto e relativo. Le prime sono, in sostanza quelle che debbono essere direttamente impiegate dal giudice e che possono essere richiamate nei testi delle sentenze; quelle con valore relativo, invece, sebbene possono essere consultate dal giudice al fine di riuscire a mettere a punto le proprie argomentazioni per risolvere i casi, non hanno valore vincolante nei confronti dello stesso, non debbono, ma possono, essere consultate e non debbono essere richiamate nel testo della sentenza. Sul punto, sinteticamente, si veda anche S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>3</sup>, cit., pp. 16-17.

<sup>260</sup> Su queste si veda anche, in lingua italiana, Q. YIN, *Le Interpretazioni della Suprema Corte del Popolo cinese e lo Ius honorarium*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 37/2016, pp. 251 ss.

<sup>261</sup> Ad esempio F. GAO (a cura di), *Minfaxue* (民法学), Pechino, 2009, pp. 30 ss. spiega come, per ragioni storiche, nonché per la disciplina dettata dalla normativa precedente alla vigente *Legge sulla legislazione* (che tratta di fonti legislative e regolamentari di livello inferiore prendendo in considerazione anche, ad esempio, appunto, i Regolamenti, le fonti di livello ‘locale’ ecc., ma non le Interpretazioni di cui si parla), nella pratica le Interpretazioni siano considerate come un’importante suppletivo ed un’importante fonte per il diritto civile. Jiang Ping, dal canto suo, mette in guardia dal fatto che delle Interpretazioni giudiziarie svolgano nei fatti un ruolo che a volte viene ad essere anche modificativo rispetto ad una legge (richiamando ad esempio quanto avvenuto in un caso con riferimento alla *Legge sulle Garanzie*), si veda P. JIANG (a cura di), *Minfa Xue* (民法学), Beijing, 2007, pp. 15-16.

<sup>262</sup> S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>3</sup>, cit., p. 17. Momento importante per il riconoscimento delle stesse in Cina è individuato nella “Decisione del Comitato Permanente dell’ANP circa i problemi attinenti all’interpretazione del diritto”, la “全国人民代表大会常务委员会关于解释法律问题的决议”(vedano ad esempio R. HE, *Sifa jieshi quanneng de fuwei yu xianfa de shishi* (司法解释权能的复位与宪法的实施), in *Zhongguo Faxue* (中国法学), 3/2004, p. 5; Z. JIN, *Lun Zuigao Renmin Fayuan de chouxiang sifa jieshiquan*, in *Bijiaofa Yanjiu*, 2/2010, p. 58) e dovrebbero essere state ispirate alle *руководящие разъяснения* dell’Unione Sovietica.

<sup>263</sup> 最高人民法院关于司法解释工作的规定.

<sup>264</sup> Il dettato dell’art. 1 è il seguente: 为进一步规范和完善司法解释工作, 根据《中华人民共

che le Interpretazioni da essa emanate hanno valore giuridico vincolante<sup>265</sup>, nell’art. 6 è chiarito per “Interpretazione” in tal senso debbano intendersi gli atti emanati dalla stessa denominati “interpretazione”, “regole”, “responsi” e “decisioni”<sup>266</sup>. In base poi al disposto dell’art. 27, dopo che tali Interpretazioni siano entrate in vigore i giudici debbono citarle nei testi delle sentenze, comunque dopo le leggi<sup>267</sup>. Con la riforma della *中华人民共和国立法法* (*Zhonghua Renmin Gongheguo Lifafa*), la *Legge sulla legislazione della RPC*, del 2015 è stato finalmente riconosciuto in modo chiaro un ruolo alle stesse anche da parte del legislatore<sup>268</sup>. Sembra si tratti come se, per certi versi, sia ripreso il modello del pretore che, per dirla con la celeberrima espressione di Papiniano ora in D. 1,1,7,1 andava ad *adiuvare vel supplere vel corrigere iuris civilis gratia*<sup>269</sup>. Diversi sono, tuttavia, anche i menzionati casi con natura di indirizzo, selezionati e pubblicati dalla stessa Corte Suprema<sup>270</sup> e circa cui è previsto che i giudici di livello inferiore debbano comunque tenerne conto (è usato il termine 参照, *canzhaohao*)<sup>271</sup> nel giudicare casi simili; tuttavia questi ultimi, diversamente dalle Interpretazioni, ad esempio, non possono essere direttamente richiamati nei dispositivi delle sentenze a fondamento delle decisioni. Un ulteriore aspetto da sottolineare al riguardo è quello per cui, diversamente dai *leading cases* che hanno valore normativo alla luce dello *stare decisis* nella *common law*, si tratta qui di casi che un apposito Ufficio della Corte Suprema sceglie a seguito di un

---

和国人民法院组织法》、《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》和《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》等有关规定，制定本规定。

<sup>265</sup> Art. 5: 最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力。

<sup>266</sup> Il testo dell’art. 6 è il seguente: 司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种。

<sup>267</sup> Il testo dell’art. 27 è: 司法解释施行后，人民法院作为裁判依据的，应当在司法文书中援引。[comma 2) 人民法院同时引用法律和司法解释作为裁判依据的，应当先援引法律，后援引司法解释。Su tale tema, comunque, si veda, per tutti la chiara sintesi svolta in S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>3</sup>, cit., pp. 17 ss.

<sup>268</sup> L’art. 104 dispone, infatti, che 最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释，应当主要针对具体的法律条文，并符合立法的目的、原则和原意。遇有本法第四十五条第二款规定情况的，应当向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释的要求或者提出制定、修改有关法律的议案。

<sup>269</sup> In D. 1, 1, 7, 1 (Papinianus *libro secundo definitionum*), leggiamo infatti che *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*. Al riguardo, per tutti, G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965, pp. 292 ss. ed in particolare pp. 294-295. (Certo, i giudici della Corte Suprema cinese non sono direttamente eletti dal popolo). Circa l’accostamento tra Interpretazioni della Corte Suprema ed operato del pretore si vedano anche le riflessioni svolte in Q. YIN, *Le Interpretazioni della Suprema Corte del Popolo cinese e lo Ius honorarium*, cit., pp. 270 ss.

<sup>270</sup> Attraverso il 最高人民法院关于案例指导工作的规定 del 2010.

<sup>271</sup> Art. 7: 最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。Circa il significato comune del termine si veda Circa il significato comune del termine si veda, S. LÜ *et al.*, s. v. 参照 (*Canzhaohao*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

piuttosto elaborato processo e quindi, seppure viene scelto e pubblicato il caso piuttosto che non elaborato un testo in articoli come nel caso delle Interpretazioni, viene svolto un lavoro di selezione comunque di tipo scientifico, attento agli aspetti di sistematica e quant'altro.

Per quanto rilevante alla luce del discorso che si sta svolgendo, vale la pena rivolgere la nostra attenzione ad alcuni elementi contenuti nella (II) *Interpretazione circa talune questioni riguardanti l'applicazione della Legge sui contratti della RPC*<sup>272</sup>, emanata nel 2009.

L'art. 26, in materia di sopravvenienze, sembra risolvere le questioni a queste legate sulla base della causa quale funzione economica del contratto ove prescrive che: qualora dopo la conclusione del contratto le circostanze oggettive subiscano dei rilevanti mutamenti non prevedibili al momento della conclusione, mutamenti che non siano legati a forza maggiore o rischi di mercato per cui il dover continuare ad eseguire il contratto dovesse risultare per la parte manifestamente iniquo, ovvero non possa essere perseguito lo scopo oggettivo (appare, infatti, il termine *mudi*)<sup>273</sup> del contratto, la parte può fare richiesta al tribunale di modificare i termini del contratto o risolverlo; il tribunale basandosi sul principio di equità coordinando le circostanze reali del caso deve decidere se il contratto possa essere modificato o risolto<sup>274</sup>.

Ancora tra le Interpretazioni della Corte Suprema, con riferimento alla causa quale funzione oggettiva può richiamarsi quanto previsto nell'art. 25 della terza *Interpretazione* avente ad oggetto questioni relative alla *Legge sui contratti della RPC*<sup>275</sup> ove è disposto, in collegamento con il già menzionato art. 94, n. 4, della *Legge sui contratti*, che debba essere accolta dal tribunale la richiesta di risoluzione del contratto alla luce dell'articolo da ultimo richiamato qualora il venditore in ragione del mancato o non corretto adempimento della propria prestazione abbia fatto sì che l'acquirente non possa attuare lo scopo del contratto (viene nuovamente impiegato *mudi*)<sup>276</sup> che quindi qui si configura come la 'parte di funzione' che corrisponde all'acquisto.

Un dato che dunque emerge da tali Interpretazioni è che la Corte Su-

<sup>272</sup> 最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）。

<sup>273</sup> Oltre che del contesto, si tenga altresì conto del fatto che qui è impiegato qui il termine 目的 (*mudi*) circa il quale si veda quanto si è già avuto occasione di precisare.

<sup>274</sup> Il testo dell'art. 26 è il seguente: 合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化, 继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的, 当事人请求人民法院变更或者解除合同的, 人民法院应当根据公平原则, 并结合案件的实际确定是否变更或者解除。

<sup>275</sup> 最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释。

<sup>276</sup> Il testo dell'art. 25 è il seguente: 出卖人没有履行或者不当履行从给付义务, 致使买受人不能实现合同目的, 买受人主张解除合同的, 人民法院应当根据合同法第九十四条第（四）项的规定, 予以支持。

prema, in materia di contratti, sulla scia di quanto fatto dal legislatore nel testo della *Legge* compie riferimento al *mudi* inteso come scopo obiettivo del contratto e dunque ad aspetti legati alla funzione dello stesso.

### 3.8. Orientamenti nella prassi

Importanti si rivelano, comunque, dei segnali che arrivano dall'applicazione pratica delle norme e delle dottrine richiamate nelle pagine precedenti. Infatti, elementi utili circa la questione su cui si sta tentando di far luce, ossia cercare di comprendere come il diritto cinese si misura con il problema dell'atipicità e dunque riuscire così a scoprire, andando oltre la definizione, cosa debba in realtà intendersi per contratto, sono altresì offerti dal tenere in conto di come il diritto cinese in materia di contratti è applicato da parte delle corti della Repubblica Popolare Cinese.

Il termine *danwu hetong* (单务合同, contratto unilaterale) sembra comparire nella maggior parte dei casi soltanto in riferimento a casi di 'contratti' tipici, quali la donazione<sup>277</sup>, contratti di garanzia<sup>278</sup>, mutui tra cittadini<sup>279</sup>. Senza entrare nel merito circa questioni già in parte toccate o che comunque in tale sede potrebbero distogliere dalla linea che si sta seguendo<sup>280</sup>, quel che appunto sembra emergere, quantomeno ad una prima analisi, è che i giudici cinesi non ricorrano alla disciplina del contratto quale nozione generale per tutelare figure che non siano già regolate dal legislatore o che non siano collegate a delle obbligazioni reciproche tra le parti.

Interessante è, ad esempio, la soluzione adottata dal giudice nel caso Wang Guiji contro (gli ex coniugi) Tao Yong e Zhang Yuanying<sup>281</sup>. Il giudice, in assenza di una prova del fatto che Zhang Yuanying avesse inteso proporsi come garante insieme a Tao Yong che, invece, aveva stipulato nel rispetto dell'art. 13 della *Legge sulle garanzie* un contratto di garanzia per iscritto<sup>282</sup>, esclude la responsabilità solidale di Zhang Yuanying. La ragio-

<sup>277</sup> Si veda, ad esempio, il caso tra la Sig.ra Ma e la Sig. Geng giudicato dal tribunale intermedio di Baoding (Hebei), ruolo generale, n. 235/2014.

<sup>278</sup> Si veda ad esempio il caso di Wang Guiji contro Tao Yong e Zhang Yuanying giudicato dal tribunale di primo livello di Hongkou (Shanghai), ruolo civile 1916/2014.

<sup>279</sup> Si veda, ad esempio, il caso di Zhang Yufei contro Sun Shuaiqi giudicato dal Tribunale di primo livello della città di Jiaohe (Jilin), ruolo civile n. 451/2014.

<sup>280</sup> Per quanto riguarda la donazione ed il mutuo tra persone fisiche si veda quanto precedentemente osservato; per quanto riguarda i contratti di garanzia si veda poco oltre.

<sup>281</sup> Si veda poco sopra per i dettagli relativi al numero di ruolo del caso.

<sup>282</sup> L'art. 13 della Legge sulle garanzie della Repubblica Popolare Cinese (中华人民共和国担保法) prescrive che il garante ed il creditore debbono stipulare per iscritto il contratto di garanzia (il testo è il seguente: 保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同) e dunque sono

ne su cui il giudice basa tale scelta è quella per cui, nonostante il contratto di garanzia sia stato ritenuto come valido, essendo questo un tipo di contratto unilaterale e gratuito, venuti meno, a seguito del divorzio, gli obblighi legati alla precedente relazione coniugale tra Zhang e Tao, si è ritenuto che Zhang Yuanying non avesse avuto alcun interesse e dunque ne ha appunto escluso il coinvolgimento a titolo di responsabilità solidale. Se il rispetto della forma tipicamente prevista può esser valso a ritenere l'obbligazione come valida nei confronti di Tao Yong, il giudice, senza prove chiare circa l'impiego della forma richiesta anche da parte di Zhang Yuanying e facendo leva sull'assenza di interesse, è giunto dunque a ritenere quest'ultimo come esterno rispetto al rapporto.

Interessanti sono altresì dei casi che possono dare un'immagine di come, invece, i giudici cinesi ricorrono alla nozione di contratto al fine di tutelare fattispecie atipiche:

Nel caso del Sig. Huang Shihong contro la Jiangmenshi Shuangbai Riyong Youxian Gongsi<sup>283</sup> (Huang vs Shuangbai) dal tribunale è ritenuto contratto atipico (无名合同, *wuming hetong*) un "accordo di cooperazione" in cui le parti si erano accordate, appunto, a cooperare nello sviluppo della diffusione (sviluppo di mercato) di un detersivo in polvere a Jingnan, nel distretto Doumen della città di Zhuhai (Guangdong). Tale accordo, era poi reso piuttosto complesso anche da altri elementi quali la restituzione da parte della Shuangbai del capitale iniziale versato dal Sig. Huang entro un mese dal termine della validità dell'accordo (un anno), dal fatto che il Sig. Huang avrebbe dovuto rispettare le politiche per i prezzi stabilite dalla Shuangbai così come sottoporsi anche ad attività di supervisione e controllo svolte dalla stessa e quant'altro. In ogni caso l'accordo, che venne comunque parzialmente eseguito dalle parti, è stato, come accennato, ritenuto dal tribunale intermedio di Zhouhai come un contratto atipico, in cui era 'incluso' un contratto di vendita.

Un altro "accordo di cooperazione" considerato dal tribunale quale contratto atipico è quello che ha visto coinvolte due società di investimento (di cui la denominazione non è svelata) giudicato dal tribunale civile del distretto di Pudong a Shanghai<sup>284</sup>. In questo caso le società avevano stipulato un complesso "accordo di cooperazione" avente come obiettivo l'acquisto di taluni edifici commerciali. Anche in questo caso, il contratto è stato parzialmente eseguito ed il tribunale, non vedendo elementi sufficienti per 'inquadralo' in un contratto di intermediazione, come voleva

---

per questi contratti previsti anche dei requisiti di forma (sul punto si veda anche L. WANG, L. YANG, Y. WANG, X. CHENG, *Minfa xue*, cit., p. 485).

<sup>283</sup> Tribunale intermedio di Zhuhai (Guangdong), secondo ruolo generale civile n. 180/2013.

<sup>284</sup> Tribunale del "nuovo distretto Pudong" (Shanghai) secondo ruolo civile (commerciale), n. 1452/2012.

l'attore, né in un contratto di mandato, come voleva il convenuto ha stabilito che si sia trattato di un *wuming hetong*.

Ancora, un caso interessante potrebbe essere quello tra la Yunnan Shennong Yuzhong Youxian Gongsi e la Sig.ra Tao Zhiui (Shennong vs Tao) deciso dal tribunale intermedio della città di Kunming<sup>285</sup>. Quello che era, in base alla denominazione assegnata allo stesso dalle parti, un contratto di mandato è stato ritenuto dal tribunale appartenere all'ambito dei contratti atipici poiché, sebbene la denominazione sia stata, appunto quella di contratto di mandato, durante l'esecuzione del contratto le parti hanno, nei fatti, cooperato effettuando investimenti comuni, co-partecipando allo svolgimento delle attività che sarebbero state l'oggetto del mandato (la società Shennong, il mandante, quantomeno alla luce della ricostruzione effettuata dai giudici aveva nei fatti gestito il campo di allevamento), ricavando comunemente degli utili.

Un ulteriore caso che potrebbe essere richiamato è quello tra la società Fushan Shi Feitu Jin-Chu Kou Youxian Gongsi contro DHL Global Forwarding China e DHL Global Forwarding China Foshan Branch (Feitu vs DHL China) ove il tribunale marittimo di Guangzhou<sup>286</sup>, pronunciandosi su di un contratto di spedizione marittima, parzialmente eseguito, ha stabilito che, non essendo regolato dalla legge cinese come contratto tipico, avrebbe dovuto essere considerato come un *wuming hetong* e le regole da applicare avrebbero dovuto essere determinate alla luce dell'art. 124 della Legge sui contratti.

Analoga soluzione è quella a cui, nella controversia tra la Beijing Yangguang Guoji Huoyun Youxian Gongsi e la Henkel (Tianjin) International Trade è giunto il tribunale superiore di Shanghai<sup>287</sup> pronunciandosi su un contratto di spedizione, parzialmente eseguito, ha ritenuto che si fosse trattato di un *wuming hetong*.

La stessa Corte Suprema in una sentenza<sup>288</sup> con cui si è pronunciata sulla disputa tra la Fujian Fucheng Fangdichang Kaifa Youxian Gongsi contro la Quanzhou Shi Wanan Touzi Jingying Youxian Gongsi e la Fujian Sheng Jiafu Paimaixing Youxian Gongsi relativa ad una serie di contratti, ha rilevato che nel caso dei *wuming hetong* si debba far riferimento al complesso dei diritti ed obblighi che sorgono tra le parti al fine di poter stabilire, in sostanza, quali sono le regole concrete da applicare ed ha ritenuto efficaci i contratti (già parzialmente adempiuti) di trasferimento del diritto di costruzione e di acquisto di case popolari ritenuti tra loro inseparabili.

---

<sup>285</sup> Tribunale intermedio di Kunming (Yunnan), quarto ruolo generale civile, n. 291/2012.

<sup>286</sup> Tribunale marittimo di Guangzhou (Guangdong), ruolo marittimo, n. 492/2013.

<sup>287</sup> Tribunale superiore di Shanghai, quarto ruolo civile (marittimo), n. 31/2009.

<sup>288</sup> Corte Suprema, ruolo civile, n. 1559/2010.

Sebbene si tratti di una visione comunque parziale data la mole di casi potenzialmente analizzabili, già questi ora richiamati, potrebbero considerarsi come rappresentativi del fatto che, nella prassi giudiziaria cinese, la nozione di contratto sia impiegata anche con riferimento a dei casi non direttamente inquadrabili in figure tipizzate dal legislatore, casi che sono, comunque, caratterizzati da un accordo tra le parti, obbligazioni (in senso lato) reciproche e che siano state già quantomeno in parte eseguite.

Inoltre, nel caso Wang Guiji contro (gli ex coniugi) Tao Yong e Zhang Yuanying<sup>289</sup> il giudice, in assenza di una prova del fatto che Zhang Yuanying avesse inteso proporsi come garante insieme a Tao Yong che aveva stipulato, invece, un contratto di garanzia per iscritto, esclude la responsabilità solidale di Zhang Yuanying. La ragione su cui il giudice basa tale scelta è quella per cui, nonostante il contratto di garanzia sia stato ritenuto come valido, essendo questo un tipo di contratto unilaterale e gratuito, venuti meno, a seguito del divorzio, anche obblighi derivanti dalla precedente relazione coniugale tra Zhang e Tao, si è ritenuto che Zhang Yuanying dovesse essere appunto escluso dall'essere coinvolto a titolo di responsabilità solidale. Se il rispetto della forma tipicamente prevista può esser valso a ritenere l'obbligazione come valida nei confronti di Tao Yong, il giudice si è ben guardato dal considerare lo stesso anche per Zhang Yuanying.

Ciò pare, dunque, offrire, appunto, degli importanti indizi circa il fatto che i giudici cinesi siano piuttosto restii a riconoscere la presenza di obbligazioni contrattuali ad accordi che si pongono al di fuori di casi tipicamente previsti avuto riguardo alla forma e/o alla funzione oggettiva se non ne scaturiscono delle obbligazioni reciproche (e non ne sia stata posta in essere una qualche esecuzione o ne sia derivato comunque un 'detrimento').

### 3.9. Contraddizioni (apparenti) e spunti offerti dalla dottrina romanistica

Lo schiacciamento del contratto sull'accordo comporta ancora tutta una serie di problemi tra cui, ad esempio, le difficoltà generate da quello definito come il 继承契约 (*jicheng qiyue*), 'contratto di successione' proprio in ragione del fatto che con lo spostamento della visuale sulla manifestazione di volontà è andata a sfocarsi (non soltanto in Cina, basti pensare al, seppur sotto taluni profili diverso, *Erbvertrag* tedesco regolato al § 1941 del *BGB*)<sup>290</sup> anche la percezione della fondamentale differenza della revo-

<sup>289</sup> Si veda poco sopra per i dettagli relativi al numero di ruolo ecc. così come per i ragguagli circa il fatto che nel diritto della Repubblica Popolare Cinese per i contratti di garanzia, regolati dalla *Legge sulle garanzie*, è richiesta la forma scritta.

<sup>290</sup> Circa le differenze nella connotazione dei due modelli, G. WANG, *Lun jicheng fa de xiuzheng* (论继承法的修正), in *Zhongguo faxue* (中国法学), 6/2013, p. 96.

cabilità del testamento quale atto di ultima volontà e la non revocabilità del contratto ('vero e proprio'), colta appunto nella migliore romanistica<sup>291</sup>.

È, in realtà, proprio la scienza la romanistica che offre delle indicazioni utili per rileggere i segnali che provengono dal diritto cinese in materia di contratti da una prospettiva arricchente dal punto di vista dogmatico, andando a mostrare quale potrebbe essere la direzione da seguire per approdare a delle letture più chiare e profonde circa quello che è il fenomeno del contratto in Cina (e non soltanto).

In diverse occasioni si è già avuto modo di svolgere qualche segnalazione al riguardo, in ogni caso, vale la pena richiamare in modo più sistematico delle osservazioni svolte e gli spunti che possono offrire. Vengono, nella scienza romanistica, compiuti riferimenti alla *sineddoche* e alla causa dal punto di vista della bilateralità<sup>292</sup> così come, a ridosso dell'entrata in vigore della *Legge sui contratti*, già si segnalava che la "nozione proposta da Labeone risulta implicitamente utilizzata, e [...] pare che essa possa quindi dare un contributo nella ricostruzione scientifica della materia dei contratti"<sup>293</sup>. Al fine di porre in essere una rilettura in chiave dogmatica del diritto dei contratti nella RPC, viene altresì lucidamente suggerito<sup>294</sup> di prestare attenzione alle disposizioni relative all'eccezione di inadempimento ove rileva quanto disposto dagli artt. 66 e 67<sup>295</sup>, così come

---

<sup>291</sup> Si vedano, ad esempio M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 777 e V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis» e la volontà del testatore*, Napoli 1989, pp. 1 ss. per delle considerazioni che permettono di individuare i fattori che hanno portato ad offuscare la percezione delle differenze tra testamento e contratto, così come per dei riferimenti ad alcuni dei problemi che il cd. *jicheng qiyue* solleva in Cina, per ragioni di sintesi, si rinvia a quanto già osservato in S. PORCELLI, *Diritto delle successioni mortis causa in Cina*, cit., pp. 627 ss.

<sup>292</sup> R. CARDILLI, *Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用*, cit., p. 155 ed in particolare anche quanto ivi in n. 14.

<sup>293</sup> Cfr. S. SCHIPANI, *La nuova legge cinese in materia di contratti*, cit., p. 233.

<sup>294</sup> S. SCHIPANI, *La nuova legge cinese in materia di contratti*, cit., p. 232.

<sup>295</sup> L'art. 66 prescrive che qualora le parti, avendo obbligazioni reciproche, non abbiano previsto un ordine di esecuzione delle prestazioni, debbano eseguirle contemporaneamente; che una parte ha diritto, prima che l'altra parte abbia adempiuto, di rifiutare di adempiere qualora l'altra lo avesse richiesto; che qualora la parte che avesse adempiuto per prima, nell'adempimento non avesse soddisfatto quanto stabilito, l'altra parte ha il diritto di rifiutare la richiesta di adempimento proveniente dalla controparte (il testo dell'articolo è il seguente: 当事人互负债务, 没有先后履行顺序的, 应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时, 有权拒绝其相应的履行要求)。L'art. 67 prevede che, in presenza di obbligazioni reciproche delle parti ove sia previsto un ordine nell'esecuzione, qualora la parte che avrebbe dovuto eseguire per prima non avesse eseguito, l'altra parte possa opporre rifiuto alla richiesta di adempimento proveniente da questa così come che qualora la parte che avesse dovuto adempiere per prima, sebbene abbia adempiuto, non abbia comunque adempiuto in modo da soddisfare quanto stabilito, l'altra parte abbia il diritto di rifiutare la richiesta di adempimento proveniente dalla controparte (il testo

potrebbe in realtà tenersi in considerazione anche quanto ai successivi artt. 68 e 69. Ad esempio, l'art. 68 prevede che la parte che dovrebbe adempiere per prima ha diritto di interrompere l'adempimento qualora dovesse avere prove precise che la controparte si trovi in una delle seguenti situazioni: la situazione degli affari si sia seriamente deteriorata; al fine di non adempiere ai propri debiti abbia compiuto trasferimenti patrimoniali ovvero abbia effettuato ritiri di capitale; abbia perso il proprio 'credito', la propria reputazione commerciale; versi in altre circostanze che abbiano minato o possano minare la capacità di adempiere. Salvo il fatto che qualora la parte senza avere prove precise dovesse interrompere il proprio adempimento incorrerebbe in responsabilità contrattuale<sup>296</sup>. L'art. 69 prevede che, se una parte interrompe il proprio adempimento in base al precedente art. 68 deve tempestivamente darne notizia alla controparte e qualora quest'ultima offrisse delle adeguate garanzie, la parte che dovesse aver interrotto il proprio adempimento dovrebbe riprenderlo. Qualora, invece, dopo che l'adempimento sia stato interrotto, la controparte non dovesse, entro un periodo ragionevole di tempo, riacquisire la propria capacità di adempiere e non dovesse offrire adeguata garanzia, la parte che ha interrotto l'adempimento può risolvere il contratto<sup>297</sup>.

Gli esempi di articoli della *Legge sui contratti* da cui emerge un riferimento alla bilateralità delle obbligazioni nella costruzione di fondo della categoria del contratto potrebbero essere ancora numerosi, si pensi al caso, già richiamato, dell'art. 94<sup>298</sup>, ed altri potrebbero altresì trovarsi anche fuori da quanto dettato dalla *Legge* del 1999.

Decisivo appare, tuttavia, quanto emerge dal confronto dei menzionati articoli dettati nella parte I della *Legge*, ossia in quella recante le norme sul contratto in generale, con gli artt. 192-195 che troviamo nella II parte della *Legge*, ossia quella in cui sono dettate norme sui contratti tipici ed in particolare al capitolo XI riguardante il 'contratto' di donazione, il già menzionato *zengyu hetong*<sup>299</sup>.

---

dell'articolo è il seguente: 当事人互负债务, 有先后履行顺序, 先履行一方未履行的, 后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的, 后履行一方有权拒绝其相应的履行要求)。

<sup>296</sup> Il testo dell'art. 68 è il seguente: 应当先履行债务的当事人, 有确切证据证明对方有下列情形之一的, 可以中止履行: (一)经营状况严重恶化; (二)转移财产、抽逃资金, 以逃避债务; (三)丧失商业信誉; (四)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。[comma 2] 当事人没有确切证据中止履行的, 应当承担违约责任。

<sup>297</sup> Il testo dell'art. 69 è il seguente 当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的, 应当及时通知对方。对方提供适当担保时, 应当恢复履行。中止履行后, 对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的, 中止履行的一方可以解除合同。

<sup>298</sup> Si vedano, ancora, anche gli altri esempi rilevati in S. SCHIPANI, *La nuova legge cinese in materia di contratti*, cit., pp. 232-233.

<sup>299</sup> Il testo dell'art. 195 è il seguente: 赠与人的经济状况显著恶化, 严重影响其生产经营或者家庭生活的, 可以不再履行赠与义务。L'art. 192 disciplina la cd. revoca per ingratitudine nei

L'art. 195, sulla scia dei già richiamati artt. 624 del *Progetto* di codice civile della dinastia Qing, 490-491 del *Progetto* del 1926 e 418 del *Codice* del 1931, prevede, nella sostanza, che: qualora la situazione economica del donante dovesse notevolmente peggiorare così da poter gravemente incidere sulla attività di produzione o commerciale o sulla vita di famiglia del donante i doveri discendenti dalla donazione possono non essere adempiuti.

Dal raffronto di tale articolo con gli artt. 68 e 69 precedentemente menzionati emerge chiaramente una contraddizione che potrebbe essere spiegata andando ad evitare di nascondere dal proprio sguardo le forti differenze tra il regime dettato in generale per i contratti e quello a cui è soggetto, a dispetto della denominazione assegnatagli, il diverso 'contratto' di donazione. Il fatto che le eccezioni siano orientate, nei contratti e nella donazione, in senso quasi diametralmente opposto lascia affiorare le contraddizioni che sono state causate dall'aver dapprima costretto il contratto nella "camicia di forza del volontarismo"<sup>300</sup> e dall'aver poi (ri)costruito attorno a ciò un intero sistema. La differenza delle soluzioni dettate in materia di eccezioni di inadempimento per il contratto ed in materia di eccezione per stato di bisogno del donante sono legate al fatto che la donazione (paradigma degli atti di liberalità) ed il contratto (il cui paradigma sia, come si è visto, in Cina, ma anche, come si vedrà più avanti a Roma<sup>301</sup>, è la compravendita, in cui prevale l'idea della reciprocità, dello scambio) sono figure ben distinte così come lo sono le conseguenze che producono sul piano delle obbligazioni per le parti e della loro tutela. Da una parte vi è, appunto, l'esigenza dello scambio che deve essere protetto rispetto ad una serie di problemi che possono sopraggiungere; dall'altra, vi è l'esigenza di far sì che gli impegni presi per liberalità siano rispettati, ma essendo legati a liberalità, non sono imposti pesi così stringenti come nel caso in cui al sacrificio di una parte corrisponde il sacrificio di un'altra (scambio, anche eventuale): una simile *ratio* di base, come si vedrà meglio nelle prossime pagine, emerge, pare, già dalle impostazioni di alcuni tra i più acuti giuristi romani<sup>302</sup>.

---

casi in cui il donatario dovesse danneggiare in modo grave il donante o i suoi parenti prossimi ecc. (il testo dell'articolo è il seguente: 受赠人有下列情形之一的, 赠与人可以撤销赠与: (一)严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属; (二)对赠与人有扶养义务而不履行; (三)不履行赠与合同约定的义务。[comma 2] 赠与人的撤销权, 自知道或者应当知道撤销原因之日起一年内行使。). L'art. 193 regola, nella sostanza, la revoca da parte dell'erede nel caso in cui il donatario con comportamenti contrari alla legge abbia determinato la morte o la perdita della capacità di agire del donante (il testo dell'articolo è il seguente: 九十三条 因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的, 赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。[comma 2] 赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权, 自知道或者应当知道撤销原因之日起六个月内行使)。L'art. 194 regola la restituzione del bene donato a seguito della revoca (il testo è il seguente: 撤销权人撤销赠与的, 可以向受赠人要求返还赠与的财产)。

<sup>300</sup> Espressione ripesa da M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 122.

<sup>301</sup> *Infra* capp. V ss.

<sup>302</sup> *Infra* in particolare capp. VI e VII.

Tale lettura può essere inoltre confermata ed, anzi, enfatizzata ancora da altre contraddizioni legate a delle regole che il legislatore cinese (seguendo un modello che, si è visto, pur se con differenze sugli aspetti più specifici pare sia stato già preso in considerazione sin dal momento in cui la Cina è entrata a far parte della tradizione romanistica e sulla scorta, pare dell'influenza di norme che ritroviamo anche nel *BGB*) detta ancora con riferimento al 'contratto' di donazione stesso che si rivela nuovamente come cartina tornasole. È infatti sufficiente, per vedere quanto profonde siano le differenze tra un istituto ispirato alla liberalità ed uno ispirato allo scambio, prendere ad esempio il dettato del primo comma dell'art. 191 il quale, da un lato, stabilisce che il donante non è responsabile per i vizi del patrimonio donato, dall'altro lato, con riguardo alla donazione modale, stabilisce, invece, che qualora il patrimonio donato dovesse presentare dei vizi, il donante andrebbe ad assumere, nei limiti del valore del *modus*, la responsabilità del venditore<sup>303</sup>. Dal disposto di questo articolo traspare limpidamente come, a dispetto delle denominazioni e delle 'acrobazie' sistematiche, l'*aequum*, quale "supremo criterio"<sup>304</sup>, guidi la mano del legislatore e sia comunque sotteso alle sue scelte, confermando la stabilità di fondo di una linea che si vedrà sarà ancora difesa dallo stesso Napoleone<sup>305</sup>. In sostanza, se dei negozi strutturalmente sono diversi è necessario dettare al riguardo delle regole diverse, altrimenti si genera *iniquitas* e dunque *iniustitia*<sup>306</sup> e, tenendo conto di ciò, sarebbe forse opportuno impiegare delle distinzioni anche a livello di denominazione altrimenti si rischiano degli 'effetti distorsivi' che vanno ad ingenerare degli equivoci poi anche sul piano sostanziale (come quello della ricerca della *causa* soltanto nella funzione oggettiva del negozio). Ove si riscontra una bilateralità, il punto di riferimento principale per affrontare la questione concreta, anche se ovviamente non esclusivo, come mostra lo stesso dettato dell'art. 191 ora richiamato, è quello delle norme dettate con riferimento a quello è stato già posto da alcuni giuristi romani come 'paradigma' del contratto: la compravendita<sup>307</sup>.

Ancora, a titolo esemplificativo, nella *Legge sui contratti*, con il combinato disposto degli artt. 186 e 188, il legislatore ha previsto la facoltà per il

---

<sup>303</sup> Il testo del primo comma dell'art. 191 è il seguente: 赠与的财产有瑕疵的, 赠与人不承担责任。附义务的赠与, 赠与的财产有瑕疵的, 赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。

<sup>304</sup> Si veda in proposito F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, pp. 67 ss. ed in particolare con riferimento all'*aequum*, p. 76, n. 84. Si veda inoltre *infra* cap. VIII.

<sup>305</sup> *Infra* cap. VIII.

<sup>306</sup> Si vedano ancora le considerazioni svolte in S. PORCELLI, *Diritto e logica*, cit., in pp. 211 ss. e quanto *infra* cap. VIII.

<sup>307</sup> *Infra* in particolare capp. V ss.

donante di revocare arbitrariamente la donazione prima della consegna (ovvero della trascrizione nei registri ove si tratti di beni a questa soggetti – art. 187) salvo nel caso in cui la donazione sia stata svolta per atto notarile ovvero siano coinvolti interessi pubblici della società o doveri morali come nel caso di calamità o alleviamento della povertà<sup>308</sup>.

Con il potere che gli è riconosciuto, il legislatore può impiegare le denominazioni che preferisce e compiere le 'acrobazie' che ritiene più opportune, tra cui quella di qualificare la donazione come "contratto", inserirla tra i contratti tipici e quant'altro; tuttavia, come pure ancora queste disposizioni da ultimo richiamate rivelano, pare che l'*aequum* quale "supremo criterio", porti all'adozione di norme come quelle di cui si discute e dunque all'emersione di (apparenti) contraddizioni.

I menzionati, importanti, indizi offerti dalla romanistica svelano come, uno studio delle fonti romane sull'argomento possa fornire degli spunti di riflessione che permettono di fare maggior chiarezza sulla questione ed andare, dunque, a superare delle visioni superficiali che a seguito di condizionamenti stratificatisi in particolare, come si vedrà meglio più avanti, negli ultimi secoli, da un lato nascondono la ricchezza dogmatica associata a talune nozioni giuridiche, dall'altra fanno sì che, non solo si presentino delle contraddizioni, ma che queste comunque non ricevano l'attenzione che meriterebbero da parte dell'interprete. Vengono, infatti, così a prodursi tutta una serie di letture concatenate che possono, condotte all'estremo, non soltanto andare a coprire l'importanza della reciprocità nel contratto, ma addirittura (ed anche per certi versi in conseguenza di ciò) andare a mettere in discussione l'utilità della stessa categoria del contratto, giungere a sostenere che il contratto *tout court* possa essere abbandonato<sup>309</sup>, quando invece come ora si notava l'*aequum* di fondo che guida la mano del legislatore, anche in Cina, in realtà non soltanto ci spingerebbe a tornare a riflettere su tale categoria, ma ne dimostra una forte – imprescindibile – vitalità. Pertanto, dopo delle brevi considerazioni di sintesi circa quanto si è visto negli ultimi paragrafi, si passerà all'analisi delle fonti romane che si ritengono più significative al fine di riuscire a gettar

---

<sup>308</sup> Il testo degli articoli richiamati è il seguente: art. 186: 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定；art. 187: 赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续；art. 188: 具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。Si consideri inoltre che, sempre facendo ricorso all'*auxilium legis* sono stati previsti degli altri tipi di donazione regolati, ad esempio, nella *Legge sulle donazioni per causa di pubblico interesse* (中华人民共和国公益事业捐赠法) e nella *Legge sulla beneficenza* (中华人民共和国慈善法) ove tra l'altro, vale la pena segnalare, non si impiega il termine *hetong*, ma soltanto *xieyi*.

<sup>309</sup> Si pensi, ad esempio, alle posizioni assunte in C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in C. CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, I, Milano, 2001, pp. XXVI ss. su cui si tornerà *infra* in cap. VIII.

luce su quelli che sono gli elementi più profondi che vanno a plasmare la categoria del contratto, potendo così andare poi anche a comprendere meglio le origini e la portata effettiva delle ‘distorsioni’ che sono alla base delle (apparenti) contraddizioni che si sono viste ora emergere (anche) nel diritto cinese.

#### 4. Considerazioni di sintesi

Si è messo in luce come l’influenza dei modelli di contratto con le caratteristiche emerse nelle codificazioni europee<sup>310</sup> si faccia sentire molto in Cina, anche sulle impostazioni che possono essere rinvenute nella dottrina. Con tali modelli sono state ‘recepiti’ anche i problemi dogmatici e le contraddizioni insite negli stessi.

Alla tradizione romanistica si è guardato, nella fase di rottura con l’antichità, per la costruzione di un ‘moderno’ diritto cinese e, anche se nelle prime decadi questa assimilazione non è stata semplicissima, si è potuto assistere all’elaborazione di un grande numero di neologismi corrispondenti alle nozioni tecniche del diritto dei codici civili europei (e non solo), non recepiti acriticamente, ma ponderati alla luce della tradizione giuridica cinese. Molte di queste nozioni sono state adeguate alle caratteristiche e alle esigenze specifiche della Cina: in una primissima fase il modello di riferimento per il diritto dei contratti è stato in prevalenza quello pandettistico seppur con dei temperamenti che poi, con il *Progetto* del 1926 e soprattutto con il *Codice* del 1931 si sono fatti più sostanziosi in favore di altri modelli comunque riconducibili alla tradizione romanistica.

Con la fondazione della “Nuova Cina” sono state abrogate le leggi precedenti e si è optato per la costruzione di un sistema che guardava al modello socialista il quale, a sua volta, come osservato dai più attenti studiosi sia in Italia che in Cina, era legato comunque a filo diretto con il diritto romano, seppure lo stesso veniva guardato da una prospettiva diversa. Significativo è, ad esempio, il fatto che, sebbene con il contratto economico il ruolo primario assegnato alla volontà delle parti andava in larga parte a svanire, ancor prima che fosse stata impiegata dal legislatore l’espressione tecnica per designarlo, già andava ad essere riconosciuta la necessità di proteggere doveri proiettati nel futuro con prevalente contenuto patrimoniale in chiave di contratto, economico appunto. Sebbene vi sia stata l’adozione di un modello in larghissima prevalenza pubblicistico, che tra le varie conseguenze ha avuto la tendenza poi affermatasi ad accentuare anche in via generale l’aspetto della responsabilità, e seppure sia stato accantonato il dogma della volontà, il contratto continuava ad avere un pro-

---

<sup>310</sup> Su cui più approfonditamente *infra* cap. VIII.

prio spazio ed erano altresì previsti contratti tipizzati in base alla forma e/o alla funzione oggettiva del negozio corrispondente ed altri elementi. Per quanto riguarda la terminologia, si è osservato come, negli anni '50, per ragioni di maggiore affinità con l'ideologia socialista ed anche in considerazione delle caratteristiche del contratto economico che andava a diffondersi, si è passati dall'usare *qiyue* quale termine per indicare in generale il "contratto" all'impiego, in tale veste, di *hetong*.

Dopo il periodo della Rivoluzione culturale e del cd. nichilismo giuridico, sono state intraprese delle riforme, graduali, ma comunque rapide e su vasta scala, ove, nuovamente, si è guardato alla tradizione romanistica per gestirle e ricostruire un nuovo sistema. In linea di massima agli inizi si è tornato prevalentemente ad attingere al modello *lato sensu* socialista per poi, nel corso delle decadi, andare a transitare gradualmente verso un modello maggiormente influenzato da quelli tedesco, francese ed anche italiano. In ciò si è assistito a dei 'riasseblamenti dogmatici' che hanno, ad esempio, riportato su di un piano maggiormente 'orizzontale' il diritto dei contratti facendo leva su una nuova enfasi data al principio di eguaglianza anche con riferimento ad una rinnovata attenzione al ruolo dell'obbligazione, ma che hanno altresì, attraverso una costruzione in cui il negozio giuridico è venuto ad assumere un ampio rilievo, portato ad una riduzione nell'economia di quanto inserito in alcune importanti disposizioni del peso espressamente assegnato alla reciprocità rispetto a quello che ha gradualmente assunto la volontà (seppur sempre, comunque, con una forte influenza di elementi di natura pubblicistica ed un sempre crescente spazio lasciato, appunto, al diritto positivo che ha portato anche ad un largo ricorso alla tipizzazione). La questione della causa è tornata ad essere ricondotta nell'alveo di quella della causa dell'obbligazione, al suo fondamento (*Grund*), ovvero dello scopo oggettivo (*Zweck*), diverso dai motivi, e dunque, sostanzialmente, alla funzione oggettiva.

In ogni caso, nel quadro venuto a delinearsi con *la Legge sui contratti* può, tuttavia, notarsi come, tranne che per quanto riguarda talune ipotesi di contratti tipici (sotto il profilo della forma e/o di quello della funzione oggettiva della transazione), nella gestione dell'incertezza contrattuale si arriva a poter individuare la produzione di effetti obbligatori da un contratto i cui elementi costitutivi sono il consenso e le obbligazioni reciproche. Per quanto riguarda i casi analizzati, oltre al fatto che la disciplina del contratto è applicata quando vi sono obbligazioni reciproche tra le parti, emerge anche un altro dato: nei casi visti l'esecuzione del contratto era, almeno parzialmente, già stata avviata e quantomeno una delle parti aveva già subito un 'detrimento' a seguito di quanto previsto in un accordo collegato ad obbligazioni reciproche. La buona fede viene impiegata soprattutto al fine di superare problemi che potrebbero sorgere in riferimento al caso concreto da un'applicazione 'formalistica' delle norme e comunque, sembra, per valutare i comportamenti alla luce di parametri di correttezza.

La sineddoche nella definizione tende a far propendere a ritenere che il *proprium* dell'*hetong* risieda nell'essere uno *xieyi* (art. 2 della *Legge sui contratti*), tuttavia, le norme in materia di adempimento e risoluzione sono largamente basate sull'idea del contratto oggettivamente bilaterale con attenzione posta al profilo della prestazione (si pensi ad esempio ai richiamati artt. 66-69 e art. 94); è riconosciuta un'apertura all'atipicità (art. 124), ma vi sono poi norme che sembrano indicare che a questa sia lasciato spazio con riferimento ai cd. 'contratti onerosi' con la compravendita che è il 'paradigma', il termine di riferimento per la gestione dell'atipicità (art. 174). È prevista la donazione come contratto tipico, ma permangono delle forti differenze (già segnalate, in parte, anche con riguardo al *Progetto Qing*, al *Progetto* del 1926, ed al *Codice* del 1931) che vanno a caratterizzarla, ad esempio, per quanto riguarda la possibilità di revoca arbitraria prima dell'esecuzione della prestazione, salvo ove dei 'puntelli' siano stati aggiunti dal legislatore con riferimento ai casi di donazioni nel contesto di 'calamità' ovvero dove intervenga il notaio (artt. 186-188), così come è prevista la cd. revoca per ingratitudine (ad es. art. 192) e la cd. revoca per stato di bisogno del donante (art. 195), sono, infine, dettate in materia di vizi del bene donato delle disposizioni che svolgendo un accostamento diretto tra donazione e compravendita, danno ulteriore risalto al fatto che quando la donazione non viene ad essere 'semplicemente' strutturalmente unilaterale è necessario chiamare in causa il regime della compravendita (art. 191).

Si può dunque notare come, sin dai progetti e dal *Codice* della prima metà del XX secolo, come ancora con la *Legge sui contratti* che sul punto, alla stregua di quelli ora menzionati, segue in prevalenza il modello tedesco, emergono chiaramente delle (apparenti) contraddizioni che in realtà possono in larga parte ritrovarsi, appunto, anche nello stesso *BGB* e che sembra siano determinate dallo spostamento dell'attenzione sulla volontà andando a discapito dell'attenzione alla struttura. Se il legislatore nello *ius scriptum* può chiamare contratto anche una donazione, sembra possa vedersi che l'*aequum*, quale criterio supremo, guida comunque la sua mano e lascia emergere dei segnali chiari circa il fatto che cose diverse debbono essere regolate in modo diverso: l'esempio più limpido al riguardo proviene forse dal richiamato art. 191 della *Legge sui contratti* sui vizi del bene nella donazione modale, ancor meglio se letto tenendo conto anche di quanto all'art. 174 della *Legge* stessa.

Sin dal *Progetto* di codice civile della dinastia Qing (1911), il diritto cinese ha intessuto un dialogo con il diritto della tradizione romanistica, evidenziandosi profili di criticità nella stessa resa terminologica di concetti romanistici con una profonda tradizione, rendendosi, quantomeno ad avviso di chi scrive, stimolante e arricchente verificare quanto di questa preziosa complessità contenutistica sia effettivamente veicolata da *hetong* e se emergano spunti significativi di riconsiderazione critica del proble-

ma. Infatti, per riuscire a comprendere in modo più chiaro le origini di queste contraddizioni che si sono viste apparire nel diritto cinese, il quale ci permette, in realtà, sia di notarle e di svelarle sia di poter riflettere su dei possibili spunti per superarle; e dunque al fine di andare a svolgere di quest'ultimo una rilettura sostanziale che possa essere nel minor modo possibile condizionata da quelle che pare siano delle stratificazioni che sono venute ad accumularsi e rafforzarsi in particolare negli ultimi secoli, per poter svolgere una lettura coerente del sistema, utile sul piano teorico, ma che possa essere di orientamento anche nella gestione dei casi pratici, è imprescindibile, al fine di evitare di restare imprigionati in quello che pare un labirinto senza via di uscita che sembra creato da un circolo che si autoalimenta tra diritto positivo e teorie che lo interpretano e che lo sorreggono (con ulteriori ricadute negative, vale la pena notare incidentalmente, anche sulla gestione da parte del diritto dei sempre più numerosi e rilevanti contratti transnazionali), andare a ripercorrere talune delle vicende che hanno riguardato il diritto dei contratti con particolare attenzione dedicata a quanto accaduto a Roma, al *principium*<sup>311</sup>.

---

<sup>311</sup> Sul *principium*, si veda L. LANTELLA, *Potissima pars principium est*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, p. 290; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., p. 85.



## CAPITOLO IV

# IL 'CONTRACTVS' NEL DIRITTO ROMANO: PROBLEMI STORIOGRAFICI E CONSIDERAZIONI TERMINOLOGICHE

SOMMARIO: 1. Cenni storiografici sul problema del contratto in diritto romano. – 2. Considerazioni terminologiche su *contrahere* e *contractus*. – 3. Il legame tra nozioni giuridiche scientifiche e la terminologia volta ad esprimerle: l'esempio della 'modernizzazione' del 清末 (*Qingmo*). – 4. Considerazioni di sintesi.

### 1. *Cenni storiografici sul problema del contratto in diritto romano*

Una fondamentale eredità del diritto romano presente in tutti i diritti contemporanei è la categoria giuridica del contratto. La grande tradizione di contenuti del sistema romano dei contratti, caratterizzato da una forte tipicità delle figure contrattuali, è stata codificata in tutti i codici civili nazionali conosciuti. A questo ampio quadro di regole e di contenuti connessi ai singoli tipi contrattuali, le moderne codificazioni hanno accompagnato l'enucleazione di una 'parte generale' del contratto oppure ne hanno lasciato il compito alla parte generale del negozio giuridico, operando una forte astrazione dei contenuti tipici originari all'interno di una *reductio ad unitatem* che fosse in grado di esprimere una disciplina unitaria della materia valida per ogni tipo di contratto.

In un discorso, come quello che si tenta di svolgere in queste pagine, sul dialogo tra diritto romano e diritto cinese, che ponga attenzione alla dimensione storica degli svolgimenti presenti nelle due diverse culture giuridiche esaminate, è utile indicare alcune linee di fondo che la nozione romana di contratto, nella sua storicità e complessità dogmatica, lascia intravedere.

Il quadro più completo del diritto contrattuale che ha rappresentato la base di sviluppo giuridico per le epoche successive fino ai giorni nostri è rappresentato dalla Codificazione giustiniana e, quindi, dal materiale classico in essa confluito<sup>1</sup>. È proprio sul *Corpus iuris civilis*, come poi sarà

---

<sup>1</sup> Circa la fondamentale importanza della Codificazione giustiniana per il pieno com-

chiamato in età medievale, che la scienza giuridica europea dalla Scuola di Bologna ricostruirà una sua identità metodologica ancora oggi segnalata come caratterizzante il sistema giuridico romanistico<sup>2</sup>.

D'altronde, però, a fronte della tendenziale stabilità in chiave autoritativa del materiale giuridico codificato dall'Imperatore Giustiniano, il materiale classico raccolto ed ordinato dai compilatori giustiniani non cancella il segno del suo secolare svolgimento interpretativo che ha coinvolto la giurisprudenza romana preclassica e classica. Ciò, proprio con riguardo al tema dei contratti, assume il fascino di una ricerca non solo concettuale, ma anche terminologica che muove dall'iniziale utilizzazione nel discorso giuridico del termine *contractus* nel II-I sec. a.C. – come possibile categoria ordinante per guardare in modo coerente ad una serie atti negoziali produttivi di obbligazione – al raffinato dibattito sulla possibilità di enucleare dalla realtà dei singoli tipi contrattuali una idea unitaria e comune di contratto.

La complessità di contenuto che così veniva consegnata al futuro, ha quindi rappresentato una componente ricca di potenzialità interpretative che daranno vita dalla Scuola dei glossatori ai moderni codici civili a riletture ed interpretazioni che, all'interno di una comune tradizione giuridica fondata sul diritto romano, hanno permesso di continuare a riconoscere allo schema del 'contratto' un ruolo centrale nel discorso della scienza giuridica.

Da questo punto di vista, coerentemente ad un possibile dialogo tra diritto romano e diritto cinese, è ravvisabile nella scienza romanistica del XX secolo un netto salto di qualità nella valorizzazione del quadro antinomico rappresentato dal materiale classico presente nei *Digesta* di Giustiniano. La maturazione nella moderna scienza romanistica di sforzi orientati verso un'interpretazione storica dei frammenti dei giuristi classici, se da un lato spinto ulteriormente verso la percezione di una rottura con la visione presente dai Glossatori alla Pandettistica della comune appartenenza in chiave di continuità ad una tradizione giuridica unitaria, dall'altro ha permesso però di realizzare una riscoperta di quella che autorevolmente è stata qualificata "l'eredità dei giuristi romani in materia contrattuale"<sup>3</sup>.

---

pimento di quella che è stata definita, autorevolmente, come "l'età della formazione del sistema romano", si vedano P. CATALANO, *Diritto e persone*, cit., pp. 53 ss.; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., in particolare la sintesi in p. 178, n. 5.

<sup>2</sup> Si veda sulla influenza della Codificazione giustiniana negli svolgimenti successivi del sistema giuridico romanistico, con un quadro efficace di sintesi, S. SCHIPANI, *Premessa*, in S. SCHIPANI (testo e traduzione a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, I, Milano, 2005, pp. XIV ss.).

<sup>3</sup> F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano 1987)*, Milano, 1988, pp. 42 ss.; ID., *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, *Atti Convegno Siena 1989*, Napoli, 1991, pp. 3 ss.

Tale importante risultato storiografico, maturato nella seconda metà del Novecento dalla scienza romanistica<sup>4</sup>, è essenziale per intessere un discorso circa il dialogo tra il diritto cinese antico e moderno e il diritto romano, senza nulla togliere agli svolgimenti interpretativi, pur ricchi di importanti acquisizioni sia dogmatiche che sistematiche, che è possibile accertare nella storia della tradizione romanistica dai Glossatori alla Pandettistica<sup>5</sup>. All'interno di questi svolgimenti, come la miglior dottrina ha evidenziato<sup>6</sup>, un ruolo essenziale va riconosciuto al dibattito tra Umane-

---

<sup>4</sup> Per l'accentuazione dell'importanza storica dei decenni '60-'90 nella maturazione di una nuova metodologia nella scienza romanistica, si veda R. CARDILLI, *Lo studio del diritto romano e i fondamenti del diritto europeo*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive. Atti Convegno Trento 2018*, Trieste, 2019, pp. 7 ss., in particolare pp. 64-69.

<sup>5</sup> Ciò, peraltro, trova un alto grado di conferma nei risultati che la storiografia giuridica dell'età medievale e moderna ha raggiunto sulla materia contrattuale, evidenziandosi una forte tenuta della struttura tipica del sistema contrattuale romano come codificato da Giustiniano nella scienza giuridica che, coerentemente alla considerazione del *Corpus iuris civilis* quale testo dotato di grande autorevolezza, viene a considerare i testi giustiniani quale gabbia concettuale di riferimento privilegiata. Ciò peraltro, non implica comunque l'assenza di momenti interpretativi e ricostruttivi di grande importanza per le età successive; si pensi ad esempio alla teorica dei *vestimenta pactorum* (sul punto si veda R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano, 2001; E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della 'tradizione romanistica': l'elaborazione medievale in materia di 'pacta'*, in *RDR*, 2/2002, pp. 441 ss.; A. MASSIRONI, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, Milano, 2012) o alla fondamentale distinzione tra *essentialia*, *naturalia* e *accidentalialia* (P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, in *Quaderni fiorentini*, XV, 1986, pp. 593 ss.; I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il cinquecento*, Torino, 1997, pp. 54 ss.; R. FIORI, *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, pp. 319 ss.; M.F. CURSI, *Alle origini degli accidentalialia negotii. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Index*, 29/2001, pp. 301 ss.; R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, Napoli, 2009, pp. 1 ss. in particolare pp. 5 ss.).

<sup>6</sup> Si pensi alle letture dei Glossatori, Commentatori, che vanno talvolta ad intrecciarsi con il diritto canonico e degli Umanisti che emergono, ad esempio, in PLACENTINUS, *Summa Codicis*; AZO, *Summa Codicis*; ACCURSIUS, *Magna glossa*; BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Commentaria*; BALDUS DE UBALDIS, *Tractatus de pactis*, *Id. Commentaria*; PAULUS CASTRENSIS, *Commentaria*; IASONIS MAYNI, *Commentaria*; A. ALCIATUS, *De verborum et rerum significatione*; F. CONNANNUS, *Commentariorum juris civilis libri decem*; J. CUIACIUS, *Opera omnia*; H. DONELLUS, *Opera omnia*; H. VULTEJUS, *Iurisprudentiae romanae*; G. PACE, *Commentarius in titulum Digestorum et Codicis de pactis*. Spunti di lettura interessanti circa queste stagioni possono, ad esempio, rinvenirsi in U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, in J. BARTON (a cura di), *Towards a General Law of Contract*, Berlin, 1990, pp. 215 ss.; I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., con anche l'importante accentuazione del ruolo della Seconda scolastica in materia contrattuale, dove spiccano per ricchezza di prospettive a per la valorizzazione del momen-

simo giuridico e Giusnaturalismo sulla costruzione di una categoria generale di 'contratto'. In particolare, nella contrapposta definizione del contratto quale accordo produttivo di una struttura sinallagmatica in François Connan oppure del contratto quale *pactum* in Hugo Grotius. Questa ricchezza di prospettive ed interpretazioni, finiranno per rappresentare la trama su cui lavorerà la cultura giuridica della seconda metà del '700 e dell'800, rappresentando il tessuto contenutistico sul quale si inserisce il movimento delle codificazioni, con gli esiti noti, che privilegeranno nel *Code Napoléon* (1804) il filone che tende ad accostare la definizione del «*contrat*» a la «*convention*» (art. 1101)<sup>7</sup> e, attraverso la costruzione del sistema Pandettistico in Germania, il contratto quale negozio giuridico soggettivamente bilaterale<sup>8</sup>, modelli che come visto nel capitolo precedente,

---

to della *voluntas*, D. DE SOTO, *De iustitia et iure*; B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contractos*; F. GARCÍA, *Tratado de todos los contractos*, D. COVARRUBIAS, *Relectio de pactis*; ; A. GÓMEZ, *Commentariorum variorumque resolutionum iuris civilis communis et regii tomi tres*; L. DE MOLINA, *Disputationes de contractibus*, in ID., *De iustitia et iure*, tomo II, P. DE OÑATE, *De contractibus*. Si è aperta così la lunga stagione che grazie al Giusnaturalismo (ad esempio H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*; ID., *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*; S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*; A. VINNEN, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus, et forensis*, ecc.), arriverà poi ad avere come esito le prime codificazioni moderne.

<sup>7</sup> Sulla dottrina precedente al *Code Napoleon* rispetto al tema importanti i contributi ad esempio di C. COLOMBET, *Abregé de la jurisprudence romaine*, Paris, 1653; J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1713 (2 ed.); C.-J. DE FERRIERE, *Nouvelle introduction à la pratique, contenant l'explication des principaux termes de pratique et de coutume*, Paris, 1718; G. NOODT, *Ad Edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis*, in *Opera omnia*, Leiden, 1735; J.G. HEINECKE, *Operum ad universam iuris prudentiam, philosophiam et litteras humaniores*, Ginevra, 1748; D. HUME, *Du contrat primitif*, in *Essays, Moral and Political*, 1748; R.J. POTHIER, *Pandectae Iustinianae in novum ordinem digestae*, Paris, 1748-1752; ID., *Traité des obligations*, Paris, 1761; I.E. FLOERCKE, *Dissertation de contractu aestimatorio tamquam contractu nominato*, Halae, 1756; S. VON COCCEJI, *Iuris civilis controversum*, Lipsiae, 1766. Sulle discussioni in sede di approvazione del Codice, P.A. FENET, *Recueil complete des travaux préparatoires du code civil*, Paris, 1827. Dopo la emanazione del *Code Napoléon*, la scienza giuridica francese ha, attraverso la cd. *École de l'exégèse*, sviluppato ed approfondito il senso del rapporto tra contratto ed accordo: si vd. C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, Rennes, 1811; A. DURANTON, *Traité des contrats et des obligations en général*, Paris, 1819, ID., *Cours de droit civil français suivant le code civil*, Paris, 1825-1837; J.-C.-F. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1845-1876 G.A. YSSEL DE SCHEPPER, *Dissertatio juridica inauguralis de causa in conventionibus secundum jus Romanum et Francicum*, Leiden, 1834; M. ORTOLAN, *Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien*, Paris, 1836; V.N. MARCADE, *Éléments du droit civil français ou explication méthodique et raisonnée du Code Civil*, Paris, 1842; L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, Bruxelles, 1862.

<sup>8</sup> Su una sintesi degli esiti interpretativi delle costruzioni elaborate durante l'*usus modernus Pandectarum* che esprimono il quadro concettuale al tempo della innovativa metodologia che caratterizzerà l'Ottocento tedesco, si vd. J.G. LANGSDORF, *Tractatio de pactis et contractibus Romanorum et de vero huius doctrinae nexu atque systemate ex idiomate Romano*, Mannheim, 1772; C.F. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, Erlangen, 1796; J.-F. BERTHELOT, *D. Justiniani sacratissimi principis Institutionum libri quatuor, ob-*

hanno giocato un ruolo importante nella fissazione di contenuti della tradizione romanistica nelle nozioni cinesi 'moderne' di *qiyue* e di *hetong*.

Il salto metodologico che, come sopra evidenziato, può riconoscersi alla scienza romanistica nella seconda metà del Novecento, pur facendo tesoro dei risultati raggiunti negli studi sul contratto di ampio spessore e di profonda raffinatezza dogmatica come quelli apparsi nella prima metà del secolo<sup>9</sup>, riveste una particolare importanza nel presente lavoro, poiché –

---

*servationibus perpetuis illustrati, additis earum Institutionum cum Codice Napoleone collationibus*, Paris, 1809; C.R.B. SCHOUZ AB ABSCHERADEN, *Commentatio juris civilis de contractus innominatis*, Gryphia, 1818. Nella prima metà dell'Ottocento il tema dei contratti (in particolare il problema dei contratti cd. innominati) è oggetto di un rinnovato interesse: A.F.J. THIBAUT, *System des pandektenrechts*, Jena, 1805; E. GANS, *Über das römische Obligationenrecht* (in particolare *Dritte Abhandlung: Über die fabelhafte Lehre von den Innominatcontracten und des jus poenitendi*), Heidelberg, 1819; G. HUGO, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1820; M. PÖHLS, *Versuch einer gründlichen Darstellung der Lehre von Innominat-Contracten. Hauptsächlich gegen Gans*, Heidelberg, 1821; L.A. WARNKÖNIG, *De contractibus ex quibus in factum vel praescriptis verbis agendum est*, Berlin, 1825; A. ERXLEBEN, *Commentatio de contractuum innominatorum indole ac natura*, Leipzig, 1833. Momento storico fondamentale per l'inclusione del contratto nella categoria più generale del negozio giuridico va riconsociuto al Sistema di Savigny (F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, III, §141, 314 ss.). Da questo momento in poi la linea è segnata: si veda G.F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838, ID., *Cursus der Institutionen: System und Geschichte des römischen Privatrechts*, Leipzig, 1881; F. VON LIEBE, *Die Stipulation und das einfache Versprechen. Eine civilistische Abhandlung*, Braunschweig, 1840; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1861; R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1865; C. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris, 1866; K.L. ARNDTS VON ARNESBERG, *Lehrbuch der Pandekten*, München, 1868; A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1873.

<sup>9</sup>Non vincolati metodologicamente all'orientamento interpolazionistico, possono richiamarsi i lavori di M. VOIGT, *Über die conditiones ob causam und über causa und titulus im Allgemeinen*, Leipzig, 1862; S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876; A.R. VON BECHMANN, *Der kauf nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1876; A. PERNICE, *Zur Lehre von den Innominatcontracten*, in *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 10/1868; ID., *Marcus Antistius Labeo: das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, Halle, 1873; ID., *Parerga. III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in *ZSS*, 9/1888. Nei decenni successivi, maggiormente orientati ad una contrapposizione in materia tra diritto classico e diritto giustiniano, rivestono un ruolo fondamentale i contributi di V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893*, Roma, 1933; C. FERRINI, *Sulla teoria generale dei "pacta"*, in *Filangieri*, 17/1892.; ID., *Manuale di pandette*, Milano, 1904; P. BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del «contractus»*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo*, 40/1907; ID., *Il contratto e la causa del contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, 6/1908; ID., *Sul «contractus» e sui «pacta»*, in *RDComm.*, 18/1920; ID., *Corso di Diritto Romano, IV, Le obbligazioni (dalle lezioni)*, rist. a cura di G. BONFANTE e G. CRIFÒ, Milano, 1979; P. COLIN, *Théorie de la cause des obligations conventionnelles*, Paris, 1896; S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a F.C. Schupfer*, Torino, 1898; S. RICCOBONO, *La nozione del contractus e la propagazione degli elementi del contractus ai negozi solenni del ius civile*, in *Bollettino della Reale Accademia di Scienze, Lettere e Belle Arti di Palermo*, 1918; ID., *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi Bonfante*, Milano, 1930; ID., *Origine e sviluppo del dogma della volontà nel diritto*, in *Atti del convegno internazionale di diritto romano*, I, Pavia, 1934; ID.,

come già accennato – è con essa che si arricchisce il quadro in nostro possesso del dibattito dei giuristi romani in materia contrattuale.

A questo riguardo, un ruolo cruciale va riconosciuto al Corso di diritto romano sul tema di Giuseppe Grosso, *Il sistema romano dei contratti*<sup>10</sup>,

---

*Corso di diritto romano: stipulationes, contractus, pacta*, Milano, 1935; E. BETTI, *Sul significato di “contrahere” in Gaio e sulla non classicità della denominazione “quasi ex contractu obligatio”*, in *BIDR* 25/1912; ID., *Sul significato dogmatico della categoria “contrahere” in giuristi proculiani e sabiniani*, in *BIDR*, 28/1915; ID., *Le fonti delle obbligazioni e i problemi storici della loro classificazione*, in *Archivio giuridico*, 1925; P. DE FRANCISCI, *Synallagma, storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913; P. MEYLAN, *Origine et nature de l'action praescriptis verbis*, Lousanne, 1919; V. ARANGIO-RUIZ, *D. 44, 7, 25 § 1 e la classificazione gaiana delle fonti dell'obbligazione*, in *Mélanges de droit romain dédiés à George Cornil*, Paris, 1926; R. DE RUGGIERO, *La classificazione dei contratti e l'obbligazione letterale nel diritto classico e nel giustiniano*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi*, Palermo, 1925; U. BRASIELLO, *In tema di categorie contrattuali*, in *SDHI*, 10/1944; ID., *Sull'influenza del Cristianesimo in materia di elemento subbietivo nei contratti*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946; J. PARTSCH, *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte*, in ID., *Aus Nachgelassenen und Kleineren Verstreuten Schriften*, Berlin-Heidelberg, 1931; G. NOCERA, *La definizione bizantina di contratto*, in *RISG*, 11/1936; F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, I, Weimar, 1936; M. LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio. (A proposito di recenti studi)*, in *SDHI*, 4/1938; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946; A. D'ORS, *Re et verbis*, in G. MOSCHETTI (a cura di), *Atti del Congresso internazionale di diritto Romano e di storia del diritto Verona 27-28-29 IX 1948*, III, Milano, 1951, 265-303; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956.

<sup>10</sup>G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963 (l'opera è stata pubblicata per la prima volta nel 1945, poi vi è stata una seconda edizione del 1949 ed una terza, definitiva, del 1963 che è stata quella prevalentemente qui consultata). L'importanza del libro di Grosso non vuole sminuire l'incidenza di altri studiosi che negli stessi anni hanno rappresentato un punto di riferimento per l'iniziale rifondazione degli studi romanistici in materia, quali ad esempio i lavori di A. D'ORS, «Credutum» y «contractus», in *AHDE*, 26/1956; ID., *Replicas Panormitanas, Replicas panormitanas, III*, «Conventiones» y «contractus», in *AHDE*, 46/1976, o la messa a punto di M. KASER, *Das römische Privatrecht*, München, nella sua prima edizione del 1955. Fortemente orientato verso una lettura innovativa del tema si deve altresì riconoscere al libro di A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris, 1958. Negli stessi anni, e in una prospettiva coerente al sistema tipico dei contratti romani, venivano pubblicati una serie di libri sui singoli contratti tipici. Tra questi hanno un ruolo fondamentale i materiali dei corsi di lezioni universitarie di V. ARANGIO-RUIZ sul mandato, la società e la compravendita (*Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1960<sup>2</sup>, la cui prima edizione è del 1949; *La società in diritto romano*, Napoli, 1950; *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1952; II, Napoli, 1954. Ad essi si accompagnano gli studi, nella stessa prospettiva della tipicità, sulla locazione di TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956 e L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in *BIDR*. 62/1959, 9 ss. Dal libro di Grosso inizia però a crescere l'interesse anche per i problemi più generali di configurazione della categoria contrattuale nei giuristi romani classici, venendo poi in rilievo anche alcuni lavori del decennio tra il 1960 e il 1970, che preludono al momento più creativo in materia dalla fine degli anni '70 del Novecento, tra questi: S.E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz, 1964; TH. MAYER-MALY, *Vertrag und Einigung (Teil I der “Studien zum Vertrag”)*, in R. DIETZ, H. HÜBNER (a cura di), *Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geb. 21 jan. 1965*, München-Berlin, 1965, pp. 509-522; ID., *Studien zur Vertrag*, II, *Von solchen Handlungen die den Kontrakte in ihrer Wirkung gleichkommen*, in *Fs.*

un'opera che, nella sua solidità teorica, coniugata con una forte attenzione anche agli aspetti storici, è venuta – ad avviso di chi scrive – a rappresentare un vero spartiacque nell'ambito degli studi in materia<sup>11</sup>.

L'opera di Grosso, infatti, se da un lato è riuscita a realizzare un momento di sintesi ineguagliata degli aspetti e dei contenuti della materia contrattuale rispetto alle questioni tradizionali delle fonti delle obbligazioni (cap. I), della sistematica romana dei contratti (capp. III, IV, V, VI, VII), arricchisce il quadro con approfondimenti – che saranno poi un punto di partenza per gli studi degli ultimi decenni del XX secolo – dei problemi connessi alla categoria romana del contratto (cap. II), ai contratti cd. innominati (cap. VIII), al rapporto tra patto e contratto (cap. IX), alla unilateralità e bilateralità dei contratti romani, concludendo il corso con una ipotesi dello svolgimento storico del materiale esaminato.

In particolare, nel capitolo II del libro, si dipana, con una ricchezza nuova di dati e riflessioni, il dibattito classico in materia di contratto tra la posizione di Labeone (qualificata come «determinazione restrittiva» del contratto), quella di Aristone (interpretata come «estensione operata [...] sulla premessa del *synallagma* labeoniano»), ed infine l'enunciazione di Sesto Pedio, parlando significativamente di «complessità e varietà dello sviluppo storico».

I tempi erano ormai maturi affinché, all'interno di un rinnovamento della metodologia della scienza romanistica, le suggestioni aperte dal Grosso sulla complessità dello svolgimento storico della concezione romana del contratto non restassero inascoltate, sortendo l'effetto di una stagione di studi che ha permesso di far riemergere in tutta la sua ricchezza il quadro storico-concettuale delle interpretazioni dei giuristi romani sul contratto<sup>12</sup>. Sarà tenendo in particolare conto di queste ricerche

---

Wilburg, Graz, 1965, pp. 129 ss.; H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Recht*, Hamburg, 1965.

<sup>11</sup> Si vedano, ad esempio, al riguardo le riflessioni svolte 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. Secondo la lucida ricostruzione proposta, il lavoro del Grosso è uscito negli anni in cui la 'caccia alle interpolazioni' andava a sfiammarsi e si è collocato in un quadro nel quale, superando lo scetticismo di chi riteneva che *contractus* non fosse per i giuristi romani un termine tecnico e che non recasse dunque dei contenuti positivamente determinabili (M. LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio*, cit. e S.E. WUNNER, *Contractus*, cit.), si era valorizzata la visione del contratto come 'vincolo' (secondo una linea partita da S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, cit.; e seguita da A. PERNICE, *Parerga*, III, cit.; P. BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del «contractus»*, cit.; P. DE FRANCISI, *Synallagma*, I, cit.) oppure quella del contratto come 'affare' (tra questi, un ruolo particolare va riconosciuto a S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, cit.; E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, III, cit.; F. WIEACKER, *Societas*, cit.) oppure, infine, nel filone 'volontaristico' (fondamentale S. RICCOBONO, *La nozione del contractus e la propagazione degli elementi*, cit. ovvero in *La formazione della categoria generale del contractus*, cit.; P. VOCI, *La dottrina del contratto*, cit.; B. BIONDI in *Contratto e stipulatio*, cit.).

<sup>12</sup> Richiamo per ora (rimandando invece alla più ampia bibliografia del prossimo capitolo

che si concentrerà l'esame più dettagliato delle fonti romane che possono considerarsi essenziali in materia, al fine di cogliere quali possano essere gli elementi più profondi di differenza e di unità nel dialogo con la lontana esperienza giuridica della Cina.

## 2. Considerazioni terminologiche su *contrahere* e *contractus*

Giuseppe Grosso riteneva che il sostantivo *contractus*, astratto dal verbo *contrahere*, sia stato impiegato raramente dai giuristi romani sino a Pomponio e Gaio<sup>13</sup>. Egli precisava che “il puro e semplice *contractus*” sia stato preceduto da *contractum*<sup>14</sup>, nel senso di “un *quid contractum* o il *contractus* di alcunché”, specificando che “la qualificazione di questo riferimento sembra collegata coll'individuazione – che viene appunto nelle discussioni circa i limiti della teoria contrattuale – di un *negotium contrahere*, così che si è detto con fondamento che *contractus* e *contractum* rappresentano l'ellissi di *negotium contractum* o *contractus negotii*”<sup>15</sup>.

Lo spunto terminologico è stato ripreso da altri Autori, che hanno spiegato come *contractum* (quasi certamente quale forma ellittica di *negotium contractum*) appaia per la prima volta vuoi in un testo giurisprudenziale, il celebre D. 46,3,80, frammento tratto dal commentario di Pomponio ai *XVIII libri iuris civilis* di Quinto Mucio e per lo più fatto risalire al giurista repubblicano, nel quale il verbo ricorre quattro volte (*contraxerimus*, *contraximus*, *contracta est*, *contrahi*) e la forma *quid contractum* una volta sola, vuoi in alcune clausole edittali che risalgono all'età tardo repubblicana<sup>16</sup>.

---

in materia) quelli che hanno impresso una forte accelerazione al miglioramento delle nostre conoscenze in materia: A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*. Nova negotia e transactio tra Labeone e Ulpiano, Napoli, 1971; B. ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere' in D. 50, 16, 19. Congetture su una definizione di Labeone, in *SDHI*, 38/1972; G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del Principato*, in *ANRW II*, 14, Berlin, 1982, pp. 498 ss.; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*, 37/1983; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana, ACOP 1988*, in F. MILAZZO (a cura di), Napoli, 1990, pp. 35-108; F. GALLO, *Synallagma e conventio I*, cit.

<sup>13</sup> G. GROSSO, s. v. *Contratto (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 751, ancora lo stesso Autore parla di “sostantivo astratto *contractus*”; si veda, appunto, G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 6.

<sup>14</sup> G. GROSSO, s. v. *Contratto (dir. rom.)*, cit., p. 751. Si veda anche, sul punto, ID., *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 31 ed in particolare n. 4.

<sup>15</sup> G. GROSSO, s. v. *Contratto (dir. rom.)*, cit., p. 751.

<sup>16</sup> Si veda A. BURDESE, *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, I, Napoli, 2001, p. 317, si veda ivi n. 3 per i richiami alle clausole.

I lessici confermano queste precisazioni<sup>17</sup>, facendo derivare il sostantivo dal verbo *contrahere* che, “come il nostro *contrarre*, reca insito il concetto dello *stringere*, del *restringere*, e quindi anche del *riunire*, *raccogliere*, che rappresenta il nucleo da cui si irradiano in varie sfumature i molteplici usi della parola”<sup>18</sup>. Da questo primo significato materiale si sarebbero sviluppati usi metaforici nei rapporti umani, nei quali “il particolare accento che il verbo acquista nel riferimento allo stringere un vincolo”, in campo giuridico, da un lato assume valore in riferimento ad “atti, fatti e rapporti che importano delle conseguenze giuridiche” (accezione ampia che tocca forme quali *negotium contrahere*, *contrahere emptionem*, *contrahere crimen*, *delictum*), dall'altro offre la possibilità di un impiego del termine nel campo dell'obbligazione, con riferimento, appunto, al vincolo che ne risulta<sup>19</sup>.

La prima ricorrenza della forma *contractus* si trova nel *De re rustica* di Varrone, ove appare riferito agli acini d'uva nella formulazione *contractus acinorum*<sup>20</sup>, indicandosi il restringersi di questi, “il loro raggrinzirsi”<sup>21</sup>.

Nelle *Notti Attiche* di Aulo Gellio si ricorda, in tema di *sponsalia*, l'impiego di *contractus* in Servio Sulpicio Rufo<sup>22</sup>.

Gell., *Noct. Att.* 4,4,2:

*Quid Servius Sulpicius in libro, qui est de dotibus, scripserit de iure atque more veterum sponsaliorum. Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus: 'Qui uxorem' inquit 'ducturus erat, ab eo, unde ducenda*

<sup>17</sup> Si vedano le relative voci in A. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, II rist. anast., Padova, 1940, p. 842; H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1971 (rist. in. ed. Jena nel 1907), p. 104; *Thesaurus linguae latinae*, vol. IV, fasc. IV, col. 752 per il neutro *contractum* e col. 753 per il maschile *contractus*.

<sup>18</sup> G. GROSSO, s. v. *Contratto (dir. rom)*, cit., p. 751, corsivi dell'Autore.

<sup>19</sup> Si veda, G. GROSSO, s. v. *Contratto (dir. rom)*, cit., p. 751. Si vedano altresì le voci corrispondenti al verbo *contrahere* in A. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, cit., pp. 843-844; H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexicon*, cit., p. 105; *Thesaurus linguae latinae*, cit., coll. 757 ss. che sostengono tale rilettura di sintesi proposta dall'Autore.

<sup>20</sup> In tal senso anche A. BURDESE, *Divagazioni*, cit. p. 318; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 31, in particolare si veda n. 3. Riscontro si trova pure, ad esempio, in *Thesaurus linguae latinae*, cit., col. 753; in A. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, cit., p. 842 il passo varroniano è invece riportato per esteso quale esempio dell'impiego proprio del sostantivo. Si legge in Varr., *De re rust.*, 1,68 che: “*Pensilia, ut uvae, mala et sorba, ipsa ostendunt, quando ad usum oporteat promi, quod colore mutato et contractu acinorum, si non dempseris ad edendum, ad abiciendum descensurum se minitantur*”.

<sup>21</sup> G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 31, n. 3; F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 69; A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., p. 318.

<sup>22</sup> Si veda ad es. F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 69; A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., p. 318; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 31; ecc. A sostegno, si veda ancora l'ordine in *Thesaurus linguae latinae*, cit., col. 753.

*erat, stipulabatur eam in matrimonium datum\*\*\*<sup>23</sup> iri; qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur 'sponsalia'.*

Al riguardo, nella romanistica si è parlato di “termine non preso assolutamente, ma con dei genitivi che lo determinano, dando alla parola il significato generico del sostantivo da *contrahere*” come ad esempio in *contractus rei o negotii*<sup>24</sup>. Altri Autori poi, da parte loro, hanno ritenuto che qui “*contractus*” non stia ancora ad indicare l’atto lecito, come avverrà successivamente, bensì l’attività dello “stringere”, “l’atto del *contrahere* (il fatto del *contrahere* posto in essere dall’uomo)” nella accezione di “concludere” e dunque la “conclusione” di *stipulationes* e *sponsiones*, che equivarrebbe ad un impiego odierno di “stipulazione” in una locuzione del tipo “stipulazione del contratto”. Questo impiego è stato altresì considerato come riferito all’atto del contrarre, come un’ellissi di *contractus negotii* ovvero, a sua volta, come “conclusione di un affare”<sup>25</sup>. In effetti la costruzione lascia intravedere comunque un forte legame che sussiste con l’origine del termine dal verbo *contrahere*, impiegato in senso traslato, e con il fatto che si tratti del risultato di determinate attività, un *quid contractum* attraverso le *stipulationes* e *sponsiones*. Sebbene tale ‘risultato’ inizi a delinarsi come effetto di queste ultime, non sembra che ancora possa considerarsi come rappresentativa di una nozione giuridica di contratto chiaramente definita ed impiegata quale categoria ordinante di una data porzione dell’ambito giuridico. Il suo uso è funzionale alla definizione degli “*sponsalia*”, fattispecie che, sebbene realizzata attraverso ‘negozi unilaterali’, pare comunque essere, nel complesso, oggettivamente bilaterale<sup>26</sup>.

Viene ancora spiegato nella romanistica che sebbene, come “ellissi di *negotium contractum* o affare concluso”, *contractum* risulti impiegato già da

---

<sup>23</sup> Si veda P.K. MARSHALL (a cura di), *A. Gellii Noctes atticae*, I, Oxford, 1968, p. XX, sul punto anche F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 69, n. 112.

<sup>24</sup> G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 31.

<sup>25</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 69-70 che traduce (p. 69, n. 112) il tratto che interessa nel seguente modo “Quella conclusione di solenni promesse da una parte e dall’altra (*stipulationum sponsionumque*) si diceva *sponsalia*”. Tale accezione è mantenuta (come messo in evidenza sempre dall’Autore in *Synallagma*, I, cit., p. 70 n. 113) nelle *Notti attiche* anche in 20,1,41 ove si legge *Hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in pecuniae mutuaticae usu atque commercio [...]*. Il Maestro torinese, non esclude, comunque, che ciò possa avere aperto la strada per una trasposizione di *contractus* dalla conclusione dell’atto all’atto concluso (F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 69-70).

<sup>26</sup> Si vedano, ad esempio, le riflessioni svolte in L. LANTELLA, «Ultro citroque»: *appunti teorici e storici sulla «lateralità» degli atti*, in *Diritto e processo nell’esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, pp. 123 ss. ed il risultato a cui l’Autore perviene in p. 129. Si veda anche quanto *infra* nei prossimi capitoli.

Quinto Mucio<sup>27</sup>, tuttavia, è solo a partire da testi labeoniani che “si ritrova poi una certa diffusa utilizzazione del termine *contractus* relativamente a negozi obbligatori”<sup>28</sup>. I rilievi avanzati dalla dottrina romanistica da ultimo richiamata, collegati anche a delle precisazioni svolte da altri studiosi, secondo cui “proprio Labeone è stato il primo a usarlo [ci si riferisce al *contractus*] nel senso, poi stabilizzatosi nell’esperienza romana, di atto bilaterale produttivo di obbligazioni (per il giurista augusteo, di obbligazioni reciproche)”<sup>29</sup>, potrebbero avvalorare l’ipotesi per cui l’emersione del concetto abbia imposto la necessità di una forma sostantivale per indicarlo. D’altro canto, già da tempo viene spiegato come il “sostantivo astratto *contractus*” sia stato “forgiato” in ragione dell’enunciazione della “categoria generale”<sup>30</sup>, così come pare che, ad esempio, anche la parola *obligatio*, a seguito dell’interpretazione inclusiva svolta da Quinto Mucio dei vari schemi espressi negli *oportere* delle *formulae* delle *actiones in personam*, sia andata ad assumere “un nuovo significato, di natura metaforica” che andava, appunto, ad esprimere, nel suo caso, “l’idea del legame ideale”<sup>31</sup>.

In realtà, stante anche la particolarità della ricorrenza del sostantivo *contractus* in Servio Sulpicio, la dottrina ha evidenziato le difficoltà nel circostanziare un possibile suo collegamento con la definizione labeoniana. Al di là, infatti, di quanto si può rilevare della storia della giurisprudenza romana<sup>32</sup>, e in particolare nella sequenza Quinto Mucio, Aquilio Gallo, Servio Sulpicio e *Pacuvius Labeo Antistius Labeonis Antisti pater*<sup>33</sup>,

<sup>27</sup> Si veda *infra* quanto circa D. 46,3,80 (Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium). Ancora nelle *Notti attiche*, viene riportato un impiego muciano del termine *contrahere* in cui a detto termine è dato un significato di unire, legare. Cfr. Gell. *Noct. Att.* 4,1,17: *Nam Quintum Scaevolam ad demonstrandam penum his verbis usum audio: “Penum” est, inquit “quod esculentum aut posculentum est, quod ipsius patrisfamilias aut matris familias aut liberum patrisfamilias aut familiae eius, quae circum eos aut liberos eius est et opus non facit, causa paratum est. [...] ut Mucius ait, “penus” videri debet Nam quae ad edendum bibendumque in dies singulos prandii aut cenae causa parantur, “penus” non sunt; sed ea potius, quae huiusce generis longae usionis gratia contrahuntur et reconduntur, ex eo, quod non in promptu est, sed intus et penitus habeatur, “penus” dicta est.* Al riguardo, si veda M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*, Torino, 2011, p. 432.

<sup>28</sup> A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., p. 318.

<sup>29</sup> Si vedano, rispettivamente, F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 18, n. 20 e p. 150. Si rimandano alle pagine successive, (cap. VI) in quanto necessitano di maggiori approfondimenti, le questioni relative al se Labeone concepisse il contratto come atto o come rapporto ovvero come entrambi.

<sup>30</sup> G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 6.

<sup>31</sup> Sul punto, R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., p. 273.

<sup>32</sup> A questo riguardo, un ruolo fondamentale va riconsociuto all’*Enchiridion* di Pomponio; vd. M. BREONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1982, pp. 211 ss.; circa la sensibilità storica nella giurisprudenza romana, con importanti riferimenti bibliografici, S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., p. 266, n. 93.

<sup>33</sup> Si veda, D. 1,2,2,42-44 (Pomponius libro singulari enchiridii) *Mucii auditores fuerunt complures, sed praecipuae auctoritatis Aquilius Gallus, Balbus Lucilius, Sextus Papirius, Gaius Iuven-*

sembra veramente complicato chiarire se e quanto l'uso serviano del sostantivo possa avere avuto un qualche ruolo nella futura elaborazione labeoniana<sup>34</sup>. D'altronde, già Quinto Mucio, a cui si deve un'importante opera di riorganizzazione del sapere giuridico in base alla logica che echeggerebbe nel pomponiano *primus ius civile constituit generatim*<sup>35</sup>, faceva uso del verbo *contrahere* ed anche della forma participiale *contractum* (D. 46,3,80)<sup>36</sup>. Sicuro, altresì, l'uso richiamato di *contractus sponsionum stipulationum* in Servio in base a Gell., *Noct. Att.* 4.4.2.

Sebbene sul significato da attribuire al termine in questo impiego serviano siano state avanzate molteplici ipotesi, sembra allora più prudente pensare che esso possa eventualmente rappresentare una prima intuizione, ottenuta forse attraverso l'impiego di ragionamenti fondati sulla logica<sup>37</sup>, senza però assumere un significato unitario e generale.

Al contrario, la categoria di *contractus* costruita da Labeone assume il ruolo di fondamento unitario di valutazione della complessa realtà negoziale umana, pur in una nozione più restrittiva di quella che poi emergerà nella tradizione romanistica, astraendosi da questa realtà<sup>38</sup>, categoria che

---

*tius: ex quibus Gallum maximae auctoritatis apud populum fuisse Servius dicit [...] Servius autem Sulpicius cum in causis orandis primum locum aut pro certo post Marcum Tullium optineret, traditur ad consulendum Quintum Mucium de re amici sui pervenisse cumque eum sibi respondisse de iure servius parum intellexisset, iterum quintum interrogasset et a Quinto Mucio responsum esse nec tamen percepisse, et ita obiurgatum esse a Quinto Mucio: namque eum dixisse turpe esse patrio et nobili et causas oranti ius in quo versaretur ignorare. Ea velut contumelia Servius Tactus operam dedit iuri civili et plurimum eos, de quibus locuti sumus, audiit, institutis a Balbo Lucilio, instructus autem maxime a Gallo Aquilio, qui fuit Cercinae: itaque libri complures eius extant Cercinae confecti [...] Huius volumina complura exstant: reliquit autem prope centum et octoginta libros. Ab hoc plurimi profecerunt, fere tamen hi libros conscripserunt: Alferus Varus Gaius, Aulus Ofilius, Titus Caesius, Aufidius Tucca, Aufidius Namusa, Flavius Priscus, Gaius Ateius, Pacuvius Labeo Antistius Labeonis Antisti pater, Cinna, Publicius Gellius [...]]. Per una sintesi, si veda M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit., p. 645; in modo approfondito su Servio, con ricca bibliografia M. MIGLIETTA, «Servius respondit». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana – Prolegomena I*, Trento, 2010, pp. 38 ss. ove, in particolare, pp. 86 ss.*

<sup>34</sup> Maggiore fiducia esprime sul punto A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., pp. 57 ss.

<sup>35</sup> Il riferimento è alla nota affermazione pomponiana ora riportata in D. 1,2,2,41 (Pomponius libro singulari enchiridii). Si vd. M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., p. 108; A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Roma-Bari, 1976; ID., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana, Il secolo della rivoluzione scientifica*, Bari, 1987, S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., pp. 199 ss.. In generale su Quinto Mucio si veda ora J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI (a cura di), *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018.

<sup>36</sup> Su D. 46,3,80 (Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium) si veda *infra* cap. V.

<sup>37</sup> Che Servio abbia colto la "sintetica staticità" del rapporto è sottolineato in A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 56.

<sup>38</sup> Si vedano G. GROSSO, s. v. *Contratto (dir. rom.)*, cit., p. 751 e G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 6. Vale la pena sottolineare che sembra piuttosto tenue la pos-

poi svolgerà una funzione ordinante sul piano sistematico.

Probabilmente, come si avrà modo di vedere meglio in seguito, è proprio con Labeone che la nozione ordinante e il termine *contractus* andranno a saldarsi insieme<sup>39</sup>. Fissatosi un primo contenuto concettuale con il termine, fissatosi cioè un primo nucleo semantico nel termine *contractus*, i 'contenuti' della nozione avranno poi svolgimenti non lineari, ferma restando però questa saldatura nei linguaggi giuridici moderni.

### 3. Il legame tra nozioni giuridiche scientifiche e la terminologia volta ad esprimerle: l'esempio della 'modernizzazione' del 清末 (Qingmo)

Quanto la dottrina romanistica ha evidenziato in relazione all'emersione nel latino dei giuristi romani dell'astratto *contractus* è ricollegabile anche a quanto accaduto in Giappone ed in Cina nel momento della registrazione della terminologia giuridica di tradizione romanistica nella lingua giapponese e cinese nelle fasi in cui i due Paesi asiatici stavano passando dall'antichità alla modernità. Infatti, come è emerso dalle ricerche volte a chiarire i profili linguistico-giuridici della fase del *Qingmo*, in particolare sul finire del XIX secolo ed inizi del XX secolo, la Cina, pressata – come si è sopra accennato<sup>40</sup> – da forti spinte esterne ed interne per una 'modernizzazione' del diritto, si è orientata, prendendo anche ad esempio il Giappone, verso la tradizione giuridica romanistica che, quale *ratio*

---

sibilità che il termine *contractus* sia stato forgiato a Roma al fine di designare un oggetto materiale. Pur se da una prospettiva diversa è sottolineato in A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 56 che "solo un momento di riflessione successiva porterà al concepimento del *contractus* in quanto tale".

<sup>39</sup> Sembra altresì da escludere anche l'ipotesi del "*contra-actus*", pur autorevolmente sostenuta in dottrina da studiosi quali Wunner (S.E. WUNNER, *Contractus*, cit. pp. 34 ss.) e Cannata (si veda, ad esempio, C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1997, p. 46), secondo cui, nella sostanza, alla luce della simmetria nel tratto su *actum/contractum* (così come di un presunto parallelismo con il rapporto tra *συνάλλαγμα* e *ἄλλαγμα* – S.E. WUNNER, *Contractus*, cit., p. 41, n. 30 – ecc.) in D. 50,16,19 Labeone avrebbe isolato "il contratto dagli *actus* che hanno luogo *re, verbis* e *litteris*, atti che, ove creativi d'obbligazioni, rappresentano sempre soltanto l'impegno di una parte verso un'altra: il contratto invece, in quanto *contra-actus*, corrisponde ad un *ultra citroque obligari*" (precedente virgolettato preso da C. A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, cit., p. 46). Come si vedrà meglio più avanti, oltre all'argomento terminologico di per sé, vi sono diversi fattori di altra natura che depongono in senso sfavorevole ad una simile impostazione che riallaccia la derivazione del termine *contractus* da *contra-actus*. Contro l'impostazione di Wunner, si veda anche A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., pp. 62 ss.

<sup>40</sup> *Supra* in particolare cap. II.

*scripta*, sembrava mettere a disposizione della cultura orientale un sistema di contenuti sentito come più 'neutrale' e meno condizionato da quello offerto dalla cd. *common law* e dunque più adattabile alla cultura e alle tradizioni cinesi. Tuttavia, al fine di realizzare questo proposito è emersa, così come già era avvenuto in Giappone, la necessità di un lessico giuridico che contemplasse delle parole volte a designare significati giuridici in larga parte 'nuove' per la tradizione giuridica orientale. Il medesimo problema era stato affrontato pochi anni prima in Giappone e venne risolto cercando, ove possibile, di 'riadattare' parole già esistenti (come con il termine 契約, il *qiyue* in cinese) ovvero creando delle 'parole nuove'. Come si è già avuta l'occasione di evidenziare, la Cina, al fine di accelerare e semplificare il proprio processo di 'modernizzazione', attinse in larghissima parte a questo materiale linguistico giapponese. Un dato particolarmente significativo per questo discorso, emerge dalla comparazione tra i risultati dei lavori di traduzione in giapponese risalenti alle ultime decadi del XIX secolo svolti in larga parte da giuristi, pur se con robuste competenze linguistiche, e la menzionata traduzione in cinese del *Code Napoléon* svolta dal chimico Billequin, così come dalla fortuna che le scelte compiute hanno poi successivamente avuto. Se i giapponesi, nella preparazione del loro codice civile, si stavano orientando verso la soluzione della continuità con il loro diritto tradizionale, creando, nell'intento di modernizzare, dei neologismi con significato giuridico volti ad esprimere, con termini tecnici e nozioni astratte, i concetti tecnici della tradizione romanistica, allo stesso modo, in Cina, la traduzione del *Code civil* da parte del chimico Billequin, realizzata in un Paese che mostrava ancora un pallido interesse rispetto al diritto 'straniero' e restava aggrappata ai modelli giuridici della propria antichità, si orientò per una resa del testo tradotto che piuttosto andava a parafrasarlo, senza che le nozioni giuridiche del codice francese venissero chiaramente espresse con termini tecnici. La strada intrapresa da Billequin non ebbe, però, seguito e la Cina, di lì a breve, iniziò ad attingere largamente ai menzionati neologismi creati in Giappone al fine di aver accesso, riprendere ed ovviamente rileggere, le nozioni tecnico-giuridiche della tradizione romanistica<sup>41</sup>.

È proprio durante questa fase di passaggio dal diritto dell'antichità, che in un *continuum* ininterrotto aveva regolato la società cinese per secoli, al nuovo diritto per la Cina del XX secolo, che la 'corsa' verso una repentina modernizzazione dello stesso ha reso necessario creare dei neologismi al fine di 'dare un nome' ai contenuti di significato espressi dal diritto a tradizione romanistica, quali nuovi 'oggetti astratti' di natura scientifica ed immateriale, al fine di una loro 'rilettura' e 'reimpiego' nello sforzo di rinnovamento della lingua giuridica cinese.

---

<sup>41</sup> Si veda S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica*, cit., ed in particolare sulla comparazione *de qua*, pp. 265 ss.

#### 4. Considerazioni di sintesi

Sulla scorta di quanto visto ed anche alla luce di quanto si dirà nelle prossime pagine con riferimento a talune delle "categorie precontrattuali"<sup>42</sup> appare plausibile l'ipotesi per cui, partendo dal *contrahere* di Quinto Mucio nel senso traslato di «contrarre una obbligazione»<sup>43</sup>, sia stato poi compiuto il 'salto' al sostantivo, dapprima, con Servio ove però sembra assumere più il significato di "conclusione" di *negotia* e poi con Labeone che, come si vedrà meglio più avanti<sup>44</sup>, gli sarà associata una nozione tecnico-giuridica svolgente il ruolo di categoria ordinante di una data porzione dell'ambito giuridico. Se tale ipotesi di svolgimento può essere considerata plausibile, cioè la registrazione terminologica di una sfera di contenuti giuridici in chiave unitaria attraverso il sostantivo *contractus*, è forse possibile costruire un legame tra questa registrazione avvenuta nel sapere dei giuristi romani a cavaliere dell'era cristiana, e le nozioni della tradizione romanistica che sono state recepite in Cina in termini di *hetong* e *qiyue* al fine di poter compiere un riferimento ad un 'oggetto' immateriale e dunque non dotato di una forma esteriore a cui potersi agganciare nel passaggio tra le diverse lingue e le diverse scritture. Fondamentale è notare la necessità, in particolare per un oggetto immateriale, una volta 'identificato' di una 'parola' per compiersi riferimento; l'esperienza della creazione su vasta scala di neologismi in Giappone e poi in Cina fa risaltare bene questo fenomeno ed offre lo spunto per poter pensare che anche a Roma, quando questo 'oggetto immateriale' veniva a delinearci, emergeva altresì una 'parola', un sostantivo, volto ad indicarlo.

L'astratto 'contratto' come sostantivo, può ben rappresentare il momento finale di un *iter* linguistico a Roma che ha inizialmente visto attrarsi nel verbo *contrahere* una serie di attività umane, per poi passare al riferimento al risultato delle stesse, con il participio *contractum* ed, infine, una volta che iniziava a delinarsi l'idea di un 'oggetto', sebbene immateriale, il 'salto' al sostantivo *contractus* per indicarla. In tale contesto e, considerando anche l'eventuale non linearità del percorso, non sembra si possa escludere l'uso di un sostantivo neutro.

---

<sup>42</sup> Espressione mutuata da F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 23.

<sup>43</sup> Nozione che, tra l'altro, come si vedrà meglio *infra* cap. IV andrà ad avere una prima importante stabilizzazione proprio con il Pontefice.

<sup>44</sup> Si veda *infra* cap. V.



CAPITOLO V

ATTIVITÀ NEGOZIALI E *CONTRAHERE*  
PRIMA DI LABEONE

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema. – 2. Tipicità formale e tipicità causale: unilaterali dell'*oportere*. – 3. '*Consensus*' e '*bona fides*'. – 4. Quinto Mucio Scevola in D. 46,3,80 (Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium). – 5. Considerazioni di sintesi.

### 1. *Inquadramento del tema*

Nella migliore romanistica, si è sottolineato come Quinto Mucio Scevola, collocandosi “sul crinale tra vecchio e nuovo” operasse ancora con “categorie derivanti dal passato”, come ad esempio il *pacisci*<sup>1</sup>, ed altre, inve-

---

<sup>1</sup> Sul *pacisci*, e più in generale sui patti, tenendo conto di quanto già richiamato in riferimento al contratto e di quanto di rilevante si potrà ancora trovare nelle pagine seguenti in ragione, appunto, del legame con il tema affrontato nel presente lavoro, vale la pena in ogni caso segnalare, da prospettive diverse, C. FERRINI, *Sulla teoria generale dei pacta*, cit.; P. BONFANTE, *Sul «contractus» e sui «pacta»*, cit.; G. GROSSO, *Efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'*. *Patti e contratti*, in *Memorie dell'istituto giuridico*, III, Torino, 1928; ID., *Il sistema romano dei contratti*, cit.; S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano: stipulationes, contractus, pacta*, cit.; C. SANFILIPPO, *Alla ricerca dei nuda pacta*, in *Atti Congresso internazionale Verona 27-29 settembre 1948*, III, Milano, 1951; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, cit.; S.E. WUNNER, *Contractus*, cit.; A. BURDESE, s. v. *Patto (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto*, XII, Torino, 1965; ID., *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 5/1993; ID., *Convenire, contrahere pacisci, transigere*, in *Labeo*, 41/1995; G. DIÓSDI, '*Pacta nuda servabo?*' Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema, in *BIDR*, 74/1971; P.-É. VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Roma, 1972; G.G. ARCHI, *Ait praetor: 'pacta conventa servabo'*. *Studio sulla genesi e sulla funzione della clausola nell'Edictum Perpetuum*, ora in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981; G. MELILLO, s. v. *Patti (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, 32, Milano 1982; ID., *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit.; ID., *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, in *AUPA*, 55/2012; M. TALAMANCA, s. v. *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, IV, Torino, 1989; F. STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, in F. MILAZZO (a cura di), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di Copanello 1-4 giugno 1988*, Napoli, 1990; R. MARTINI, *Il mito del consenso nella dot-*

ce, maggiormente rivolte verso il futuro come quelle che incontriamo in D. 46,3,80 (Pomponius *libro quarto ad Quintum Mucium*)<sup>2</sup>. Queste categorie vengono qualificate quali “preliminari” rispetto a quella di contratto e sono, in una prospettiva storica, definite come “precontrattuali”<sup>3</sup>. Tuttavia, per far luce su quello che sarà poi il contratto, per quanto rileva nell’economia del presente lavoro, è necessario osservare brevemente quale fosse il retroterra da cui sarebbe andata ad emergere tale figura focalizzandosi sulle vicende che hanno riguardato talune di queste “categorie precontrattuali” e, a tal fine, l’angolatura che può ritenersi come privilegiata è quella dell’osservazione di quello che è accaduto dalla prospettiva di quanto riconosciuto come “effetto caratteristico”<sup>4</sup> del contratto stesso, l’obbligazione, tenendo in considerazione il fatto che, come ben chiarito, a Roma il contratto viene visto come “modo’ in cui nasce l’obbligazione”<sup>5</sup> così come poi di particolare rilievo è il legame ancora strettissimo che sussiste tra le due categorie con risvolti importanti sotto il profilo della reciprocità.

## 2. Tipicità formale e tipicità causale: unilateralità dell’oportere

Da recenti studi è emerso in modo nitido che nello *ius predecemvirale*, in sostanza, l’oportere, in diverse sfere sentito come schema giuridico-

---

*trina del contratto*, in *IURA*, 42/1991; F. GALLO, *Synallagma*, I, cit.; Z. VÉGH, *Ex pacto ius*, in *ZSS*, 110/1993; C. A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, cit.; Cfr. S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica editale per i ‘pacta conventa’*, in *SDHI*, 64/1998; R. MEYER-PRITZL, *Pactum, conventio, contractus. Zum Vertrags und Konsensverständnis im klass. Röm. Recht*, in A. DUFOUR, I. RENS, R. MEYER-PRITZL, B. WINIGER (a cura di), *Pacte, convention, contrat. Mél. en l’hon. du Prof. B. Schmidlin*, Bâle et Francfort-sur-le Main, 1998; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, Milano, 2002; C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006; etc. Da ultimo, ancora, R. MARINI, *Contrarius consensus*, Milano, 2017.

<sup>2</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 54 svolge tali considerazioni basandosi prevalentemente su D. 50,17,73,4 (Quintus Mucius Scaevola, *liber singularis horon*) ove si legge che: *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest*; e su quanto in D. 46,3,80 menzionato nel testo e circa il quale si veda *infra* nel presente capitolo.

<sup>3</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 23.

<sup>4</sup> Per tale espressione, si veda, R. CARDILLI, *Considerazioni ‘storico-dogmatiche’ sul legame tra contratto e obbligazione*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli 2006, p. 2.

<sup>5</sup> Per tale espressione, si veda, R. FIORI, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, cit., p. 255.

religioso proprio delle comunità italiche e confluito nei *mores* di Roma, esprimesse un'idea di 'doverosità'<sup>6</sup>. Al fine di risolvere quanto dettato dalla necessità di vestire con forma giuridica idonea un impegno teso ad essere proiettato nel futuro<sup>7</sup> (e dunque diversamente da quanto accadeva nel caso dei *gesta per eas et libram* in quell'epoca, un impegno che non si fosse risolto in un effetto giuridico immediato né in una necessità dell'attuazione di un dato comportamento che fosse stata dotata di coercizione in forma specifica), i pontefici "plasmarono l'impegnatività della *sponsio* tra due *patres familias* in termini di *oportere*". Tra le caratteristiche di maggior rilievo di tale "schema dell'*oportere*" vi è quella della prevalenza di una doverosità di un comportamento rispetto a quella di una responsabilità della persona così come vi è quella del veicolare strutturalmente un'idea di eguaglianza giuridica tra le parti nel tempo anche se una di esse sia in dovere di porre in essere una data prestazione nei confronti dell'altra o delle altre. Come sottolineato, "la forza di tensione nel tempo indotta dall'*oportere* è diretta a 'plasmare' il futuro giuridico in una determinata direzione senza incidere direttamente, sul piano dei 'poteri', sulla *persona* del debitore"<sup>8</sup>.

I rapporti che sarebbero stati poi ricompresi nel sistema contrattuale classico "assumevano veste giuridica attraverso pochi strumenti formali – negoziali e processuali – di natura 'generale'"<sup>9</sup>. La protezione era offerta a tali negozi "solo in quanto versati in un negozio formale del *Ius Quiritium*, come la *sponsio* o la *mancipatio*"<sup>10</sup>. Come sottolineato in dottrina, già nella Legge delle XII Tavole<sup>11</sup> ricorrevano verbi quali *emere*, *vendere*, *locare* ecc.<sup>12</sup>, esprimenti la veste sostanziale dell'idea dello scambio. Suc-

<sup>6</sup>R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., pp. 61 ss.

<sup>7</sup>Esigenza che, vale la pena incidentalmente notare, si è vista venire in risalto anche nel diritto cinese, ad esempio da quanto disposto nel *Regolamento provvisorio per i contratti stipulati tra organi, imprese di stato e cooperative* del 1950, su cui *supra* cap. III.

<sup>8</sup>R. CARDILLI, *La struttura 'nascosta' dell'obbligazione romana*, in R. MORALES HERVIAS, G. F. PRIORI POSADA, *De las obligaciones en general. Coloquio de iusprivatistas de Roma y América, Cuarta reunión de trabajo*, Lima, 2012, pp. 75-76; R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., pp. 79-81.

<sup>9</sup>R. FIORI, *Tipicità contrattuale e teoria generale del contratto. Alcuni problemi di storia e dogmatica*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 23/2006, p. 106.

<sup>10</sup>Cfr. R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, p. 239.

<sup>11</sup>Circa le XII tavole si vedano i numerosi contributi di Diliberto di cui un elenco è fornito in O. DILIBERTO, *La palingenesi decemvirale*, in M. F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, I, Napoli, 2018, pp. 41-42, così come i lavori di vari Autori raccolti in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, I-II, Napoli, 2018 ora richiamato.

<sup>12</sup>Si legge in *tab. 7,11 = I. 2,1,41 [...] et traditae (res) non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato; quod cavetur [...] lege XII tabularum*; per *vendere*, nella forma *venum dare* si può vedere ad es. *tab. 4,2b = Gai 1,132 [...] si pater ter filium venum du[uit] filius a patre liber esto*

cessivamente, durante la fase che in delle categorizzazioni autorevolmente avanzate corrisponde alla “seconda formazione economico-sociale”, ossia quella affermatasi nel periodo compreso tra il III secolo a. C. ed il III d. C.<sup>13</sup> si configurò “la possibilità di tutelare questi rapporti anche sulla base del solo consenso”<sup>14</sup>, restando, comunque, nell’ambito della tipicità. Veniva già diversi anni addietro osservato che “l’estrema ristrettezza del territorio della Roma primitiva, l’esiguità numerica della sua popolazione, il piccolo volume del commercio giuridico e la limitatezza dell’attività economica dovevano rendere estremamente efficace l’immediato controllo sociale da parte di tutti i consociati e richiedere solo eccezionalmente l’azione diretta dell’ordinamento generale”<sup>15</sup>. Tuttavia, non solo è rimasto, ma è andato ad emergere sempre più nitidamente come tale (si pensi ad esempio alle vicende che hanno riguardato il *nexum*) quello che è stato recentemente definito come “effetto caratteristico del contratto”, appunto, l’obbligazione<sup>16</sup>.

I singoli rapporti venivano nelle epoche più risalenti a ricevere una tutela processuale tramite azioni generali, legate a negozi formali ‘generali’<sup>17</sup>, con il profilo processuale che incise anche sull’orientamento in senso fortemente ancorato alla tipicità che venne in seguito mantenuto<sup>18</sup>. Tuttavia, ponendosi dall’angolo visuale dell’*oportere* si riesce a vedere bene come, probabilmente a seguito dei mutamenti sociali così come delle interconnesse pressioni ricevute dal fatto che la società e l’economia romane

---

[...]; *tab. 3,5* = Gell., *Noct. Att.*, 20,1,47 [...] *tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant*); per *locare*, *tab. 12,1* = Gai 4,28. Sul punto, sinteticamente, R. FIORI, *Tipicità contrattuale*, cit., p. 106 e in particolare n. 2; si veda altresì, R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., pp. 14 ss.; R. FIORI, *Fides e bona fides*, cit., p. 251.

<sup>13</sup> Si veda, ad es., F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli, 2007, pp. 7 ss.

<sup>14</sup> R. FIORI, *Tipicità contrattuale*, cit., p. 106.

<sup>15</sup> R. ORESTANO, *I fatti di normazione*, Torino, 1967, p. 68.

<sup>16</sup> Per una recente rilettura delle vicende che hanno riguardato il *nexum* si veda R. CARDILLI, *Considerazioni ‘storico-dogmatiche’ sul legame tra contratto e obbligazione*, cit., pp. 117 ss.; per l’impiego dell’espressione richiamata, p. 2.

<sup>17</sup> In tal senso, si veda, nuovamente, R. FIORI, *Tipicità contrattuale*, cit., pp. 106-107.

<sup>18</sup> Si veda ancora, R. FIORI, *Tipicità contrattuale*, cit., p. 107. In realtà, come noto, nella romanistica, seppur ponendo l’accento su dati diversi, ci si è dimostrati spesso piuttosto restii ad accettare il fatto che a Roma possa essere stata elaborata una categoria generale di contratto sganciata da figure tipiche. Si pensi, ad esempio, per tutti, all’impostazione dello stesso Grosso secondo cui la categoria dei *contractus* si sarebbe formata a partire dai singoli tipi, attraverso dei raggruppamenti degli stessi facendo sì che la categoria generale, per la quale venne forgiato il sostantivo astratto *contractus*, avrebbe conservato il carattere della tipicità, restando cioè costituita da un complesso di figure tipiche; cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 6. Sulla resistenza della tipicità contrattuale si veda, R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano*, cit., pp. 1 ss.

venivano ad essere sempre più sofisticate<sup>19</sup>, pur restando in un sistema contraddistinto dalla tipicità, questa ha, da un lato, iniziato a cambiare aspetto, dall'altro verrà poi, secoli dopo ed attraverso una sequenza non lineare di ulteriori passaggi, 'minata' da figure che pare abbiano avuto un respiro più ampio. Un segnale di mutamento, in cui pare potersi scorgere l'emersione di un rilievo della funzione oggettiva del negozio può rinvenirsi, impiegando tutta la prudenza del caso, nell'ambito di quello definito come "il 'sistema' della *condictio*"<sup>20</sup>.

Come è stato evidenziato dagli studi in materia, la *condictio* ha due caratteristiche fondamentali: l'astrattezza processuale e l'oggetto certo della pretesa del creditore (*certum dare oportere aio*). Queste caratteristiche, sin dalla introduzione con la Legge Silia della prima *legis actio per condictio-nem*, hanno svolto una "funzione catalizzatrice"<sup>21</sup> di una serie di fattispecie negoziali. Tale forza centripeta che la *condictio* viene ad evidenziare, al di là delle diverse cause che erano idonee a produrre un *certum dare oportere*, sarebbe connessa alla constatazione che "il convenuto doveva qualcosa di oggettivamente individuabile e fosse comunque sicura la nascita in capo a lui di una posizione debitoria in ogni caso"<sup>22</sup>. Si trattava quindi di un *lege agere* dal "campo di applicazione praticamente illimitato"<sup>23</sup>, caratterizzato sia dalla unilateralità del rapporto giuridico tutelato che dalla astrattezza della pretesa, imponendo però alla giurisprudenza romana dell'epoca di emanazione delle *leges Silia* e *Calpurnia*<sup>24</sup>, a fronte di questo 'sistema aperto' della cause della *condictio*, la riflessione volta all'enucleazione degli atti e dei comportamenti che potessero considerarsi idonee fonti di *certum dare oportere*<sup>25</sup>.

L'interpretazione dei giuristi, quindi, se da un lato era inevitabilmente orientata a definire la tipicità della *causae* della *condictio*, dall'altro aveva un elemento centripeto ed unificatore nell'effetto di esse in termini di ob-

---

<sup>19</sup> Si veda, ad esempio, F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze, 1979, pp. 25 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II, Napoli, 1973, pp. 1 ss., in particolare 8 ss., 68 ss. con riferimento ai mutamenti economici della metà IV e III secolo a.C., si veda altresì, come il mutamento del 'clima' rispetto al tempo delle XII tavole viene rappresentato in F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pisa, 1989, pp. 283-284.

<sup>20</sup> A. SACCOCCIO, *L'immortalità di una categoria: morte e rinascita del contratto reale (diritto italiano - diritto cinese)*, in *Nuovo diritto civile*, 3/2018, pp. 61 ss.

<sup>21</sup> A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones iustitianeae*, Milano, 2002, p. 51.

<sup>22</sup> A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 52.

<sup>23</sup> A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 52.

<sup>24</sup> Per la datazione, si riporta un lasso di tempo tra il 250 ed il 150 a. C., si veda A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 12 e per approfondimenti sul tema la bibliografia richiamata in n. 26.

<sup>25</sup> Si veda, nuovamente, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 53.

bligazione a dare un certo. Ciò peraltro, come dimostra la *opinio veterum* ricordata in D. 12,5,6<sup>26</sup>, ebbe conseguenze anche sulla possibilità di enunciare una regola giuridica che, anche sul piano delle diverse cause tipiche di ricorrenza, potesse individuare un minimo comun denominatore (*id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici*)<sup>27</sup>.

L'indagine delle *causae* della *condictio* sembra muoversi sul piano di una tipicità causale slegata dalla forma (verbale e gestuale), e concentrarsi sul sostanziale sacrificio patrimoniale riflesso in spostamenti di *res certae* fondati sull'elemento della *datio*, a seguito della quale poteva verificarsi l'eventualità che dei fungibili potessero trovarsi 'ingiustamente' presso un'altra persona; iniziava dunque a muoversi su di un piano sostanziale, quantomeno per far fronte alla 'potenziale astrattezza' dell'azione<sup>28</sup>.

L'attenzione della giurisprudenza nell'individuazione dei tipi rilevanti sul piano negoziale potrebbe dunque essere andata ad emanciparsi dalla necessità delle forme ed orientarsi in direzione di una tipicità causale<sup>29</sup>. La *datio*, per altro, era elemento finale del rito formale dei *gesta per aes et libram*, che era andato ad indebolire la sua natura essenziale una volta che questi divennero una "*imago sine re*" della "funzione economico-sociale" con essi perseguita. Se la forma svolgeva, infatti, un ruolo di elemento di carattere oggettivo di esteriorizzazione e 'stabilizzazione' della volontà<sup>30</sup>, la *datio* tra i due *patres*, sebbene non formalmente calata in un *gestum per*

<sup>26</sup> D. 12,5,6 (Ulpianus libro decimo octavo ad Sabinum): *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est*. Sul passo, approfonditamente, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 98 ss. e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>27</sup> Si veda A. SACCOCCIO, *L'immortalità di una categoria*, cit., p. 62.

<sup>28</sup> Si veda quanto, ancora, in A. SACCOCCIO, *L'immortalità di una categoria*, cit., p. 61, n. 40 in riferimento a quanto si sostiene in M. VARVARO, *Condictio e causa actionis*, in *AUPA*, 57/2014, pp. 265 ss.; di quest'ultimo su tematiche che toccano quella *de qua*, si veda anche quanto già in M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle origini della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008.

<sup>29</sup> Una distinzione tra "i tipi individuati dalla causa ed i tipi caratterizzati dalla forma", è riconosciuta in G. GROSSO, *s. v. Contratto (dir. rom.)*, cit., p. 757.

<sup>30</sup> Osserva, ad esempio, Corbino, in conclusione della disamina sulle forme negoziali arcaiche, che nell'esperienza negoziale romana le forme sono "servite ad assicurare la serietà, l'obiettivo riconoscibilità e l'efficacia della volontà e a rendere conseguentemente stabili i risultati ai quali si indirizzava il comportamento", cfr. A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 2006, p. 55. Garofalo, in commento alle discipline dettate nel *Codice civile* italiano in vigore, accosta l'impiego di forme solenni e la consegna quali elementi di carattere oggettivo che il legislatore può richiedere ove ritenga che la causa sia eccessivamente fragile, (cfr. L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, ora in L. GAROFALO, *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela, 2015, p. 122), osservazione che, dalla prospettiva in cui ci si colloca nel presente lavoro, può essere 'riletta' come riferimento ad un elemento oggettivo, di 'esteriorizzazione e stabilizzazione' della volontà, che può rappresentare esso stesso la 'causa' in fattispecie ('formalmente) tipiche'.

*aes et libram*, ma comunque momento sostanziale di ‘esteriorizzazione e stabilizzazione’ a sua volta dello spostamento patrimoniale, poneva delle nuove questioni derivanti dalla perdita della natura pubblicistica del negozio compiuto, venendo così ad acuirsi la necessità di chiarire gli scopi negoziali della *datio* che nel *gestum per aes et libram* erano, invece, scolpiti nei *verba* pronunciati<sup>31</sup>.

Un ulteriore profilo cui prestare attenzione, per chiarire il contesto nel quale tra I sec. a.C. e I sec. d.C. è poi emersa la prima riflessione dei giuristi romani sulla nozione unitaria del *contractus*, è quello relativo al rapporto tra *oportere* (quale verbo civilistico teso ad esprimere l’archetipo dell’obbligazione romana) e la *fides*<sup>32</sup>. Come è stato osservato, le fonti romane permettono di cogliere alcuni importanti svolgimenti storici che collegano l’arcaica idea di *fides*, con la *bona fides* del *ius gentium* e con il modello del *vir bonus*<sup>33</sup>.

La *fides* arcaica sembra svolgere sostanzialmente due funzioni: da un lato essa “costituisce il parametro per relazioni codificate dai *mores* anche nel contenuto”; dall’altro, “consente la nascita di vincoli non codificati nel contenuto dai *mores*, attraverso l’adozione di uno strumento ‘aperto’ come il giuramento che permette di dar vita a un rapporto le cui regole sono dettate unicamente dai *verba* del giurante”<sup>34</sup>. In questo ambito, è stato ipotizzato che la *fides*, quale sostantivo correlato al verbo *credere*, esprimesse l’idea della credibilità e affidabilità sociale, morale e giuridica del singolo nella comunità<sup>35</sup>.

L’inaffidabilità, la violazione della *fides*, la *perfidia*, assume così un ruolo cruciale nell’ambito interrelazionale della cultura giuridica romana dell’età arcaica, la *fides* è principio che determina quello che si potrebbe qualificare

<sup>31</sup> Si è parlato al riguardo di “rivoluzione copernicana nel diritto dei contratti”; R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., p. 225, si vedano le precedenti pp. 216-224 per le argomentazioni a sostegno delle tesi richiamate.

<sup>32</sup> Per una ricostruzione convincente e con il richiamo della bibliografia più importante sul punto si vd. R. FIORI, *Fides e bona fides*, cit., pp. 237 ss.

<sup>33</sup> Si veda quanto in: Cat., *Orat.* fr. 206 [Malcovati] = Gell., *Noct. Att.*, 14,2,26; Gai. 4,17a; Gell., *Noct. Att.*, 14,2,4; Gell., *Noct. Att.*, 14,2,6; Gell., *Noct. Att.*, 14,2,8; Gell., *Noct. Att.*, 14,2,25; Cic., *Brut.* 129; Cic., *De off.* 3,19,77. Si veda al riguardo come prima indicazione sul rapporto tra *fides* e *bona fides*, ipotizzata in un libro poi rimasto fondamentale in materia, L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961. La ricostruzione del Lombardi ha conservato una validità di fondo, sebbene poi essa sia stata messa in discussione su alcuni punti anche importanti, si veda R. FIORI, *Fides e bona fides* cit., pp. 237 ss.; F. GALLO, ‘Bona fides’ e ‘*ius gentium*’, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001), II, Padova 2003, pp. 115 ss. Sul *vir bonus*, si veda ora il bel volume di A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, Incontro di studio Trani, 28-29 ottobre 2011, Bari, 2013.

<sup>34</sup> R. FIORI, *Fides e bona fides*, cit., 239.

<sup>35</sup> R. FIORI, *Fides e bona fides*, cit., 240.

come lo spazio nel quale anche gli atti negoziali formali dell'antico *ius civile* vengono ad inserirsi, senza che si senta la necessità – dato il suo ruolo pervasivo nella cultura di quella società – di esplicitarla espressamente nell'atto che si compie. Ciò è confermato dal valore, per così dire, 'ipertestuale' inesperto della *fides* nei *gesta per aes et libram* e nella *sponsio*.

Proprio l'inderogabile rispetto della parola data, assunta con l'impegno giuridico realizzato tra due *patres familias* con lo *spondere* o nella *lingua nuncupata* nei *gesta per aes et libram*, pur non evidenziando nelle parole pronunciate dalle parti in modo espresso il suo legame con la *fides* («*centum dari spondes? spondeo*» nella *sponsio*; «*hanc rem meam esse aio ex iure Quiritium, eaque mihi empta esto hoc aere aenea libra*» nella *mancipatio*), ne è espressione privilegiata in considerazione della serietà della parola assunta e dell'affidabilità ingenerata nell'altra parte (Cic., *De off.* 1,23: *fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorum constantia et veritas*)<sup>36</sup>.

È stato, altresì, sottolineato come la qualificazione della *fides* in termini di *bona* nella dimensione del *ius gentium* (e forse proprio in chiave fondativa di questa sfera sovranazionale di *ius*)<sup>37</sup>, non esprima altro che una «declinazione» della *fides* in un ambito relativo ai rapporti interrelazionali rilevanti per il diritto privato. In particolare, si è ipotizzato il seguente svolgimento storico: "Finché i rapporti negoziali – e, in senso più lato, socio-economici – della Roma arcaica erano limitati alla sfera ristretta della comunità romana, dove lo *status* e dunque la *fides* di ogni soggetto erano noti, chiari e definiti, ciascuno impegnava la propria *fides* reale, effettiva. Quando però Roma si apre al confuso e mutevole mondo dei mercati e dei traffici internazionali, i rapporti si realizzano tra persone che – non appartenendo alla medesima comunità – non hanno contezza l'uno del 'credito' dell'altro. È possibile allora che la prassi commerciale abbia sviluppato, e che il pretore romano abbia adottato [...] un parametro oggettivo, astratto, desunto dall'esperienza romana, ma imposto anche agli stranieri che avessero chiesto una tutela entro la *iurisdictio* del pretore romano. Questo parametro astratto è una *fides* fittizia, convenzionale, svincolata dalla realtà concreta delle parti del rapporto, delle quali non si verifica – non può verificarsi – lo *status*, l'affidabilità: si richiama invece un paradig-

---

<sup>36</sup> Questo significato fondante le ricadute interrelazionali della *fides*, si ritiene aver condizionato anche ambiti di significato della *bona fides*; vd. al riguardo M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: "Leerformeln" e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Studi A. Burdese, IV, Padova, 2003, pp. 17 ss.; E. STOLFI, 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, pp. 83 ss.

<sup>37</sup> Così P. FREZZA, *Ius gentium*, in *RIDA. Mél. De Visscher*, I, 1949, pp. 259 ss.; M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, pp. 14 ss.; F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, cit., pp. 115 ss.; R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema, Torino, 2014, pp. 29 ss.

ma comportamentale espresso dalla figura del *bonus vir*»<sup>38</sup>.

Il proposto svolgimento, ha trovato nel dibattito successivo sostanziale accoglimento, assumendo ai fini del discorso qui svolto un ruolo significativo.

Il modello del *vir bonus* risulta, infatti, proprio in ambiti correlati all'esercizio della *condictio*, quale criterio di giudizio dell'affidabilità dell'affermazione attorea o della controaffermazione del convenuto. Esso cioè assume una precisa concretizzazione nella struttura dilemmatica delle affermazioni giudiziali delle parti della *condictio*, superando il modello arcaico, proprio dell'*agere sacramento in personam*, di accertamento sulla base di quale *sacramentum* fosse da considerare *iustum*.

Nella *condictio*, quindi (ma la cosa valeva già nella *legis actio per iudici postulationem* in rapporto all'*oportere ex sponsione*), la laicizzazione del giudizio si è accompagnata ad un valore sussidiario della "credibilità" etico-sociale delle parti, quando non fosse possibile corroborare le proprie affermazioni processuali con testimoni o documenti scritti. Il *vir bonus* quale "giudizio di 'affidabilità'" permette, cioè, di "consustanziare" l'affermazione attorea del *dare oportere* o la negazione di esso da parte del convenuto. Il riconoscimento dell'esistenza di un *oportere* è valutato in base al riconoscimento delle virtù proprie del *vir bonus* in chi ne affermi o neghi l'esistenza. La *fides* arriva così ad espandersi, anche in assenza di una formalizzazione tramite *sponsio*, attraverso l'affidabilità ingenerata tra le parti nel caso in cui una abbia con *datio* consegnato all'altra cose certe. Se si vuole, proprio l'ambiente interrelazionale deformalizzato dell'attività negoziale che produce spostamenti patrimoniali (*datio*) richiede una tutela rafforzata ogni qual volta le parti si orientino a non calare questi spostamenti patrimoniali in una rigida forma (come nella *sponsio* o nei *gesta per aes et libram*) in *re ipsa* veicolo di *fides*.

Probabilmente si è di fronte ad un indizio circa la strada che avrebbe condotto alla più raffinata costruzione dell'*oportere ex fide bona*, nel quale il modello del *vir bonus* andrà a penetrare nella struttura stessa dell'*oportere*, realizzando un passaggio fondamentale nella storia del principio nella tradizione giuridica fondata sul diritto romano<sup>39</sup>.

Quanto rilevato, trova conferma nel riconoscimento del contesto relazionale e sociale di utilizzo del mutuo, fondato in «valori come *fides*, *fiducia*, *amicitia* (affidamento, fiducia, amicizia, cioè l'atto del confidare che colui al quale ho prestato mi restituirà quanto gli ho dato)»<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> R. FIORI, *Fides e bona fides*, cit., pp. 249-250.

<sup>39</sup> R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., pp. 231-233.

<sup>40</sup> Si veda A. SACCOCCIO, *L'eredità del 'sistema' romano dei contratti reali*, cit., p. 133. Sull'importanza dell'*amicitia* nel diritto romano si vd. B. ALBANESE, *L'«amicitia» nel diritto privato romano*, in *Jus*, 14/1963, pp. 138 ss. e G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, in A. CORBINO, M. HUMBERT, G. NEGRI (a cura di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza giuridica romana*, Pavia, 2010, pp. 633 ss.

È necessario evidenziare, peraltro, nella prospettiva del presente lavoro, come questa espansione della tutela in chiave di affidabilità sia caratterizzata da una struttura unilaterale del vincolo giuridico sorto tra le parti. Si può, infatti, rilevare che pur all'interno di una negozialità che sul piano funzionale potesse dar vita, nell'ambito del traffico commerciale, a scambi di cose e servizi anche abbastanza complessi (quantomeno dai secoli IV-III a.C.), proprio il fatto che la *datio* e non il semplice *consensus* rappresentasse la condizione necessaria e sufficiente dei presupposti della tutela, sembra segnare inevitabilmente in chiave di unilateralità la considerazione giuridica del rapporto, impedendo una emersione diretta dello stesso in chiave di correlazione causale reciproca. Ciò trova conferma nella *divisio* tra *datio ob rem* e *datio ob causam*, che risale alla scienza giuridica del III-II sec. a.C., ricordata in D. 12,6,52<sup>41</sup>, nella quale riemerge una ponderazione della volontà che sorregge la *datio* in termini antitetici al modello negoziale pandettistico. Da un lato, infatti, nel caso in cui la *datio* sia il momento conclusivo di un più complesso assetto di interessi già in parte realizzato nel passato, anche se tale assetto di interessi risultasse viziato nella sua reale rappresentazione da parte del *dans (falsa causa)*, la *datio* produrrebbe sempre e comunque un effetto stabile e definitivo dello spostamento patrimoniale. D'altro lato, invece, nel caso in cui la *datio* sia il momento propulsivo di un assetto di interessi che si proietta nel futuro (*ob rem*), la tutela non opera sulla pretendibilità della controprestazione attesa, ma, in caso di sua non spontanea realizzazione, potrà essere orientata alla sola restituzione del dato.

Come si vedrà nel prossimo paragrafo, proprio questo limite strutturale della unilateralità (o meglio unidirezionalità) del rapporto giuridico tutelato nell'attività negoziale, condizionato non soltanto dalle forme costitutive di esso, quali ad esempio la forma dialogica unidirezionale dei contratti verbali o la unilateralità degli effetti indotta necessariamente dalla natura della *datio*, inizierà a trovare un superamento con la nascita dei contratti consensuali che può farsi risalire al III-II secolo a.C.

### 3. 'Consensus' e 'bona fides'

L'ascesa di Roma non solo quale potenza militare, ma anche economica e politica nel Mediterraneo, si accompagnò ad un grande sviluppo commerciale. È stato osservato come "nell'ambito dello *ius gentium*, si dovette assistere alla nascita di alcuni schemi negoziali più vicini ai nuovi concreti

---

<sup>41</sup> D. 12,6,52 (Pomponius *libro vicensimo septimo ad Quintum Mucium*): *Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.*

interessi dei contraenti, grazie all'intermediazione decisiva della *bona fides*, del cui rispetto si faceva garante il pretore”<sup>42</sup>.

Lo *ius gentium* è rappresentato dai giuristi romani quale diritto comune a tutti gli esseri umani e di conseguenza recante in sé una tendenziale vocazione universalistica<sup>43</sup>. Come già lo *ius Quiritium* (sfera di *ius* esclusiva di *cives*), che recava in sé una connotazione prevalente (anche se non esclusiva) di diritto consuetudinario (*mores*), anche lo *ius gentium* sembra svolgersi con le stesse caratteristiche, venendo gradualmente ad essere tutelato nel nuovo processo *per formulas* attraverso l'*imperium* del pretore.

Poiché, però, lo *ius gentium* rappresenta una concezione originaria, con il processo formulare esso non sembra essere stato per così dire 'creato', ma riconosciuto in molti casi come *prius* rispetto all'*actio* concessa dal pretore per la sua tutela<sup>44</sup>. Pertanto, sia con il contributo del pretore unico prima del 242 a.C., sia dopo con l'affiancamento del *praetor peregrinus* nell'esercizio della *iurisdictio inter cives et peregrinos*<sup>45</sup>, nell'editto non saranno comprese soltanto azioni fondate su un fatto considerato meritevole di tutela dal pretore, ma anche azioni tipiche a tutela di alcune tipologie di *negotia* attraverso la previsione di *formulae in ius* (e non *in factum*) *conceptae*, segnale questo di una percezione di tali schemi giuridici “come *ius* già esistente”<sup>46</sup>. Tali *formulae in ius conceptae*, sebbene fondate sulla tipicità della cause negoziali richiamate specificatamente nella *demonstratio*<sup>47</sup>, erano caratterizzate da un'affermazione in terza persona, eguale in tutte le *intentiones*, al *quidquid dare facere oportet ex fide bona*<sup>48</sup>. Emerge,

<sup>42</sup> A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 163.

<sup>43</sup> Spiega Catalano come nella concezione romana, lo “*ius* era considerato dai Romani come (virtualmente) valido per tutti i popoli”, sul punto, per tutti, P. CATALANO, *Diritto e Persone*, cit., p. 44. Sullo *ius gentium*, si vedano, G. LOMBARDI, *Sul concetto di 'ius gentium'*, Roma, 1947; P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, cit., in particolare pp. 3-48; M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993 e relativa recensione da parte di M. TALAMANCA, in *IURA*, 44/1993, pp. 272 ss.; F. GALLO, 'Bona fides' e 'ius gentium', in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, II, Padova 2003, pp. 115 ss.

<sup>44</sup> Si veda, R. FIORI, *Fides e bona fides*, cit., pp. 251-252.

<sup>45</sup> Si vedano sul tema F. SERRAO, *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano, 1954; G. PUGLIESE, *Processo civile romano*, II, 1, *Processo formulare*, Milano, 1963, pp. 36 ss.; M. TALAMANCA, s. v. *Processo civile (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987.

<sup>46</sup> Cfr. R. CARDILLI, *Societas vitae in Cic. De off. 3,17,70* e *obligatio consensu contracta*, in *BIDR*, 105/2011, p. 192; si veda anche quanto sottolineato in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino, 2017, p. 492 circa la “realtà dei quotidiani rapporti di affari [...] presa in considerazione nell'ambito dello *ius honorarium*”.

<sup>47</sup> R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., p. 244.

<sup>48</sup> Si veda ad esempio quanto in F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, cit., pp. 143 ss. ed in R. FIORI, 'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': *il problema della «recezione» dei 'iudicia bonae fidei'*, in *BIDR*, 101-102/1998-1999, p. 173 ss.

così, da un lato la conservazione di una prospettiva unidirezionale della tutela in chiave di unilateralità del vincolo giuridico tra le parti (*oportere ex fide bona*) e dall'altro l'indeterminatezza del contenuto di questo vincolo<sup>49</sup>.

Proprio la tipicità causale evidenziata, che guida il pretore nella previsione delle azioni nominate nel suo editto, dimostra come l'interpretazione dei giuristi di questo periodo si fosse orientata a leggere la complessa realtà negoziale dei traffici in chiave di funzioni oggettive e specifiche<sup>50</sup>, caratterizzando la costruzione di alcune tipologie di *negotia*<sup>51</sup>.

Proprio la constatazione, che la prassi commerciale nel Mediterraneo era caratterizzata da una "koiné del documento ellenistico"<sup>52</sup> o che in alternativa la mentalità romana avrebbe calato l'assetto di interessi ricorrendo allo schema verbale della *stipulatio*<sup>53</sup>, evidenzia come la nascita della tutela di *emptiones, venditiones, locationes, conductiones, societates* e *mandata* da parte del pretore romano in termini di *actiones in personam* con *formula in ius* non possa considerarsi la recezione di quella prassi nelle forme giudiche romane. Al contrario l'innovativa forma di tutela apprestata sembra essere il risultato raffinato di un sapere tecnico particolarmente maturo. Essa indica, con alta probabilità, il momento creativo della giurisprudenza romana di questo periodo<sup>54</sup>, andando a mettere a disposizione delle parti un "fascio di azioni" tipiche collegate ad un fascio di funzioni economico-sociali tipizzate<sup>55</sup>. Al riguardo, si è osservato che si trattava di "contratti la cui funzione essenziale era già in

<sup>49</sup> Si veda R. CARDILLI, *Considerazioni 'storico-dogmatiche'*, cit., p. 19 e la bibliografia ivi in proposito richiamata.

<sup>50</sup> Al riguardo ulteriori chiarimenti verranno offerti più avanti, per ora si tenga conto della già richiamata riflessione svolta in F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 111.

<sup>51</sup> Si veda, ad esempio, M. TALAMANCA, s. v. *Processo civile*, cit., p. 64 (n. 457 per il richiamo ai "contratti consensuali").

<sup>52</sup> Si veda, M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in F. MILAZZO (a cura di), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti Copanello 1-4 giugno 1988*, Napoli, 1990, p. 46, n. 39. Tra i molteplici possibili, può richiamarsi l'esempio del negozio trascritto nel Papiro di Tebtuni (*Grenf. Pap. Tebt.* 105) riferito ad una locazione di terra nel Fayum risalente al 103 a.C. sotto il regno del Faraone Tolomeo X. In esso, in un'età nella quale, pur sotto una forte espansione romana, l'Egitto non era ancora una provincia romana, come accadrà di lì a poco, il livello di dinamicità negoziale attestato è molto elevato, sia per quanto riguarda la struttura delle fattispecie (si tratta, nel caso richiamato di una sub-locazione), sia per quanto riguarda la provenienza 'internazionale' delle parti (di origine egiziana, macedone e persiana), cfr. B.P. GRENFELL, A.S. HUNT, J.G. SMYLY (a cura di); *The Tebtunis Papyri*, I, London, 1902, pp. 454 ss.

<sup>53</sup> R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., pp. 239-240.

<sup>54</sup> Si veda quanto in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, cit., p. 492.

<sup>55</sup> Per tale espressione, si veda, ancora, A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, cit., p. 492.

qualche modo soddisfatta da antichi atti formali dello *ius civile*"<sup>56</sup>, ma questi nuovi negozi portarono a superare i più antichi schemi secondo criteri "senz'altro più agili e meno formali"<sup>57</sup>, anche se ciò non impediva all'autonomia privata dei commercianti romani di 'calarli' nelle forme giuridiche consuete<sup>58</sup>.

Elemento importante è dato dal fatto che questi *nova negotia*, costruiti sulla base del riferimento ad una determinata funzione oggettiva poi riflessa nella *demonstratio* della formula, vennero però unitariamente collegati ad un unilaterale *oportere ex fide bona*<sup>59</sup>.

Il punto va approfondito: in sostanza, a fronte di funzioni oggettive che erano espressione di una idea commerciale di scambio (di beni o servizi), ove gli scopi perseguiti dalle parti erano caratterizzati da una corresponsività rilevante patrimonialmente, la tutela pretoria in chiave di *actiones in personam* con *formulae in ius conceptae* ne 'smontava' – per così dire – la funzionalità bilateralmente oggettiva, prevedendo una forma di tutela unidirezionale fondata su una causa tipica. Le due innovazioni più significative sono, invece, il fondamento *ex fide bona* dell'*oportere* e la previsione di un suo contenuto 'aperto' (*quidquid dare facere*). Si è evidenziato, come questa soluzione esprima un "concetto giuridico nuovo con materiale già esistente"<sup>60</sup>, esplicitando qualcosa che nell'*oportere ex sponsione* era già implicitamente incluso e che nella *fidepromissio* era stato esplicitato sul piano dell'atto e non dei suoi effetti<sup>61</sup>. Resta, invece, sul piano delle *actiones* la unidirezionalità della tutela.

Altro elemento fondamentale della interpretazione innovativa che può riconoscersi alla costruzione dello schema dei contratti tutelati con *iudicia bonae fidei*, connessa alla "maggiore maneggevolezza garantita dalla base nella *bona fides* della tutela pretoria"<sup>62</sup>, è dato dalla centralità del *consensus* deformalizzato per la conclusione vincolante per entrambe le parti di tali nuovi *negotia*. Infatti, svincolando, il *negotium* da formalismi

<sup>56</sup> Si veda, nuovamente R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., p. 239, ovvero ancora, ad esempio, l'osservazione secondo cui la *emptio venditio* andava ad aggiungersi alle tradizionali *mancipatio*, *in iure cessio*, ecc. in, A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, cit., p. 492.

<sup>57</sup> A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, cit., p. 492.

<sup>58</sup> Si veda M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 579; R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, pp. 63 ss. che affronta la questione con riferimento ai cd. formulari catoniani; più recente R. CARDILLI, *Societas vitae*, cit., p. 190.

<sup>59</sup> R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., p. 244.

<sup>60</sup> Sul rapporto tra la *fides* e la *bona fides* si vedano, G. GROSSO, s. v. *Buona fede (premesse romanistiche)*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1959, pp. 661 ss.; L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, cit.; R. FIORI, *Fides e bona fides*, cit., pp. 237 ss., ecc.

<sup>61</sup> R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., pp. 244-245.

<sup>62</sup> A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 165.

verbali e/o gestuali e, più in generale, da predeterminate forme entro cui le parti potevano esteriorizzare e stabilizzare la serietà della volontà stessa<sup>63</sup>, diveniva necessario agganciare la volontà idonea ad impegnare giuridicamente le parti ad un altro elemento. Esso venne individuato, senza indebolire il paradigma della tipicità del sistema<sup>64</sup>, nel raggiunto *consensus*, valorizzando il momento convenzionale come momento generatore di reciproci affidamenti tra le parti contraenti<sup>65</sup>.

Ciò evidenzia quindi una ‘differenziazione’, per così dire, tra il profilo della tutela e quella della funzione oggettiva del negozio. Il negozio, cioè, si caratterizza sul piano funzionale da una bilateralità oggettiva riflessa nella logica dello scambio, ma dal punto di vista delle forme di tutela resta ancorato al modello unidirezionale dell’*oportere*, sebbene fondato sulla *fides bona*.

Una testimonianza di Cicerone sembra confermare quanto emerso nelle precedenti pagine, evidenziando sia l’importanza dell’innovazione sul piano del giudizio del legame tra *oportere* e *bona fides*, sia la unidirezionalità della prospettiva in termini di azione, pur a fronte di negozi che realizzavano la funzione di scambio di beni o servizi.

Cic., *De off.* 3,17,70:

*Nam quanti verba illa «UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM» quam illa aurea «UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE». Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus arbitriis in quibus adderetur ‘ex fide bona’. fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

<sup>63</sup> La *sententia catonis* (riportata in Cic, *De off.*, 3,16,65-67 – richiamata *infra* nel presente paragrafo in nota) offre altresì un interessante esempio di come questi negozi che potevano essere conclusi sulla base del consenso deformalizzato potessero andare a sopperire a problemi che potevano sorgere con i negozi formali.

<sup>64</sup> Viene bene chiarito come con questi *negotia* “il formalismo si avvia al declino mentre resiste la tipicità, dato che si continua ad attribuire rilievo giuridico alle categorie configurate dall’ordinamento”, cfr. A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, cit., p. 218.

<sup>65</sup> Viene osservato in R. FIORI, ‘*Ius civile*’, ‘*Ius gentium*’, ‘*Ius honorarium*’, cit., p. 196 che, ad assetti di interessi che venivano presi in considerazione da forme di tutela previste già nel diritto più risalente, “l’avvento del processo formulare ha permesso di attribuire una tutela anche in assenza di formalizzazione; ma se ciò ha liberato i *cives* dal vincolo del formalismo ed ha consentito una protezione anche per i peregrini, esclusi dalle forme del *Ius Quiritium*, tuttavia non ha determinato la «nascita» dell’*emere*, *vendere*, *locare*, ecc.; bensì semplicemente l’affermazione del principio che l’*oportere* può nascere anche dal solo consenso”.

Il passo è, come noto, ricchissimo di spunti e può essere letto da diverse angolature. Nel riallacciarsi al discorso svolto nelle pagine precedenti, deve essere in primo luogo sottolineato come sia presente un'ulteriore testimonianza dell'accostamento tra *fides* ed *oportere* che emerge dai *concepta verba* dell'*actio fiduciae* richiamati all'inizio del passo ed in cui sembra che la *fides* ed il riferimento al *vir bonus* non siano ancora svincolati dal contesto interpersonale del rapporto di affidamento tra le parti. In altri termini, qui non si va ancora oltre la *persona* la cui condotta è valutata e non si è dunque arrivati all'oggettivazione, all'astrazione del contenuto del rapporto in base al principio di correttezza in cui si sostanzia la *fides bona*<sup>66</sup>. Tuttavia, proseguendo nella lettura del passo può vedersi come Quinto Mucio Scevola, sulla scorta della *summa vis* che riconosceva come propria degli *arbitria* in cui si aggiunge '*ex fide bona*', coglie l'ampia pervasività del *bonae fidei nomen*, pur senza cancellare le differenze di regime ed includendo l'*actio fiduciae* in una lista in cui tale espansione sarebbe appunto individuabile<sup>67</sup>.

Mentre, nell'*actio fiduciae*, la violazione della *fides* risulta un requisito che condiziona la condanna del convenuto senza entrare a far parte della struttura della pretesa<sup>68</sup>, con il ricorso alla clausola *ex fide bona*, invece, si

---

<sup>66</sup> Sul punto, grazie anche al confronto con D. 15,1,36 (Ulpianus libro secundo disputationum: *In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio an in solidum pater vel dominus tenerentur: ut est in actione de dote agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conveniretur. Ego autem arbitror non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem: nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari. Nam quod in servo, cui res pignori data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit. Namque si servo res pignori data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem "et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est". Videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere*) e D. 13,6,3,5 (Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum: *Sed non tantum ex causa doli earum personarum pater vel dominus condemnatur, sed et ipsius quoque domini vel patris fraus dumtaxat venit, ut Iulianus libro undecimo circa pigneraticiam actionem distinguit*), si veda R. CARDILLI, «Bona fides», cit., pp. 15 ss.

<sup>67</sup> Sull'importanza del passaggio tra la ricorrenza letterale della clausola '*ex fide bona*' ed il *nomen bonae fidei* in Q. Mucio, si veda per tutti R. CARDILLI, «Bona fides», cit., pp. 65-67. Di "un elenco di rapporti e operazioni giuridiche costituenti gli ambiti nei quali trova esplicazione la nozione della *bona fides*" parla G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium – ius civile e la societas vitae in Cic.*, off. 3.69-70, in AUPA, 56/2013, p. 262, n.6.

<sup>68</sup> La formula dell'*actio fiduciae cum creditore* è stata inclusa da Mantovani appunto tra le *formulae in factum conceptae* ed è stata (la *directa*) ricostruita nel seguente modo: C. AQUILIUS IUDEX ESTO. SI PARET A. AGERIUM N. NEGIDIUM FUNDUM QUO DE AGITUR OB PECUNIAM DEBITAM FIDUCIAE CAUSA MANCIPIO DEDISSE EAMQUE PECUNIAM SOLUTAM EOVE NOMINE SATISFACTUM ESSE AUT PER N. NEGIDIUM STETISSE QUO MINUS SOLVERETUR EUMQUE FUNDUM REDDITUM NON ESSE NEGOTIUMVE ITA ACTUM NON ESSE UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE, QUANTI EA RES ERIT TANTAM PECUNIAM C. AQUILIUS IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO; SI NON PARET ABSOLVITO. Si veda D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Como, 1992, p. 59.

indica il fondamento stesso della pretesa, quale «principio che fonda ed alimenta (*ex fide bona*) il contenuto della obbligazione sorta tra le parti (*quidquid dare facere oportet*)»<sup>69</sup>.

Si comprende allora come sia inconferente – seppur dotata di forza enunciativa – ai fini delle concrete ricadute sul contenuto delle obbligazioni delle parti la previsione in una norma generale ed astratta del principio, imponendosene invece la necessaria concretizzazione *ex post* in sede giudiziale. Negli *arbitria*, ai quali Q. Mucio riconosce una *summa vis* “che genera significati, che modella condotte, che permette di concretizzare l’indeterminatezza del valore insito nei concetti assunti nella *formula*”, è il concetto-valore di *fides bona* che sostiene l’ampia serie di rapporti in cui si estrinseca la *societas vitae* e che viene ad essere, appunto, concretizzato soltanto da un *magnus iudex* quando nel – concreto – giudizio stabilisce, in base alla buona fede, “il *quid* che ciascuna delle parti del rapporto deve all’altra”<sup>70</sup>. Con ciò si superano gli angusti limiti del rispetto della parola data<sup>71</sup>, innestando nel *iudicium bonae fidei* una operazione interpretativa ben più complessa e profonda. Il *magnus iudex* traduce «in concrete valutazioni della condotta delle parti la indeterminatezza di concetti carichi di valore etico-giuridico come *vir bonus, bene agi, quidquid dare facere oportet ex fide bona*»; è questo un meccanismo dinamico che permette di concretizzare, alla luce delle specifiche circostanze del caso, concetti carichi di valore etico-giuridico irrazionalizzabili a monte<sup>72</sup>, nel campo segnato dall’originario consenso delle parti, ma cogliendone un senso più profondo in base al modello di lealtà e correttezza richiamato<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Per simili ricostruzioni, ancora, R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., pp. 236-238. Per quanto riguarda le formule, ad esempio, il tenore di quella dell’*actio empti* avrebbe dovuto essere il seguente: C. AQUILIUS IUDEX ESTO. QUOD A. AGERIUS DE N. NEGIDIO HOMINEM QUO DE AGITUR EMIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA EIUS C. AQUILIUS IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNETO; SI NON PARET ABSOLVITO; cfr., ancora, D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., pp. 47-48. Sul *principium*, si veda ancora L. LANTELLA, *Potissima pars principium est*, cit., p. 290; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., p. 85.

<sup>70</sup> Si vedano le argomentazioni svolte in R. CARDILLI, «Bona fides», cit., pp. 63-68 e, pur se con riferimento a taluni punti rispetto a quest’ultimo discorde, quanto osservato in G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium – ius civile e la societas vitae in Cic.*, off. 3.69-70, cit., p. 268.

<sup>71</sup> La visione restrittiva della *bona fides* che la riconduce meramente al rispetto della parola data, è ad esempio criticata in R. FIORI, *Fides e bona fides*, cit., pp. 255 ss. ove viene, tra le varie cose, precisato che a tale accostamento “si perviene particolarmente nel positivismo giuridico, e soprattutto in area tedesca, dove anche nel linguaggio comune la correttezza viene chiamata *Redlichkeit*, ‘fedeltà alla parola data’: si enfatizza, da un lato, il rapporto tra *bona fides* e *conventio* – che [...] era presente, ma non assorbente, nelle fonti romane –, dall’altro l’opposizione tra *bona fides* e dolo – ridotto a ‘vizio della volontà’” (citazione da p. 256).

<sup>72</sup> Si veda R. CARDILLI, «Bona fides», cit., pp. 69-70.

<sup>73</sup> Per un caso concreto dove tale operazione si è realizzata grazie ad un *magnus iudex*, può richiamarsi la *sententia catonis* riportata in Cic. *De off.* 3,16,65-67: *Ac de iure quidem*

#### 4. Quinto Mucio Scevola in D. 46,3,80 (Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium)

È necessario ora affrontare l'esame di una fonte molto nota, considerata "essenziale per la ricostruzione del concetto romano di *contrahere/contractus*"<sup>74</sup>, e che si segnala essere la "più antica rappresentazione teorica delle attività contrattuali nel diritto romano"<sup>75</sup>.

In questa compare proprio il verbo "*contrahere*" per ben quattro volte – come già rilevato – ed anche la forma participiale "*contractum*". Terminologicamente va altresì rilevato come ricorra, in una delle sue prime apparizioni se considerato di paternità muciano, l'uso del sostantivo "*obligatio*".

D. 46,3,80 (Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium)

*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

Il frammento è tratto dal commentario di Pomponio ai XVIII libri *iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola<sup>76</sup> ed è collocato dai compilatori giustiniani-

---

*praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque T. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius: huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit, «QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA». M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere. Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. [...] Su cui R. CARDILLI, «Bona fides», cit., pp. 77 ss.*

<sup>74</sup> K. VON CZYHLARZ, *Zur Lehre von der Resolutivbedingung*, Prag, 1871, p. 31, n. 2; R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., p. 52 e l'ampia bibliografia ivi menzionata in n. 203.

<sup>75</sup> M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani e nelle costruzioni da Domat a Pothier*, in P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino, 2019, p. 105.

<sup>76</sup> Su Quinto Mucio che, come si legge dal già richiamato D. 1,2,2,41 (Pomponius libro singulari *enchiridii*), *ius civile primus constituit generatim*, si vedano i contributi raccolti in J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI (a cura di), *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, cit., così come la bibliografia già richiamata *supra* nel cap. precedente.

nei nel libro XLVI, titolo III (rubricato “*De solutionibus et liberationibus*”) dei *Digesta*.

L’interpretazione testuale dello stesso è ancora caratterizzata da un acceso dibattito circa l’attribuzione delle varie parti al giurista tardorepubblicano o al giurista commentatore<sup>77</sup>. Negli ultimi decenni vi è un più solido orientamento diretto a riconoscere, anche in ragione della struttura lemmatica del commentario di Pomponio<sup>78</sup>, l’attribuibilità a Quinto Mucio del contenuto, quantomeno nelle sue linee essenziali<sup>79</sup>.

Il passo è caratterizzato dall’intrecciarsi di molteplici profili con diverse criticità interpretative, tra cui la (probabile) caduta di un richiamo alle *obligationes litteris contractae*<sup>80</sup>; dubbi sono derivati anche dalla sfasatura rilevata tra il principio di simmetria enunciato all’inizio del paragrafo (*prout quidque contractum est ita et solvi debet*) e le esemplificazioni poi offerte<sup>81</sup>; dubbi altresì sono stati avanzati circa la paternità muciana sia

<sup>77</sup> È sottolineato, ad esempio, in A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 154, n. 31 come dal passo emergano non poche imprecisioni formali e di sostanza. Ad esempio, Cannata rilevava che questo sia un “*texte qui a fait l’objet d’un tas de critiques; son exégèse est controversée, et l’on y a trouvé presque tout ce qu’un romaniste peut trouver dans les sources: des éléments qui remontent au droit très ancien, du Quintus Mucius, du Pomponie, des gloses, du Tribonien, des erreurs de copistes*”. Cfr. C.A. CANNATA, *La ‘distinctio’ re-verbis-litteris-consensu*, cit. p. 439. Per le numerose proposte di interpolazione già, ad esempio, E. LEVY, E. RABEL (a cura di), *Index Interpolationum*, III, 1935, Weimar, p. 453.

<sup>78</sup> Ad esempio Fiori in un passaggio della sua analisi svolge una importante precisazione, andando a chiarire che “dovrebbe comunque ammettersi che la citazione del giurista più antico doveva legarsi, almeno contenutisticamente, al discorso del suo commentatore” (cfr. R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*, in *Fides, Humanitas, Ius. Studi in onore di L. Labruna*, III, Napoli, 2007, p. 1969), altrimenti verrebbe in dubbio la ragione stessa del ritrovamento, ancora nelle fonti giustiniane, di richiami a giuristi che hanno operato in un periodo così distante.

<sup>79</sup> Si vedano, ad esempio, sul punto, accanto all’inquadramento del frammento operato dal Lenel (cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, 1889, Leipzig, rist. Graz 1960, pp. 60 ss.), ancora, A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari, 1987, p. 54; F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 25 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 154; R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., p. 1958; M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 431. Con ampi riferimenti bibliografici si veda R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., in particolare pp. 53-54, n. 204; da ultimo si tende, tuttavia, a disconoscere paternità muciana ad importanti contenuti del frammento in E. STOLFI, *Commento ai testi*, in J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI (a cura di), *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, cit., pp. 196 ss.

<sup>80</sup> Si veda ad es. F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., in p. 32; C.A. CANNATA, *La ‘distinctio’ re-verbis-litteris-consensu*, cit. p. 441; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., pp. 91 ss; ancora, si veda in tal senso A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 153 e 155 in particolare n. 34; C. CASCIONE, *Consensus*, cit., pp. 408 e 410; R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., p. 1958 ecc.; da ultimo R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., pp. 53-54 con ampia bibliografia in n. 204; M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani*, cit., p. 106. Per un’opinione contraria sul punto si vedano ad esempio le argomentazioni svolte in R. DE RUGGIERO, *La classificazione dei contratti e l’obbligazione letterale nel diritto classico e nel diritto giustiniano*, in *Studi in onore di S. Peruzzi*, Palermo, 1925, pp. 371 ss.

<sup>81</sup> Per quanto contratto *re* o *consensu* viene, appunto, rispettato il principio di simmetria

dell'impiego dell'aggettivo "*contrarius*" che del sostantivo "*dissensus*"<sup>82</sup>.

Una questione che assume particolare rilievo per il discorso che si sta svolgendo, e circa la quale il dibattito è ancora vivo, è quella riguardante l'ascrivibilità dell'impiego da parte del Pontefice della parola "*obligatio*"<sup>83</sup>. È stato tuttavia osservato come all'epoca di Q. Mucio sembrerebbe che "il centro del rapporto contrattuale" continuasse ad essere proprio l'*obligatio*<sup>84</sup>.

---

nello scioglimento: restituzione del *tantundem* per il mutuo e *dissensus* nei secondi casi; mentre per ciò che è contratto *verbis* accanto allo scioglimento *verbis* è indicata la possibilità di uno scioglimento *re*. Al riguardo, diversi Autori dubitano che la possibilità dello scioglimento *re* di quanto contratto *verbis* sia ascrivibile a Q. Mucio (v. ad esempio, G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 109; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 81 n. 2; S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, cit., pp. 580-581; F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 29-30; A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensus*, cit., pp. 444 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 155; per ampi riferimenti bibliografici sul punto, R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., pp. 56-57, nn. 208-210), tuttavia, (come è sostenuto ad esempio in R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., pp. 1965 ss., ed in particolare p. 1973; in M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 432; R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., p. 295), tale possibilità potrebbe non dover essere necessariamente esclusa. Infatti, per quanto riguarda la simmetria tra la costituzione dell'obbligazione e lo scioglimento, si potrebbe svolgere un paragone tra D. 46,3,80 e D. 46,3,107 (Pomponius, *libro secundo enchiridii*) ove si legge: *Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter: naturaliter veluti solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit: civiliter veluti acceptilatione vel cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit*. Brutti al riguardo conclude che, per quanto riguarda ciò che leggiamo in D. 46,3,80, "l'intera costruzione è estranea all'orizzonte teorico di Pomponio, altrove <fr. 107> chiaramente delineato. Il giurista del secondo secolo adotterà, riguardo allo stesso tema, una classificazione del tutto diversa e intenderà il *solvere* in senso stretto come sinonimo di adempimento, differenziando da esso lo scioglimento formale del vincolo. Questa visibile distanza fa pensare con un buon fondamento che l'autore del testo sia Quinto Mucio" (M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 433). Sul punto si vedano anche le argomentazioni recentemente svolte in R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., pp. 67 e 68 e la bibliografia ivi riportata; di diverso avviso E. STOLFI, *Commento ai testi*, cit., p. 199.

<sup>82</sup> Ad esempio, sono stati numerosi gli studiosi che hanno avanzato dubbi circa il "*dissensu contrario*" considerandolo come un "innocuo ed evidente errore di un copista" (A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit. p. 125; ID., *Ius*, cit., p. 182), ovvero come il frutto di una "distrazione di scrittura" che ha portato alla sostituzione di un originario *consensus* con il *dissensus* che leggiamo ora (A. GUARINO, *Per la storia del Contrarius consensus*, in *Labeo* 14/1968, p. 271, n. 1 e 276, n. 39; ID., "*Dissensus sociorum*", *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 174/1986, p. 213, n. 13). Tuttavia, pare siano maggiormente persuasive delle ricostruzioni più recenti che, piuttosto, tendono a considerare il riferimento al *dissensus* come un elemento linguistico che conferma la paternità muciana del termine, un "pleonasma a fini intensificativi" legato alla preoccupazione di Quinto Mucio di non essere frainteso dai destinatari del parere, cfr. R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., p. 299; impostazione questa condivisa da altra recente dottrina ove si sottolinea altresì come non si tratti di questione decisiva circa l'argomento data "la mancanza di un termine tecnico omogeneo usato dai giuristi romani per definire il mutuo dissenso", cfr. R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., pp. 54-55, n. 206 cui si rinvia per la copiosa bibliografia sul punto a cui va aggiunto, più recente, E. STOLFI, *Commento ai testi*, cit., p. 198.

<sup>83</sup> E. STOLFI, *Commento ai testi*, cit., p. 199 sulla scia di Santoro che, come noto, tende a spostare in avanti l'emersione dell'obbligazione, si veda al riguardo, ad es. R. SANTORO, *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, in *AUPA*, 55/2012, cit., pp. 577 ss.

<sup>84</sup> R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., p. 1974.

D'altronde la dubbia ricorrenza negli usi del singolo giurista di una parola o del significato della stessa deve essere necessariamente vagliato in base ad eventuali altre ricorrenze nel materiale a nostra disposizione su quel giurista. Una recente rilettura sulle diverse testimonianze riguardanti l'attività di Quinto Mucio nell'ambito delle obbligazioni, ha evidenziato una serie di ricorrenze del verbo *obligari* in fonti per le quali non pare possibile porre in dubbio l'uso da parte dello stesso del verbo. A ciò si aggiunga che proprio queste ricorrenze sarebbero l'indice di "un significativo salto nel modo di guardare ai tipizzati archetipi dell'*oportere* delle diverse *formulae* di *actiones*, attraverso l'*obligatio*"<sup>85</sup>.

Il passo è espressivo dell'antitesi *contrahere/solvere obligationem* e, sebbene si sia tradizionalmente ritenuto che il giurista stesse svolgendo le proprie riflessioni dalla prospettiva del *contrahere obligationem*, pare invece coerente al problema affrontato nella testimonianza ritenere che tali riflessioni fossero svolte proprio dalla prospettiva del *solvere obligationem*<sup>86</sup>.

La duplice valenza del termine *solutio* in riferimento all'estinzione dell'obbligazione sia come remissione, sia come adempimento satisfattivo, consentirebbe a Quinto Mucio di "articolare la trattazione su entrambi i livelli"<sup>87</sup>. Il fatto che il giurista abbia svolto le proprie riflessioni dalla prospettiva del *solvere obligationem* non esclude il rilievo del *contrahere obligationem* proprio perché il problema si pone nella prospettiva del principio di simmetria tra modi di estinzione e modi di conclusione<sup>88</sup>. Ciò potrebbe essere ulteriormente confermato – e a prescindere dall'accoglimento o meno dalla restituzione palinogenetica che colloca il frammento in tema di *liberatio legata*<sup>89</sup> – dalla collocazione che allo stesso è stata data nel

<sup>85</sup> R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., pp. 273 ss. per il citato p. 299.

<sup>86</sup> Si veda R. FIORI, *Contrahere eolvere obligationem*, cit., pp. 1970 ss.; R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., pp. 291 ss.; R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., p. 61.

<sup>87</sup> R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., p. 61. L'impiego del secondo "*potest*" posto in chiusura di frammento potrebbe anche essere ricondotto al fatto che oltre al "*contrarius dissensus*" menzionato nel passo viene sottinteso che "l'altro modo per scioglierle è l'adempimento", cfr. R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., p. 66.

<sup>88</sup> A. SACCOCCIO, *L'eredità del 'sistema' romano dei contratti reali*, cit., p. 134 ha osservato che con Quinto Mucio verrà ad emergere l'articolazione che vede nel mutuo la coesistenza degli elementi della consegna e del consenso, ma è solo la prima che viene ancora ad essere intesa come l'elemento obbligante.

<sup>89</sup> Il Lenel riteneva che nella trattazione pomponiana il frammento si fosse trovato in materia di *liberatio legata*, cfr. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889, col. 63, n. 5; mentre, studi più recenti, tendono a spostare l'istituto della *liberatio legata* ad epoche successive a Quinto Mucio (si vedano, ad esempio, seppur collocando tale emersione in periodi diversi B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio nel diritto romano*, Napoli, 1964, pp. 64 ss.; ID., *I legati ad effetto liberatorio fino a Giuliano*, in *Labeo*, 13/1967, pp. 151 ss. e M. TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi sulla liberatio legata*, in *Studi Cagliari*, 44/1963-64, pp. 679 ss.).

Digesto in materia di *solutiones et liberationes*<sup>90</sup>. La regola del “*prout quidque contractum est, ita et solvi debet*” andrebbe, infatti, ad essere ben compatibile con l’ipotesi avanzata in dottrina di un contesto concreto nel quale si era in materia di un legato *per damnationem* con cui, per spirito di liberalità, il *de cuius* abbia rimesso al legatario il suo debito nei confronti del primo, ponendosi la questione di interesse primario per l’erede di quale fosse lo strumento adeguato per realizzare tale remissione. Ciò potrebbe altresì dare ragione della non sempre formale corrispondenza tra i modi estintivi e i modi costitutivi e della differenziazione tra il rispetto della regola in chiave di *debet* e l’ultima ipotesi, in materia di contratti consensuali, in termini di *potest*<sup>91</sup>.

L’*oportere* (sia che si fosse trattato di un *certum* o di un *incertum*) rappresenta il *trait d’union* tra le varie figure contrattuali richiamate e l’impiego del termine *obligatio*, per esprimere la struttura unilaterale espressa dal primo, è forse un indizio che potrebbe chiarire la particolare prospettiva da cui Quinto Mucio guardava al problema esaminato. D’altronde, anche guardando al passo da una prospettiva sensibile ai profili della *condictio* si è giunti ad osservare che “i poli tra i quali si articolava la trattazione della ‘negozialità’, ancora al tempo di Cicerone” fossero quelli “di diritto civile in senso stretto, all’interno del quale un ruolo di spicco ricopre il ‘sistema della *condictio*’, ed un altro, più recente, di diritto pretorio, comprendente invece tutti i ‘nuovi’ *iudicia* in cui risultava determinante l’operare della *bona fides*”<sup>92</sup>.

Lo slittamento da una prospettiva incentrata sul *debere* impiegato nella prima parte del frammento per le *obligationes re et verbis contractae* ad un’altra fondata sulla ‘possibilità’ (*potest*) per l’*emptio*, la *venditio* e la *locatio* non sembra essere una sfasatura terminologica introdotta dai giustinianei, e nemmeno dal cambio di scrittura tra Quinto Mucio a Pomponio<sup>93</sup>, ma il sintomo di un’idea in formazione e non già pienamente matura<sup>94</sup>.

Sebbene infatti, seguendo l’autorità di Alfred Ernout, si sia attribuito il

<sup>90</sup> Per tale sintesi, ancora, R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., p. 61.

<sup>91</sup> R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., pp. 292-293.

<sup>92</sup> A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 164-165.

<sup>93</sup> Nel primo senso U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, cit., p. 563. Pensano a Pomponio C.A. CANNATA, *La ‘distinctio’ re-verbis-litteris-consensu*, cit., pp. 440 e 442 ss.; R. SANTORO, *Su D. 46.3.80*, cit. p. 606; C. CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 412. La dottrina recente è comunque il larga parte orientata verso l’attribuzione dell’intera testimonianza a Quinto Mucio tenendo conto proprio della terminologia usata nell’ultima parte della stessa e dalla prospettiva sostanziale che evoca: si veda ad es. F. GALLO, *Conventio e synallagma* cit., I, pp. 33-36; A. SCHIAVONE, *Ius. L’invenzione del diritto in occidente*, Torino, 2005, pp. 182 ss.; R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., 296-298; R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., p. 58-59 n. 213.

<sup>94</sup> Si veda quanto già poco sopra chiarito e, anche per ulteriore bibliografia sul punto, R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., pp. 64 ss.

più antico uso di *consensus* a Cicerone<sup>95</sup>, proprio D. 46,3,80 potrebbe rappresentare l'antiorità dell'uso del termine nel latino giuridico nell'ambito dei rapporti contrattuali<sup>96</sup>, emergendo ora una tendenziale fiducia a riconoscere la paternità muciana dell'impiego<sup>97</sup>.

si riscontra nel passo l'utilizzo della tecnica dell'associazione, di cui è indizio l'uso dell'avverbio "*aeque*", che lascia intravedere la difficoltà per l'estensione di una regola più antica ai *nova negotia* dello *ius gentium* attraverso un'opera di interpretazione<sup>98</sup>. Ciò potrebbe lasciar trasparire, "la preoccupazione di includere nel *ius civile* tali figure, verificandone le differenze e le coincidenze di regime con le più antiche figure negoziali"<sup>99</sup>.

Il riferimento al *quidque contractum est* si colloca all'interno di questo contesto problematico, esprimendo qui il "senso di unire, legare"<sup>100</sup>, offrendo l'appiglio per avvicinare una serie di figure, accomunate dal fatto di essere tutte *obligationes contractae*<sup>101</sup>. Ciò è maggiormente evidente rispetto alle categorie del *re* e *verbis contrahere*, mentre sembra di maggiore difficoltà di individuazione rispetto ai *nova negotia*. Per essi, il giurista che scrive non ha ancora maturato una categoria unitaria di *obligationes consensu contractae*.

Tale differenza è fondamentale, perché attesta come il giurista che scrive anche l'ultima parte del frammento conosce soltanto le categorie del *re* e del *verbis contrahere*, mentre per quelle che poi confluiranno nella categoria unitaria delle *obligationes consensu contractae* in Gai 3.135 (*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*) egli è costretto ad un'elencazione

<sup>95</sup> Circa l'impiego del termine, Cascione (C. CASCIONE, *Consensus*, cit., 402), alla luce di alcuni rilievi formulati da Ernout (A. ERNOUT, *Consensus-concentus-consensaneus*, in *Arctos*, 1/1954] pp. 78 ss.), ritiene che la prima utilizzazione del termine *consensus* sia attribuibile a Cicerone. R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., pp. 1961 ss. è giunto a precisare che lo stesso Ernout circoscrive la constatazione storico-linguistica alla sfera del linguaggio filosofico, ben potendo, dunque, tale termine essersi affermato in un periodo precedente nel linguaggio giuridico.

<sup>96</sup> In tal senso, ad esempio, R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., p. 1957.

<sup>97</sup> Si vedano, rispettivamente, ad esempio, A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit. pp. 64 ss; ID., *Ius*, cit., pp. 182 ss.; F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 33 ss.; M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., pp. 432-433; R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., pp. 1970 ss.; R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., pp. 288 ss.; R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., pp. 60 ss.

<sup>98</sup> Di sforzo interpretativo "mirante all'unificazione concettuale dei rapporti nascenti dallo *ius civile* e dallo *ius gentium*, nonostante la loro eterogeneità, sulla base della possibilità di individuare, in tutti, un *contrahere*" si parla in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, cit., p. 440.

<sup>99</sup> R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., p. 289; si veda anche quanto in R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., pp. 60 ss.

<sup>100</sup> M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., pp. 431-432; impostazione accolta anche in R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., p. 62, n. 227.

<sup>101</sup> Su questo punto, M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 431.

di tipi concreti (*emptio vel venditio vel locatio*)<sup>102</sup>. Ciò conferma l'ascribibilità a Quinto Mucio e non a Pomponio anche di questa parte<sup>103</sup>, forse – ma non necessariamente – riecheggiata nell'elenco di Cic. *De off.* 3,17,70 sopra visto<sup>104</sup>.

Inoltre, la stessa qualifica di *nudus* del *consensus*, lungi dall'essere un appesantimento che esprime una inutile ridondanza terminologica, potrebbe essere un ulteriore indizio “di un elemento di novità (dato dalla nascita della *obligatio* dal consenso deformalizzato)” che si attaglia meglio all'età di Q. Mucio che a quella di Pomponio<sup>105</sup>. In realtà, secondo una autorevole lettura, ciò denoterebbe una “alternativa, implicita nel profilo della possibilità, [...] data dal consenso non nudo, vale a dire rivestito dalla forma. Non c'è ancora la depurazione del consenso come elemento obbligente; esso, con la qualifica di *nudus*, esprime una delle modalità con cui

<sup>102</sup> Circa la non tassatività dell'elenco, si veda ad esempio, M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 432. Attraverso una lettura dell'elenco contenuto in D. 46,3,80 alla luce di quello che troviamo in Cic. *De off.* 3,17,70 (*fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis societatibus fiduciis mandatis rebus emptis venditis conductis locatis quibus vitae societate contineretur*) in cui la compera, la vendita, la locazione, la conduzione e le altre figure sono richiamate in modo 'scomposto', si è ritenuto che, appunto, la menzione in modo disgiunto della compera dalla vendita, della locazione dalla conduzione, erano tipiche del periodo antecedente a quello classico ed in sostanza erano legate ad una sovrapposizione tra la prospettiva processuale (e quindi le diverse azioni) e quella sostanziale; sovrapposizione che è venuta poi a perdersi nel corso del tempo (cfr. F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 36-38). Tale impostazione, è stata accolta anche da altri Autori, ad esempio, A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, cit., 43. Nella sostanza, R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., pp. 64 ss.

<sup>103</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 33-34. Ora è stato puntualmente osservato che “la lamentata sfasatura che investirebbe '*emptio vel venditio vel locatio*' che a differenza delle altre categorie vengono considerati dal punto di vista delle singole figure e non da quello della categoria in generale (*re contrahere, verbis contrahere*), lungi dall'essere la testimonianza di una diversa mano nella stesura del testo, conferma che anche questa parte del testo sia attribuibile a Q. Mucio Scevola ed espressione di un periodo in cui la concettualizzazione unitaria dei diversi tipi nella categoria delle *obligationes consensu contractae* non si era ancora formata”; R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., p. 64.

<sup>104</sup> Si veda *Gai.* 3,135-136 (il testo del primo è richiamato poco sopra nel testo, per quanto riguarda il secondo, il testo è il seguente: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit*). La lettura di Gallo (si veda la nota precedente) è stata criticata da Fiori il quale ritiene che, a differenza del passo di Pomponio, la testimonianza di Cic. *De off.* 3,17,70 non possa essere assunta come testimonianza “per un uso linguistico repubblicano, posto che il manoscritto ciceroniano non aveva segni di interpunzione cosicché potrebbe immaginarsi anche una scansione del tipo ... *rebus emptis venditis, conductis locatis* ... Sia perché ancora in Gaio si trovano espressioni come *emptio et venditio* oppure *locatio et conductio* (3,139 ss.), ecc., segno di un uso linguistico diffuso e non circoscrittibile ad epoche determinate”; cfr. R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., p. 1962.

<sup>105</sup> R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., p. 241.

è possibile concludere uno dei negozi menzionati”<sup>106</sup>. In effetti, in questa prospettiva, il *potest* che sembrava produrre una sfasatura rispetto al *debet* della parte iniziale, acquisisce un significato specifico, quello di riconoscere sul piano delle figure tipiche quali l'*emptio vel venditio vel locatio* la possibilità, facendo perno sulla regola antica di simmetria, di scioglierli con il semplice – (nudo) consenso.

Si profila un risultato significativo, rappresentato da una prima riflessione concettuale profonda sul rapporto tra *consensus* e *contrahere*, sebbene si sia ancora lontani dalla costruzione di un genere comune e si resti ingabbiati nelle funzioni tipiche guardate dall'angolo di visuale della prospettiva negoziale della parte contraente e della lateralità delle azioni a tutela<sup>107</sup>.

Porre il consenso alla base della vincolatività, sembra sia stato, quindi ritenuto dalla giurisprudenza come espediente adeguato a fronteggiare quanto emergeva dalle esigenze economico-sociali del mondo del commercio in cui venivano sempre più frequentemente poste in essere contrattazioni tra soggetti provenienti da luoghi diversi, appartenenti ad etnie diverse, parlanti lingue diverse e quant'altro<sup>108</sup>. Ancora Gaio sottolinea (*Gai.* 3,135-136) i vantaggi della configurazione consensuale di questi tipi di contratto, nei quali era possibile perfezionare l'accordo vincolante anche *inter absentes*, con notevole impulso al commercio<sup>109</sup>.

Infine, è necessario soffermarsi su un ultimo punto problematico di D. 46,3,80, di grande rilievo, però, nel contesto del discorso di questo lavoro. È stato recentemente ipotizzato<sup>110</sup>, che il passo lasci tracce, proprio in base alla terminologia usata ed al contesto palinogenetico originario della testimonianza, del problema concreto al quale Quinto Mucio aveva dato so-

---

<sup>106</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 34.

<sup>107</sup> Vale la pena riportare quanto ha precisato al riguardo F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 38: “Come vi erano le azioni (prima *arbitria*) *empti, venditi, locati e conducti*, così si individuavano, sul piano negoziale, la compera, la vendita, la locazione e la conduzione. Si dava preminenza, nella rappresentazione, al punto di vista soggettivo, secondo il quale altro è la compera ed altro la vendita (altro comprare una casa, altro venderla)”.

<sup>108</sup> Si rimanda ancora a R. CARDILLI, “*La struttura 'nascosta'*”, cit., p. 82.

<sup>109</sup> Si leggano infatti nuovamente e senza interruzione i due passi richiamati (*Gai.* 3,135-136): *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.* Si consideri comunque anche il già menzionato esempio offerto dalla vista *sententia cationis* circa la potenzialità dell'impiego della figura del negozio concluso sulla base del consenso e generatore di un *oportere ex fide bona* per andare a risolvere problemi non altrimenti risolvibili nel caso in cui si fosse applicata, la spesso più rigida, disciplina riservata ai negozi formali.

<sup>110</sup> R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., pp. 288-299.

luzione. Come si segnalava, non è da escludersi che il giurista sia stato consultato probabilmente dall'erede che chiedeva come potesse liberare il legatario dal suo debito nei confronti del *de cuius* sorto in base ad una compravendita o una locazione, potendo così onorare il legato impostogli nel testamento da quest'ultimo. La soluzione sembrerebbe, appunto, evidenziare un percorso logico-interpretativo del giurista nel quale, facendo perno su una regola autorevolissima della traduzione arcaica (regola di simmetria), essa viene declinata nell'ambito contrattuale per indicare concretamente all'erede come estinguere in maniera non soddisfattiva la specifica obbligazione di buona fede che vincolava il legatario al *de cuius*, conservando l'intento di liberalità che aveva mosso questo al legato.

Da questa prospettiva, la sequenza *emptio vel venditio vel locatio*, oltre che a rappresentare il contesto dogmatico muciano di prima approssimazione alla categorizzazione del *consensus* come momento unificante di questi contratti, rappresenterebbe altresì un indice della soluzione concreta che il giurista consigliò all'erede. Il *dissensus* calato nella 'individualità unilaterale' dei negozi richiamati avrebbe in sostanza la funzione di indicare l'atto da compiere al fine di sciogliere il vincolo del legatario, senza per questo incidere però contemporaneamente sull'obbligazione corrispettiva del *de cuius*. Il mutuo dissenso, cioè, verrebbe qui a permettere lo scioglimento dell'obbligazione unilaterale del legatario nei confronti del *de cuius*, ma non quella corrispettiva di quest'ultimo, coerentemente alla sicura volontà in tal senso del *de cuius* che aveva disposto il legato di remissione del debito.

L'ipotesi, qualora sia vera, evidenzierrebbe l'apice del problema a cui è rivolta la riflessione muciana, chiusa tra due alternative, entrambe fondate su momenti valoriali profondi. La prima, quella di estinguere *dissensu*, con l'obbligazione di pagare il prezzo del compratore-legatario, anche l'obbligazione del venditore-*de cuius*, facendo prevalere la struttura che da Labeone sarà qualificata in termini di *ultra citroque obligatio*, tradendo però in questo modo il vero scopo del legato e la realizzazione della liberalità dello stesso. La seconda, quella preferita da Quinto Mucio, di indicare una estinzione della sola obbligazione del legatario, senza un effetto di rimbalzo sull'obbligazione del *de cuius*, dando prevalenza alla *voluntas* testamentaria di quest'ultimo.

Il conflitto valoriale ipotizzato tra autonomia testamentaria e tipo contrattuale, sciolto da Quinto Mucio a favore della prima, sembrerebbe altresì evidenziare nel giurista repubblicano "la possibilità concettuale di isolare l'*oportere ex fide bona* del legatario verso il *de cuius* dall'*oportere ex fide bona* corrispettivo del secondo verso il primo, non coerente ad una percezione forte di quella che Labeone poi qualificherà come struttura sinallagmatica di questi contratti (*ultra citroque obligatio* D. 50,16,19). È una prospettiva centrata sulla 'lateralità' delle azioni corrispettive simile a quella che emerge in Varr. *De re rust.* 2,2,6, in un contesto risalente (*anti-*

*qua formula*), evocatrice di una imperfetta rilevanza della sinallagmaticità nella compravendita”<sup>111</sup>.

Qualora tale ipotesi fosse vagliata positivamente, essa attesterebbe nuovamente quella difficoltà, già rilevata nei paragrafi precedenti, di superare, sul piano della effettiva corrispettività delle funzioni negoziali emergenti nell’ambito dello *ius gentium*, la ‘gabbia’ della necessaria unilateralità e unidirezionalità dell’*oportere* nato dal contratto, pur nella veste dei due *oportere* contrapposti che nascevano dall’accordo di compravendita e di locazione.

Il superamento di questo limite concettuale, in definitiva, sarà probabilmente – come si potrà vedere nel prossimo capitolo – il colpo d’ali impresso da Labeone al contratto, che riuscirà a costruire, su una struttura caratterizzata da *oportere* unidirezionali, una struttura giuridica unitaria in termini di *ultra citroque obligatio*, schema giuridico complesso, caratterizzato da una bi-plurilateralità soggettiva, con struttura oggettiva monolitica sul piano della *obligatio*.

## 5. Considerazioni di sintesi

Nel cercare di trarre le fila del discorso ora svolto, si è visto come, seguendo un percorso comunque non lineare, sin dai tempi più risalenti, diverse figure ‘precontrattuali’ (parzialmente ad eccezione del *nexum* che recava delle forti peculiarità) come effetto producevano un *oportere*, dovere giuridico-religioso proiettato nel futuro in cui le parti conservavano una posizione di eguaglianza e non di soggezione di una rispetto all’altra. Queste figure erano tipiche e la tipicità era legata non ad una specifica ‘funzione oggettiva della transazione’, bensì al rispetto di determinate formalità (da intendersi in senso lato come modalità di ‘esteriorizzazione e stabilizzazione’ della volontà) e dunque queste, erano, in sostanza, formali ed astratte, produttrici di un, ‘unidirezionale’, *oportere certum*. Con il passare del tempo, e dietro pressioni che provenivano dai mutamenti socio-economici, la giurisprudenza intraprese delle riflessioni circa le *causae* che davano luogo alla possibilità di esperire una *condictio*: si iniziò così a prendere in considerazione anche la ‘funzione oggettiva’.

Ancora a seguito delle spinte che provenivano da una società ed un’economia sempre più sofisticate, si arrivò a riconoscere protezione giuridica

---

<sup>111</sup> R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., p. 298. Si legge in Varr., *de re rustica* 2,2,6: “*il-lasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra luc-sciam surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morbosus esse habereque recte lice-re, haec sic recte fieri spondesne?*” *Cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum; nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium*”.

a delle figure, originate nello *ius gentium*, che erano individuate non sulla base delle formalità alla luce delle quali erano concluse, ma sulla base della 'funzione oggettiva' della transazione che doveva trovare corrispondenza nei *verba* della *demonstratio* secondo quanto prevedeva il pretore nell'editto. L'effetto era ancora un *oportere*, ma si trattò di un tipo nuovo sebbene sia stato creato attraverso l'impiego di materiale già esistente, ossia mantenendo l'idea dell'*oportere* quale dovere giuridico-religioso proiettato nel futuro così come altre delle caratteristiche allo stesso riconducibili, ed andando ad esplicitare il ruolo della *fides* che venne altresì a caratterizzarsi come "bona". Queste nuove figure sulla base di una costruzione della formula sul *quidquid dare facere oportere ex fide bona*, erano foriere di un *oportere incertum*.

Quinto Mucio Scevola, noto per essere colui che *primus ius civile constituit generatim*, andò sia a compiere il 'salto' che ha portato alla creazione, sulla base dell'*oportere*, della categoria ordinante della *obligatio*, sia, per quel che concerne l'ambito 'negoziale', ad individuare la categoria dell'*obligatio contracta* facendo riferimento ad un *quid contractum* in cui raccolse le varie categorie del *contrahere re, verbis* e probabilmente *litteris*, tentando altresì l'accostamento a queste, delle figure il cui riconoscimento fu più recente, individuate sulla base della loro funzione oggettiva e che davano luogo ad un *oportere ex fide bona*.

Sebbene queste ultime non venissero ancora viste come una categoria a sé stante, il Pontefice intuì che vi fosse tra di loro un *trait d'union* nel trattarsi di *negotia* che potevano essere perfezionabili sulla base del *nudus consensus*, del consenso deformalizzato. Nella costruzione muciana, comunque, l'*oportere* pare sia stato ancora considerato da una prospettiva di unilateralità.

Questo è, per grandi linee, il sostrato dal quale germoglierà la prima nozione di contratto, nozione con il ruolo di categoria ordinante a cui sarà associato il sostantivo *contractus*, e che può ritenersi come un sostrato idoneo, tenendo conto, ad esempio, del rilievo dell'eguaglianza tra le parti veicolato dalle vicende che hanno riguardato l'*oportere* e successivamente l'emersione della categoria dell'*obligatio*, così come il complesso di valori collegati alla *fides* e poi alla *bona fides*, per la valorizzazione di elementi come quello della reciprocità nel *contractus*, rispetto al quale sia la *bona fides*, sia la *obligatio*, che verrà a configurarsi quale *ultra citroque*, come 'effetto caratteristico' dello stesso, hanno giocato, pare, un ruolo fondamentale.



## CAPITOLO VI

# CONTRACTVS E ULTRO CITROQUE OBLIGATIO IN LABEONE. L'EMERSIONE DELLA IDEA GIURIDICA DI RECIPROCIÀ

SOMMARIO: 1. Cenni biografici circa la figura di Labeone. – 2. D. 50,16,19 (Ulpianus *libro undecimo ad edictum*): il contratto come *ultra citroque obligatio*. – 2.1. Cenni sull'inquadramento del passo. – 2.2. *Actus-contractus* e la scansione muciana dalla prospettiva dell'*oportere/obligatio*. – 2.3. *Contractus* e *ultra citroque obligatio*. – 2.3.1. Il rapporto tra *consensus* e *ultra citroque obligatio* nella *definitio*. – 2.3.2. *Ultra citroque obligatio* come caratteristica fondante la categoria del *contractus* tra modelli tipici e gestione dei negozi atipici. – 2.3.3. *Ultra citroque obligatio*: costruzione “monolitica” rappresentativa dei rispettivi *oportere ex fide bona* delle parti. – 2.3.4. La struttura *ultra citroque* dell'*obligatio* come ‘causa’ di una nozione ‘elastica’ di *contractus*. – 2.4. *Contractus* e *συνάλλαγμα*. – 2.4.1. Labeone e l'impiego di termini greci. – 2.4.2. Labeone ed i *συναλλάγματα* di Aristotele. – 2.4.3. Il calco semantico ‘al contrario’. – 2.4.4. *Συνάλλαγμα*, *contractus* e la giustizia correttiva nei rapporti di scambio. – 3. Potenzialità dogmatiche della nozione di *contractus* come *ultra citroque obligatio*. – 3.1. D. 17,1,8 pr. (Ulpianus *libro trigensimo primo ad edictum*). – 3.2. D. 18,1,80,3 (Labeo *libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*). – 3.3. D. 19,5,19 pr. (Ulpianus *libro trigensimo primo ad edictum*). – 3.4. D. 4,3,9,3 (Ulpianus *libro undecimo ad edictum*). – 3.5. *Ultra citroque obligatio* e profili riguardanti le azioni (cenni). – 3.6. Rilievo dell'esecuzione di una prestazione, di un'attività prodromica o dell'inerzia contraria alla *bona fides* nel caso della *bibliotheca* in D. 18,1,50 (Ulpianus *libro undecimo ad edictum*). – 4. Considerazioni di sintesi.

### 1. Cenni biografici circa la figura di Labeone

Per poter intraprendere una rilettura in chiave dogmatica di quanto a noi pervenuto circa il pensiero labeoniano in materia di contratti, centrale nel discorso che si sta svolgendo, è necessario tener conto di alcuni tratti della figura del giurista, che rivelano delle peculiarità della stessa, estremamente utili poi nel momento in cui si dovranno compiere delle scelte interpretative circa i dati che le fonti ci offrono.

Labeone apparteneva ad una famiglia italica di recente rango senatorio, tuttavia, come autorevolmente sottolineato, il suo “repubblicanesimo

[...] fu più tenace, ed enfatico, di quello di nobili di antico stampo”<sup>1</sup>. Secondo quanto tramandato da Pomponio, sebbene Augusto gli offrì la carica di *consul suffectus*, Labeone (a differenza di Capitone, fondatore della *secta* dei Sabiniani) la rifiutò<sup>2</sup>. Tacito<sup>3</sup> spiega che Labeone non avendo voluto procedere oltre la pretura<sup>4</sup> e, conservando intatta la propria indipendenza, guadagnò, a differenza di Capitone (che per la sua cortigianeria ottenne la simpatia dei potenti), popolarità. Capitone stesso, invece, secondo quanto riporta Aulo Gellio, sottolineava che Labeone fosse stato agitato da un eccessivo ed insensato sentimento per la *libertas* che lo portava, anche quando Augusto divenne *princeps*, a non riconoscere nulla come valido al di fuori di quanto corrispondesse a *quod iussum sanctumque esse in Romanis antiquitatibus*<sup>5</sup>. Ancora da Pomponio<sup>6</sup> leggiamo che

<sup>1</sup> M. BRENONE, *Tecniche e ideologie*, cit., p. 129. Suo padre, Pacuvio Antistio Labeone, amico di Bruto, fu tra i primi ad aver aderito alla congiura contro Giulio Cesare. Circa il legame con Bruto ed il coinvolgimento sin dagli inizi nella congiura, si veda Plut., *Brut.*, 12.

<sup>2</sup> Si veda quanto in proposito in D. 1,2,2,47 (Pomponius, *Liber singularis enchiridion*) riportato *infra* poco più avanti in nota 6.

<sup>3</sup> Tac., *Ann.* 3,75: *Obiere eo anno viri inlustres Asinius Saloninus, Marco Agrippa et Pollio-ne Asinio avis, fratre Druso insignis Caesarique progener destinatus, et Capito Ateius, de quo memoravi, principem in civitate locum studiis civilibus adsecutus, sed avo centurione Sullano, patre praetorio. Consulatum ei adceleraverat Augustus ut Labeonem Antistium isdem artibus praecellentem dignatione eius magistratus antiret. Namque illa aetas duo pacis decora simul tulit: sed Labeo incorrupta libertate et ob id fama celebratior, Capitonis obsequium dominantibus magis probabatur. Illi quod praeturam intra stetit commendatio ex iniuria, huic quod consulatum adeptus est odium ex invidia oriebatur.*

<sup>4</sup> Si tenga conto anche del fatto che Pomponio, come vedremo a breve, sottolinea una forte dedizione del giureconsulto agli studi ed in cui si potrebbe rinvenire una ulteriore ragione della scelta di rifiutare il consolato (cfr. su questo punto F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 81, in particolare n. 20). Si veda anche quello che da Schulz è sottolineato in riferimento a Trebazio, maestro di Labeone ed ai giuristi del suo ‘gruppo’ ossia che questi “con l’estraniarsi dalla politica e con la loro tendenza alla specializzazione, presentano assai spiccate due caratteristiche dello spirito ellenistico”, F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 83.

<sup>5</sup> Gell., *Noct. Att.* 13,12,1-2: 1. *In quadam epistula Atei Capitonis scriptum legimus Labeonem Antistium legum atque morum populi Romani iurisque civilis doctum adprime fuisse.* 2. *“Sed agitabat” inquit “hominem libertas quaedam nimia atque vecors usque eo, ut divo Augusto iam principe et rempublicam obtinente ratum tamen pensumque nihil haberet, nisi quod iussum sanctumque esse in Romanis antiquitatibus legisset”.*

<sup>6</sup> D. 1,2,2,47 (Pomponius, *Liber singularis enchiridion*) [...] *maximae auctoritatis fuerunt Ateius Capito, qui Ofilium secutus est, et Antistius Labeo, qui omnes hos audivit, institutus est autem a Trebatio. Ex his Ateius consul fuit: Labeo noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, honorem suscipere, sed plurimum studiis operam dedit: et totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret. Itaque reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt: nam Ateius Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat, Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit.* Da ultimo si veda E. STOLFI, ‘Plurima innovare instituit’. *Spunti esegetici attorno al confronto tra Labeone e Capi-*

Labeone era stato uditore di tutti i giuristi della generazione precedente, ma allievo di Trebazio Testa, giurista a cui Cicerone dedicò i *Topica*<sup>7</sup>. È altresì riportato che il Labeone era solito trascorrere sei mesi a Roma e sei mesi in ritiro a scrivere i propri lavori cosicché lasciò quattrocento volumi, larga parte dei quali ancora al tempo di Pomponio *inter manus versantur*<sup>8</sup>. Pomponio sottolinea, infine, che, mentre Capitone *perseverabat* in ciò che *ei tradita fuerit*, Labeone grazie alla qualità del proprio ingegno ed alla fiducia nella propria dottrina, “essendosi dedicato anche ad altri campi del sapere, cominciò ad innovare in moltissime cose”<sup>9</sup>.

Con riferimento all’attenzione rivolta dal giureconsulto agli ‘altri campi del sapere’, leggiamo ancora da Gellio, in un passo di poco anteriore a quello già citato<sup>10</sup>, che Labeone aveva chiarito quale fosse stato l’*ἔτυμον* di “soror” e che era stato fatto nel quarto libro *Ad edictum*<sup>11</sup> poiché nei libri

---

tone in D. 1,2,2,47 (Pomp. lib. sing. ench.), in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano, 2007, pp. 57 ss.

<sup>7</sup> Si vedano Cic., *Top.*, 1,1-2 “1. *Maiores nos res scribere ingressos, C. Trebati, et his libris quos brevi tempore satis multos edidimus digniores, e cursu ipso revocavit voluntas tua. Cum enim mecum in Tusculano esses et in bibliotheca separatim uterque nostrum ad suum studium libellos quos vellet evolveret, incidisti in Aristotelis Topica quaedam, quae sunt ab illo pluribus libris explicata. Qua inscriptione commotus continuo a me librorum eorum sententiam requisisti; 2. quam cum tibi euisssem, disciplinam inveniendorum argumentorum, ut sine ullo errore ad ea ratione et via perveniremus, ab Aristotele inventam illis libris contineri, verecunde tu quidem ut omnia, sed tamen facile ut cernerem te ardere studio, mecum ut tibi illa traderem egisti. Cum autem ego te non tam vitandi laboris mei causa quam quia tua id interesse arbitrarer, vel ut eos per te ipse legeres vel ut totam rationem a doctissimo quodam rhetore acciperes, hortatus essem, utrumque, ut ex te audiebam, es expertus.*”. Sul punto si veda anche A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., pp. 81-82.

<sup>8</sup> Circa le questioni relative all’impiego in età severiana delle opere di Labeone, si veda Schiavone il quale ipotizza che quantomeno le “opere principali” di Labeone fossero state impiegate da Ulpiano (cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., p. 163). Anche ad avviso di Honorè, Ulpiano avrebbe compiuto un uso diretto delle opere di Labeone e sarebbero stati poi i giustinianeî a sopprimere i richiami più precisi (T. HONORÈ, *Ulpian*, Oxford, 1982, pp. 211-214) sebbene viene altresì rilevato che pare la verifica dell’Honorè sia stata svolta (alla luce di quanto emerge dalle citazioni compiute) in prevalenza con riferimento all’*ad edictum praetoris urbanis* (v. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000, p. 159, n. 69).

<sup>9</sup> Traduzione da S. SCHIPANI (a cura di), *Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, cit., p. 86.

<sup>10</sup> Si tratta di Gell., *Noct. Att.* 13,10,1-3: 1. *Labeo Antistius iuris quidem civilis disciplinam principali studio exercuit et consulentibus de iure publice responsitavit; set ceterarum quoque bonarum artium non expers fuit et in grammaticam sese atque dialecticam litterasque antiquiores altioresque penetraverat Latinarumque vocum origines rationesque percalluerat eaque praecipue scientia ad enodandos plerosque iuris laqueos utebatur. 2. Sunt adeo libri post mortem eius editi, qui posteriores inscribuntur, quorum librorum tres continui, tricesimus octavus et tricesimus nonus et quadragesimus, pleni sunt id genus rerum ad enarrandam et inlustrandam linguam Latinam conducentium. 3. Praeterea in libris, quos ad Praetoris edictum scripsit, multa posuit pariter lepide atque argute reperta. Sicuti hoc est, quod in quarto ad edictum libro scriptum legimus: “Soror” inquit “appellata est, quod quasi seorsum nascitur separaturque ab ea domo, in qua nata est, et in aliam familiam transgreditur”.*

<sup>11</sup> Riportato dal Lenel non sotto [*Ad edictum*] *praetoris urbanis* come D. 50,16,19, ma, in

*Ad praetoris edictum*, che il giureconsulto scrisse, *multa posuit, partim lepide atque arguta reperta*. Nelle righe precedenti Gellio evidenzia come Labeone fosse esperto delle altre arti liberali, avendo approfondito la grammatica, la dialettica, la letteratura più antica, le *origines rationesque* dei termini latini ed avesse impiegato tali conoscenze principalmente al fine di sciogliere i molteplici punti controversi del diritto<sup>12</sup>. Le contrastanti osservazioni di Capitone e di Pomponio sono state interpretate come indicative da due diverse prospettive da cui la figura di Labeone fu osservata<sup>13</sup>.

Come si vedrà anche dalle prossime pagine, Labeone contrastò sul piano scientifico l'indirizzo della *secta* maggiormente in linea con l'ideologia del principato, essendo favorevole alla libertà negoziale (la cui necessità, vale la pena tornare a sottolineare, cresceva con con l'estendersi dell'impero e della scala e complessità dei commerci) ed alla discrezionalità del pretore piuttosto che non alla tendenza alla "generale tipizzazione dell'area negoziale"<sup>14</sup>, avvalendosi "di elementi già esistenti nell'esperienza antecedente, ma componendoli in modo nuovo, dando così vita a nuove impostazioni e nuove figure, tra le quali [come vedremo oltre] un modello contrattuale che ebbe influenza duratura nella tradizione successiva"<sup>15</sup>.

## 2. D. 50,16,19 (*Ulpianus* libro undecimo ad edictum): *il contratto come ultro citroque obligatio*

Sulla scorta di tali premesse, si può passare ora all'analisi della notissima fonte da cui emerge la *definitio* labeoniana di *contractus*:

---

generale come *Ex alterutro opere*, cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., coll. 502-503.

<sup>12</sup> È stato osservato (M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 435) che "entro lo *studium iuris*, diventano per lui fondamentali le forme del lessico giuridico: la scelta delle parole, l'invenzione di nuovi usi linguistici. Nell'elaborazione e nell'affinamento del patrimonio verbale di cui dispone, vede la via per qualificare i casi, per dettare nuove soluzioni normative".

<sup>13</sup> Capitone aveva sottolineato che Labeone fosse stato restio ad accettare le 'innovazioni' rimanendo attaccato a ciò che *in Romanis antiquitatisbus legisset*; dalla prospettiva di Pomponio, invece, Labeone svolse un rilevante ruolo di innovatore, mantenendosi, come sottolinea Gallo, all'interno del sistema esistente, con un tradizionalismo "ad un tempo ancorato al passato ed aperto al futuro" F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 81. Si vedano altresì i rilievi svolti in M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., pp. 137-138.

<sup>14</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 82. Per quanto riguarda la possibile incidenza del dibattito politico, si veda G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p. 173.

<sup>15</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 82. Al riguardo è altresì osservato che, negli "argomenti che affronta, Labeone introduce spesso innovazioni, alcune delle quali durature, facendo leva sull'*interpretatio iuris* e sulla *iurisdictio praetoria*: due capisaldi di quell'ordinamento repubblicano in cui egli crede fortemente", cfr. M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 435.

D. 50,16,19 (Ulpianus libro undecimo ad edictum) *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

## 2.1. Cenni sull'inquadramento del passo

Il dibattito degli studiosi intorno a tale passo è a tutt'oggi piuttosto acceso e possono trovarsi posizioni molto diverse tra loro<sup>16</sup>. Alcuni ritengono che questo possa considerarsi come l'unica definizione di contratto espressa da parte del pensiero giurisprudenziale romano<sup>17</sup>, altri che possa ritenersi quantomeno "come il primo (e forse comunque più compiuto) tentativo di dare una definizione di contratto"<sup>18</sup> altri ancora, invece, sostengono che la suggestione che il passo induce nel giurista odierno non sia legata soltanto alla fortuna del termine e alla complessità del problema del contratto nella tradizione giuridica successiva, ma anche al fatto che essa promuova un'innovazione concettuale e sistematica, sebbene ciò potesse non essere stata la vera intenzione del giurista augusteo<sup>19</sup>.

Il problema, chiaramente, si intreccia col valore generale o topico della *definitio* labeoniana<sup>20</sup>. Un primo dato rilevante da cogliere ad avviso di chi scrive è che tale frammento sia stato posto dai compilatori giustinianeî nel titolo XVI del libro L dei Digesta, dedicato al significato dei termini

<sup>16</sup> Vi è chi sottolinea che tale passo sia stato uno tra i più discussi e tormentati, Cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 96; Albanese, dal canto suo, evidenzia come tale passo rappresenti "una delle testimonianze più enigmatiche, più dibattute e più affascinanti della giurisprudenza romana", cfr. B. ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere', cit., p. 189.

<sup>17</sup> A. BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, ora in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, p. 116.

<sup>18</sup> T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 111; si veda anche, ad esempio, F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 18, n. 20.

<sup>19</sup> Si veda ad esempio, recentemente, R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, in E. CHEVREAU, D. KREMER, A. LAQUERRIÈRE-LACROIX (a cura di), *Carmina iuris: Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Paris, 2012, p. 329.

<sup>20</sup> Scettico nel ritenere che la *definitio* di contratto riportata in D. 50,16,19 avesse avuto un valore generale, M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., pp. 96 ss.; ID., *Istituzioni*, cit., p. 558; nello stesso senso anche R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, cit., p. 324; valore di riflessione personale sul significato rigoroso che i verbi riportati avrebbero dovuto avere è quanto ritenuto da B. ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere', cit., p. 224; circa il riconoscimento di un valore generale si veda, invece, ad es. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., pp. 4 ss.; M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 436 il quale sottolinea il fatto che "l'enunciato, ovunque si collochi, assume una portata tale da andare oltre il commento"; per quanto riguarda, invece, l'escludere che Labeone stesse svolgendo un esercizio erudito e che lo stesso abbia superato la tipicità pur restando all'interno della stessa, T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., pp. 119-121.

(ove, tra l'altro il nome di Labeone viene richiamato per 23 volte) ed è quindi probabile che tale definizione di *contractus* abbia avuto un rilievo non marginale per i compilatori<sup>21</sup>.

Il Lenel pone tale frammento nel libro XI del commentario all'editto di Ulpiano sotto la rubrica "*Quod metus causa gestum erit*"<sup>22</sup>. Dubbi permangono, invece, circa la collocazione del frammento nel *liber primus praetoris urbani* di Labeone<sup>23</sup>. È questo, infatti, l'unico frammento a noi rimasto riferito ai libri "*praetoris urbani*" subito dopo l'unico frammento riferito ai libri "*praetoris peregrini*"<sup>24</sup>. Ampia è stata e continua ad essere,

<sup>21</sup> Fondamentale F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 7/1999, pp. 17 ss., in particolare 35 – 37. Dato anche il riferimento al "*contraxerunt*" contenuto nel successivo D. 50,16,20 (Ulpianus libro duodecimo ad edictum: Verba "contraxerunt" "gesserunt" non pertinent ad testandi ius) potrebbe già intuirsi che tale frammento non sia stato collocato in tale sede soltanto per le definizioni di *actus* e *gerere*. Anche alla luce di quanto si vedrà nelle prossime pagine, non sembra un problema insormontabile il fatto che la lettura che si darà del passo appare stridere con l'orientamento espresso da Giustiniano nel § 18 della costituzione *Tanta* (si pensi, ad esempio, già al "[...] non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt inmodata. Si quid igitur tale contigerit, Augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis Deus praeposuit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere [...]). Se da un lato, infatti, tale paragrafo lascia trasparire la prospettiva giustinianea di "un sistema di controllo dell'autonomia privata e della sottoposizione dei negozi atipici alle previsioni normative" con un riferimento ai *negotia* che probabilmente non è privo di significato (cfr. R. SANTORO, *Intervento*, in F. MILAZZO (a cura di), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di Copanello 1-4 giugno 1988*, Napoli, 1990, p. 145); dall'altro lato sembra che comunque possa osservarsi che anche il sistema giustiniano non sia stato completamente chiuso sulla tipicità contrattuale. Occorre, infatti, tenere in primo luogo in considerazione il fatto che il frammento *de quo* sia stato collocato nel luogo destinato a raccogliere le definizioni e sul punto non pare sia da seguire l'opinione di Sargenti il quale sosteneva, ad esempio, che la *definitio* contenuta in D. 50,16,19 "confinata nel titolo *de verborum significatione*, è solo una curiosità erudita", cfr. M. SARGENTI, *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, in F. BONA, F. GALLO, F. GORIA, L. LANTELLA, M. SARGENTI, N. SCAPINI, P. L. ZANNINI, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, p. 486. Sulla ricchezza e sul rilievo che l'eterogeneo gruppo di *significationes* riportate nel titolo 16 del libro 50 potesse avere, si veda ad esempio, M. MARRONE, *Le significationes di D. 50,16* («De verborum significatione»), in *SDHI*, 60/1994, pp. 583 ss.). Occorre, inoltre, considerare ancora il modo in cui i compilatori hanno comunque 'costruito' il titolo XIV del libro II (*de Pactis*), ed in particolare il richiamo all'impostazione aristoniana contenuto in D. 2,14,7,2 (circa la quale, come si vedrà nel prossimo capitolo, sembra tra l'altro difficile negare che vi sia stato un qualche collegamento con la definizione labeoniana che ci si accinge ad analizzare), così come la constatazione ulpiana riportata in D. 19,5,4 in base a cui *Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula*.

<sup>22</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 462. La ricostruzione del Lenel è stata accolta, tra gli altri in F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 105 ss.; B. ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere', cit., p. 194 e, recentemente, E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano, 2011, p. 35.

<sup>23</sup> Il Lenel stesso osservava in nota come tale frammento "*Tractatur apud Ulpianum 11 ad edict. Edicti clausula 'quod metus causa gestum erit'. Sed incertum est, an Labeonis definitio ad idem edictum sit referenda*". Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 502, n. 3.

<sup>24</sup> Diverse discussioni tra gli studiosi hanno avuto ad oggetto anche la necessità del-

comunque, la discussione circa la clausola dell'editto che il giurista augustiniano stesse commentando e che avrebbe dato spunto alla sua distinzione tra *actus*, *contractus* e *gestum*<sup>25</sup>.

Data l'odierna temperie metodologica, è difficile negare, nella sostanza, attendibilità alla paternità labeoniana della testimonianza<sup>26</sup>, pure restando comunque gli orientamenti espressi anche al riguardo dagli studiosi non sempre convergenti<sup>27</sup>.

---

l'aggiunta o meno di "*Ad edictum*" prima di "*praetoris urbani*" nel testo del frammento. Lenel, analogamente a quanto fatto in riferimento al frammento riportato in D. 4,3,9,4, nella sua ricostruzione palinogenetica aggiunge "[AD EDICTUM]", cfr. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, cit., coll. 501-502, e ritiene che ciò non sia, invece, da aggiungere nel testo del frammento (v. n. 2). A favore della non necessità dell'aggiunta di "*ad edictum*" nel testo del frammento v., tra gli altri, B. ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere', cit., p. 192; R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 53. Con opinioni di segno opposto v., tra gli altri J. PARTSCH, *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte*, cit., p. 9; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., p. 37. Gallo invece osserva che "i differenti riferimenti delle fonti non autorizzano nemmeno ad escludere, con sicurezza, che tra i 400 volumina lasciati da Labeone vi fossero *libri praetoris urbani* e *praetoris peregrini* distinti da quelli *ad edictum*", cfr. F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 126.

<sup>25</sup> Ad esempio, già con Albanese si era iniziato ad ipotizzare, appunto, che il passo fosse stato originariamente collocato in materia di *ius domum revocandi* (B. ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere', cit., pp. 207 ss.); possibilista nei confronti di tale congettura dell'Albanese è Brutti (cfr. M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 436) ed ancora in materia di *ius domum revocandi* il passo viene recentemente collocato da parte di G. LUCHETTI, *I primi due libri del commentario di Paolo Ad edictum, (parte terza)*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Metro*, III, Milano, 2010, pp. 551 ss. e da parte di G. FINAZZI, *Note in margine a Ulp. 11 ad ed. D. 50.16.19: Labeo... definit, in Homenaje al profesor Armando Torrent*, Madrid, 2016, pp. 309 ss. Ancora, Santoro riconduce la *definitio* labeoniana di *contractus* al commento all'editto *de pactis* (R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., pp. 284 ss. in particolare 288); Sargenti ritiene che il passo fosse stato collocato nell'editto *de negotiis gestis* (M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *IURA*, 38/1987, p. 36); Bona ritiene che Labeone avrebbe "premessso" un elenco di termini ritenuti più significativi che il lettore poteva agevolmente consultare qualora ne avesse avuto necessità (cfr., in tal senso, F. BONA, *Intervento*, in F. MILAZZO (a cura di), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Napoli, 1990, pp. 365 ss. e F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 126). Tra le altre ipotesi avanzate si veda ancora, ad esempio, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 50 e Id., *Giuristi e nobili*, cit., p. 163. Vale la pena, comunque, sottolineare come dall'approfondimento circa il contesto originario del commento labeoniano svolto in G. FINAZZI, *Note in margine*, cit., pp. 301 ss., in particolare pp. 304-311, l'Autore, dopo aver riesaminato le varie ipotesi avanzate in dottrina, propenda, come segnalato, per quella del contesto del *ius domi revocandi*, sebbene riconosca che "da un lato, le fonti non autorizzano conclusioni certe in merito alla specifica sede in cui giuristi trattavano del *ius domi revocandi*, [...] e dall'altro, non è pacifica l'esistenza di una apposita previsione edittale" (p. 310).

<sup>26</sup> Si veda ad esempio, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 37, n. 1; R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, cit., pp. 314 ss. ecc.

<sup>27</sup> Soltanto per menzionare alcune delle ipotesi di ricostruzione del frammento proposte, Partsch costruì il testo del frammento facendo sì che l'*ultro citroque* non fosse riferito all'*obligatio* ma al *consensus* al fine di sostenere che Labeone intendesse porre l'accento non sulla bilateralità dell'effetto quanto sulla consensualità, cfr. J. PARTSCH, *Das Dogma des Sy-*

Dall'analisi del testo, la dottrina ha evidenziato delle sfasature e delle asimmetrie<sup>28</sup>, tra cui, quelle che più nitidamente balzano agli occhi sono quella tra l'elenco dei tre verbi posto all'inizio ed il modo in cui vengono poi offerte le relative spiegazioni, quella tra quanto detto in riferimento ad *actum* e *contractum* e quanto in riferimento al *gestum*, posto alla fine. Tuttavia, nell'intento di svolgere un'analisi maggiormente incentrata sui contenuti, conviene affrontare tali questioni all'interno di un discorso complessivo che verrà ad essere maggiormente focalizzato su alcuni aspetti.

Una lettura d'insieme era già stata formulata, ad esempio, da Betti, il quale riteneva che *gestum* "significa per Lab. ogni negozio che non abbia bisogno di essere espresso per «verba», in cui cioè la volontà può esprimersi anche per atti concludenti, a prescindere da dichiarazioni formali: «verba» deve avere qui infatti il significato ristretto di verba sollemnia obligatori per sé stessi"<sup>29</sup>, e spiegava poi che "*gesta* per soli atti concludenti sono, tra i negozi fonti di *obligatio* la *negotiorum gestio*, la *pro herede gestio*, l'*aditio* senza *cretio*"<sup>30</sup>, proseguendo con l'aggiungere che il "«gestum» de' due edicta accennati comprendesse anche gli «acta» (p. es. la *mancipatio*) e i «contracta»"<sup>31</sup>. *Actum* sarebbe stato, invece, "un termine generico che comprende tutti i negozi giuridici – in special modo quelli che sono fonti di *obligatio* – conclusi mediante una forma (verba o litterae) o una res, ossia mediante

---

*nallagma*, cit., pp. 9 ss. Secondo Voci, invece, l'intero frammento sarebbe stato rimaneggiato dai compilatori per eliminare lo schema originario delle obbligazioni *ex contractu* (*re, verbis, litteris* e *consensu*), cfr., rispettivamente, P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 55. Grosso propone l'aggiunta di "*sive litteris*" dopo il "*sive verbis*" e prima del "*sive re*", così come del *nomen transscriptivum* dopo la menzione della *stipulatio* e del mandato dopo la menzione della società, si veda G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 48. Wunner attribuiva la prima parte del frammento ad Ulpiano e la seconda a Labeone, cfr. S.E. WUNNER, *Contractus*, cit., pp. 33 ss.; l'Albanese ritiene non originario il tratto *quod vocant*, si veda B. ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere', cit., in particolare pp. 237-238; Gallo ritiene che "i commissari giustiniani ridussero l'infinito *gerere* o il participio perfetto *gestum* (alludenti a *quod geritur* o *quae geruntur*) da oggetto della diairesi-definizione ad uno degli elementi ottenuti con la sua scomposizione, portandoli così da due, quali erano nel passo di Ulpiano (*quaedam aguntur, quaedam contrahuntur*), a tre (*quaedam aguntur, quaedam geruntur, quaedam contrahuntur*); in coerenza essi aggiunsero, nella seconda parte del passo, alle definizioni di *actus* e di *contractus*, quella di *gestus*", si veda F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 138. I riferimenti al *gestum* sono considerati non attribuibili né a Labeone, né ad Ulpiano anche da Garofalo si veda L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione*, cit., p. 345, n. 22.

<sup>28</sup> Si veda, ad esempio, B. ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere', cit., p. 230; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p. 158; F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 5 e 85 ss; R. FIORI, 'Contrahere' in Labeone, cit., pp. 326-327.

<sup>29</sup> E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculiani e sabini*, in *BIDR*, 28/1915, p. 13.

<sup>30</sup> E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., p. 13.

<sup>31</sup> E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., p. 13. Gli *edicta* a cui si riferisce sono il *quod metus causa* ed il *de minoribus*.

qualcosa di *estrinseco* alla pura volontà”, mentre, il “*contrapposto* con tali *acta verbis*, *litteris*, re potrebbe far supporre che il «contractum» venisse definito quale «*ultro citroque consensu contracta (facta) obligatio [...]*”<sup>32</sup>.

Tuttavia, come si accennava, il passo resta ancora al centro di dibattiti tra gli studiosi, ad esempio, per quanto riguarda il *gerere*, sono, ancora da ultimo, sollevati dubbi circa la possibilità di attribuire un valore residuale allo stesso<sup>33</sup>, mentre, è stato da altra dottrina sottolineato<sup>34</sup>, sulla base di riferimenti alla glossa<sup>35</sup>, come il giurista augusteo, nel *gerere* menzionato in D. 50,16,19, non intendesse far rientrare soltanto, ma, anche, le “attività” poste in essere *sine verbis* che invece venivano da altri studiosi fatte rientrare nell'*actum*<sup>36</sup>, ecc. Dalla costruzione del passo, può comunque notarsi chiaramente un dato espresso di recente con felice sintesi: “i termini *quidem* e *autem* mettono in stretta relazione l'*actum* e il *contractum*, contrapponendoli, mentre il *gestum* è emarginato”<sup>37</sup>. In effetti, è piuttosto chiaro il sostanziale coordinamento e la simmetria nella descrizione del rapporto tra *actum* e *contractum* segnalata da *quidem* ed *autem*<sup>38</sup> e pertanto, considerato anche il tema del presente lavoro, pare opportuno concentrare l'attenzione proprio sul tratto di D. 50,16,19 ove leggiamo “*et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem*”. Dunque, tenendo conto del discorso che si sta svolgendo, pare preferibile restare ancorati a quanto (almeno sembra), appunto più solido<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., p. 13 (nella citazione sono stati ripresi i corsivi così come impiegati dall'Autore).

<sup>33</sup> Si veda, ad esempio, G. FINAZZI, *Note in margine*, cit., pp. 317 ss. e la sintesi alle pp. 323-324.

<sup>34</sup> E. CALORE, *Actio quod metus causa*, cit., pp. 43-45.

<sup>35</sup> Si veda E. CALORE, *Actio quod metus causa*, cit., p. 44, n. 71 ove si legge che nella *Gl. 'factam'* a D. 50,16,19 è messo in luce come tra *facta* e *gesta* non vi sia grande differenza.

<sup>36</sup> Si veda ad esempio, F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 102. Diversamente, poi, da quanto sottolineato da F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 115 ss., non vi sarebbe contraddizione tra l'uso di *gerere* nel passo *de quo* ed altro uso che Labeone avrebbe fatto del verbo *gerere* in altri luoghi, ma alla stregua di quanto avviene nelle altre fonti che tramandano il commento di Labeone al termine editale *gestum*, questo è definito con il verbo *facere* E. CALORE, *Actio quod metus causa*, cit., pp. 44-45.

<sup>37</sup> G. FINAZZI, *Note in margine*, cit., p. 306.

<sup>38</sup> Circa il riconoscimento di paternità Labeoniana della doppia definizione di *actus* e *contractus*, modulata con *quidem* ed *autem*, si veda F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 143.

<sup>39</sup> Lo stesso Gallo arriva a sostenere che possa dirsi con fondamento che la stesura originaria del brano dell'elaborazione labeoniana riferito da Ulpiano e che ora troviamo appunto in D. 50,16,19 fosse stata: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam «agantur», quaedam «contrahantur», et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid*

## 2.2. Actus-contractus e la scansione muciana dalla prospettiva dell'opertere/obligatio

È vero che *actus* e *contractus* (così come pure il *gestum*) siano “costruiti in base a referenti eterogenei”<sup>40</sup>, ossia la forma *verbis* e *re* (e probabilmente *litteris*) attraverso cui si perfezionavano le figure appartenenti al primo, e l'altro *citroque obligatio* a cui è messo in relazione il secondo (e per il *gestum* l'attività *sine verbis*)<sup>41</sup> però, come ben sottolineato di recente, pare che si tratti di un'anomalia soltanto apparente<sup>42</sup>. Dalla prospettiva da cui sono state svolte le diverse considerazioni nel capitolo precedente, è importante notare come qui sembra possa intravedersi, sullo sfondo, un fossile della scansione muciana riportata in D. 46,3,80 seppur considerata da un'angolatura diversa, con rilievo dato ad elementi diversi, e con il raggiungimento di risultati interpretativi diversi. La separazione tra *actus* e *contractus* in D. 50,16,19, pare infatti potersi sovrapporre a quella che in D. 46,3,80 vi è tra le figure di *contrahere re, verbis* (e probabilmente *litteris*) ove la simmetria era lì perentoriamente introdotta dal *debet* e quella che lì era una categoria ancora, come visto, non del tutto formata, rappresentata dalle figure *consensu contractae*. In sostanza, quella che era una sorta di distinzione interna alla categoria muciana dell'*obligatio contracta*, con la separazione tra il gruppo di figure che, più antiche, davano origine ad un *oportere certum* e quelle, più recenti, ove l'*oportere*, che ha strutturalmente inglobato la *bona fides*, era *incertum*, è stata qui ripresa ed accentuata andando a spostare la visuale del *contrahere* da elemento trasversale a elemento qualificante soltanto una tipologia di *negotia*, rispetto ai quali la visione oggettivizzata dello stesso è divenuta la categoria ordinante del *contractus* entro cui raccoglierli. L'*actus*, dal canto suo, è definito *verbum generale* probabilmente perché in questa categoria sono raccolte quelle che già si è visto in Quinto Mucio emergevano come delle categorie piuttosto definite, ossia quelle del *contrahere re, verbis* e probabilmente *litteris*. In altri termini, potrebbe congetturarsi che l'*actus* sia detto *verbum generale* poiché (è una categoria che) rac-

---

*agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem, cfr. F. GALLO, Contratto e atto secondo Labeone, cit., p. 21.*

<sup>40</sup> G. FINAZZI, *Note in margine*, cit., p. 312. Colgono la 'sfasatura' molti Autori, tra cui, ad esempio, anche F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 118; R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 23.

<sup>41</sup> Si veda, nuovamente, G. FINAZZI, *Note in margine*, cit., p. 312 e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>42</sup> G. FINAZZI, *Note in margine*, cit., p. 312 ove, dalla prospettiva che difende, spiega l'Autore che “se il contesto era quello riguardante l'ambito temporale e spaziale del compimento dell'attività giuridicamente rilevante, cioè del *contrahere* in senso ampio, al fine di stabilire se fosse esercitabile o meno lo *ius domum revocandi*, in riferimento a tutte e tre le categorie interessavano i presupposti delle relative fattispecie costitutive (*verba, datio rei*, consenso sull'*ultro citroque obligatio, res sine verbis facta*), dalle quali sorgevano posizioni giuridicamente tutelate”.

coglie delle categorie già formate, il *contractus*, invece, non raccoglie delle categorie già formate, ma è esso stesso una categoria che il giurista sta cercando di plasmare prendendo spunto da alcune figure (e non categorie preesistenti) e che, come si vedrà meglio a breve, sarà lasciata ‘aperta’.

## 2.3. Contractus e ultro citroque obligatio

### 2.3.1. Il rapporto tra consensus e ultro citroque obligatio nella definitio

Quinto Mucio, come si è visto, aveva individuato nel *nudus consensus* il *trait d'union* tra le figure di *nova negotia* che producevano un *oportere incertum*, mentre il consenso, nel testo che leggiamo ora in D. 50,16,19, non viene menzionato. Vi è, in realtà, un'altro passo ove può trovarsi una testimonianza, almeno in base a quanto si può vedere, ricondotta a Labeone in cui è posto in risalto il consenso manifestato in diverse forme, anche in modo tacito. Leggiamo, infatti da D. 2,14,2 pr. (Paulus libro tertio ad edictum), che *Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. Sed etiam tacite consensu convenire intellegitur*.

Pur considerando quest'ultimo passo con estrema cautela, dati i forti sospetti di cui comunque si trova ad essere oggetto<sup>43</sup>, sembra difficile non riconoscere che sia probabile che Labeone possa essersi trovato a rivolgere una qualche attenzione al tema del come la volontà delle parti possa venire a manifestarsi<sup>44</sup>. In realtà vi sono anche studiosi propensi a ritenere che l'accordo sia stato coesenziale non soltanto ai *contractus*, ma a tutte e tre le categorie cui ci si riferisce nel frammento in D. 50,16,19 e pertanto sia stato superfluo menzionarlo con riferimento ad una soltanto di

---

<sup>43</sup> Cfr. F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 147-148, in particolare n. 173. Grosso definisce l'intero passo come “guasto” (cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 100). Lenel attribuisce a Paolo entrambi i paragrafi dell'intero frammento D. 2,14,2 (cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 971) mentre ne ammette paternità labeoniana soltanto per la prima parte del *principium*, sino, appunto, a prima del “*sed etiam*” (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 503). Paternità labeoniana è, secondo questa linea riconosciuta soltanto alla prima parte del *principium* anche, ad esempio, in G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*<sup>2</sup>, cit., p. 180; in R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 40 e 176 ss.; in A. BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, cit., p. 124. Come labeoniano l'intero D. 2,14,2 è, invece, considerato da Brutti (cfr. M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., pp. 442-443) che individua quello posto in essere da Labeone e richiamato nel passo in questione come passaggio intermedio rispetto a quella che sarà poi la soluzione di Pedio in riferimento alla *conventio* riportata in D. 2,14,1,3; impostazione quest'ultima che pare mantenuta anche nel più recente M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani*, cit., pp. 107-108.

<sup>44</sup> R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 177 sostiene che “quel che Paolo riferisce nel pr. di D. 2,14,2 risulta che Labeone ha parlato del *convenire* in termini generali, interessandosi della questione del modo in cui la volontà delle parti può manifestarsi”.

queste<sup>45</sup>. In ogni caso, tenendo in considerazione anche la richiamata osservazione di Betti<sup>46</sup> si potrebbe dunque notare<sup>47</sup> che *actum* andrebbe ad individuare una categoria in riferimento alla quale è dato rilievo ad un'estrinsecazione della volontà, posta in essere secondo determinate modalità di esteriorizzazione e 'stabilizzazione', che rende un determinato comportamento giuridicamente rilevante<sup>48</sup> (in termini, come visto, di *oportere certum*); mentre nella categoria del *contractus* a questa 'contrapposta'<sup>49</sup> è dato rilievo, non tanto all'estrinsecazione della volontà attraverso forme specifiche, quanto al fatto che ciò che caratterizzava lo stesso fosse stata la presenza di una *ultra citroque obligatio* (come – ad esempio – nei casi in cui si andava a produrre un *oportere incertum* che Quinto Mucio aveva iniziato a raccogliere sulla base dell'intuizione del consenso quale minimo comune giuridico tra gli stessi).

Labeone pare si fosse preoccupato di sottolineare ciò che caratterizza l'una e l'altra tipologia di fonti dell'obbligazione e la ricerca dell'elemento caratterizzante nella definizione che, vale la pena di sottolineare, veniva insegnata proprio nei *Topica* (29)<sup>50</sup>, opera dedicata da Cicerone, come si è visto, a Trebazio, il che, ammesso e non concesso che Labeone abbia direttamente attinto a quanto era già stato al riguardo 'insegnato' in greco<sup>51</sup>,

<sup>45</sup> Si veda in proposito, L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, cit., p. 155 (e ss.).

<sup>46</sup> Osservazione formulata in E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., p. 13.

<sup>47</sup> Che sembra in realtà notato anche da Burdese, si veda A. BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, cit., p. 122.

<sup>48</sup> Come sottolineato da Fiori, sulla scia di Albanese e Cannata (v. R. FIORI, 'Contrahere' in Labeone, cit., p. 326 ed i richiami a tali altri Autori svolti nella n. 62) possono essere, alla luce degli esempi svolti nel passo, non soltanto effetti relativi alla produzione di obbligazioni, ma anche estintivi delle stesse. Per quanto riguarda il ruolo della forma, si vedano le osservazioni già svolte *supra* nel precedente capitolo.

<sup>49</sup> E ciò è segnalato quantomeno dall'*autem*, se non dalla intera modulazione *quidem – autem* (che Gallo, come si accennava, pone rilievo, si veda ad esempio F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 143 ove questa è posta come base formale per il riconoscimento di paternità labeoniana della parte).

<sup>50</sup> Cic., *Top.*, 29 "Sic igitur veteres praecipunt: cum sumpseris ea quae sint ei rei quam definire velis cum aliis communia, usque eo persequi, dum proprium efficiatur, quod nullam in aliam rem transferri possit. Ut haec: Hereditas est pecunia. Commune adhuc; multa enim genera pecuniae. Adde quod sequitur: quae morte alicuius ad quempiam pervenit. Nondum est definitio; multis enim modis sine hereditate teneri pecuniae mortuorum possunt. Unum adde verbum: iure; iam a communitate res diiuncta videbitur, ut sit explicata definitio sic: Hereditas est pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure. Nondum est satis; adde: nec ea aut legata testamento aut possessione retenta; confectum est. Itemque: Gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum maiorum nemo servitutum servivit. Abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est. Nihil enim video Scaevolam pontificem ad hanc definitionem addidisse. Atque haec ratio valet in utroque genere definitionum, sive id quod est, sive id quod intellegitur definiendum est."

<sup>51</sup> Si veda quanto al riguardo già riportato all'inizio del presente capitolo e quanto si dirà nei prossimi paragrafi.

lascia ancor minor spazio per poter ritenere che non abbia impiegato tale procedimento nelle proprie riflessioni al fine di giungere alla *definitio* di cui si discute, la quale sembra, appunto, ben compatibile con l'impiego di tale tecnica. Si, è, infatti, autorevolmente osservato che “per trovare, secondo le regole definitorie richiamate da Cicerone [ed il riferimento è svolto proprio a *Topica* 29], un *proprium* rispetto all'atto plurilaterale patrimoniale, occorre arrivare, come fece Labeone (e altri dopo di lui)<sup>52</sup>, all'elemento della sinallagmaticità”<sup>53</sup>.

Nel *contractus* è dato rilievo all'*ultro citroque obligatio* quale *proprium* dello stesso, il modo concreto in cui la volontà sia manifestata non è elemento distintivo e quindi, in quella che sembra essere la prospettiva labeoniana del *contractus*, caratterizzato rispetto alle altre figure, appunto, per la *ultro citroque obligatio*, la 'ragione' da cui discende la produzione di effetti non può essere 'semplicemente' ricondotta ad una particolare modalità di manifestare la volontà, bensì è necessario che sussista ovviamente anche il *proprium* che lo distingue e dunque quello che viene ravvisato in un elemento di struttura, la *ultro citroque obligatio*: altrimenti non si tratterebbe di un *contractus*. Questa implicitamente è collegata, come anche le figure richiamate in tale parte del passo testimoniano, ad un *consensus, nudus*<sup>54</sup> come lo aveva definito Quinto Mucio, ma esso non rileva come tale in questa sede, poiché non è l'elemento che vale a distinguere il *contractus*, l'elemento distintivo è, infatti, la *ultro citroque obligatio*. Il consenso pare infatti potersi ritenere non essere menzionato nel passo perché non di primario rilievo nell'economia del discorso svolto<sup>55</sup>: questo, nel caso del *contractus* è celato dietro la struttura, dietro l'*ultro citroque obligatio*<sup>56</sup>, anzi è stato anche autorevolmente ipotizzato che Labeone abbia volutamente e “con cura” escluso riferimenti al *consensus* poiché vole-

<sup>52</sup> Si veda quanto nel capitolo successivo.

<sup>53</sup> Si veda F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., pp. 54 e 55.

<sup>54</sup> Burdese osserva che “dall'*actum* si distinguerebbe il *contractus* non tanto, come vuole il Santoro [il riferimento è compiuto alle osservazioni svolte in R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 41], per la sua natura di atto obbligatorio convenzionale, quanto piuttosto perché, a differenza del primo, prescinde dalla necessità di fatti o parole determinate, pur potendo anch'esso essere posto in essere tramite fatti o parole, ove ciò che lo qualifica sarebbe il consenso, comunque espresso, sugli impegni reciprocamente assunti”, cfr. A. BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, cit., p. 122.

<sup>55</sup> Si veda R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, cit., p. 327 ove è sottolineato che “la bilateralità del consenso è implicita e non viene menzionata perché per il giurista è evidentemente irrilevante, così come era irrilevante nella definizione dell'*agere*”; si veda anche quanto sostenuto da L. GAROFALO, *Contratto*, cit., pp. 345-346.

<sup>56</sup> Si vedano anche i rilievi formulati ad esempio da G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., pp. 51 e 54; da M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 96. e quelli svolti da Gallo secondo cui “L'elemento dell'accordo risulta espresso, nelle fonti giuridiche, da segni nei quali è presente *cum: convenire conventio, consentire consensus, contrahere contractus*” (F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 154).

va evitare una possibile confusione tra il contratto ed il *pactum* rispetto al quale si sforza “di tenere il nuovo concetto rigorosamente distinto”<sup>57</sup>. Il consenso resta sullo sfondo e l’elemento caratterizzante il *contractus* è individuato nella *ultra citroque obligatio*, non nelle modalità di manifestazione della volontà come per gli *acta*. Il giurista augusteo ha specificato che l’*actum* fosse un *verbum generale*, chiarendo subito dopo che raccoglieva *sive* i casi in cui rilevava la forma verbale *sive* quelli in cui rilevava la volontà ‘esteriorizzata e stabilizzata’ attraverso una *datio* (e probabilmente era presente anche un riferimento alla forma *litteris*)<sup>58</sup>. Senza potersi permettere di rompere troppo con la tradizione<sup>59</sup> Labeone riunisce sotto un *verbum generale* quelli che erano il *contrahere re, verbis* e probabilmente *litteris*: questa, come si è già accennato, potrebbe considerarsi la ragione per cui l’*actum* viene definito “*generale*” perché raccoglie in sé quelle che al tempo erano già considerate come delle diverse categorie (di nuovo, il *contrahere re, verbis* e probabilmente *litteris*)<sup>60</sup>. Il *contractus*, invece, non sarà impiegato per raccogliere le diverse categorie che già Quinto Mucio vedeva come delineate in modo piuttosto netto, ma sarà riferito ad una categoria che Labeone stesso andava elaborando come ancorata alla necessaria presenza di una *ultra citroque obligatio*; di questa categoria labeoniana fanno parte le figure tra cui il Pontefice aveva individuato un minimo comune giuridico, pur senza ancora raccoglierle di suo in una categoria<sup>61</sup>, ma con la *ultra citroque obligatio* come elemento che la caratterizza. La categoria elaborata da Labeone sembra debba essere considerata come ‘aperta’ rispetto alle potenzialmente innumerevoli ipotesi di *negotia*, in cui, a prescindere dalla forma attraverso la quale siano conclusi (che

<sup>57</sup> Si veda, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 98.

<sup>58</sup> Si veda, ad esempio, la richiamata ricostruzione del frammento proposta dal Grosso, così come, con riferimento alla probabile inclusione anche della *obligatio litteris* nell’*agere*, da M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 534. Di quest’ultimo si veda ancora, la “congettura del tutto provvisoria” avanzata in M. TALAMANCA, *Lo schema ‘genus-species’ nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Quaderni dell’Accademia nazionale dei Lincei*, Quad. 221, 1977, p. 254, n. 711.

<sup>59</sup> È stato osservato che “Un profilo importante della *definitio* labeoniana è che essa non è completamente libera, nel senso che Labeone non può costruire una dottrina o addirittura un sistema sulla base di uno schema teorico che prescindere dal linguaggio editale [...]”, cfr. R. FIORI, ‘*Contrahere*’ in *Labeone*, cit., p. 325.

<sup>60</sup> Il legame tra la designazione dell’*actum* quale “*verbum generale*” e la successiva costruzione “*sive-sive*” è colto da Gallo, che tuttavia, alla luce della sua lettura complessiva, lo riconduce non alla forma bensì “alle modalità dell’agire umano” (v. F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 145).

<sup>61</sup> Viene sottolineato che se il *quidque contractum* muciano rappresenta “un passo in avanti” verso la creazione di una forma concettuale astratta, in cui il fatto che unificava una serie eterogenea di rapporti era individuato nello ‘stringere’ un vincolo nei modi previsti ‘dall’ordinamento’, Labeone è andato, invece, a limitare l’idea di *contractus* alla *ultra citroque obligatio*, impiegando dunque il termine in “un’accezione più ristretta di quella muciana”, si veda, A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, cit., p. 440.

appunto in quanto non menzionata non pare essere stata considerata, al riguardo, come di particolar rilievo dal giurista), sia presente una *ultra citroque obligatio*.

### 2.3.2. *Ultra citroque obligatio come caratteristica fondante la categoria del contractus tra modelli tipici e gestione dei negozi atipici*

Labeone avvertiva probabilmente la necessità di riuscire collocare bene in uno schema degli ‘elementi relativamente nuovi’, originariamente emersi, come visto, nell’ambito dello *ius gentium*, da cui discendeva un *oportere incertum*, di cui parte integrante era la *bona fides*, e tra i quali un aspetto comune era il *consensus*<sup>62</sup> privo appunto di una ‘forma tipica’ da intendersi in senso ampio quale modalità tipicamente prevista di ‘esteriorizzazione e stabilizzazione’ della volontà, ma dove la produzione di effetti non era tuttavia ricollegabile soltanto al consenso privato dei requisiti ‘formali’; casi in cui, come già sottolineato, l’*oportere ex fide bona* era legato ad una specifica funzione oggettiva della transazione (*emere, vendere, locare* ecc.), in sostanza, ad una tipicità causale. Dall’altro lato però, Labeone avvertiva altresì delle spinte provenienti dalla situazione socio-economica, spinte che come si è visto nel capitolo precedente hanno senz’altro contribuito già a che venisse riconosciuta la possibilità della produzione, dal consenso deformalizzato, di un nuovo *oportere, ex fide bona*, da alcune tipologie specifiche di *negotia*; spinte che al tempo in cui operava il giurista augusteo non si erano attenuate, anzi probabilmente si erano acuite<sup>63</sup>. Labeone avrebbe potuto ignorarle ovvero cercare di elaborare una soluzione sufficientemente elastica da poterle accogliere, almeno in parte, e dall’altro lato contemperarle con le caratteristiche del sistema, con i valori sul quale era costruito, con le esigenze di equilibrio nei rapporti tra le parti e di giustizia. Come si può leggere da quanto si trova ora in D. 50,16,19, Labeone ha, da un lato, inteso fornire espressamente “dei modelli di immediata intellegibilità nei quali sia concretamente operante il suo schema dell’*ultra citroque obligatio*”<sup>64</sup> (nel mandato, date le peculiarità dell’istituto, pur se eventualmente riscontrabile in astratto<sup>65</sup>, lo schema dell’*ultra citroque obligatio* non è certo di così “immediata intellegibilità” quanto lo può essere, ad esempio, nella compravendita e nelle altre figure richiamate) e dunque ha compiuto un elenco parziale dei tipi a cui era riconosciuta

<sup>62</sup> Si vedano i rilievi già svolti con riguardo a D. 46,3,80.

<sup>63</sup> Si veda ad esempio quanto in F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV, Napoli, 1974, pp. 1 ss., in particolare 18-20. Sul rilievo delle spinte derivanti dalla realtà socio-economica, si veda anche A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 99.

<sup>64</sup> Cfr. A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 88.

<sup>65</sup> Si veda S. VIARO, *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell’area contrattuale*, Milano, 2011, pp. 364-365 su cui si tornerà anche nella nota successiva.

tutela<sup>66</sup>; dall'altro ha scelto proprio la *ultra citroque obligatio* come fulcro

---

<sup>66</sup>L'elenco di contratti consensuali riportato in D. 50,16,19 può ritenersi che abbia soltanto un valore esemplificativo volto a spiegare cosa il giurista intendesse e ciò, sebbene con prospettive diverse, pare essere colto da un folto numero di studiosi, si veda ad esempio Cannata che ritiene che tale enumerazione "ha carattere esemplificativo; è comunque assai probabile che Labeone vi vedesse la serie completata da comodato, deposito e pegno" (C. A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in L. VACCA [a cura di], *Causa e contratto*, cit., p. 54); Gallo che parla di "figure modello" con riferimento alla vendita, locazione e società (cfr. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 7) e in p. 6 aveva precisato che Labeone avesse teso ad includere nella propria idea di bilateralità, sia figure recanti una bilateralità necessaria (ossia quelle citate nell'elenco) che figure recanti una bilateralità potenziale e dunque il mandato (v. anche F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 158-159). Per quanto riguarda l'assenza "dalla esemplificazione fatta" del mandato "che pur risulta denominato *contractus* dallo stesso Labeone in altro brano (D. 17,1,8 pr.)" (circa il quale si veda oltre), chiarisce Burdese che "può essere dovuta, piuttosto che a una caduta accidentale della sua menzione testo originario, alla sua bilateralità solo imperfetta, per cui gli obblighi del mandante verso il mandatario sono meramente eventuali, successivi rispetto a quelli del mandatario verso il mandante" (A. BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, cit., p. 120, sul punto anche F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 159); si vedano anche i rilievi svolti in A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., pp. 329-331 ed in particolare 331 dove l'Autore fa leva sul consenso e su altri passi di Labeone per reputare il mandato come compatibile con la visione labeoniana del contratto. In L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, cit., p. 158, invece, il mandato viene ascritto al *gestum*. Certo è che il mandato avrebbe potuto non essere l'esempio più adeguato da fornire al fine di spiegare le caratteristiche di un qualcosa che si andava introducendo, sebbene non sembra da accogliersi l'orientamento ad esempio del Provera (G. PROVERA, s. v. *Mandato [negozi giuridico]: a) Storia*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXV, Milano 1975, p. 312) in base al quale, poiché anche il mandato è menzionato accanto a tali altre figure in Gaio, l'assenza nella *definitio* avrebbe dovuto essere riconducibile ai giustinianeî così come non sembra decisiva l'affermazione secondo cui il fatto che "questi contratti siano stati assunti come 'modelli' [...] è abbastanza debole, perché la scelta sarebbe andata in senso sostanzialmente contrario rispetto alle (supposte) finalità del giurista: nessuno poteva seriamente contestare che l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas* fossero contratti a prestazioni corrispettive, e [che] pochi avrebbero compreso la novità rappresentata dalla originale definizione di *contractus*" (cfr. R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, cit., p. 321, n. 38). L'intento di Labeone in quanto riportato in D. 50,16,19 era definitorio/classificatorio: non si stava probabilmente preoccupando del fatto che qualcuno avesse potuto contestare il fatto che questi non fossero stati contratti a prestazioni corrispettive, ma stava, appunto spiegando in cosa consistesse la nozione con cui andava a raccogliere sotto un denominatore comune tali figure e con il riferimento all'*ultra citroque obligatio* anche potenzialmente altre. Inoltre, ancora l'Autore da ultimo richiamato osserva che il *contrahere* si caratterizza "per gli effetti che ne derivano (*ultra citroque obligatio*), mentre non ha valore qualificante il fatto che l'obbligazione nasca o meno *consensu* – tant'è che manca l'esempio del *mandatum*" (R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, cit., p. 325) e la spiegazione di ciò può risiedere nel fatto che il consenso quale elemento comune a tali figure fosse stato all'epoca 'dato per scontato' (basti pensare ad esempio a quanto in D. 46,3,80 così come a quanto già precedentemente osservato). D'altro canto pare che la prospettiva di Labeone sia appunto quella di definire, e la differenza specifica di tale nuova categoria di negozi (la *definitio* di 50,16,19 è vista ad esempio come *definitio per differentiam* in M. MARRONE, *Le significaciones*, cit., p. 593), evitando appunto di ingenerare equivoci circa il fatto che avesse inteso avallare la possibilità che il mero consenso fosse stato sufficiente alla creazione di obbligazioni, è stata appunto rinvenuta nel minimo comune denominatore rappresentato dalla *ultra citroque obligatio*. Nell'andare, dunque ad offrire spiegazioni più chiare circa quello che era il 'nuovo' elemento che aveva isolato, ed ancora al fine di evitare di ingenerare confusione, è probabile che abbia lasciato da parte il mandato. In realtà, per quanto riguarda il mandato, occorrerebbe, in pri-

mo luogo, cogliere il dato, precisato bene da Solidoro, che “bilateralità” è una terminologia moderna (A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, cit., p. 494, si tenga in conto altresì del fatto che nel passo che si sta commentando *obligatio* è al singolare e viene vista come *ultro citroque*) ed anche l’idea della qualifica come ‘imperfetta’ (termine che esprime di suo una semantica di sicuro non positiva, diversa da quella associata, magari, ad esempio a “potenziale”) ci pone già in un angolo di visuale che non necessariamente corrisponde a quello dei romani. Inoltre, è necessario considerare il fatto che il mandato già di suo sia una figura piuttosto peculiare, se alcuni illustri Autori, tra l’altro, sono stati, come si accennava, propensi a ritenerla ‘bilaterale’ (cfr. già G. PROVERA, *Linee generali di uno studio sui iudicia contraria*, in SDHI, 8/1942, pp. 133 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., in particolare pp. 144 e 145 ecc.), altri, come ad esempio Randazzo, nel suo approfondito studio sul tema, nota come l’influenza dell’antica origine dell’istituto fondato sulla *fides*, per esigenze di adattamento a quanto emergeva dai mutamenti sociali ed economici nel corso dei secoli, ha fatto sì che si sia aperto un sempre più ampio spazio alla tutela del mandatario e dei suoi interessi sino al punto in cui si sono iniziate ad ammettere ipotesi di *honor-honorarium* o *salarium* (cfr. S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell’evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, p. 245). L’ultima dottrina richiamata compie inoltre riferimento alla presenza di “due cerchi concentrici nella configurazione del contratto e nella sua dinamica giuridica. L’uno, più generale, dato dall’assunzione reciproca e ‘minimale’ di obbligazioni (eseguire il mandatario l’incarico; tenerlo indenne il mandante da spese e danni in cui questi dovesse eventualmente incorrere), l’altro, più circoscritto dato dalla traduzione delle obbligazioni assunte in comportamenti fattuali” precisando che soltanto “all’interno di questo ‘cerchio minore’ si colloca la particolarità della circostanza che l’obbligazione del mandatario sussiste comunque, mentre quella del mandante rileva solo eventualmente. E ciò, si noti, neppure in termini assoluti, dal momento che potrebbe anche essere impossibile per il mandatario eseguire l’incarico” (cfr. S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., p. 242). Randazzo osserva, comunque, altresì che “il nocciolo del rapporto rimarrà ispirato costantemente ad un’impronta di arcaismo, quella stessa impronta che probabilmente avrebbe posto i giuristi nell’imbarazzo di collocare il ‘vecchio mandato’ fra gli altri contratti *‘iuris gentium’*, confinandone così la disciplina all’interno di una sorta di ‘closed book’, lasciando che il lettore potesse decidere se intravederlo o meno, per riprendere Ulpiano, fra i *ceteri similes contractus* e spingendo Giustiniano a glissare su di esso, magari ricomprendendolo fra gli *alii ed innumerabiles*” (S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., p. 148). Senza potersi, in queste sede, approfondire tutti gli aspetti della questione, che è stata, appunto, oggetto di un ricco dibattito, vale la pena richiamare ancora un’impostazione avanzata di recente: quale esito di un’analisi sulla bilateralità perfetta o meno del mandato, è spiegato con chiarezza da Viaro (che è orientata a rinvenire una reciprocità sebbene non una corrispettività nel mandato – per la distinzione secondo cui con riguardo a quest’ultima non si tratterebbe di una mera reciprocità, ma di una nozione più ristretta della stessa, ossia di “bilateralità in senso proprio (in senso forte)”, si veda L. LANTELLA, «Ultero citroque»: *appunti teorici e storici sulla «lateralità» degli atti*, cit., pp. 97-98 e 113; S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Milano, 2011, pp. 315 ss.) come “sul piano dei rapporti *inter partes*, la conseguenza dell’assenza di costi da rimborsare o di danni da risarcire sia soltanto che il dovere di comportarsi secondo buona fede rimane privo di contenuto concreto per non esservi alcuna diminuzione patrimoniale da rifondere: ma il dovere in questione – in cui si concreta l’essenza dell’*obligatio* discendente dalla conclusione del contratto consensuale – non può, per questo, dirsi fin dal principio del tutto inesistente” (cfr. S. VIARO, *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, cit., p. 364). Ancora ad avviso della dottrina da ultimo richiamata, infatti, occorre tenere distinti i due piani diversi, quello astratto e quello empirico “l’uno, quello astratto, che riguarda le obbligazioni prodotte dal consenso che le parti si sono scambiate, aventi a oggetto un comportamento conforme a buona fede; l’altro, quello empirico, che attiene alle vicende che di volta in volta possono incidere su quelle stesse obbligazioni” cosicché sia possibile concludere che “il mero dato fattuale (per quanto statisticamente frequente) della loro non indefettibilità” non possa ritenersi sufficiente per escludere comunque gli effetti obbligatori gravanti sul mandante o riconoscere agli stessi carattere se-

di questa nuova categoria lasciandola, pare, anche alla luce delle altre fonti che verranno passate in rassegna nelle prossime pagine, aperta. I tipi elencati sono dei ‘modelli’, conosciuti al tempo, nei quali è facilmente rinvenibile un elemento comune agli stessi (oltre al consenso) che è quello su cui il giurista augusteo ha costruito una categoria. Labeone, in sostanza, per primo ha evidenziato un elemento di struttura che caratterizzava il *contractus* rispetto a quanto nelle categorie ricondotte all'*actum* avendo riguardo non al ruolo e le modalità di manifestazione della volontà umana come forza propulsiva, ma alla struttura giuridica che veniva a produrre, la *ultra citroque obligatio*.

### 2.3.3. *Ultra citroque obligatio: costruzione “monolitica” rappresentativa dei rispettivi oportere ex fide bona delle parti*

Riguardo il come debba intendersi il riferimento effettuato all'*ultra citroque obligatio*, vi sono diversi orientamenti. Taluni, autorevoli, studiosi<sup>67</sup> ritengono che il sintagma andrebbe inteso come atto bilaterale, tuttavia, la maggior parte sembra che, al contrario<sup>68</sup>, ritiene l'*ultra citroque obligatio*

---

condario, poiché in effetti allora si dovrebbe ritenere lo stesso per i casi (piuttosto frequenti nelle fonti) di compravendita in cui si verifichi il perimento della *res emptā* (S. VIARO, *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, cit., pp. 364-365). Anche alla luce di quanto si vedrà più avanti con riguardo a D. 17,1,8 pr. (Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum) non pare da escludersi che Labeone stesso, guardando alla *ultra citroque obligatio* possa aver appunto, sotto il profilo astratto, visto nel *mandatum* un contratto; certo, date comunque le peculiarità dell'istituto, parrebbe ben comprensibile che non lo abbia scelto come esempio volto a spiegare la nozione che stava introducendo. Questo istituto chiaramente non rappresentava un modello da proporre come esempio con riferimento alla nuova categoria che Labeone andava delineando salvo incorrere nel rischio, che può essere bene espresso (seppur tenendo conto di quanto ora visto) mutuando le parole di Schiavone, di “turbare l'equilibrio teorico del discorso” richiamando una figura, che pur era vista da Labeone come *contractus*, ma in cui “l'*ultra citroque obligatio*, pur presente ‘in ultima istanza’, non fosse ravvisabile con la limpidezza consentita dagli altri negozi” (cfr. A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 88, n. 93).

<sup>67</sup>Ad avviso di Santoro “se è vero che il significato fondamentale di ‘*obligatio*’ evoca l'idea del rapporto obbligatorio, il termine indica anche talora, nelle fonti, l'atto costitutivo di tale rapporto” (R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 14) ed alla luce di ciò pone in essere una ricostruzione volta a sostenere che il termine *obligatio* abbia in D. 50,16,19 il significato di atto ritenendo ciò provato positivamente in base al fatto che *obligatio* sia connessa con gli avverbi *ultra citroque* per giungere infine a rilevare che “nella combinazione *ultra citroque*, l'idea della provenienza da due parti opposte può avere originato l'ulteriore significato, presente in D.50.16.19, dell'incontro delle volontà, dell'accordo, quasi che l'atto che è la risultante della loro collaborazione (nel nostro caso la creazione del vincolo obbligatorio) nasca dal muovere da due luoghi diversi per incontrarsi in un luogo comune.” (p. 29).

<sup>68</sup>Dal tono delle discussioni sembra si tratti proprio di contrapposizione, si vedano ad esempio le considerazioni svolte da Talamanca nei confronti di tale diverso orientamento e proprio in riferimento al passo di cui si discute: “Questa opinione forza, oltre ogni misura, il significato letterale del passo di Ulpiano-Labeone, ed è dovuta alla trasposizione – non esente da condizionamenti giusnaturalistici – dell'ideologia dell'interprete sul piano storico del diritto romano” (M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 535).

evocante il piano del rapporto giuridico prodottosi. Vi è poi anche chi chiarisce come “pur ammesso che ci si voglia con ciò riferire in primo luogo all’impegno bilateralmente assunto, non si può negare che ne risulti necessariamente indicato il seguente vincolo reciproco”<sup>69</sup> e dunque, sia l’atto che il rapporto. È chiaro che la qualificazione del *contractus* con il riferimento al suo effetto, tenendo anche conto di quanto si è visto nel capitolo precedente circa le vicende che prima di Labeone avevano riguardato l’oportere e poi l’obligatio, mostra come il riferimento a quest’ultima che, vale la pena precisare è richiamata all’accusativo singolare, seppur poi configurata come come *ultro citroque*<sup>70</sup>, quindi “da una parte e dall’altra”<sup>71</sup>, assuma nella visione labeoniana le vesti di un nesso inscindibile per cui la prospettiva del rapporto che ne scaturisce arriva a determinare la nozione da definire. Dal testo, come già si sottolineava, non emerge un espresso riferimento al consenso, questo è implicito, ma, diversamente dalla *obligatio*, non risalta appunto come elemento a cui il giurista augusteo intende dare enfasi. Il *contractus* non è dunque un semplice atto, ma un atto obbligante come emerge dal collegamento con la *ultro citroque obligatio*, costruzione “monolitica” rappresentativa dei rispettivi oportere *ex fide bona* delle parti ove è riletto in modo unitario sul piano sostanziale il *quidquid dare facere oportere ex fide bona* corrispettivo delle azioni<sup>72</sup>. Sembrerebbe così suggellata l’inscindibilità del legame del *contractus* con un tipo di effetto particolare, l’obligatio, che appunto lo caratterizza. Si riconosce un meccanismo in cui l’obbligazione (o le obbligazioni) a carico di un contraente trova giustificazione in quella (o quelle) a carico dell’altro con la buona fede che richiede, aderendo all’assetto voluto dalle parti, che sorgano le obbligazioni reciproche o che non ne sorga nessuna<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> A. BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, cit., p. 119.

<sup>70</sup> Per un altro impiego ascritto a Labeone di *ultro citro*, D. 2,13,6,3 (Ulpianus libro quarto ad edictum): *Rationem autem esse Labeo ait ultro citro dandi accipiendi, credendi, obligandi solvendi sui causa negotiationem [...]*, su cui ad esempio, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 64.

<sup>71</sup> Come può vedersi dal *Lexicon* del Forcellini, richiamato in proposito da Gallo, per quanto riguarda la voce *ultro*, dove è unito a *citro* in espressioni quali *ultro et citro* o *ultro citroque* significa “*ultra et citra, huc et illuc, sursum et deorsum, atque usurpatur de rerum motu, qui ab hac in alteram partem ac deinde ab altera in hanc fit*”. Nel *Thesaurus linguae latinae*, come nuovamente chiarisce il Maestro torinese, per quanto riguarda *citro* impiegato unitamente a *ultro* si legge “*de verbis movendi i.q. huc et illuc, hinc et illinc, sim*” e poi “*liberius i.q. alternatim, invicem, mutuo*” si vedano le rispettive voci in A. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, cit. e *Thesaurus linguae latinae*, vol. III, fasc. VI, coll. 1206-1207, così come F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 152-153.

<sup>72</sup> Al riguardo si vedano le riflessioni svolte in R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., pp. 242-243, n. 67 e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>73</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 218-219. Si veda anche quanto segue per la lettura del travagliato passo ora in D. 19,1,50 su cui anche R. CARDILLI, «Bona fides», cit., pp. 83 ss.

### 2.3.4. *La struttura ultro citroque dell'obligatio come 'causa' di una nozione 'elastica' di contractus*

Potrebbe dunque verosimilmente intravedersi un passaggio, effettuato da Labeone, che può essere tutt'ora ricchissimo di significato nell'individuazione di una specificità della categoria dogmatica di contratto. Il giurista augusteo non ha ricondotto la produzione di effetti giuridici soltanto all'adozione di specifiche modalità di manifestazione della volontà, una tipicità formale, in cui una modalità (più o meno sofisticata) di 'esternazione e stabilizzazione' comunque tipizzata della volontà assurge al ruolo di 'causa' (in sostanza ad una 'formalità causale'). Tale produzione di effetti non è stata, in alternativa, legata soltanto ad una tipicità causale, in cui la causa è costituita dall'identificazione con uno tipo regolato, in sostanza, una 'causalità tipica' poggiata sul consenso e sulla 'funzione oggettiva' del rapporto.

Labeone sembra, invece, avere per la prima volta collocato l'obbligazione bi-plurilaterale<sup>74</sup>, la *ultro citroque obligatio*, quale vera e propria 'struttura causale' alla luce della quale poter far derivare effetti giuridici da un consenso espresso secondo modalità non prestabilite e di cui la compravendita, la locazione e la società venivano a rappresentare i tipi concreti che già si erano stabilizzati e che ricevevano un'autonoma protezione, con un altro minimo comun denominatore giuridico oltre a quello già segnalato da Quinto Mucio, la *ultro citroque obligatio*. Viene dato risalto alla struttura, se non corrispettiva, quantomeno reciproca<sup>75</sup>.

Sarebbe stata questa una soluzione che avrebbe permesso di misurarsi altresì con i casi di "incertezza contrattuale"<sup>76</sup> probabilmente ben numerosi in una società ed un commercio così fiorenti e complessi quanto avrebbero potuto essere divenuti quelli romani al tempo di Augusto. La soluzione prospettata da Labeone, come si vedrà meglio a breve, poteva impiegarsi sia se si fosse trattato di casi riconducibili a figure tipizzate che recavano però degli elementi che rendevano farragginoso l'inquadramento nel tipo stesso,

---

<sup>74</sup> Sulla "lateralità" degli atti, si veda L. LANTELLA, «Ultero citroque»: *appunti teorici e storici sulla «lateralità» degli atti*, cit., pp. 89 ss.

<sup>75</sup> Ancora, circa la distinzione secondo cui la corrispettività andrebbe a rappresentare una nozione più ristretta della reciprocità, ossia una "bilateralità in senso proprio (in senso forte)", si veda L. LANTELLA, «Ultero citroque»: *appunti teorici e storici sulla «lateralità» degli atti*, cit., pp. 97-98 e 113. Ciò, come segnalato nelle note precedenti, andrebbe a permettere di spiegare la potenziale inclusione nella categoria anche del mandato (S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Milano, 2011, pp. 315 ss.), sebbene, appunto, magari non possa giungere comunque ad essere l'istituto che per immediata intuizione sia in grado di rinviare all'idea che il giurista intendeva richiamare con la propria *definitio*. Inoltre come si vedrà nel prossimo capitolo, ciò potrebbe altresì essere impiegato per riuscire ad inquadrare meglio l'orientamento aristoniano ed il rapporto tra quest'ultimo e quello labeoniano di cui si discute.

<sup>76</sup> Circa tale espressione, M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 439.

con corrispondenti rischi in sede di esperimento dell'azione, sia se si fosse trattato di casi in cui proprio l'intera fattispecie, e non soltanto taluni elementi della stessa, era difficile da poter essere inquadrata in un singolo tipo già esistente tenendo conto dei rischi che ciò avrebbe comportato nell'impiego di un'azione ove la funzione oggettiva della fattispecie non coincideva appieno con quella a cui corrispondeva il termine impiegabile nella *demonstratio* della stessa o che recava degli elementi diversi rispetto a quelli che la giurisprudenza aveva già configurato come propri dei tipi già riconosciuti. Che Labeone avesse già di suo concepito ciò come causa è forse poco probabile, tuttavia, è di fatto questo il risultato che raggiunge (o, quantomeno, che permette a noi di raggiungere) con una simile costruzione.

## 2.4. Contractus e συνάλλαγμα

Labeone ha quindi attinto ad una terminologia che si andava affermando con l'impiego in senso traslato di *contrahere*, incluso quello del participio dello stesso per indicare un *quid contractum*, con nell'aria, come si può già notare un accenno nel passo di Gellio (in *Noct. Att.* 4,4,2) in cui viene richiamato un impiego serviano, anche un 'salto' al sostantivo. Tuttavia, come visto, Labeone non ha semplicemente compiuto un 'salto' da "un qualcosa che è stato concluso" (*quid contractum*) alla "conclusione" di qualcosa" (*contractus stipulationibus et sponsionum*) andando, tra l'altro, ad utilizzare il sostantivo *contractus*, come si è visto in Servio Sulpicio Rufo<sup>77</sup>, per 'descrivere' un altro sostantivo, *sponsalia*, ma ha reso il *contractus* una categoria ordinante, caratterizzata sulla base della peculiarità di recare una *ultro citroque obligatio*. Resta ancora un aspetto a cui prestare attenzione ed è quello relativo al richiamo al termine greco συνάλλαγμα.

### 2.4.1. Labeone e l'impiego di termini greci

In primo luogo, può notarsi dalla ricostruzione del Lenel che l'impiego di termini greci da parte di Labeone ricorre per altre cinque volte oltre a quella di cui si discute<sup>78</sup> il che rende plausibili opinioni, del tipo di quella

<sup>77</sup> *Supra* cap. IV.

<sup>78</sup> In tal senso anche A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit. p. 65. Si veda, O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., ove oltre al fr. 5 in cui è riportato D. 50,16,19 termini greci attribuiti a Labeone compaiono anche in fr. 10 (= D. 50,16,5,1); fr. 124 (= D. 47,8,4,2); fr. 126 (= Coll. 2,5,1); fr. 159 (= D. 43,17,3,7); fr. 364 (= D. 41,2,1 pr.). Oltre al frammento posto in D. 41,2,1 pr. in cui è riportato un "*quam Graeci ... dicunt*", nell'altro passo collocato nel *de verborum significatione* (questa volta di Paolo, non di Ulpiano) è impiegata lo stesso stilema (Cfr. anche A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit. p. 65.) "*quod Graeci ... vocant*" del fr. 19. Il testo è il seguente: D. 50,16,5,1 (Paulus, *libro secundo ad edictum*) '*Opere locato conducto: his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum*'. Sul punto anche R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966.

secondo cui “nel contesto della scrittura labeoniana, ricorre in altre occasioni l’uso di vocaboli greci ciò sembrando sempre sorretto non solo da una propensione alla ricerca erudita, ma anche dall’esigenza specifica di ottenere la migliore resa possibile dell’idea che, volta per volta, si intendesse esprimere”<sup>79</sup>, ovvero, magari, anche per conferire maggior autorevolezza alle proprie costruzioni<sup>80</sup>. Nello scartare, dunque, l’ipotesi esclusiva del mero gesto erudito<sup>81</sup>, quale sarebbe il valore da attribuire al richiamo al *συνάλλαγμα*? Circa il significato generico di tale termine, la romanistica ha offerto diverse soluzioni, tra cui “affare”, “relazione sociale”, “vincolo bilaterale”<sup>82</sup>; “accordo”<sup>83</sup> ecc. così come diverse sono le ipotesi avanzate al fine di cogliere il significato che il richiamo a tale termine, in realtà non molto ricorrente nelle fonti a noi note<sup>84</sup>, possa aver avuto e si è cercato spesso di trovare o di negare un collegamento con quanto Aristotele ci ha lasciato nell’*Etica Nicomachea*<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., pp. 296-297.

<sup>80</sup> Si veda quanto in L. GAROFALO, *Diritti greci e scienza giuridica romana*, ora in L. GAROFALO, *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela, 2015, p. 45.

<sup>81</sup> Come sostenuto ad esempio da A. BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, cit., p. 123 con richiamo all’opinione espressa da M. SARGENTI, *La sistematica pregaiana*, cit., p. 486.

<sup>82</sup> R. FIORI, ‘*Contrahere*’ in *Labeone*, cit., p. 328.

<sup>83</sup> Si veda in particolare R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 36.

<sup>84</sup> R. FIORI, ‘*Contrahere*’ in *Labeone*, cit., p. 328; si veda anche, al riguardo, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit. p. 66 richiamato da Fiori ult. cit. Sciandrello nota come le apparizioni del termine greco che troviamo in D. 50,16,19 ed in D. 2,14,7,2 (su cui *infra* cap. VII) rappresentano “gli unici due casi (a tutt’oggi conosciuti) nei quali è attestato l’uso di tale termine da parte della giurisprudenza romana”, cfr. E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, p. 251. Si veda anche l’analisi che sarà svolta di qui a breve.

<sup>85</sup> Ad esempio, il Betti osservava come sia stato “molto improbabile che Lab. usasse il termine *συνάλλαγμα* per chiarire proprio l’elemento della *consensualità*: piuttosto egli volle semplicemente dire che *quell’obbligarsi* ch’egli intendeva espresso con la designazione di «*contractum*», i Greci lo esprimevano col termine *συνάλλαγμα*, nel senso *aristotelico* di obbligazione (volontaria) in generale, non di «contratto sinallagmatico» o di «convenzione»: significato, questo, posteriore, bizantino” E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., p. 15. Santoro tende, invece, a mettere in luce il significato di “accordo” (R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 37) richiamando (*loc. ult. cit.*, n. 84) il passo del pitagorico Archita (Arch., 3, da H. DIELS, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Berlin, 1903, p. 273), dopo aver sottolineato come questa sia la testimonianza più antica a noi giunta dell’impiego del termine, facendo leva sulla traduzione offerta in A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit. p. 67 che rende il termine con “relazioni sociali” cerca di far risaltare appunto il fatto che “l’idea di accordo affiora fin dalle testimonianze antiche” e mette in luce una comunanza di radice tra *συνάλλαγμα* ed il verbo *διαλλάσσω*. Per quanto riguarda poi una diversa visione circa il verbo “*διαλλάσσομαι*”, si veda R. FIORI, ‘*Contrahere*’ in *Labeone*, cit., p. 328, n. 70. Quest’ultimo Autore, dal canto suo, esclude che il termine *συνάλλαγμα* possa significare accordo ed esclude altresì che possa trovarsi un collegamento tra l’uso del termine compiuto nel quinto libro dell’*Etica Nico-*

### 2.4.2. Labeone ed i συναλλάγματα di Aristotele

La linea di pensiero tendente a rintracciare un collegamento diretto tra l'impiego labeoniano del termine e quello che Aristotele ne compie nell'*Etica Nicomachea* è stata definita come "piuttosto risalente"<sup>86</sup> e, sebbene le argomentazioni dei sostenitori di tale collegamento diretto siano spesso molto ben articolate<sup>87</sup>, vi sono tuttavia degli autorevoli studiosi che sottolineano problemi di incompatibilità tra i due modelli<sup>88</sup>. Nei passi dell'*Etica a Nicomaco* su cui maggiormente fanno leva gli studiosi al fine di far emergere un collegamento diretto tra il pensiero aristotelico e labeoniano sul punto<sup>89</sup>, lo Stagirita sottolinea che τούτου δὲ μέρη δύο τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσιά ἐστι τὰ δ' ἀκούσια<sup>90</sup>.

Ora, se per quanto riguarda i primi, i volontari, vengono poi riportati dal filosofo degli esempi che potrebbero comunque essere in qualche modo compatibili con la definizione labeoniana, le cose divengono più complicate nel trovare, appunto, dei profili di compatibilità tra questa ed i λαθραῖα e gli altri esempi di συναλλάγματα involontari che offre, sebbene da quanto si legge poco oltre il tratto nella stessa *Etica Nicomachea* a cui sopra si è accennato vediamo che lo Stagirita, nello svolgere le proprie riflessioni sulla giustizia correttiva, nell'ottica del perseguimento dell'obiettivo di tenere la città compatta, prende in considerazione, appunto, il reciproco e dunque lo strumento della restituzione proporzionale sia per i casi in cui si sia ricevuto del bene che per quelli in cui si sia ricevuto del male<sup>91</sup>. Da una breve rassegna circa la ricorrenza di συνάλλαγμα in Aristotele<sup>92</sup> emerge che, nelle sue

---

*machea* ed il richiamo di Labeone per mancanza, appunto, di compatibilità (R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, cit., p. 328). Ritiene, infatti che "Labeone non sta facendo riferimento all'uso del termine greco in un autore specifico, né a un significato particolare tra quelli assunti dall'espressione nel linguaggio comune, ma intende porre l'attenzione sul valore dell'espressione quale risulta dalla sua formazione linguistica, parallela a *contractus* e a *ultro citroque obligatio* – cui il termine greco si riferisce, posto che come abbiamo detto Labeone li identifica tra loro – nell'enfatizzare attraverso il preverbio συν la 'comunanza' del momento dello scambio espresso da ἀλλάσσω" (R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, cit., pp. 328 – 329). L'idea di scambio è tuttavia rinvenuta nel συνάλλαγμα aristotelico, ricomprendendo sia quello volontario che quello involontario, in T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., pp. 304-308, attraverso richiami anche ai rilievi formulati in A. MAFFI, 'Synallagma' e obbligazioni: spunti critici, in *Atti del II Seminario romanistico gardesano*, Milano, 1980, pp. 13 ss.

<sup>86</sup> B. ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere', cit., p. 236.

<sup>87</sup> Si pensi, ad esempio, a quella svolta in A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit. pp. 71 ss.

<sup>88</sup> Più recentemente, R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, cit., p. 328; ma si veda anche M. BREONE, *Tecniche e ideologie*, cit., p. 189; ecc.

<sup>89</sup> Si veda, ad esempio, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 84.

<sup>90</sup> Si veda Arist., *Et. Nicom.*, 1130b-1131a.

<sup>91</sup> Arist., *Et. Nicom.*, in particolare 1133a su cui si veda la recente lettura offerta in M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani*, cit., p. 109.

<sup>92</sup> In Arist., *Pol.*, 4,1300b; *Pol.*, 6,1317b.; *Pol.*, 6,1322b; *Ret.*, 1,1354b; *Ret.*, 1,1376b; *Et. Eud.*, 1243a; *Et. Nicom.*, 1103b e 1131a – b si veda anche quanto in 1135b e 1178a.

opere il significato di tale termine sembra sia stato piuttosto soggetto ad oscillazioni, restando in linea di massima su livelli più generali rispetto al contratto così come definito in D. 50,16,19. Tuttavia, pare probabile che, data la “situazione di sostanziale bilinguismo, quale era quella delle classi alte dell’epoca tardo-repubblicana e augustea”<sup>93</sup>, Labeone avesse anche tenuto in considerazione il significato che il termine assumeva nella lingua greca e non soltanto in Aristotele sebbene, come si vedrà poco oltre, il termine non sembra essere stato così ampiamente impiegato nel linguaggio comune. In ogni caso, sia per il clima nel quale operava, che per ragioni legate alla sua persona, che per il suo stile<sup>94</sup>, così come dalla costruzione della stessa categoria di *contractus* e dalla sua caratterizzazione come *ultra citroque obligatio*, sembra, pur se impiegando tutta la prudenza che è del caso, maggiormente plausibile l’ipotesi che tende a ritenere che nel richiamo in questione vi sia una qualche influenza del pensiero aristotelico. Probabilmente proprio dell’idea aristotelica della giustizia correttiva che pare vedersi sottesa appunto alla stessa scelta di aver compiuto lo sforzo di costruire la categoria intorno alla *ultra citroque obligatio*, ad un elemento di equilibrio, piuttosto che non sulle singole figure di *obligationes consensu contractae* ovvero sul *nudus consensus*. Certo questa è una delle ragioni per cui si possono rilevare delle divergenze anche rispetto al menzionato passo dell’*Etica Nicomachea* che pare, comunque, forse il luogo da cui possa aver tratto maggior ispirazione<sup>95</sup>. Come ben sintetizzato nella romanistica, l’analisi che lì sta svolgendo Aristotele “appartiene – come tutto il più ampio contesto che la comprende – a quel tipo di ‘riflessione sulla società’ – presente nella cultura greca, almeno da Platone in poi” e che è “lontano dalla costruzione autonoma di una teoria del diritto”<sup>96</sup>. Infatti, in una lucida ricostruzione offerta di recente, viene sottolineato come Aristotele, sebbene non abbia affrontato la questione in termini di problema giuridico, per giustizia correttiva intendesse lo stabilirsi di una uguaglianza o analogia nelle relazioni private e, riguardo agli atti della circolazione economica, andava a sostenere che il giusto significasse che gli obblighi e le prestazioni fossero secondo una misura unica con “il reciproco (τό ἀντιπεπονηθός) secondo analogia e non secondo uguaglianza”, con il restituire proporzionalmente a quanto si è ricevuto che viene visto come strumento per far sì che la città resti compatta<sup>97</sup>. Aspetto, quest’ultimo, che come già si è messo in luce po-

<sup>93</sup> R. FIORI, ‘Contrahere’ in Labeone, cit., p. 328 già richiamato.

<sup>94</sup> Si veda, ad esempio, quanto osservato da Schiavone circa la ricorrenza del pensiero aristotelico in altri passi da cui ricaviamo testimonianze labenoniane oltre a quella di cui si discute A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., pp. 81 ss. Si veda inoltre quanto già brevemente riportato all’inizio del presente capitolo.

<sup>95</sup> Si vedano ancora i già richiamati argomenti di A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 74.

<sup>96</sup> Si veda A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 74.

<sup>97</sup> Si veda M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani*, cit., p. 109 ove è compiuto richiamo

co sopra, rappresentava l'obiettivo che Aristotele si poneva nelle riflessioni svolte nel tratto che rileva.

Il pensiero dello Stagirita, se realmente letto e conosciuto da Labeone, può senz'altro avergli offerto un possibile riferimento nella sua elaborazione del concetto giuridico. Piuttosto plausibile pare in realtà l'ipotesi secondo la quale Labeone possa aver ricondotto il συνάλλαγμα all'idea di reciprocità, assumendola "come base per assegnare una forza giuridica vincolante al *consensu contrahere*: come condizione perché al rapporto bilaterale o plurilaterale si colleghino effetti giuridici"<sup>98</sup>.

Nella menzionata "situazione di sostanziale bilinguismo, quale era quella delle classi alte dell'epoca tardo-repubblicana e augustea"<sup>99</sup>, e tenendo altresì in considerazione quanto sopra segnalato circa la sua figura, non sembra in realtà molto probabile che Labeone possa avere ignorato Aristotele o che, ancor meno, come suggerito da alcuni autori, possa averlo frainteso<sup>100</sup>. Piuttosto, pare plausibile l'ipotesi secondo cui egli stesso abbia fornito un contributo nella definizione di termini che non erano ben cristallizzati a livello tecnico-giuridico né sul fronte del latino né su quello del greco, andando ad incidere, nel lungo periodo, anche sulla definizione in senso tecnico-giuridico del συνάλλαγμα greco. È possibile che, anche se in un primo momento non si sia verificato un vero e proprio calco semantico al contrario<sup>101</sup>, vi possa essere comunque stata un'influenza sull'impiego in senso tecnico giuridico di συνάλλαγμα che sfocerà poi, successivamente, in un "calco al contrario", quando in lingua greca saranno composte opere in materia giuridica da giuristi.

È stato recentemente sottolineato, con opinione simile a quanto già nelle linee generali suggeriva, ad esempio, Betti, che Labeone abbia avvertito "un'intima corrispondenza" tra i verbi *contrahere* e συναλλάσσειν<sup>102</sup> e poi che, dall'altro lato, "ben conscio della polisemia di συνάλλαγμα, della atecnicità di *contrahere*, nonché dell'impatto innovativo, sul piano non solo formale e classificatorio, ma anche sostanziale, della sua attività di *definitio*, piegava, onde avvalorare quest'ultima, la conoscenza della terminologia greca ai

---

a Arist., *Et. Nicom.*, 1131b e 1132a così come 1133a da cui sono presi i tratti di traduzione richiamati.

<sup>98</sup> M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani*, cit., p. 110.

<sup>99</sup> R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, cit., p. 328.

<sup>100</sup> Si veda H.J. WOLFF, *Zum Problem der dogmatischen Erfassung des altgriechischen Rechts*, in *Symposion 1979. Actes du IV<sup>e</sup> Colloque international de droit grec et hellénistique*, Atene, 1981, p. 16, n. 16. Contrario all'ipotesi del fraintendimento anche, ad esempio, T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 309.

<sup>101</sup> Di "calco al contrario" parla R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, cit., p. 329, n. 76.

<sup>102</sup> Si veda E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., p. 14, ove precisa (n. 1) che συναλλάττειν designasse il "mettersi in relazione sia di due soggetti giuridici sia di un soggetto (sensibile) col mondo esteriore, il reciproco entrare in un rapporto obiettivo" e dunque che συνάλλαγμα abbia appunto indicato "tale rapporto, tale sintesi di due opposti o diversi [...] idea molto affine a quella del romano *contrahere*, italiano contrarre".

suoi scopi (definitivi) di giurista”<sup>103</sup>. Se pare si possa convenire sul fatto che Labeone abbia impiegato il “polisemico” συνάλλαγμα andandolo a ‘piegare’ ai suoi scopi definitivi di giurista, tuttavia, un dato da cogliere, come già messo in luce bene in dottrina, è che ἀλλάσσω rievoca il momento dello scambio<sup>104</sup> e dunque per quanto possa riscontrarsi in entrambi i verbi, *contrahere* e συναλλάσσειν, l’idea di “un reciproco entrare in un rapporto”<sup>105</sup>, le sfumature semantiche derivanti da ἀλλάσσω e *trahere*, seppur per taluni versi possono sovrapporsi, appaiono comunque diverse: il primo richiama un campo semantico evocativo dell’idea dello “scambiare”, il secondo quella del “trarre”. Queste diverse sfumature vengono, in ogni caso, a comporsi nella *ultra citroque obligatio* ove rileva sia l’unione nel rapporto (*obligatio*) che l’idea dello scambio, della reciprocità che lo caratterizza (*ultra citroque*).

Nel passare brevemente in rassegna le fonti in greco diverse da quelle dell’opera aristotelica, ma comunque di età precedente a Labeone, sembra che al fine di rinvenire un impiego del termine in questioni che attengono ad un ambito giuridico di rapporti tra privati, si debba far riferimento più alle fonti papirologiche che non a quelle storico-letterarie<sup>106</sup>. Occorre tuttavia notare che il termine non appaia frequentemente. Per quanto riguarda, invece, quelle di età contemporanea o dei primi secoli successivi a Labeone sembra doversi escludere che il calco al contrario del termine tecnico giuridico fosse già avvenuto<sup>107</sup>. È necessario infatti tenere altresì in conto il persistere dell’impiego, sul versante delle fonti greche, di altri termini quali συμβόλαιον; συνθήκη, συγγράφή ecc.<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche*, cit., pp. 61-62.

<sup>104</sup> R. FIORI, ‘*Contrahere*’ in *Labeone*, cit., p. 329, si veda, ad esempio, anche F. MONTANARI, *Vocabolario della lingua greca*, s. v. ἀλλάσσω, Torino, 1995, p. 130.

<sup>105</sup> E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., p. 14, n. 1.

<sup>106</sup> Si vedano, ad esempio, Aen. Tact., *Pol.*, 5,1-2; si veda Demost., *Contro Tim.*, 24,213; Demost., *Contro On.*, 30,21; Demost., *Contro Apat.*, 33,12; *Pol.*, *Hist.*, 6,17,7; *Hist.*, 22,4,10-11; *Hist.*, 26,1v; *Hist.*, 13,1-1 a. Papiri di Elefantina 1,13-14 e 2,15-17 (per entrambi i papiri si è fatto riferimento alla versione riportata in O. RUBENSOHN (a cura di), *Elephantine-Papyri*, Berlin, 1907, nelle pp. (rispettivamente) 20 e 25); P. Tebt. 5 (Decreto di Evergete II), ll. 214-217 (si veda il testo riprodotto in B.P. GRENFELL, A.S. HUNT, J.G. SMYLY [a cura di]; *The Tebtunis Papyri*, I, cit., pp. 17 ss., in particolare p. 29, ll. 214-217); P. Tebt. 279,1 (ricostruzione del testo proposta in B.P. GRENFELL, A.S. HUNT, E.J. GOODSPEED (a cura di), *The Tebtunis Papyri*, II, London, 1907, pp. 35 ss. in particolare p. 36, l. 1) che per quanto rilevante è simile al Papiro del Cairo inventario n. 10262 (B.P. GRENFELL, A.S. HUNT, E.J. GOODSPEED (a cura di), *The Tebtunis Papyri*, II, cit., pp. 35 e 36).

<sup>107</sup> Dion. Hal, *Ant. Rom.*, 6,22; *Ant. Rom.*, 6,24,1; *Ant. Rom.*, 2,75,1-4; Barn., *Epist.*, 3,3; Flav. Jos., *Ant. Jud.*, 16,45; Diog. Laert., *Vit. et sent. phil.*, 3,1,90-91; Athen., *Deipnos.*, 5,21 (cfr. *Pol.*, *Hist.*, 26,1); *Deipnos.*, 12,65; Flav. Claud. Iul., *Ep. ad Them.*, 262c; Papiro di Ossirinco 34 verso, col. 1,9 e col. 2, 12 (B.P. GRENFELL, A.S. HUNT (a cura di), *The Oxyrhynchus Papyri*, I, London, 1898, pp. 71-72); Papiro di Ossirinco 1626,21-22 (B.P. GRENFELL, A.S. HUNT (a cura di), *The Oxyrhynchus Papyri*, 14, London 1920, p. 2) ecc.

<sup>108</sup> Per l’elenco dei papiri in cui ricorre il termine συνάλλαγμα si veda A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 80.

### 2.4.3. Il calco semantico ‘al contrario’

Sarà poi ancora dopo, quando inizierà a formarsi un ceto di giuristi greco-parlanti, che si assisterà ad un più sostanzioso impiego del greco a livello tecnico-giuridico scientifico e che si manifesteranno indizi avvaloranti l'ipotesi del calco semantico al contrario. Infatti, se la filosofia, le arti e scienze greche avevano già raggiunto una vasta fioritura quando i romani hanno iniziato ad apprezzarle ed a compiere dei “calchi semantici” verso il latino per renderne i termini e relative nozioni, appare verisimile che possa essere avvenuto il contrario con riferimento al diritto ed alla terminologia a questo relativa nella Νέα Ῥώμη “in un contesto di cittadini che in greco dicono di essere Ῥωμαῖοι”<sup>109</sup> che, sebbene codificarono in latino gli *iura populi Romani*, lo *ius Romanum et commune*, rendendolo *ius Romanum commune*<sup>110</sup>, dall'altro lato lo tradussero subito in greco<sup>111</sup> (e considerando ciò, vale la pena sottolineare incidentalmente, il richiamo al termine greco impiegato da Labeone avrebbe reso la sua *definitio* meglio fruibile al lettore del tempo in cui il *Digesto* vedeva la luce). Per tale periodo abbiamo infatti testimonianze da opere tecnico-giuridiche (e non soltanto da opere storiche, filosofiche, letterarie ecc. ovvero da papiri che rappresentano la prassi) da cui poter osservare l'impiego di tale termine. Nella romanistica è sottolineato che la presenza del sistema del diritto romano nell'ambiente greco-parlante, la elaborazione scientifica del diritto romano nel latino e l'elaborazione di un latino del diritto romano rendevano possibile che concetti fissati secondo le menzionate modalità, strutture di pensiero e fattispecie fossero tradotte in greco “con una espansione delle capacità espressive di questa lingua ai ‘significati’ che le venivano consegnati, anche se certo essa, e la cultura che in essa si esprimeva, reagivano altresì sul diritto romano”<sup>112</sup>. Giunti a questa fase pare si

<sup>109</sup> S. SCHIPANI, *Il latino del diritto nella costruzione dell'identità dell'Europa*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, p. 520.

<sup>110</sup> S. SCHIPANI, *Il latino del diritto*, cit., p. 520.

<sup>111</sup> S. SCHIPANI, *Il latino del diritto*, cit., p. 520. Circa il quadro linguistico nella parte bizantina dell'Impero possono richiamarsi le osservazioni di Oikonomidès “Byzance fut un état multilingue de fait, comme tout empire, mais unilingue de droit. Et cet unilinguisme devenait de plus en plus prononcé à mesure que l'on approchait de la capitale, Constantinople, et de la gestion du pouvoir. Il n'en fut pas ainsi dès le début. Dans le sillage de la glorieuse tradition romaine et du fait de la réalité des provinces orientales, la capitale fut transférée à Constantinople avec l'espoir qu'elle serait une ville – et le centre d'un État – fonctionnellement bilingue, latine et grecque” il quale prosegue sottolineando come “Ce rêve de bilinguisme se manifesta à plusieurs reprises pendant les premiers siècles, par exemple lors de la réorganisation de l'enseignement supérieur à Constantinople par Théodose II (425) ou dans l'oeuvre législative de Justinien”; cfr. N. OIKONOMIDES, L’“Unilinguisme” officiel de Constantinople byzantine (VIIe-XIIe s.), in E. ZACHARIADOU (a cura di), *N. Oikonomidès, Society, Culture and Politics in Byzantium*, Aldershot, 2005, pp. 9-10.

<sup>112</sup> S. SCHIPANI, *Il latino del diritto*, cit., p. 521. Aggiunge, poi, l'Autore che “i grandi giuri-

sia realizzato un legame diretto, a livello di terminologia tecnico-giuridica, tra *συνάλλαγμα* e *contractus*<sup>113</sup>. Ad esempio, all'interno dei *Basilici*, sembra potersi riconoscere che il *contractus* e la forma verbale a questo collegata siano nell'opera resi in modo tendenzialmente più stabile con *συνάλλαγμα* e relativa forma verbale<sup>114</sup>. Accanto ai *Basilici*, ulteriori testimonianze di questo collegamento possono essere ancora reperite nella *Parafrasi* di Teofilo<sup>115</sup>.

#### 2.4.4. *Συνάλλαγμα, contractus e la giustizia correttiva nei rapporti di scambio*

Per tornare, dunque, a Labeone, sebbene le questioni relative al *συνάλλαγμα* possano meritare un approfondimento più capillare rispetto a quello che può esser stato svolto nella presente sede, sembra comunque potersi ritenere che, piuttosto che non compiere un mero gesto erudito, il giurista abbia cercato un supporto nella lingua greca al fine di riuscire a spiegare un nuovo concetto che stava cercando di definire e per cui anche il termine latino che andava ad impiegare era già di suo piuttosto innovativo. Sia nelle fonti storiche, filosofiche o letterarie, sia nei documenti della prassi, è riscontrabile un uso piuttosto ridotto del termine *συνάλλαγμα* (di cui, come segnalato, è messa da parte di alcuni studiosi in dubbio la stessa esistenza di un'accezione comune del termine in greco al tempo di Labeone)<sup>116</sup>, tuttavia, sarà con buona probabilità il giurista augusteo che, arrivando, come si sta vedendo, ad abbozzare una prima nozione di contratto e facendo ricorso al termine greco nello sforzo di riuscire a spiegare cosa intendesse, andrà a dargli una più precisa connotazione tecnico-giuridica. Costruito su *ἀλλάσσω*, il termine che semanticamente rievocava l'idea di un rapporto fondato sul momento dello "scambio"<sup>117</sup> è stato accostato al nuovo termine latino *contractus* (a cui il giurista è, comunque, probabilmente arrivato da un percorso del tutto giuridico sulla linea del collegamento che si è potuto vedere in

---

sti di Costantinopoli" nel compiere le traduzioni e parafrasi dei codici giustiniani "scelse-ro, o si videro a volte costretti" finanche a "conservare dei termini latini grecizzati" e riporta l'esempio di quanto avvenuto con i termini "*culpa*", "*ῥαθυμία*" e "*κούλλα*". Per un raffronto con quanto accaduto in Cina sul finire del XX secolo si vedano le osservazioni richiamate *supra* cap. IV e S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica*, cit., pp. 253 ss.

<sup>113</sup> Si vedano anche le osservazioni svolte in A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 80.

<sup>114</sup> Sebbene in B. 2,2,17 emerga anche *κοινράκτον* (*Schelt.* A,I,24,1), già nel relativo *scholium* (*Schelt.* B,I,12-13), così come in B. 11,1,7 (*Schelt.* A,II,626,1 ss.) e relativi *scholia* (*Schelt.* B,I,187 ss.) così come in molti altri luoghi viene impiegato *συνάλλαγμα*.

<sup>115</sup> Cfr. TEOFILO, *Par ad I.* 3,13,2. Sull'argomento, si veda G. FALCONE, *Genesi e valore della definizione di synallagma nella Parafrasi di Teofilo*, in *Iuris vincula. Scritti in onore di Mario Talamanca*, III, Napoli, 2001, pp. 67 ss.

<sup>116</sup> A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 80.

<sup>117</sup> Si veda, ancora, ad esempio, F. MONTANARI, *Vocabolario della lingua greca*, s. v. *ἀλλάσσω*, cit.

Quinto Mucio tra il *contrahere* e le fonti di *obligatio*) e sarebbe stato comunque consono a rendere l'idea di una *obligatio* del tipo *ultro citroque*. Ciò andava altresì a rimandare a quello che pare probabile possa aver, almeno in parte, fornito spunti circa il 'sostrato filosofico' di una simile costruzione da parte di Labeone, il pensiero aristotelico sulla giustizia correttiva, ambito nel quale, come visto, lo Stagirita (pur se non in senso prettamente tecnico-giuridico) impiegava il *συνάλλαγμα* e teneva in forte considerazione l'idea della reciprocità quale strumento per mantenere la città compatta, la società<sup>118</sup>.

### 3. Potenzialità dogmatiche della nozione di contractus come ultro citroque obligatio

Un altro punto problematico già evidenziato, è quello relativo al comprendere le potenzialità dogmatiche della concettualizzazione circoscritta del *contractus* come *ultro citroque obligatio*.

Gli studiosi sono, come si è già avuto occasione di poter notare, infatti, al riguardo divisi, tra coloro che tendono a riconoscere una portata generale della *definitio* labeoniana e relativa apertura all'atipicità<sup>119</sup> e coloro che invece sono restii ad accettare l'idea che Labeone possa aver concettualizzato una nozione generale di contratto aperta anche all'atipicità<sup>120</sup>.

Dei numerosi passi ascrivibili a Labeone in materia contrattuale, è possibile valorizzarne in particolare alcuni che sembrano testimoniare in modo più limpido una consapevole espansione del modello di contratto come definito in D. 50.16.19.

#### 3.1. D. 17,1,8 pr. (Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum)

Significativo è:

D. 17,1,8 pr. (Ulpianus libro 31 ad edictum) *Si procuratorem dederò nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.*

<sup>118</sup> Il riferimento è nuovamente, in particolare, a quanto in Arist., *Et. Nicom.*, 1133a.

<sup>119</sup> Si veda in tale linea di pensiero, ad esempio, M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 438; F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., ecc.

<sup>120</sup> Si veda ad esempio, ancora, R. FIORI, 'Contrahere' in Labeone, cit.; Talamanca ad avviso del quale la *definitio* contenuta in D. 50,16,19 sarebbe stata "più o meno incisivamente, condizionata dal contesto topico in cui è stata formulata" (M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 97).

Il giurista esamina una *procura ad litem* con accessoria consegna di *instrumenta*. Ego pone al giurista la questione circa quale azione sia quella da impiegare per chiedere in giudizio la restituzione dei documenti al *procurator*. Labeone reputava utilizzabile l'*actio mandati*, e non l'*actio depositi*, configurando, in sostanza, l'obbligazione di restituzione degli *instrumenta* ad Ego quale contenuto accessorio dell'*oportere ex fide bona* che legava il mandatario al mandante.

È dibattuto nella romanistica se l'argomentazione della decisione espressa in favore dell'azione da mandato basata sul fatto che *uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam* sia attribuibile a Labeone. Riguardo l'attribuibilità dell'impiego del termine *contractus* in tale sede a Labeone, nelle discussioni che si sono svolte nelle ultime decadi, sfavorevoli sono, tra gli altri, Sargenti e Melillo; mentre di parere diverso sono, tra i vari, Albanese, Santoro, Gallo, Talamanca, Burdese<sup>121</sup>. Anche, nei tempi più recenti, viene, in realtà, messa in risalto l'assenza di dimostrazioni testuali volte a supportare l'idea che per il giurista augusteo il "mandato avesse di per sé natura imperfettamente bilaterale" e piuttosto si considera quella *de qua* come "un testuale accostamento del *mandatum* alla nozione tecnica di *contractus* riferita da Ulpiano al pensiero di Labeone"<sup>122</sup>.

Dalla lettura del passo pare si possa, in primo luogo, notare che il termine *contractus* sia riferibile all'atto, ma da cui sembra non sebbia essere disgiunta la prospettiva del rapporto<sup>123</sup>. Come lucidamente notato, alla "tipicità delle formule è inerente l'esigenza di individuare, in ogni singolo contratto, l'*initium* e la *causa* dello stesso"<sup>124</sup>. Qui sembra che ci si stia pronunciando sull'inquadramento di una fattispecie in cui la "incertezza contrattuale" non era di livello tale da richiedere, ad esempio, l'impiego dell'*agere praescriptis verbis*<sup>125</sup>, non si trattava tanto di una questione in cui rilevava il profilo dell'atipicità quanto, piuttosto, pare si sia trattato di una questione di 'scelta' del tipo in cui venivano in rilievo degli obblighi accessori collegati a quello che è un *contractus* di mandato che, come già si è avuto occasione accennare, sebbene non possa ritenersi come un tipo esemplare quanto ad immediatezza dell'intelligibilità al riguardo, tuttavia,

---

<sup>121</sup> Si vedano, rispettivamente, M. SARGENTI, *La sistematica pregaiana*, cit., p. 479; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., pp. 162-164; B. ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere', cit., p. 219; R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 64-65; F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 171 ss.; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., pp. 91-92; A. BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, cit., pp. 127-128.

<sup>122</sup> Si veda S. VIARO, *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, cit., p. 345.

<sup>123</sup> Sottolineava A. BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, cit., p. 128, che "il termine *contractus* indica più il rapporto che non l'atto contrattuale", di parere diverso, invece, ad esempio, S. VIARO, *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, cit., p. 347.

<sup>124</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 172-173.

<sup>125</sup> L'assenza di richiami all'*actio praescriptis verbis* è posta in risalto in M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., pp. 91-92.

considerato sul piano astratto potrebbe ritenersi abbia dato luogo obbligazioni reciproche<sup>126</sup>.

Come si legge dal passo stesso, sarebbe stato sufficiente prestare attenzione a ciò su cui le parti si erano accordate ed alla 'causa' del rapporto per riuscire a comprendere che si era al cospetto di un unico<sup>127</sup> contratto tipico di mandato<sup>128</sup>.

Nella prospettiva del passo, il giurista augusteo sembrerebbe confrontarsi con un diverso parere che egli non ritiene 'probabile', in base al quale *ex hac causa agi posse depositi*. L'esclusione dell'*actio depositi*, evidenzia una profonda interpretazione del concreto contratto concluso, e risolve a favore di *Ego* anche il regime di responsabilità contrattuale per la restituzione dei documenti, in quanto nel mandato il mandatario risponde di dolo e colpa e nel deposito esclusivamente di dolo. In esso la consegna dei documenti della causa al procuratore ne condiziona l'ascrivibilità nel contenuto tipico dell'obbligazione del mandatario ad espletare il mandato *ad litem* ricevuto. Il fatto che Labeone qui evochi l'unicità del contratto colto nella sua dinamica (*unius uisque contractus initium [...] et causam*) conferma la profonda lettura del concreto assetto di interessi cristallizzati nella *conventio* originaria tra *Ego* e il *procurator*.

L'uso del sostantivo *contractus* nel testo in esame, così come l'intera struttura che traspare dal passo confermano la genuinità della costruzione

---

<sup>126</sup> Si vedano le già richiamate osservazioni formulate sia in A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 88, sia in S. VIARO, *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, cit., pp. 364-365.

<sup>127</sup> Talamanca sottolinea una "precisa coscienza che aveva il giurista dell'unità, fin dall'inizio, della *causa contractus*", cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 91. Gallo, invece, sottolinea che *initium* e *causa* siano da considerare come collegati, ma concettualmente distinti e, pertanto, con *initium* il giurista avrebbe voluto indicare l'accordo dei contraenti che dà vita allo stesso contratto e con *causa* lo scopo pratico per il perseguimento del quale questo è concluso: F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 171. In senso analogo a Gallo sembra orientarsi anche la traduzione di Schipani: "Se avrò nominato un procuratore <per una lite> e questi non mi restituisca i documenti della causa, con quale azione egli potrebbe essere tenuto verso di me? E Labeone reputa che egli sia tenuto <con l'azione> di mandato e che non sia plausibile l'opinione di coloro che stimano che per questa causa si possa agire <con l'azione> di deposito: infatti, bisogna avere riguardo all'accordo iniziale ed alla causa di ciascun contratto" (si veda S. SCHIPANI (a cura di), *Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, III, Milano, 2007, p. 265). Non pare invece da accogliere la lettura secondo cui con *initium contractus* si tratta "della considerazione del 'comportamento iniziale' in un senso atecnico, non giuridicamente determinato [...]" (T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 224). Il contenuto dell'affermazione potrebbe certo ben essere considerato come generale, ed in tal modo è considerato da diversi autori in dottrina (oltre a T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 224, si veda ad esempio anche F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 172), ma dall'andamento del passo e dalla soluzione prospettata è chiaro che quanto su cui le parti si siano accordate è uno degli elementi che servono ad inquadrare la fattispecie come mandato piuttosto che non deposito.

<sup>128</sup> Circa l'assenza del mandato dall'elenco di D. 50,16,19, si veda quanto precedentemente osservato.

labeoniana in D. 50,16,19. La visione della fattispecie nella sua interezza (*unius uisusque contractus initium [...] et causam*) lascia trapelare come il *contractus* sia pure qui considerato dalla prospettiva anche del rapporto, dell'*obligatio* e con obblighi anche accessori che derivano per le parti dalla *fides bona* che caratterizza appunto l'*oportere* che sorregge la struttura.

Rilevanti sono poi i riferimenti al pensiero labeoniano che possiamo ricavare da altri due frammenti: D. 18,1,80,3 e D. 19,5,19 pr.

### 3.2. D. 18,1,80,3 (*Labeo libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*)

Il primo dei frammenti citati è richiamato in dottrina al fine di dare esemplificazioni circa il come Labeone si fosse misurato con il problema della "incertezza contrattuale"<sup>129</sup> il testo è il seguente:

D. 18,1,80,3 (*Labeo libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*) *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.*

In tale passo è possibile vedere che il giurista augusteo esclude l'applicazione del regime della vendita nel caso in cui sia previsto che la proprietà della cosa non passi al compratore<sup>130</sup>, ma la fattispecie viene ricondotta allo schema della locazione oppure "di un altro genere di contratto".

Di recente è stato osservato come sia verosimile che il frammento abbia tratto origine da un caso concreto<sup>131</sup> e, sebbene i *Posteriores* di Labeone, compendiate ed annotate da Giavoleno "subirono con ogni verosimiglianza altre manipolazioni ad opera di maestri postclassici e (o) dei compilatori giustinianeï"<sup>132</sup>, larga parte della dottrina sembra propensa a riconoscere come labeoniana la paternità del passo inclusa la chiusa finale con il riferimento all'*aliud genus contractus*<sup>133</sup>. Se "la più prudente e risa-

<sup>129</sup> M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 439.

<sup>130</sup> Si veda la lettura offerta in M. TALAMANCA, s. v. *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano 1993, p. 314 (ed ivi n. 109) così come la traduzione proposta in S. SCHIPANI (a cura di), *Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, III, cit., p. 356 ("Non si considera che taluno abbia venduto quella cosa, della cui proprietà in concreto si conclude che non passi al compratore, ma si tratta di una locazione o di un altro genere di contratto"). Sulle obbligazioni del venditore, ancora, M. TALAMANCA, s. v. *Vendita (diritto romano)*, cit., pp. 378 ss.

<sup>131</sup> R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, cit., p. 320. Su ipotesi riguardanti quale avrebbe potuto essere tale caso concreto v., ad es. M. TALAMANCA, s. v. *Vendita (diritto romano)*, cit., p. 314, n. 109); cfr. F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 175, n. 30.

<sup>132</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 175.

<sup>133</sup> Si veda ad esempio, F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., pp. 175 ss. ove esclude che possa essere ricondotto al pensiero di Giavoleno in base al fatto che "è certo, più in generale, che i sabiniani tenevano fermo il quadro della tipicità contrattuale" (p. 178); R. SANTORO, *Il con-*

lente interpretazione”, supportata anche nella romanistica contemporanea, propendeva a considerare tale riferimento come effettuato agli altri contratti nominati diversi dai due menzionati<sup>134</sup>, un nuovo ampio e recente filone prende tutt'altra direzione, sottolineandosi, ad esempio, come “l'espressione *aliud genus contractus* non può alludere certo alla *societas* (o, se si vuole, s o l t a n t o alla *societas*)”<sup>135</sup>.

Altro punto discusso, a questo collegato, è quello circa la possibilità di rinvenire o meno, nel passo, il riferimento una figura generale di contratto<sup>136</sup>. Sembra tuttavia che, sebbene emergano incongruenze che di sicuro segnalano la presenza di rimaneggiamenti<sup>137</sup>, dall'altro lato, il fatto che nella fattispecie descritta sia rinvenibile un più o meno esplicito consenso tra le parti ed una struttura sinallagmatica sembra confermare un uso labeoniano di *contractus* come categoria potenzialmente aperta anche all'atipicità, in particolare alla luce di una lettura coerente del testo in esame con la *definitio* contenuta in D. 50,16,19<sup>138</sup>. Anche qui, se si tende

---

tratto, cit., pp. 115-116; si veda anche B. ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere', cit., p. 220 e la bibliografia richiamata nella nota 220, ecc. La possibilità che la chiusa sia un glossema è paventata, invece, da Talamanca (M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 103, n. 261); così come che la chiusa finale non sia attribuibile a Labeone è sostenuto, ad esempio, ancora in M. SARGENTI, *La sistematica pregaiana*, cit., p. 480; a cui può aggiungersi, di recente, M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani*, cit., p. 112.

<sup>134</sup> Per il virgolettato, si veda R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, cit., p. 320, che fa riferimento a *Gl. 'genus contractus'* a D. 18,1,80,3.

<sup>135</sup> Ad avviso di Albanese, infatti, tale passo “mostra chiaramente come per Labeone il termine *contractus* si estenda al di là degli esempi di *ultro citroque obligatio* richiamati espressamente in D. 50,16,19 (vendita, locazione, *societas*)” ed a tale affermazione collega quella ora riportata nel testo, cfr. B. ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere', cit., p. 220; circa un'estendibilità a figure atipiche ancora, ad es. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 117.

<sup>136</sup> Talamanca nega questa ipotesi ricostruttiva sostenendo che *aliud genus contractus* “può qualificarsi come *contractus* proprio perché sta a cavaliere di due figure conosciute”, M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 103, n. 261. Gallo, che bolla quest'ultima lettura come il sostenere con una forzatura un'altra forzatura, sottolinea che “Labeone espresse la propria nozione di contratto, formulando una definizione per genere e differenza specifica, avente come tale valore generale (abbracciante precisamente le specie della categoria, vale a dire tutti i casi in cui si rinvenivano gli elementi segnalati). E le parole *aliud genus contractus* evocano ogni altro tipo di contratto diverso da quelli prima menzionati, senza l'annuncio di restrizioni”, F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 179. Brutti, ancora, sottolinea come in tale fattispecie “è possibile rinvenire un sinallagma: vi è una reciprocità di vincoli che le parti intendono costituire (e di adempimenti ai quali si impegnano); perciò vi è un contratto. Può non essere inquadrato nella vendita o nella *locatio*. Può essere altro, una figura atipica, fuori dagli stampi consolidati”, M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 439.

<sup>137</sup> Basti pensare, ad esempio, alle sfasature riguardanti l'impiego dei tempi verbali segnalate nel già richiamato R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 115-116.

<sup>138</sup> Della difficoltà di “negare una sostanziale coerenza tra le soluzioni prese in relazione ai singoli casi di specie e quella della *definitio* generale” parla, citando Burdese, includendo tra i casi di specie anche quello del passo di cui qui si discute, anche Dalla Massara (cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 120).

ad osservare la fattispecie nella sua interezza, è in dubbio la qualificazione del rapporto, ma non è in dubbio che si instauri un *contractus* e dunque un relativo rapporto in termini di *oportere* caratterizzato da una reciprocità<sup>139</sup>.

### 3.3. D. 19,5,19 pr. (Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum)

Altro passo in cui appare il termine *contractus* ed è altresì collegato all'apprestare di un *agere praescriptis verbis*, è:

D. 19,5,19 pr. (Ulpianus libro 31 ad edictum) *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 mutuatam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.*

Nel passo si può vedere che ad *Ego* sia stato richiesto di dare del denaro a mutuo, tuttavia, non avendo del denaro a disposizione, ha dato una cosa da vendere cosicché il prezzo ricavato avrebbe potuto essere poi trattenuto come mutuo, si tratterebbe quindi di una fattispecie di mandato di vendita con autorizzazione a trattenere il *pretium* a titolo di mutuo. La questione che si pone è quella relativa all'azione esperibile nel caso in cui la cosa non fosse stata successivamente venduta oppure se, anche qualora fosse stata venduta, non fosse stato comunque ricevuto il denaro a mutuo. In questo caso Labeone suggerisce che sarebbe più sicuro *agere praescriptis verbis* come se fosse stato concluso un affare integrante un contratto con una propria individualità.

Inutile sottolineare che anche con riferimento a questo passo le discussioni tra gli studiosi sono state e permangono piuttosto accese. In passato, tranne non molte eccezioni<sup>140</sup>, il passo era considerato come soggetto a piuttosto rilevanti rimaneggiamenti<sup>141</sup>. Le tematiche più discusse che emergono in relazione a tale passo sono legate all'attribuibilità di paternità labeoniana all'impiego di *agere praescriptis verbis* e, come nei passi precedentemente analizzati, di *contractus*.

Un nodo da sciogliere è senz'altro quello relativo alla chiusa "*quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*" che è stata oggetto di diversi sospetti<sup>142</sup>, ma che pare non siano, tuttavia, insuperabili. Ad esempio

<sup>139</sup> Si vedano le osservazioni in M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani*, cit., p. 112.

<sup>140</sup> Si veda ad esempio, P. MEYLAN, *Origine et nature de l'action praescriptis verbis*, cit., p. 88.

<sup>141</sup> Si veda ad esempio, E. LEVY, E. RABEL (a cura di), *Index Interpolationum*, I, 1929, Weimar, p. 378.

<sup>142</sup> Si veda ad esempio A. BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, cit., p. 128, n. 32

è stato rilevato come la clausola in questione “tradisce infatti una certa prudenza ed un certo sforzo” che forse, nella sostanza, Ulpiano non avrebbe compiuto<sup>143</sup> e tale rilievo ben si collega con altri in cui si sottolinea una “apprezzabile cautela nel proporre una via nuova per la tutela della convenzione atipica considerata, in merito alla quale mancava, nell’editto pretorio, la previsione di un *iudicium*”<sup>144</sup>, *negotium* sarebbe poi stato qui impiegato, ancora secondo quest’ultimo orientamento, nel significato di “affare” e *proprius* nell’accezione di contrapposto a “comune”<sup>145</sup>. L’attribuibilità a Labeone del passo è riconosciuta anche da altri Autori<sup>146</sup> pure se, tuttavia, partendo dalla prospettiva per cui sembra che “le parti vogliono raggiungere il risultato economico attraverso due contratti”<sup>147</sup>, ritengono che tale rapporto “non può essere identificato con un contratto atipico – e tantomeno con un contratto sinallagmatico, non essendo caratterizzato da un’*ultro citroque obligatio* né nella parte riconducibile al mandato (o a un contratto estimatorio ad esso affine) né in quella coincidente con un mutuo”<sup>148</sup>. A parte i rilievi già autorevolmente formulati nella romanistica<sup>149</sup>, sembra, in realtà, difficile non vedere una bilateralità nella fattispecie così come complessivamente delineata nel passo letto nel suo insieme (tendenza tra l’altro che Labeone mostra anche nei due passi pre-

---

che mette in luce una ‘vicinanza’ tra la l’espressione *quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus* che si trova in conclusione del frammento di cui si discute e l’espressione, cui difficilmente potrebbe non riconoscersi paternità ulpiana, *quasi alio negotio gesto* che ricorre in D. 19,5,13 pr. riguardo un caso in cui il giurista suggerisce l’impiego di un’azione *in factum* rispetto ad una di mandato o di società; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p. 169 che sottolinea “un oscuro e superfluo intreccio tra «*negotium*» e un poco accettabile «*proprius contractus*»”; Talamanca che evidenzia, tra i vari aspetti, come “la ripetizione fra il *negotium gestum* ed il *proprius contractus*” mostri “il sovrapporsi di due diverse terminologie”, M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 103, n. 261 ecc.

<sup>143</sup> A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 92 il cui riferimento allo sforzo del giurista augusteo è ripreso in A. BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, cit., p. 128.

<sup>144</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 181. Ove prosegue evidenziando come “espressione di cautela” il congiunto impiego di *quasi* e di *quidem*. Che l’accostamento di *quasi* e *quodam* “esprime una sfumatura di significato ben precisa, e cioè la volontà di attenuare l’arditezza di un paragone” è precisato in M.F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR*, 105/2011, pp. 158-159.

<sup>145</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 181.

<sup>146</sup> Si veda il rinvio a Santoro (la cui opinione sarà a breve riportata anche qui) contenuto in M.F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., p. 156, in particolare n. 46 e ancora, in riferimento all’ultima frase p. 158.

<sup>147</sup> M.F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., p. 156.

<sup>148</sup> M.F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., p. 159.

<sup>149</sup> Betti, ad esempio, sosteneva che l’*inter nos* presente nel tratto prima di *gesto* è “= *ultro citroque*”, E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., p. 32; Santoro, dal canto suo, pone in essere una ricostruzione volta a dare risalto alla bilateralità precisando poi che “*negotio quodam inter nos gesto*” non può significare altro che un negozio atipico è stato posto in essere dalla concorde volontà delle parti”, R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 141.

cedentemente analizzati). Il fatto che *negotium gestum* – *contractus* siano al singolare suggerisce infatti che la fattispecie non sia stata vista come composta da negozi distinti, ma sia stata considerata nel suo insieme come combinazione di elementi eterogenei, tuttavia, interconnessi tra loro che creano, appunto, una figura avente una propria individualità<sup>150</sup>, mostrando altresì un’attenzione alle specificità delle convenzioni ed al cogliere le individualità delle stesse che pare non essere del tutto isolata in quanto a noi pervenuto del giurista augusteo ed in realtà che pare altresì esser poi stata trasmessa nella *secta* da lui fondata<sup>151</sup>. Sembra, pertanto, non potersi escludere, nella sostanza, che Labeone “diede il suggerimento, per la convenzione atipica considerata, di agire con lo strumento-espediente della *praescriptio*, come se (quasi che) fosse intervenuto tra le parti l’affare (= assetto di interessi, quel determinato o certo assetto di interessi) di (per il quale è predisposto) uno specifico contratto, evidentemente tipico”<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Cfr. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 86.

<sup>151</sup> Potrebbe, infatti, essere tracciato un parallelismo tra l’espressione *proprius contractus* di D. 19,5,19 pr. e la parte finale di I. 3,23,2 ove si legge che Proculo considerava la permuta come una *propria species contractus* separata dalla vendita (I. 3,23,2 [...] *sed Proculi sententia, dicentis permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito praevaluit, cum et ipse aliis Homeris versibus adiuvatur et validioribus rationibus argumentatur. quod et anteriores divi principes admiserunt et in nostris digestis latius significatur*. Sul punto fondamentale F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., pp. 85-87). Sciandrello legge, a sua volta, nel passo ora in D. 19,5,19 pr. una conferma dell’attenzione di Labeone alle specificità di ogni singola convenzione (E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, cit., p. 192). In realtà si potrebbe forse leggere questa testimonianza anche in parallelo con quella già vista in D. 17,1,8 pr. e notare che qui, tenendo conto dell’*initium* e della *causa* nel significato che lì era stato a questi dato, non si rientra appunto nell’ambito di una fattispecie già tipicamente protetta, ciò nonostante il giurista coglie l’individualità della figura proprio ponendo attenzione sulle specificità della stessa così come delineata nella *ultra citroque obligatio* assunta nel quadro della *conventio* posta in essere tra le parti.

<sup>152</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 181. Saccoccio ha chiarito come nel caso in questione il paragone richiamato dal *totius* potesse esser riferito non soltanto all’*actio mandati*, ma anche alla *condictio* per il caso di mancata recezione, perdita o consumazione del prezzo (A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 408, n. 79). Fiori (M.F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., p. 158) sottolinea come il giureconsulto abbia preferito suggerire di agire in tal modo “perché questa modalità di azione – *l’agere praescriptis verbis* – poteva da un lato garantire risultati più ampi della *condictio*, e dall’altro superare i dubbi di qualificazione giuridica dell’incarico di vendere, anche in considerazione della struttura del mandato costruito dalle parti, pericolosamente vicino a un *mandatum tua gratia*”. Riferimento ad un “invalido” *mandatum tua gratia* è compiuto anche da M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 87 (sul punto, in riferimento al profilo dell’azione si veda oltre). Nel leggere, tuttavia, la fattispecie nel suo insieme, il rischio di finire in un *mandatum tua gratia* pare sia sensibilmente ridotto quantomeno dal richiamo alla figura del mutuo posto all’inizio che giunge a rendere la fattispecie più complessa. Possono venire, infatti, così in rilievo ad esempio degli interessi del ‘mandante’ a liberarsi dell’oggetto facendo sì che delle attività connesse alla vendita si faccia carico l’altro soggetto.

In particolare, quindi, il riferimento al *negotium gestum* di un *proprius contractus* dimostra come, anche in questo caso, la complessità negoziale del concreto assetto di interessi su cui le parti avevano raggiunto l'accordo (mandato di vendita con autorizzazione a trattenere il *pretium* a titolo di mutuo) venga riletta da Labeone in chiave unitaria attraverso la categoria del *contractus* nella quale non è escluso il profilo strutturale della *ultro citroque obligatio*, anzi, sembra si possa convenire con quanto recentemente sottolineato in dottrina circa il fatto che sia "evidente la reciprocità delle obbligazioni voluta dalle parti"<sup>153</sup> e che il giurista abbia ritenuto meno rischioso "far valere la sinallagmaticità implicita nell'operazione e concedere l'*actio praescriptis verbis*"<sup>154</sup> agganciando la fattispecie alla nozione da lui proposta di *contractus*.

### 3.4. D. 4,3,9,3 (*Ulpianus* libro undecimo ad edictum)

Altro testo particolarmente rilevante in questa sede è D. 4,3,9,3:

(*Ulpianus libro 11 ad edictum*) *Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos de iudicetur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta conditione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. Sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo. Quae distinctio vera esse videtur.*

Viene qui richiamata l'opinione di Labeone su di un caso piuttosto complesso nel quale vi è una disputa in giudizio tra Tu e Tizio rispetto a dell'olio ed una delle parti, Tu, ha depositato lo stesso, oggetto della controversia, presso un terzo, Seio, affinché questi lo vendesse e ne conservasse il prezzo sino a quando fosse poi stato stabilito dal giudice di chi fosse effettivamente stato l'olio ed il prezzo ricavato dalla vendita fosse poi stato in base a ciò attribuito a Tu oppure a Tizio. Tuttavia, Tizio, probabilmente *sciens* del deposito con incarico alla vendita concluso tra Tu e Seio, ha rifiutato di *accipere iudicium* impedendo dunque la possibilità del realizzarsi della condizione apposta. Labeone, rispondendo (è lecito presumere) soltanto circa i mezzi esperibili contro Tizio ammette, la possibilità dell'esercizio dell'*actio de dolo* da parte di Tu. Pomponio e poi Ulpiano ammettono la possibilità dell'esperimento dell'*actio de dolo* da parte di Tu contro Tizio, soltanto dopo che Tu abbia infruttuosamente esperito un'*actio praescriptis verbis* contro Seio.

<sup>153</sup> M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani*, cit., p. 112.

<sup>154</sup> A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p. 408.

Tale passo si è prestato ad essere la base per un'impostazione secondo la quale Labeone non impiegò mai l'*actio/agere praescriptis verbis*<sup>155</sup>; tuttavia, possano darsene, appunto, letture che non lo rendono poi così stridente con gli altri già visti<sup>156</sup>.

Vi è una differenza tra la soluzione proposta da Labeone e quella di Pomponio seguita da Ulpiano che, con il "*sed*" posto all'inizio della frase, sembra abbiano ripreso la soluzione labeoniana, ma accostandola ad un'ulteriore tutela per Tu<sup>157</sup>, tutela svolta tramite l'*actio praescriptis verbis* che però Labeone non menziona. In dottrina ci si chiede il perché di una simile scelta da parte di Labeone e diversi sono stati i tentativi di darvi risposta<sup>158</sup>, tuttavia, per sciogliere il problema è necessario far riferimento a quanto di recente è stato puntualmente osservato sottolineando che, in base al tenore letterale del testo, ossia alla forma *deposueris*, e dunque della seconda persona singolare, "parrebbe che il sequestro sia stato un'iniziativa unilaterale di Tu: non è necessario pensare a un accordo con Tizio, essendo sufficiente, perché Tu potesse accusare l'altra parte di comportamento doloso nel non *accipere iudicium*, che questi fosse *sciens*. Dovremmo dunque pensare a un contratto (tra Tu e Seio) parzialmente a favore di un terzo (Tizio)"<sup>159</sup>.

Proprio qui sono gli elementi che permettono di far luce sulla vicenda: anche Pomponio ed Ulpiano suggeriscono di agire *ex dolo* contro Tizio (pur se in via subordinata all'insolvenza di Seio) il quale nel rapporto con-

<sup>155</sup> Si veda ad esempio M. SARGENTI, *Labeone*, cit., pp. 65 ss.

<sup>156</sup> Su quest'altro fronte si veda, ad esempio, F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 210 che critica, tra l'altro, appunto, la posizione del Sargenti testé richiamata.

<sup>157</sup> Cursi e Fiori parlano al riguardo di tutela raddoppiata nei confronti di Tu, cfr. M.F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., p. 165.

<sup>158</sup> Gallo, ad esempio, sottolinea che Tu aveva probabilmente stipulato con Seio dei contratti (mandato e sequestro) congiunti il cui evento dedotto in condizione sospensiva (la *res iudicata*) non si era verificato ed appunto tale mancato verificarsi della condizione "precludeva, per Labeone, l'esperimento dell'azione contrattuale quale essa fosse" F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 210. Tuttavia si può vedere da altri passi (come quello della vendita della *bibliotheca* campana, ora in D. 18,1,50 Ulpianus *libro 11 ad edictum* che sarà analizzato nelle prossime pagine) come Labeone avesse previsto la possibilità di agire *praescriptis verbis* in casi di condizioni sospensive per cui si sarebbe in epoca a lui successiva finto l'avveramento. Talamanca sintetizzava così i requisiti presenti in D. 4,3,9,3 che in altri casi avevano indotto Labeone a suggerire di agire *praescriptis verbis*: "si tratta, in primo luogo, di una fattispecie di cui non erano stati integrati esattamente i presupposti, in quanto – per il sequestro – mancava almeno il deposito effettuato da entrambi i contendenti; in secondo luogo, ove si cogliesse, come si è accennato, un collegamento fra il sequestro stesso ed il mandato, ciò poteva render dubbio se si fosse integrata l'una o l'altra di tali figure; infine, e questo aspetto era esplicitato dallo stesso Labeone, a parte i profili relativi all'individuazione della fattispecie, la condizione non si era ancora verificata" (cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., pp. 93-94).

<sup>159</sup> M.F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., p. 162, ove proseguono poi spiegando che la fattispecie è ulteriormente complicata dal fatto che oltre alla custodia della *res*, Tu abbia altresì chiesto a Seio di venderla e custodirne il prezzo sino alla pronuncia della sentenza.

trattuale tra Tu e Seio rientra soltanto perché Tu ha voluto così e Seio ha accettato l'incarico'. È tuttavia tra Tu e Seio che può ipotizzarsi esservi è stata una *conventio*, Tizio, da quanto suggerisce la lettura richiamata è sul punto rimasto sullo sfondo, non è parte diretta della *conventio* e del meccanismo della *ultro citroque obligatio*. Per quanto si può vedere ancora oggi dal testo, Labeone, sul punto, si stava con buona probabilità pronunciando soltanto circa l'azione esperibile contro Tizio. Quest'ultimo però, da un lato non era parte del contratto tra Tu e Seio poiché appunto non aveva prestato il proprio consenso e non era direttamente entrato nel meccanismo di *ultro citroque obligatio* instauratosi tra le parti di quel contratto; dall'altro lato, a quanto si legge, pare che coscientemente abbia impedito l'avveramento dell'evento dedotto, in quel contratto, quale condizione<sup>160</sup>. Al fine di potersi aprire la via alla tutela tramite *actio de dolo*, come visto, è stato spiegato che sarebbe stato sufficiente che Tizio fosse stato *sciens*<sup>161</sup>.

Per dare una lettura che possa essere coordinata con quanto accade anche nei casi ora in D. 18,1,50; D. 19,5,20 pr. e D. 19,5,20,2; D. 19,5,17,1<sup>162</sup>, Labeone da quanto leggiamo non si stava pronunciando sul

---

<sup>160</sup> Si veda la fattispecie come ricostruita in M.F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., p. 162, n. 66. Spiega, inoltre, Fiori in un suo ancor più recente lavoro, che in Labeone l'imputazione ad una parte della responsabilità o del rischio doveva essere condizione necessaria per l'impiego dell'*agere praescriptis verbis* e come esempio al riguardo richiama proprio D. 4,3,9,3 osservando come qui "Labeone non attribuisce l'*agere praescriptis verbis* (a differenza di Pomponio) contro l'altra parte incolpevole della perdita subita dall'attore, ma solo l'*actio de dolo* contro un terzo" (cfr. R. FIORI, 'Contrahere' in Labeone, cit., p. 322, n. 44).

<sup>161</sup> In tal senso con relativi riferimenti alle fonti ed alla bibliografia, M.F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., p. 162, n. 66. Ciò serve a dare risposta ad obiezioni, quali quella di Talamanca (M. TALAMANCA, *Note*, cit., p. 201) che parla della necessità di una qualche intesa tra Tizio e Tu poiché altrimenti non si sarebbe potuta esperire neanche l'*actio de dolo*.

<sup>162</sup> Si tratta di D. 18,1,50 (Ulpianus libro undecimo ad edictum) *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponere, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. Ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur*; D. 19,5,20 pr. e D. 19,5,20,2 (Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum) pr. *Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dederis, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. Et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares. [...] 2. Si, cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit et, cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere*; D. 19,5,17,1 (Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum) *si margarita tibi aestimata dederis, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat con-*

come agire contro Seio, ma sul come agire contro Tizio e quindi non avrebbe suggerito il ricorso all'impiego dell'*actio praescriptis verbis* nei confronti di Seio poiché qui, diversamente dagli altri casi testé richiamati, il mancato verificarsi dell'evento dedotto in condizione non può essere, seppur in via generale, attribuito ad una delle parti del contratto<sup>163</sup>. Labeone può aver visto che da parte di Seio, non vi sia stata alcuna violazione di quanto sarebbe stato tenuto a fare secondo buona fede e dunque contro di lui Labeone non riconosceva la possibilità di agire *praescriptis verbis*<sup>164</sup>. Per quanto riguarda, invece, le opinioni di Pomponio ed Ulpiano si deve prestare attenzione al fatto che questi, invece, pare si pongano da una prospettiva diversa (ed il *sed* in apertura pare potersi considerare un segnale al riguardo) e si pronunciano non solo sul come si sarebbe dovuto agire contro Tizio, ma anche su come si sarebbe dovuto agire contro Seio. Anzi, i giuristi più recenti ritengono come l'azione contro Tizio debba essere esperita soltanto in via residuale in caso di infruttuosità dell'esperimento dell'azione contro Seio in base al contratto che lo lega con Tu, vista, questa, appunto come prima strada da percorrere.

### 3.5. Altro citroque obligatio e profili riguardanti le azioni (cenni)

Alla luce dell'analisi svolta sino ad ora, pare confermato il fatto che Labeone, da un lato, avesse avuto in qualche modo presente un'idea generale di contratto che si poneva al di sopra della tipicità ed atipicità<sup>165</sup>, dall'altro, che alla luce di questa si sia sforzato di trovare soluzioni per casi, in generale, di "incertezza contrattuale" anche ove, seppur facendo riferimento a quella che oggi potremmo definire come la 'funzione oggettiva' del negozio, fosse stato possibile inquadrare in linea di massima un determinato caso in un tipo, ma il caso presentava degli elementi di 'atipicità' che rendevano rischioso il ricorso all'impiego di azioni tipiche.

---

*sensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.*

<sup>163</sup> Il "non verificarsi della condizione non dipendeva da un comportamento di Seio, mandatario e depositario, bensì dal rifiuto di Tizio di *iudicium accipere*" (F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 210). In altri termini, "non poteva farsi riferimento, al principio secondo cui la condizione si ha per verificata quando la parte, che ha interesse contrario al suo avveramento, lo impedisce. Il mancato avveramento non dipendeva infatti dal *sequester*, bensì dal soggetto che aveva vantato la proprietà dell'olio, rifiutando quindi di accettare il relativo giudizio" F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 232.

<sup>164</sup> M.F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., p. 165 che puntualizzano altresì che "anzi, qualora egli avesse effettuato la restituzione a favore di uno dei due litiganti, avrebbe addirittura violato l'impegno assunto di conservare la somma fino alla sentenza e di restituirla al vincitore".

<sup>165</sup> Si è qui parafrasato quanto da Dalla Massara osservato con riferimento ad Aristone, ma che pare, appunto alla luce della ricostruzione svolta, possa estendersi anche a Labeone, cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 87.

Sicuramente Labeone doveva appagare un'esigenza<sup>166</sup> "ad un tempo pressante ed elementare in un ambiente di intensi traffici sotto la vigenza di un sistema processuale quale quello *per formulas*"<sup>167</sup> nei confronti del quale anche sulla base di quanto emerge dalle informazioni biografiche riportate, non avrebbe potuto (o forse voluto) far molto in modo diretto<sup>168</sup>. Tuttavia sembra che abbia avuto in mente uno schema generale (delimitato da un *initium* ed una *causa*) entro il quale ricondurre i casi in cui la "incertezza contrattuale" – come si diceva, una mancata precisa coincidenza tra la fattispecie ed il tipo delineato nell'editto, sia per ragioni che avrebbero potuto creare problemi con riferimento ad un tipo già individuato/abile (avveramento fittizio della condizione sospensiva) che di difficoltà ad inquadrare la fattispecie stessa in un tipo già esistente (D. 19,5,19 pr.) – avrebbe potuto creare problemi ove si fosse esperita un'azione non perfettamente adeguata<sup>169</sup>. Nel prendere a modello i contratti consensuali quali la compravendita, la locazione e la società e con un richiamo al *συνάλλαγμα*, ponendo l'accento sulla struttura, sull'*ultro citroque obligatio* (ed implicitamente sul consenso), attraverso l'impiego della *praescriptio* in luogo del richiamo alla 'funzione oggettiva tipica' nella *demonstratio*, giunge ad offrire per questi casi una tutela fondata su di un *oportere ex fide bona*, nel rispetto, tra l'altro, del principio di uguaglianza<sup>170</sup>; di un equilibrio tra le parti.

L'identità dell'*intentio*, sia nella formula impiegata nell'*agere praescriptis verbis*, sia in quelle che nell'editto erano fornite a tutela di singoli contratti (consensuali) che li avevano già un *nomen*, faceva sì che fosse garantita, anche per i casi incerti, una tutela che era, oltre che adeguata, anche,

---

<sup>166</sup> Esigenza che, vale la pena sottolineare sin da ora, sembra sia sottesa anche alla costruzione che troviamo adottata in D. 2,14,7,2 e che può essere collegata alla constatazione di Ulpiano riportata in D. 19,5,4 (su entrambe si veda *infra* nel prossimo cap.).

<sup>167</sup> F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 230.

<sup>168</sup> Ad esempio, secondo Gallo, Labeone non avrebbe potuto né introdurre un'*actio ad hoc*, né suggerire al *pretore pro tempore* di farlo in quanto conscio del fatto che tale soluzione era in contrasto con la corrente di giuristi allineati rispetto all'ideologia del principato. Chiarisce, infatti, l'Autore che "Accogliendola, il pretore *pro tempore* sarebbe divenuto inviso ad Augusto, <ciò avrebbe potuto influenzare gli sviluppi del proprio cd. *cursus honorum* e quindi forse il pretore stesso non avrebbe accettato di compiere tale passo, inoltre Augusto [...] aveva comunque l'*auctoritas* sulla *respublica* e, con essa, il potere per farla poi espungere dall'editto". (cfr. F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 224).

<sup>169</sup> Si vedano ad esempio i rilievi precedentemente svolti (richiamando anche M.F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., p. 147 e M. TALAMANCA, s. v. *Processo civile*, cit., p. 39, n. 290) con riferimento ai rischi che si potevano correre esercitando un'azione poi non riconosciuta come adeguata.

<sup>170</sup> È, chiarito in F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 64 che l'identità dell'*intentio* sia nella formula impiegata nell'*agere praescriptis verbis* che in quelle che nell'editto erano fornite a tutela di singoli contratti (consensuali) che li avevano già un *nomen*, faceva sì che fosse garantita, anche per i casi incerti, una tutela che era, oltre che adeguata, anche, in definitiva rispettosa del principio di uguaglianza.

appunto, in definitiva rispettosa del principio di uguaglianza<sup>171</sup>; risultato più difficilmente perseguibile tramite il ricorso non tanto alle *actiones utiles* quanto, soprattutto, alle *actiones con intentio in factum concepta* disposte con decreto dal pretore con riferimento al caso specifico oltre i limiti cui potevano analogicamente estendersi i mezzi processuali predisposti dall'editto<sup>172</sup>.

### 3.6. Rilievo dell'esecuzione di una prestazione, di un'attività prodromica o dell'inerzia contraria alla bona fides nel caso della bibliotheca in D. 18,1,50 (Ulpianus libro undecimo ad edictum)

Un ultimo aspetto da trattare con riferimento all'apporto di Labeone al tema del contratto, sebbene sino ad ora non sembra abbia attratto grande attenzione da parte della dottrina, è quello per cui uno spunto viene comunque offerto da lucide osservazioni secondo cui in Labeone "l'idea di reciprocità riguarda di solito il contenuto delle volontà delle parti [quindi le obbligazioni], ma in qualche caso è direttamente riferita alle prestazioni", una "crea il vincolo; l'altra rappresenta il necessario adempimento. Proprio quest'ultimo schema viene ripreso da Aristone, attorno alla fine del primo secolo d.C. ed avrà fortuna, fino ad essere accolto dalla giurisprudenza severiana"<sup>173</sup>.

Anche altra autorevole dottrina, nel mettere in luce come in D. 2,14,7,2 sia "consapevolmente, elevato ad elemento costitutivo della fattispecie l'adempimento di una delle due prestazioni previste dalla convenzione sinallagmatica"<sup>174</sup>, precisa, in realtà, in una nota che vada "in effetti, rilevato come nella prassi labeoniana quale – più o meno lacunosamente – noi la conosciamo, è soltanto in D. 18,1,50<sup>175</sup> che sembra si possa intentare l'azione denominata *praescriptis verbis*, senza che risulti l'esecuzione di una delle due prestazioni"<sup>176</sup>.

<sup>171</sup> F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 64.

<sup>172</sup> Si veda sul punto, F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., pp. 64-65 ove è anche criticata la teoria del Selb (W. SELB, *Formulare Analogien in 'actiones utiles' und 'actiones in factum' vor Julian*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, V, Milano, 1984) tendente, ad avviso di Gallo, ad "appiattare, nella visuale dell'analogia, le *actiones in factum* decretali su quelle *utiles*" le quali, pur presentando delle affinità, quali il fatto di essere pretorie e non contemplate nell'editto, presentano tuttavia anche delle differenze.

<sup>173</sup> M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 442; si vedano comunque anche i rilievi svolti in p. 441 con riferimento a quanto in D. 19,5,20 pr. e 2.

<sup>174</sup> M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 101.

<sup>175</sup> Il passo sarà richiamato e brevemente commentato poco oltre.

<sup>176</sup> M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 101, n. 255; il rilievo della corrispettività delle prestazioni che viene talvolta ad essere il presupposto per il riconoscimento di carattere vincolante a negoziazioni atipiche è altresì colto in M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani*, cit., p. 110.

La testimonianza riportata in D. 50,16,19 pare possa considerarsi come una “*definitio*” di contratto ascrivibile, quantomeno alla luce della ricostruzione sin qui posta in essere, a Labeone. Tuttavia, osservando la “più o meno lacunosa” ‘prassi labeoniana’ che ci è giunta, notiamo come, quando si tratta dell’esercizio dell’azione o comunque del trovare delle soluzioni per casi ‘concreti’ che Labeone suggerisce basandosi, pare, più o meno consapevolmente, su di una nozione generale di contratto, la maggior parte delle volte si tratta di casi in cui, accanto alla presenza di un accordo ed *ultro citroque obligatio*, sia eseguita (ovvero non eseguita, ma avrebbe dovuto esserlo in base a quanto concluso tra le parti) una delle prestazioni principali o quantomeno una ‘attività’ che potrebbe essere vista come *lato sensu* prodromica rispetto all’efficacia di un contratto (chiaramente il discorso potrebbe anche valere anche ove, in base alla caratteristiche della fattispecie concreta, le prestazioni debbono venir poste in essere secondo una determinata sequenza, in un determinato ordine). In altri termini, tra i passi ascrivibili al giurista augusteo ve ne sono parte in cui Labeone (ammettendo che sia i contenuti che le formulazioni impiegate siano a lui ascrivibili) pare si muova su di un piano definitorio<sup>177</sup>, altri, relativi a quanto ci giunge dalla sua ‘prassi’, in cui rivolge appunto maggiore attenzione a soluzioni da dare nel caso specifico. Nei casi rientranti in questa seconda categoria, sia che si tratti di casi relativi a contratti già tipizzati che non, la stessa fattispecie descritta è caratterizzata dal fatto che una prestazione (o una ‘attività prodromica’) sia stata eseguita o che, sebbene avrebbe dovuto esserlo, quantomeno in base alla *bona fides*, non lo sia stata.

Se da un punto di vista definitorio/classificatorio, dunque, il modello labeoniano era basato su di un accordo ed una *ultro citroque obligatio*, alla luce degli esempi in cui, come si è visto, pare possibile ritenere che in base a questo siano state date soluzioni, può notarsi il collegamento tra lo svolgimento di una qualche ‘attività’ o un’inerzia riferita ad un accordo produttivo di *ultro citroque obligatio* ed il riconoscimento di tutela alla convenzione e relativa *ultro citroque obligatio*. Con riferimento ai casi ove *lagere praescriptis verbis* (o come denominato) è associato a Labeone, ve ne sono alcuni in cui il fatto che una delle parti abbia posto in essere una delle prestazioni che appaiono chiaramente come “principali” (in quanto legate alla fattispecie che si presenta come tale) emerge in modo più netto<sup>178</sup>. Ve ne sono poi altri,

<sup>177</sup> Si veda in primo luogo D. 50,16,19 e potrebbe in realtà essere questa la ragione per cui tale passo sia poi stato inserito nel *de verborum significatione*, ma anche, per certi versi, D. 18,1,80,3.

<sup>178</sup> Oltre al già analizzato D. 19,5,19 pr. possono al riguardo richiamarsi anche D. 19,5,1,1-2 (Papinianus libro octavo quaestionum) *Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit. 2. Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio.*

quale la fattispecie riportata in D. 19,5,17,1<sup>179</sup> e quelle in D. 19,5,20 pr. e 2<sup>180</sup>, in cui può, tuttavia, notarsi come quantomeno una delle parti abbia comunque svolto un'attività contestualizzabile in un unico *initium* e *causa* relativi ad un accordo a cui sono legate delle prestazioni reciproche, tanto che, con riferimento agli ultimi due casi richiamati, è stato osservato che si tratti di una prospettiva in cui Labeone riferisce la struttura dell'*ultra citroque* direttamente alle prestazioni<sup>181</sup>.

Resta da chiarire brevemente quanto relativo a D. 18,1,50 circa il quale, come già si accennava, si è autorevolmente osservato essere l'unico caso "nella prassi labeoniana quale – più o meno lacunosamente – noi la conosciamo", cui "sembra si possa intentare l'azione denominata *praescriptis verbis*, senza che risulti l'esecuzione di una delle due prestazioni"<sup>182</sup>.

Si tratta del noto passo, a cui si è già fatto brevemente cenno, riguardante la *bibliotheca* ed i *decuriones* campani:

(Ulpianus libro undecimo ad edictum) *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. Ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impletur.*

In questo noto passo Tu vende ad Ego una biblioteca sotto la condizione che i decurioni campani avessero poi venduto ad Ego anche il luogo in cui collocarla. Tuttavia Ego, a causa di quanto dipeso da sé stesso, non è riuscito ad ottenere in vendita la biblioteca dai decurioni. Al riguardo leggiamo che Labeone propone senza dubbio l'esperibilità dell'*actio praescriptis verbis* mentre Ulpiano, riconoscendo a sua volta che sia dipeso dal compratore il mancato avveramento della condizione, ritiene dal canto suo esperibile l'azione da vendita facendo ricorso al meccanismo dell'avveramento fittizio della condizione.

<sup>179</sup> Il testo è richiamato in nota *supra* nel presente capitolo.

<sup>180</sup> Il testo è richiamato in nota *supra* nel presente capitolo.

<sup>181</sup> Cfr. M. BRUTTI, *Diritto privato*, cit., p. 441; ID., *Il contratto nei giuristi romani*, cit., pp. 113-114. Si vedano inoltre, con riferimento D. 19,5,17,1 i rilievi svolti da Cannata che pone in risalto la prospettiva del rischio (cfr. C.A. CANNATA, *Contratto e causa*, cit., p. 40), e si consideri che un simile discorso incentrato sui rischi (tenendo conto delle differenze, quali, ad esempio il fatto che nei D. 19,5,20 pr. e 2, la 'autonomia' del rapporto giuridico a cui è ricollegato l'impiego dell'*agere praescriptis verbis* rispetto ad una vendita sembra meno pronunciata), alla luce di un *initium* e *causa* a cui ricondurre le attività poste in essere, si può *mutatis mutandis* estendere anche al caso riportato in D. 19,5,20,2 ed eventualmente anche a quello in D. 19,5,20 pr., in riferimento al quale lo stesso Cannata specifica che "l'accordo sull'esperimento gratuito non è un accordo gratuito, in quanto anche il proprietario del cavallo – che è un *equus venalis*, cioè offerto in vendita – vi ha un interesse", cfr. C.A. CANNATA, *Contratto e causa*, cit., p. 41, n. 8.

<sup>182</sup> M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 101, n. 255.

A prescindere dal problema del diverso rimedio scelto da Labeone rispetto ad Ulpiano che sembra collegato alle possibilità di scelta dei rimedi che i due giuristi avevano a disposizione<sup>183</sup>, sulla base di questo passo è stato affermato che Labeone aveva creato “un’idea del contratto innominato del tutto slegata dalla necessità dell’esecuzione di una prestazione”<sup>184</sup> mentre da altri studiosi è stato, come appunto più volte accennato, messo in luce il fatto che nel caso ivi rappresentato non risulti l’esecuzione di nessuna delle due prestazioni<sup>185</sup>. Qui sembra tuttavia che sia stata presa in considerazione l’inerzia dell’acquirente nello svolgere un’attività prodromica (alla luce di uno schema unitario delimitato da un *initium* e *causa*) che, in quanto in violazione della buona fede, ha cagionato in qualche modo un ‘detrimento’ per l’altra parte del contratto<sup>186</sup> così come quando negli altri casi una delle parti ha subito detrimento dall’aver svolto una prestazione o comunque dall’essersi, in senso lato, ‘attivata’.

Vale la pena sottolineare, ancora una volta, che, come visto nella ricostruzione svolta nel capitolo precedente, con la creazione dell’*oportere ex fide bona*, la *bona fides* è anche esplicitamente parte integrante dell’*oportere* e andando non solo ad incidere sulle valutazioni relative alla condanna o assoluzione della parte, ma arrivando a plasmare i contenuti dell’*oportere* stesso.

Anche riguardo al modello labeoniano sembra che, in realtà, occorra tener presente la lucida costatazione secondo cui “avviene evidentemente di rado”, nella realtà della pratica, che due soggetti che si trovano in una situazione litigiosa per un affare concluso non abbiano ancora fatto nulla per eseguirlo<sup>187</sup> ovvero, potrebbe aggiungersi, non ve ne sia alcuno rimasto inerte in violazione della buona fede. Rilevante, al riguardo è altresì un’ulteriore osservazione formulata in un recente scritto, ove, nell’introdurre la spiegazione di un caso sottoposto all’attenzione dei giudici italiani nel 1972, si afferma che la “richiesta dell’intervento del giudice fu dov-

---

<sup>183</sup> Il meccanismo dell’avveramento fittizio della condizione pare si possa ritenere come esteso ai negozi *inter vivos* soltanto in epoca imperiale (si veda ad esempio M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 257) e di conseguenza per Labeone sarebbe stato senz’altro preferibile (come si vedrà meglio a breve) far leva sulla *fides bona* che plasma l’*oportere* nel più elastico *agere praescriptis verbis* piuttosto che non correre rischi con la vendita.

<sup>184</sup> C.A. CANNATA, *Contratto e causa*, cit., p. 39.

<sup>185</sup> M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 101, n. 255.

<sup>186</sup> Infatti, in F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 195, al riguardo si parla di “inerzia del compratore in violazione della *bona fides*” ed in R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 113 è sottolineato come, sebbene la circostanza che l’acquirente si procurasse il terreno non fosse stata prevista come impegno dell’acquirente stesso “è pur vero che la buona fede esigeva che egli non frustrasse, attraverso la sua inattività, la possibilità che il contratto di vendita della biblioteca si realizzasse”.

<sup>187</sup> C.A. CANNATA, *Contratto e causa*, cit., p. 41.

ta, come avviene per lo più nella materia contrattuale, all'inadempimento di una delle parti [...] di impegni convenuti" <sup>188</sup>.

Alla luce di ciò dovrebbe forse leggersi lo spostamento di visuale tra la *definitio* labeoniana ed il *responsum* aristoniano, ossia il passaggio dal dar risalto alla reciprocità nella *ultra citroque obligatio* a quella nelle prestazioni <sup>189</sup>. Per quanto dunque nella "prassi labeoniana" la soluzione fornita grazie all'impiego della nozione tracciata in D. 50,16,19 viene proposta in casi in cui, come si è visto, vi sia stato lo svolgimento di una 'attività' o una 'inerzia' occorre, comunque, convenire con l'impostazione secondo cui sarà da quanto leggiamo in D. 2,14,7,2 che potrà vedersi consapevolmente "elevato ad elemento costitutivo della fattispecie l'adempimento di una delle due prestazioni previste dalla convenzione sinallagmatica" <sup>190</sup>.

#### 4. Considerazioni di sintesi

Labeone ha compiuto un 'salto' di significato nella individuazione di una categoria ordinante del *contractus*.

Nelle sue operazioni diairetiche pare abbia sentito l'influenza della scansione muciana del *contrahere* andando tuttavia ad osservarla da una prospettiva diversa e raggiungendo dei risultati diversi. Le più antiche categorie di *contrahere re, verbis* e con elevata probabilità *litteris*, sono state ricondotte al *verbum generale* (che potrebbe verosimilmente esser stato definito così appunto perché raccoglie al suo interno diverse categorie) *actus*; di fronte a questa ha poi innalzato la nuova categoria del *contractus* andando tra l'altro ad impiegare, pare per la prima volta, il sostantivo *contractus* come termine tecnico-giuridico per designarla (il tenere, inoltre, in considerazione la necessità di impiegare un sostantivo per indicare un nuovo oggetto – anche se immateriale – nel momento in cui questo viene ad essere preso in considerazione dagli esseri umani come si è cercato di sottolineare in precedenza <sup>191</sup>, potrebbe fornire, in realtà, anche la controprova del fatto che una prima creazione della categoria sia avvenuta in tale frangente).

Quest'ultima è costruita attorno al nucleo della *ultra citroque obligatio* come caratteristica distintiva della stessa, con il consenso che, diversa-

---

<sup>188</sup> Cfr. F. GALLO, *Consuetudine e nuovi contratti*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 31-32/2011, p. 60.

<sup>189</sup> In F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 53, n. 26 è precisato che la "sinallagmaticità delle obbligazioni non si identifica con quella delle prestazioni. L'impostazione oggi corrente, appiattita sulla seconda visuale, è di ostacolo a cogliere, di primo acchito, le differenze che pure esistono e non sfuggono alla riflessione".

<sup>190</sup> M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 101.

<sup>191</sup> *Supra* cap. IV.

mente dall'impostazione muciana, non viene a svolgere un ruolo centrale, ma resta comunque sullo sfondo. Questa nuova categoria pare risentire l'influenza dell'idea aristotelica di giustizia correttiva negli scambi volta a mantenere compatta la città nella visione dello Stagirita, la società, la quale traspare anche dall'accostamento del nuovo termine tecnico-giuridico latino *contractus* al termine greco συνάλλαγμα.

Al fine, probabilmente, di soddisfare le sempre più sofisticate necessità che emergevano dalla società e dall'economia del tempo, pur se costruita sul modello dei *negotia* emersi nello *ius gentium* e che già ricevevano protezione in termini di *oportere ex fide bona* sulla base della 'funzione oggettiva' degli stessi richiamata dal pretore nell'editto e che doveva emergere dalla formula nella *demonstratio*, è stata però tenuta 'aperta'.

La costruzione intorno alla monolitica *ultro citroque obligatio* poteva infatti godere di un elemento strutturale che permetteva, in termini che potrebbero, appunto, essere accostati all'idea di giustizia correttiva, di far sì che si acquistasse una maggiore agilità rispetto ai modelli arcaici fondati sulla tipicità della forma o comunque di una modalità di 'esteriorizzazione e stabilizzazione' della volontà, ma anche agli stessi modelli, riconosciuti più di recente, che già producevano un *oportere ex fide bona* ove il limite era rappresentato dal numero ridotto di 'funzioni oggettive' di *negotia* a cui era riconosciuta tutela, così come da diverse strettoie che potevano derivare dall'elaborazione che nel corso del tempo andava a stratificarsi intorno a tali tipi. Attraverso la configurazione dell'effetto prodotto da un consenso deformalizzato in termini di *oportere ex fide bona*, qualora si fosse trattato di fattispecie che creavano un'obbligazione "da una parte e dall'altra", si poteva dare tutela sia ai casi che, pur potendo rientrare nei tipi già riconosciuti, recavano degli elementi che avrebbero reso incerto l'esito dell'esperimento dell'azione per eventuali profili di non coincidenza con la disciplina che era stata elaborata con riferimento al singolo tipo, sia fattispecie nuove, che recavano una 'funzione oggettiva' che non permetteva il loro inquadramento diretto in uno specifico tipo già esistente.

Labeone non ha, tuttavia, esteso la propria protezione a tutti i casi in cui si raggiungeva un *consensus* tra le parti, infatti questo non viene neanche direttamente richiamato nel passo in cui troviamo la *definitio* di *contractus* offerta dal giurista, ma il ruolo della volontà delle parti è stato fortemente temperato sulla base della *bona fides* che connota la tipologia di *oportere* prodotto ed altri principi, con la necessaria presenza di un elemento strutturale che aggancia la produzione di effetti alla reciprocità.

Per quanto riguarda il profilo processuale e facendo, ancora, probabilmente leva sulla *bona fides* che, come visto, integra questo 'nuovo' *oportere*, Labeone ha fatto ricorso al rimedio della *praescriptio* ove venivano descritti gli aspetti fattuali in luogo del richiamo, nella *demonstratio*, del *verbum* coincidente con la 'funzione oggettiva' di un tipo già riconosciuto nell'editto.

Dall'analisi di alcune delle principali testimonianze in cui si è visto il giurista augusteo misurarsi con 'casi pratici' è stato possibile notare l'impiego del sostantivo *contractus*, l'apertura dell'offerta di protezione tramite un richiamo a volte diretto all'impiego di azioni con una *praescriptio* a fattispecie caratterizzate da una *ultra citroque obligatio* e recanti elementi, appunto, di differenza rispetto ad un tipo già riconosciuto che potevano potenzialmente rendere problematico l'inquadramento esatto nello stesso, oppure tipi completamente nuovi.

Nel misurarsi con questi casi, si è potuto altresì notare come l'intervento avveniva ove una delle parti avesse eseguito la propria prestazione o, in violazione della *bona fides* che sorregge l'*oportere*, una delle parti fosse anche rimasta inerte andando comunque a 'sbilanciare' il rapporto *ultra citroque* collegato all'*obligatio* e richiedendo, dunque, un intervento correttivo.

Va, infine, rilevato come proprio la definizione di contratto come *συν-άλλαγμα*, nella sua più precisa descrizione strutturale di *ultra citroque obligatio* è indicativa non soltanto della concezione più «restrittiva»<sup>192</sup> del contratto che essa esprime, rispetto ai filoni concettuali che si sono poi svolti nella tradizione romanistica, ma anche dell'emersione di una struttura monolitica che esprime attraverso la sua bilateralità oggettiva l'idea forte di reciprocità quale caratterizzazione del contratto.

---

<sup>192</sup> Su tale espressione G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 48.

## CAPITOLO VII

# CONTRACTVS E ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ IN ARISTONE

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema. – 2. *Conventio* e *contractus* nel «*De pactis*». – 2.1. La prospettiva della *conventio*. – 2.2. Le *conventiones legitimae* e le *conventiones iuris gentium*. – 2.3. D. 2,14,7,2 (Ulpianus *libro quarto ad edictum*) e il συνάλλαγμα in Aristone. – 2.3.1. Cenni di inquadramento del passo. – 2.3.2. La 'res'. – 2.3.3. Il 'subsist tamen causa' e l'esecuzione della prestazione. – 3. Altri passi rilevanti per chiarire la visione aristoniana del *contractus*. – 3.1. D. 19,5,16,1 (Pomponius *libro vicensimo secundo ad Sabinum*). – 3.2. D. 39,5,18 (Ulpianus *libro septuagensimo primo ad edictum*). – 3.3. D. 2,14,58 (Neratius *libro tertio membranarum*). – 4. *Hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem*: la "messa a punto" di Aristone. – 5. Cenni circa l'azione. – 6. Considerazioni di sintesi.

### 1. Inquadramento del tema

Le leggi giudiziarie augustee, generalizzando il sistema delle formule nel processo civile, avevano avuto impatto nell'affermazione ulteriore del ruolo della tipicità (causale) a queste relativa ed in riferimento alla distinzione tra contratti che avevano un proprio *nomen* e connessa tutela nell'editto (quindi 'tipici') e quelli che non ne avevano; alla codificazione dell'editto sotto l'imperatore Adriano<sup>1</sup> fece poi seguito una prevalenza del *senatusconsultus* e della *constitutio* quali fonti di produzione ed un connesso depauperamento del ruolo dello *ius edicendi*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> "Universalmente accolta" salvo alcune, sebbene autorevoli, voci contrarie tra cui spicca Guarino, si vedano ad es. A. GUARINO, *Salvius Julianus. Profilo biobibliografico*, Catania, 1946 in particolare pp. 26-28 da cui tale orientamento inizia ad emergere con chiarezza; ID., *La leggenda della codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto (Verona 1948)*, II, Milano, 1951, pp. 167 ss.; ID., *L'esaurimento del «ius honorarium» e la pretesa codificazione dell'editto*, in *Studi Albertario*, I, Milano, 1953, pp. 623 ss. ed altri lavori dell'Autore.

<sup>2</sup> F. GALLO, *Alle origini dell'analogia*, cit., p. 900; A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli, 1990, pp. 374ss. In ogni caso, per quanto accaduto successivamente alla riforma dell'editto al tempo di Adriano si veda quanto, in modo più sintetico, in F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., pp. 127 ss.; ovvero, in modo più approfondito, in F. GALLO, *Alle origini dell'analogia*, ora in F. BONA, M. MIGLIETTA (a cura di), *Filippo Gallo. Opuscola selecta*, Padova, 1999, pp. 897 ss.

È stato autorevolmente sostenuto che la definizione labeoniana di contratto non abbia trovato accoglimento nella *secta* sabiniana, la quale si orientò verso “un’applicazione piuttosto meccanica” del *contractus* agli atti leciti produttivi di obbligazione<sup>3</sup>. I proculiani, invece, avendo come punto di riferimento la definizione labeoniana<sup>4</sup> e pur all’interno di un sistema contrattuale che restava caratterizzato dalla tipicità, non escludevano interpretazioni orientate a superare la griglia delle azioni contrattuali tipiche, tendendo a valorizzare anche accordi che potessero non essere agevolmente inseriti nel modello tipico di riferimento o fossero caratterizzati da complessità negoziale derivante ad esempio da collegamenti negoziali. La stella polare di questa valutazione sembra sia potuta essere ancora quella della reciprocità degli impegni assunti dalle parti, in chiave di *ultra citroque obligatio*.

I sabiniani, al contrario, restavano “ancorati alle linee stabilite nell’editto” e, con riferimento ai *nova negotia*, tendevano ad attrarre, se pur non senza ricorrere a forzature, alle figure esistenti le nuove, al fine di farveli rientrare ed applicare a questi gli schemi processuali ivi previsti<sup>5</sup>. Al riguardo, da tempo era stato segnalato autorevolmente un approccio diverso tra le due *sectae* parlando, appunto, di approccio “anomalistico” ed “analogistico”<sup>6</sup>.

In ogni caso, la prassi negoziale in continua espansione induceva anche movimenti di contenuto interni, cioè dinamiche interne sulla stessa defi-

---

<sup>3</sup>F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 61.

<sup>4</sup>Si vedano, ad esempio, i rilievi svolti da Gallo nella sua lettura del D. 19,5,12 (Proculus *libro undecimo epistularum*) in F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., pp. 54-56.

<sup>5</sup>F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., pp. 61-62. Mentre può vedersi da casi quale ad esempio quello in D. 19,5,1,1 come nell’incertezza nell’inquadramento della fattispecie e di “conseguente rischio di perdita della lite nell’ipotesi di inquadramento risultato poi errato in sede di decisione della causa” il rimedio suggerito da Labeone non veniva ad estendere le figure della *locatio rei* o della *locatio operis*, quanto piuttosto costituiva un diverso mezzo per la tutela della fattispecie descritta (F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 63). Sul diverso approccio tra sabiniani e proculiani, si vedano, ancora, ad esempio i rilievi svolti da Gaio (Gai. 3,141) e Paolo (ora in D. 18,1,1,1 Paulus *libro trigesimo tertio ad edictum*) nei confronti della permuta dai quali Gallo chiarisce, appunto, come Sabino e Cassio assimilassero la permuta alla compravendita mentre Nerva e Proculo la ritenevano un negozio autonomo. Cfr. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 66; sull’impostazione di Proculo rispetto alla permuta in collegamento anche con l’impostazione labeoniana rispetto al *contractus* si veda anche quanto sottolineato *supra* nel cap. precedente in nota in commento a D. 19,5,19pr. Si veda anche, E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, cit., pp. 207 ss.

<sup>6</sup>Si veda ad esempio E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., p. 27; si veda anche il richiamo che compie al Pernice (A. PERNICE, *Parerga*, cit., p. 255), il quale aveva a sua volta già notato come la teoria anomalistica sabiniana non escludesse, ma promuovesse e richiedesse l’appoggio, “ossia l’assimilazione” *deinova negotia* ai tipi d’azione già riconosciuti. Sulle dispute tra le due *sectae* si veda anche G.L. FALCHI, *Le controversie tra sabiniani e proculiani*, Milano, 1981.

nizione del tipo, alle quali i giuristi postlabeoniani mostrano di essere anche sensibili<sup>7</sup>.

Con riferimento all'ambito della "incertezza contrattuale", le questioni relative al come affrontare il tema dei *nova negotia* che continuano ad emergere dalla prassi vengono ancora a proporsi, basti pensare alla lucida constatazione che compirà Ulpiano secondo cui "*Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula*"<sup>8</sup>.

Ed è proprio a tale giurista che è attribuita la ben nota catena di passi riportata in D. 2,14,7, in cui è espressamente affrontato il tema dell'incertezza contrattuale dalla prospettiva dei *nova negotia* sebbene, ancora, con una costruzione potenzialmente valida con riferimento al contratto in generale<sup>9</sup>.

## 2. Conventio e contractus nel «De pactis»

La menzionata catena di passi ulpiane è la seguente:

D. 2,14,7, (Ulpianus libro quarto ad edictum) pr. *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1. Quae pariunt actiones, in*

---

<sup>7</sup> Si vedano, ad esempio, con riguardo a mutamenti avvenuti nel corso del tempo che potevano venire in rilievo anche con riferimento al tipo 'dal suo interno' le osservazioni svolte da Talamanca circa la concessione dell'*actio ex empto* in casi di evizione, cfr. M. TALAMANCA, s. v. *Vendita*, cit., p. 395 ovvero, ancora, quanto a cui si accennava in riferimento all'elaborazione della finzione di avveramento della condizione.

<sup>8</sup> D. 19,5,4 (Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum). Il Lenel riteneva che tale frammento fosse stato rimaneggiato; gli Autori più recenti sembra siano, invece, propensi a riconoscerne una paternità ulpiana, si vedano, ad esempio Santoro e Dalla Massara che collegano il riferimento ai *negotia* al tema delle convenzioni atipiche; cfr. rispettivamente R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 252, n. 233 e T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 232 (il passo è espressamente richiamato in n. 82). In realtà proprio il riferimento alla natura, presente in D. 19,5,4 è venuto meno, ad esempio nei *Basilici* (cfr. B. 20,4,4; *Schelt.* A,1008,12), può essere un indizio in favore dell'ipotesi della paternità ulpiana di quanto, appunto, in D. 19,5,4. Circa la centralità della natura nelle costruzioni ulpiane si vedano ad esempio, P. CATALANO, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12*, in 'Iuris vincula'. *Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli, 2002, pp. 97 ss.; P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino, 2002; ID., *Prospettive romanistiche del diritto naturale*, Napoli, 2012; recentemente riferimenti anche in R. CARDILLI, *Il problema della libertà naturale in diritto romano*, in A.F. URICCHIO, M. CASOLA (a cura di), *Liber Amicorum per Sebastiano Tafaro. L'uomo, la persona, il diritto*, I, Bari, 2019.

<sup>9</sup> È proprio dal contesto e dal modo in cui la teoria aristoniana è presentata in D. 2,14,7,2 (di cui si andrà a breve a discutere) che pare buona parte della romanistica sia stata influenzata nell'analizzare e tentare di ricostruire il pensiero labeoniano nella quasi esclusiva ricerca di ipotesi volte a confermare o negare che il giurista augusteo si fosse preoccupato di dare soluzioni in riferimento ai contratti atipici piuttosto che non alla "incertezza contrattuale" in generale.

*suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo Sunallagma dicit., unde haec nascitur actio. 3. Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionione. 4. Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

Tali passi, secondo la ricostruzione palinogenetica posta in essere dal Lenel provengono dal commentario all'editto di Ulpiano e si collocano subito dopo quelli che, sempre ascritti alla stessa opera, li precedono nel titolo XIV (*De pactis*) del libro II del *Digesto*<sup>10</sup>. Con riguardo a questi è stato rilevato che possa ivi rinvenirsi il "più denso materiale, organizzato in una coerente trattazione, riguardante la causa"<sup>11</sup>, tuttavia, nella costruzione che si apre con la "para-etimologia" di patto<sup>12</sup> e si conclude con il chiarimento secondo cui, in assenza di una causa, un semplice patto non genera obbligazioni bensì soltanto eccezioni<sup>13</sup>, è offerto un quadro che si presenta altresì come piuttosto ben organizzato e coerente anche con riferimento al contratto più in generale<sup>14</sup>.

## 2.1. La centralità della conventio

In inizio del *De pactis*<sup>15</sup>, dopo aver affermato il fondamento nell'equità

<sup>10</sup> Cfr. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., coll. 431-432. Sui complessi fili che sorreggono il discorso ulpiano si veda A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*, in N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche*, cit., pp. 125 ss.

<sup>11</sup> T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 62.

<sup>12</sup> Ci si riferisce a quanto in D. 2,14,1. Di "para-etimologia", riprendendo un'espressione di S. Tondo, parla T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 65 cui si rinvia per ulteriori approfondimenti sul punto.

<sup>13</sup> Cfr. D. 2,14,7,4.

<sup>14</sup> Sebbene sia stato altresì osservato che "Il trattato di Ulp. 4 ad ed. D. 2,14,1; D. 2,14,5 e D. 2,14,7 è una 'teoria generale' dei *pacta*, non del contratto" (v. R. FIORI, 'Contrahere' in *Labeone*, cit., p. 331, n. 85), tuttavia, i riferimenti che in tale contesto sono svolti con riguardo al contratto alla luce delle differenze rispetto ai *pacta* stessi sono comunque utili al fine di tracciare le linee di una nozione generale di contratto.

<sup>15</sup> D. 2,14,1 (Ulpianus libro quarto ad edictum) *pr. Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare? 1. Pac-*

naturale dell'editto, partendo dalla "para-etimologia" di patto, sottolineando come la pattuizione consista nel "consenso di due o più nella stessa decisione"<sup>16</sup> è poi descritta la *conventio* quale *verbum generale, pertinens ad omnia* sui cui convergono coloro che compiono atti tra di loro per contrarre o transigere<sup>17</sup>. È poi spiegato che "come sono detti convenire coloro che da luoghi diversi si raccolgono e pervengono in uno stesso luogo, così <sono detti convenire> anche coloro che da intenti diversi consentono in uno stesso <oggetto>, cioè convergono in uno stesso parere"<sup>18</sup> concludendosi poi il paragrafo con l'affermazione per cui il significato della parola convenzione è così ampio che *ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*. Tale affermazione, attribuita a Pedio, è posta da numerosi studiosi alla "radice dell'elaborazione del consensualismo nella materia contrattuale"<sup>19</sup>, e resta una delle più discusse nell'ambito della romanistica ancora al giorno d'oggi<sup>20</sup>, trovandosi, tra i vari temi al centro del dibattito, anche quello di una potenziale influenza del pensiero labeoniano al riguardo<sup>21</sup>, pur se forse, più probabile è che sia collegabile alla scansione

---

*tum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) 2. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. 3. Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. 4. Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.*

<sup>16</sup> Cfr. S. SCHIPANI (a cura di), Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. *Testo e traduzione*, I, cit., p. 185.

<sup>17</sup> Circa tale determinazione riferita al *contrahere* e *transigere* come posta su di un piano diverso rispetto alle successive "divisioni e suddivisioni" poste in essere da Ulpiano, si veda F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 248.

<sup>18</sup> S. SCHIPANI (a cura di), Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. *Testo e traduzione*, I, cit., p. 185.

<sup>19</sup> Cfr., F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 206. Circa il tratto "*ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*", non essendo possibile trattare qui adeguatamente l'argomento si riporta la traduzione a cura di Schipani che riflette un condiviso orientamento metodologico: "come elegantemente afferma Pedio, è nullo il contratto, nullo l'atto <bilaterale> obbligatorio che non abbia in sé una convenzione", cfr. S. SCHIPANI (a cura di), Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. *Testo e traduzione*, I, cit., p. 185.

<sup>20</sup> Si veda, ad esempio, la mancanza di uniformità nelle opinioni già nella determinazione dell'epoca in cui Pedio sarebbe vissuto. Sono stati, comunque, individuati tre principali filoni nelle teorie riguardanti la collocazione cronologica della figura di Sesto Pedio; per una descrizione di tali teorie così come per la bibliografia sul punto, si veda C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005, pp. 1 ss.

<sup>21</sup> Tra gli Autori che traggono, appunto, una linea di continuità tra tale *dictum* ed il pen-

muciana del *contrahere* nonostante poi sia stata costruita non sul *consensus* rilevato dal Pontefice quale minimo comune giuridico individuato tra alcune fattispecie pur non arrivando ancora a formare un'apposita categoria, ma sulla *conventio* che, viene posta appunto al centro di questa nuova prospettiva<sup>22</sup>.

È, comunque, alla luce di tale affermazione, della valorizzazione dell'elemento dell'accordo, dell'elemento consensualistico in tutte le varie declinazioni del *contrahere* con radici muciane, che pare debbano leggersi la 'estensione' ed il 'riasseblamento dogmatico' che possono notarsi anche dall'altra affermazione che giunge al paragrafo successivo, ossia quella per cui, "*conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptio-nem, in locationem, in pignus vel in stipulationem*" ove si vede, appunto, la comparsa del pegno e della *stipulatio* accanto alla compravendita ed alla locazione quali convenzioni che "*in aliud nomen transeunt*"<sup>23</sup>.

Nel frammento che, secondo la ricostruzione del Lenel avrebbe fatto seguito a questo (D. 2,14,5, sempre ascritto al libro IV del commentario Ulpiano dell'editto), si legge poi che "*Conventionum autem tres sunt species. Aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. Publica conventio est, quae fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur*".

---

siero di Labeone, ad esempio, si veda R. SANTORO, *Su D. 46.3.80*, cit., p., vicino n. 62 e, ancora, R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 191 ss., così come R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto*, cit., p. 133. Vi sono anche opinioni secondo cui si tratti di un superamento della concezione labeoniana del contratto limitata agli impegni reciproci, cfr. A. BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, cit., pp. 125-126. Talamanca, invece, ritiene che l'interpretazione più soddisfacente di tale affermazione di Pedio sia quella secondo cui "il giurista volesse sottolineare come, al di sotto dell'atto a carattere formale o reale, vi fosse sempre una *conventio*, l'accordo delle parti su un assetto d'interessi, che costituiva lo scopo che con tale atto le parti volevano perseguire" (cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. p. 537, si veda anche i rilievi svolti in M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio*, cit., pp. 215-216).

<sup>22</sup> Gallo, da parte sua, ritiene che quella che definisce come "messa a punto" da parte di Pedio sia stata svolta da una prospettiva sabiniana poiché non avrebbero dovuto esservi dubbi per i proculiani nell'individuare il consenso nei negozi detti contratto stante il fatto che, appunto, il fondatore della *secta* aveva elaborato una definizione di contratto scorporata dall'*actum* quale atto (dotato in quanto tale di coscienza e volontà) bilaterale produttivo di obbligazioni sinallagmatiche (cfr. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 211). Sul collegamento tra l'impostazione muciana che troviamo in D. 46,3,80; la *definitio* labeoniana ora in D. 50,16,19 ed il *dictum* pediano di cui si sta parlando si veda, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 481-482, n. 30 e la bibliografia ivi richiamata e *ult. loc. cit.*, pp. 608-609; su tali collegamenti di recente anche L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto*, cit., pp. 353 ss. ed i rilievi in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, cit., p. 441 ove è dato risalto al "mutamento concettuale" che si è comunque verificato dal *contrahere* muciano, all'*agere* labeoniano sino alla *conventio* pediano-ulpiana.

<sup>23</sup> Circa il rapporto tra questa enumerazione e la successiva riportata in D. 2,14,7,1 si veda poco oltre.

Certo che l'aver definito la *conventio* quale *verbum generale ad omnia pertinens* non crea ostacoli al ricomprendere anche quelle *ex causa publica*<sup>24</sup> e, sebbene non possa escludersi che in quanto tra il D. 2,14,1 e D. 2,14,5 possa essere andato perduto qualche passaggio, il discorso può essere visto, nella sostanza, come coerente<sup>25</sup> nonostante sopraggiunga ancora un problema già individuato da Cujas in relazione al D. 2,14,5, il quale notava “*At inelegans videtur, quod duo genera quae sunt, facit tria: quod est rem non dividere, sed frangere*”<sup>26</sup>. Nonostante ciò abbia dato adito a diversi sospetti di rimaneggiamento<sup>27</sup>, sembra potersi comunque convenire con coloro che, pur magari cogliendo la non ortodossia dell'affermazione sul piano logico, non vengono a metterne in dubbio l'autenticità<sup>28</sup>.

## 2.2. *Le conventiones legitimae e le conventiones iuris gentium*

Si rende necessario, in ogni caso, spendere delle brevi riflessioni nel tentativo di determinare cosa avrebbe dovuto intendersi per convenzioni *legitimae* e *iuris gentium*. Le difficoltà nel compiere tale determinazione non sono poche e, in particolare con riferimento alle prime, è osservato come problemi sorgano dal fatto che il contenuto di tale categoria dovrebbe risultare da quanto si trova nel successivo D. 2,14,6 ove però non sono elencati degli esempi di contratti che dovrebbero esservi ricompresi ed inoltre questo è attribuito a Paolo il che potrebbe implicare una diversa impostazione di base<sup>29</sup>.

Numerose congetture sono state avanzate sull'argomento investendone diversi profili. Ad avviso di attenta dottrina, per Ulpiano e Paolo sarebbe stato decisivo il fatto che la tutela per la relativa *conventio* fosse stata prevista a livello legislativo, venendo ad essere ad esempio ricomprese tra queste le convenzioni che implicavano la produzione di un *certum dare oportere* in quanto la tutela sarebbe per queste ricollegabile alle *leges Silia* e *Calpurnia* così come anche la *stipulatio (incerti)* la cui tutela risalirebbe

<sup>24</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 65.

<sup>25</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 70 che riprende A. SCHIAVONE, *La scrittura*, cit. p. 138.

<sup>26</sup> J. CUIACIUS, *Opera omnia* II, 740.

<sup>27</sup> Si vedano, ad esempio, gli studiosi richiamati in T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., pp. 70-71, n. 29.

<sup>28</sup> Si veda ad esempio, ancora, T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., pp. 71-72 (e bibliografia cit. in n. 33) il quale giunge ad osservare che le categorie prese in considerazione siano in fondo tre, anche se propriamente si tratterebbe di un *genus* (le convenzioni *ex publica causa*) e le *due species* (*legitimae* e *iuris gentium*) in cui si articolano quelle *ex privata causa*.

<sup>29</sup> T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 75. Il testo del D. 2,14,6 è il seguente (Paulus libro tertio ad edictum) *Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur. Et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur.*

all'agere per iudicis postulationem<sup>30</sup>. In realtà altra illustre dottrina, facendo appunto leva anche su D. 2,14,7,1 giunge a sostenere al riguardo che le *conventiones* che assumono la veste di contratto tipico “danno tutte luogo ad obbligazioni protette da *iudicia bonae fidei*”<sup>31</sup> e puntualizza in nota che D. 2,14,7,1 sia sul punto “inequivocabile”, aggiungendo che può discutersi circa la genuinità o meno della chiusa “*et ceteri similes contractus*”<sup>32</sup>, ma “la qualificazione *similes* mostra che chiunque abbia scritto l'inciso pensava non a generici *contractus*, ma a figure del tipo di quelle precedentemente enumerate”<sup>33</sup>.

Altro aspetto che rileva, in particolare con riferimento al rapporto tra le figure che sono a titolo esemplificativo richiamate in D. 2,14,1,4 e quelle enumerate, invece, in D. 2,14,7,1 è quello per cui nel secondo dei paragrafi menzionati, l'ordine che viene seguito nell'elencazione replica quello che abbiamo trovato in D. 50,16,19, con l'aggiunta delle figure del comodato e deposito così come da questo sembra sia stata ripresa anche la terminologia con cui queste sono richiamate<sup>34</sup>: *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* ed in più, come si è detto, *commodatum*, *depositum*. Nel primo dei paragrafi citati, invece, oltre all'aggiunta del pegno e della *stipulatio* è anche la terminologia con cui la vendita (*emptio*) e la locazione (*locationem*) sono richiamate ad essere diversa, risultando queste abbreviate<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica editale per i 'pacta conventa'*, cit., pp. 448 ss. Circa il possibile rilievo di quanto in materia di *conventiones legitima*e in D. 2,14,6 di cui qui si discute per la teoria dei *vestimenta* e quale possibile punto d'ingresso per la tutela del *pac-tum donationis* sulla base dell'*auxilium legis* si veda quanto *infra*, cap. VIII.

<sup>31</sup> M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio*, cit., p. 212.

<sup>32</sup> Questa è ad esempio definita in G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 85 come una generalizzazione “certo interpolata”.

<sup>33</sup> M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio*, cit., p. 213, n. 177. Per quanto riguarda l'elenco dei contratti ivi riportato sembra che recentemente si propenda per ritenerlo nella sostanza genuino, si vedano ad esempio i rilievi svolti in R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 36. Tra coloro che avvertono la necessità di apportare delle modifiche, si veda ad esempio G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 53 che suggerisce di sostituire “*depositum et commodatum*” con “*mandatum*”. Talamanca in *op. ult. cit.* pp. 213-214, n. 180, svolge dei rilievi in base ai quali il riferimento compiuto nel D. 2,14,6 a leggi e senatoconsulti non potrebbe essere riferito alle XII Tavole, così come poi osserva che “queste *conventiones legitima*e mantengono la loro struttura di patti (*et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur*), il che [...] esclude che vi si possa ricomprendere la *stipulatio*”. Tale lettura non sarebbe compatibile con la menzionata tesi di Tondo, tuttavia, per quanto riguarda il primo rilievo, pare che le argomentazioni addotte siano piuttosto scarse, mentre, per quanto riguarda il secondo, pare non tener conto, da un lato, del fatto che in D. 2,14,1,4 la *stipulatio* sull'onda dell'affermazione pediana riportata nel precedente D. 2,14,1,3 è già posta tra le convenzioni; dall'altro lato, pare non dare sufficiente peso all'avverbio *interdum* che precede il richiamo ai patti.

<sup>34</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 87.

<sup>35</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 88. Ciò si rivela utile al fine di provare a superare un ulteriore problema che sorge in riferimento alla catena ulpiana di cui si discute ossia il fatto che “*nomen*” sembra sia impiegato in due diverse accezioni: una

Ciò potrebbe spingere a non ritenere poi così fantasiosa l'ipotesi secondo cui D. 2,14,7,1 possa essere ascritto ad Aristone con "il pensiero rivolto al celebre passo di Labeone"<sup>36</sup>.

Per *conventiones iuris gentium* potrebbero dunque intendersi quelle *ex privata causa* la cui tutela non trova la propria fonte in delle 'leggi' (da intendersi in senso lato). Quelle che, tra queste, non sono transitate sotto un proprio *nomen* né sono da considerarsi come contratti poiché non è possibile rinvenirvi un *συνάλλαγμα* (nell'accezione aristoniana), non danno luogo ad azione e dunque non producono obbligazioni, ma possono essere protette soltanto in via di eccezione: questo è, nella sostanza quanto potrebbe desumersi dai §§ in D. 2,14,7pr.-4 ad eccezione di quanto in D. 2,14,7,3 che è considerato come "un'intrusione"<sup>37</sup>.

---

prima è quella in cui ricorre in D. 2,14,3-4 (Talamanca, ad esempio, ritiene che il D. 2,14,4 sia "una glossa rientrata nel testo", si veda M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio*, cit., p. 213, n. 179); una seconda è quella in cui lo troviamo utilizzato in D. 2,14,7,1. Occorre prestare infatti attenzione, in primo luogo, al fatto che in D. 2,14,1,3-4 non si parla di convenzioni *iuris gentium*, ma soltanto di *conventiones*, e poi al fatto che, anche a livello contenutistico, qui ci si trova chiaramente su un piano diverso rispetto a D. 2,14,7,1. In D. 2,14,1,3 si passa dall'affermazione per cui "*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens*" all'affermazione per cui "*Adeo autem conventionis nomen generale est*" per giungere, poi, nel successivo D. 2,14,1,4 a concludere che "*Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt*". In questo discorso che difficilmente può sostenersi non essere svolto in termini generali, viene ad essere accostato al *nomen* dapprima, appunto, "*generale*", e poi "*aliud*". Nel D. 2,14,7,1 si è già passati, invece, ad un piano più specifico, essendo già stata tracciata (anche se magari in modo non così ortodosso ed esaustivo) la distinzione tra le convenzioni *ex publica causa*, *legitimae* e *iuris gentium*, con il D. 2,14,7pr. in cui piuttosto chiaramente è impostato il discorso in riferimento alle ultime ed inoltre, aspetto di non poco momento, qui al *nomen* non è accostato "*generale*" oppure "*aliud*", bensì "*proprius*" (si veda al riguardo O. GRADENWITZ, B. KUEBLER, E. T. SCHULZE, *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, cit., s. v. *Proprius*). Nel vedere che si tratta dunque di piani del discorso che seppur tra loro collegati restano ben distinti, non pare così difficile poter pensare che mentre in D. 2,14,1,3 e 4 *nomen* sia impiegato in senso maggiormente "descrittivo", nel D. 2,14,7,1 si è passati ad un impiego legato ad una prospettiva più vicina al profilo "processuale". Si vedano al riguardo anche i rilievi svolti in T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., pp. 79-81 e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>36</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 87.

<sup>37</sup> Per quanto riguarda ciò che si legge nel D. 2,14,7,3, oltre ai sospetti di rimaneggiamenti (si veda ad esempio M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio*, cit., p. 213, n. 178 che parla tuttavia di eventuali rimaneggiamenti soltanto formali); trattando, per dirla in termini moderni, del tema della liceità della 'causa' piuttosto che non della meritevolezza della stessa così come gli altri §§ di cui si sta discutendo e, mancando altresì di coordinamento sia con quanto precede (imperniato sul *subesse causam*), sia con quanto segue che, invece, è introdotto dalla congiunzione avversativa *sed*, e si mostra dunque "del tutto congruente con la trattazione che precede" (F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 94, n. 11; rilievi circa il "*sed* avversativo che mal si combina col § precedente" sono svolti anche in A. BURDESE, *Divagazioni in tema di contratto romano*, cit., p. 352), è considerato, appunto, come "un'intrusione" (F. GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto*, cit., p. 66, n. 3).

### 2.3. D. 2,14,7,2 (*Ulpianus* libro quarto ad edictum) e il συνάλλαγμα in Aristone

#### 2.3.1. Cenni di inquadramento del passo

Anche riguardo a quanto ora in D. 2,14,7,2, la letteratura “è copiosissima”<sup>38</sup>, per ciò che concerne le interpolazioni, analogamente a quanto accaduto per buona parte dei passi di maggior rilievo analizzati nella presente ricostruzione si è passati da atteggiamenti tendenti a rinvenire un gran numero di interpolazioni al considerarlo nei tempi più recenti, sostanzialmente genuino<sup>39</sup>.

#### 2.3.2. La ‘res’

Il primo punto da considerare è quello riguardante il valore da attribuire alla frase “*Sed et si in alium contractum res non transeat*”. Con riferimento a cosa debba intendersi per *alium contractum*, qualora tenessimo presente quanto già esposto in merito alle *conventiones iuris gentium* menzionate nel precedente D. 2,14,7,1, l’elenco che viene ad esserne lì svolto così come il modo in cui la chiusura di quest’ultimo collimi con l’apertura di tale D. 2,14,7,2 (*Sed et si in alium contractum res non transeat*) a cui sembra piuttosto fluidamente legato, pare si possa convenire con coloro che lo ritengono come volto ad indicare “un altro qualsiasi contratto già di per sé tipicamente individuato tramite tutela edittale”<sup>40</sup>.

Per quanto riguarda, poi, cosa debba intendersi per *res*, tra le varie opinioni avanzate in dottrina vi è, accanto alle altre<sup>41</sup>, quella che ritiene

<sup>38</sup> F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 94; si veda anche R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 208-209, n. 116; ecc.

<sup>39</sup> Santoro al riguardo osserva che questo testo sia stato “oggetto dei più feroci attacchi agli inizi della critica interpolazionistica e, in conseguenza, quasi tutto tagliato e sconvolto” lamentando poi, tuttavia, che “attualmente, con atteggiamento egualmente aprioristico, lo si ritiene generalmente genuino, senza che ci si dia cura di approfondirne sufficientemente l’esegesi”, cfr. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 206-207. Sul fatto che il passo sia nei tempi recenti sostanzialmente considerato come genuino, si veda anche F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 94.

<sup>40</sup> A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., pp. 334-335. Di di “*nomen edittale*” parla anche Santoro, cfr. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 214. Tale lettura è stata accolta anche nella traduzione in lingua cinese del libro II del *Digesto*, dove nel punto di cui si discute Chen Xiaomin, anche al fine di chiarire la linea espositiva per rendere il testo più fruibile al lettore cinese, può vedersi che suggerisce l’aggiunta dell’aggettivo “tipico”, “【典型】” (*dianxing*) prima del termine contratto, 合同 (*hetong*), si veda, X. CHEN (traduzione a cura di), S. PORCELLI (revisione), *Xueshuo huizuan (Di er juan), Sifa guanxia* (学说汇纂 (第二卷) 司法管辖), Pechino, 2017, p. 163.

<sup>41</sup> Si vedano ancora, Santoro, il quale ritiene che questa sia più che la semplice *conventio* ma sia volta ad “indicare il momento ‘reale’ del negozio, consistente nel *dare* attraverso il

che qui la *res* debba essere considerata come la “convenzione concreta (il negozio concluso in concreto dalle parti)”<sup>42</sup>.

Sembra, ad avviso di chi scrive, sia alla luce di quanto detto circa il modello labeoniano, così come di quanto attribuito ad Aristone di cui si parlerà a breve, che qui per *res* possa anche eventualmente considerarsi una *conventio* concretamente conclusa non rientrando appieno in uno dei tipi previsti nell’editto, ma astrattamente – ed in questo contesto occorre sottolinearlo – idonea a produrre una *ultra citroque obligatio* tra le parti: in sostanza vicina ad un *contractus* così come definito da Labeone in D. 50,16,19. Si è già riportata l’osservazione secondo cui in D. 2,14,7,2 è stato “consapevolmente, elevato ad elemento costitutivo della fattispecie l’adempimento di una delle due prestazioni previste dalla convenzione sinallagmatica”<sup>43</sup>; ebbene, la *res* che “non transita”, menzionata in questa parte iniziale del D. 2,14,7,2 potrebbe essere proprio la convenzione sinallagmatica (secondo il modello labeoniano per cui produce una *ultra citroque obligatio*) che non reca gli elementi per essere inquadrata in una delle *conventiones* tipizzate nell’editto<sup>44</sup>. Infatti, se questa non transita in *alium contractum*, ma *subesse* una *causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem* ovvero *actionem* secondo un’altra (ad avviso di chi scrive comunque plausibile) ricostruzione suggerita in dottrina<sup>45</sup>. Qualora, invece, questa non recasse quantomeno una struttura sostanzialmente bilaterale<sup>46</sup>, non nascerebbe la necessità dell’elaborazione e dell’eventuale impiego di un meccanismo recante le caratteristiche di quello delineato nei passaggi successivi.

---

quale vengono posti in essere i contratti di cui ai successivi esempi di ‘*do ut des*’ e ‘*do ut facias*’” (R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 213-214, si vedano anche, in modo più approfondito, le pp. 275 ss.); Burdese che, invece, ritiene che con questa debba essere inteso “l’assetto di interessi diviso dalle parti contraenti o meglio *l’id quod actum est*” (A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., p. 334) ecc.

<sup>42</sup> F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 112, n. 51; lettura, nella sostanza, accolta anche in X. CHEN (traduzione a cura di), S. PORCELLI (revisione), *Xueshuo huizuan (di er juan)*, cit., p. 163, ove *res* è stato reso con 事情 (*shiqing*) ed è poi stato aggiunto il suggerimento “【所缔结的协议】”.

<sup>43</sup> M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 101.

<sup>44</sup> Potrebbe dunque essere vicino ad un “accordo su due prestazioni reciproche” che, come si vedrà a breve, dovrà essere “accompagnato dal *causam subesse*”, i virgolettati sono ripresi da M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 103.

<sup>45</sup> Cfr. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 93. Sulla disputa in dottrina (pur se con prendendo una posizione diversa rispetto a quella di Gallo) si veda quanto in E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, pp. 244 ss. e relativa bibliografia. Nella traduzione in cinese si è scelto, sul punto, di restare più aderenti al testo che si ha a disposizione e di menzionare l’obbligazione 债 (*zhai*), cfr. X. CHEN (traduzione a cura di), S. PORCELLI (revisione), *Xueshuo huizuan (di er juan)*, cit., p. 163.

<sup>46</sup> Si vedano ad esempio le riflessioni svolte in L. LANTELLA, «Ultra citroque»: *appunti teorici e storici sulla «lateralità» degli atti*, cit., pp. 101 ss. che saranno, in ogni caso, meglio contestualizzate rispetto a quella che è l’idea che si propone con il presente lavoro *infra* nelle pagine seguenti.

### 2.3.3. *Il 'subsistit tamen causa' e l'esecuzione della prestazione*

Nel chiarire la teoria di Aristone, valore fondamentale assume, ovviamente, il ricostruire cosa il giurista possa aver inteso con il richiamo alla *causa*, leggendo questo altresì alla luce della menzione del συνάλλαγμα così come delle esemplificazioni con riferimento al *do ut des* e *do ut facias* riportate nella prima parte del D. 2,14,7,2. Tali argomenti verranno ad essere ora trattati.

Circa l'interpretazione da dare a *causa* in tale contesto sono state offerte molteplici prospettive<sup>47</sup>, tra cui, per menzionarne alcune, l'opinione che sembra essere stata nel tempo dominante<sup>48</sup>, è quella secondo cui la *causa* viene identificata con la *datio* (ed eventualmente con un *factum*)<sup>49</sup>; alcuni Autori tendevano ad identificare la *causa* con "il fine della *datio*, il corrispettivo, vale a dire la controprestazione in vista della quale si eseguisce la prestazione", precisando, tuttavia, che nella stesura che possediamo del testo, considerata comunque come interpolata, con *causa* debba essere inteso il *dare* o *facere* da cui nasce il συνάλλαγμα<sup>50</sup>; in base ad altre letture, si è poi ritenuto che la *causa* sia data dalla struttura oggettiva della *conventio* (l'*ultra citroque obligatio*)<sup>51</sup>, mentre ad avviso di impostazioni più recenti, qui la *causa* si identificherebbe con una (*lato sensu* intesa) funzione negoziale<sup>52</sup>; ovvero, ancora, vi sono letture che si collocano in una posizione intermedia tra l'ultima richiamata e quella di coloro che invece identificano il

<sup>47</sup> Per rendere un'idea della mole di opinioni espresse al riguardo è forse sufficiente il rilievo di Gallo che sottolinea che già Ulpiano sia stato un "interprete" del pensiero di Aristone, "il primo a noi noto" (Cfr. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 96). Nella menzionata traduzione cinese è stato impiegato sia nel caso del D. 2,14,7,2 che nel caso del D. 2,14,7,4 il termine 原因 (*yuanyin*), cfr. X. CHEN (traduzione a cura di), S. PORCELLI (revisione), *Xueshuo huizuan* (*di er juan*), cit., rispettivamente p. 163 e p. 165; circa tale temine cinese si veda in particolare quanto *supra* in cap. III.

<sup>48</sup> Si veda, ad esempio, già la glossa ordinaria al D. 2,14,7,2 che in riferimento al termine *causa* spiega "id est datio vel factum, quod vestiet pactionem" (cfr. *Gl. 'causa'* a D. 2,14,7,2).

<sup>49</sup> Si veda ad esempio, F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 107; R. KNÜTEL, *La causa*, cit., p. 142; R. CARDILLI, *Societas vitae*, cit., p. 189, n. 11; ecc. Circa la possibile inclusione del *factum* si veda *infra* in nota nelle pagine seguenti.

<sup>50</sup> Si veda ad esempio P. DE FRANCISCI, *Synallagma*, II, cit., pp. 527 ss.

<sup>51</sup> Si veda ad esempio A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit. pp. 179-180, in particolare n. 28.

<sup>52</sup> Santoro, sostiene che la *causa* debba essere intesa in Aristone come la funzione che attribuisce alla convenzione un effetto obbligatorio e "non può confondersi con la *datio* (o il *factum*) quale prestazione già compiuta da una delle parti". Cfr. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 226-227. L'aspetto della funzione è, ancora, posto in risalto da Dalla Massara anche se nella lettura generale del passo giunge poi a conclusioni diverse da quelle di Santoro ed osserva che la "pregnanza attribuita da Aristone all'affermazione *subsistit tamen causa* esprime il senso di novità di una costruzione che ha dirompenti effetti di regime [il che sembra difficile da contestare anche alla luce di quanto avverrà poi successivamente sino a giungere ai nostri giorni]; la direzionalità verso un obiettivo, unico e comune alle parti, implicita nel significato di funzione, giustifica l'estensione di una tutela contrattuale e, con ciò, fonda la facoltà di perseguire l'adempimento della controprestazione" (cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 133).

riferimento qui posto in essere alla *causa* con un riferimento alla *datio*<sup>53</sup>.

Pare opportuno tuttavia rilevare, seguendo delle osservazioni autorevolmente avanzate, che l'elemento che permetterebbe di distinguere tra le convenzioni *iuris gentium* prive di *nomen* edittale ed i *nuda pacta* cui ci si riferisce nel D. 2,14,7,4 non sarebbe la *causa* considerata in modo isolato, ma la *causa* che *subesse* alla *conventio*, con la conseguenza che questa non può essere dunque intesa come la funzione negoziale che sarebbe invece immedesimata nel negozio. La funzione negoziale avrebbe potuto avere eventualmente rilievo con riguardo alle figure tipiche, infatti, la stessa dottrina precisa che “nella compravendita e nelle altre convenzioni tipiche (*quae transeunt in proprium nomen contractus*), si ha la produzione di obbligazioni reciproche senza il *subesse* della causa alla *conventio*. Eppure è certo che la compravendita e ciascuna delle altre *conventiones* indicate non sono prive di funzione negoziale”<sup>54</sup>; tuttavia non viene qui posta in risalto quantomeno in ragione del fatto che, nel passo in questione, si sta riflettendo sul come dare soluzioni in casi di “incertezza contrattuale” in cui l'inquadramento in un tipo sia problematico, altrimenti non vi sarebbe probabilmente stata, in realtà, ragione di compiere le precisazioni ivi contenute.

Nel considerare, ancora, sia ciò che precede sia ciò che segue il D. 2,14,7,2, sembra piuttosto chiaro che l'attenzione sia in quest'ultimo rivolta al delineare una nozione di *contractus* che possa permettere di offrire tutela giuridica alle convenzioni che non *transeunt* in un *proprium nomen*, ma che dall'altro lato contengano un '*quid pluris*' rispetto ai *nuda pacta* alla luce del quale far sì che da tale *conventio* discendano azioni volte ad assicurare l'adempimento di un *oportere*, e dunque un'obbligazione, piuttosto che non semplici eccezioni. Ci si trova, infatti, nell'ambito della ricerca di elementi in base ai quali procedere (a prescindere dalla coincidenza con un tipo, altrimenti sarebbe stato sufficiente quanto osservato nel precedente D. 2,14,7,1 o sarebbe stato svolto un discorso di altro genere) all'individuazione del contratto, produttivo di obbligazioni, nella sua differenza con il nudo patto che, in base al successivo D. 2,14,7,4<sup>55</sup>, produce, appunto, soltanto eccezioni<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Il *subesse causa* è considerato come “esecuzione di una delle due prestazioni reciprocamente convenute, quale funzione economico sociale ritenuta degna di tutela, di riequilibrio convenuto tra le parti, da cui deriva egualmente la impossibilità per una convenzione innominata che ne sia priva di determinare il nascere di obbligazione”, in A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., p. 352.

<sup>54</sup> Si veda sul punto F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 97.

<sup>55</sup> Nel D. 2,14,7,4 compare nuovamente il segno “*causa*”, ma come notato da Gallo, mentre nella prima ricorrenza di *causa*, è considerato il profilo positivo del *causam subesse* alla *conventio* (esiste il contratto e nasce l'*actio civilis*); nella seconda ricorrenza viene trattato il profilo negativo del *causam non subesse* alla *conventio* (non si ha il contratto e non sorge l'obbligazione), cfr. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 99.

<sup>56</sup> Viene infatti sintetizzato che “anche quando una *conventio* non si risolvesse in un (altro)

Potrebbe dunque sostenersi che la *causa* andrebbe piuttosto qui intesa come “giustificazione” o “ragione che giustifica”; la “causa che ovvia – non con la forma, come nella *stipulatio* – alla nudità della *pactio* o *conventio*, rendendola produttiva di obbligazione” e che “non è la causa negoziale, quale da noi intesa, ma l’esecuzione della prestazione da parte di uno dei contraenti, orientata, nell’intento dei medesimi, alla controprestazione”<sup>57</sup>. In tal modo, la controprestazione che secondo le letture più risalenti avrebbe costituito (nella versione originaria del passo) la *causa*<sup>58</sup> viene, comunque, tenuta nella dovuta considerazione. Non si può omettere di notare come, alla luce degli esempi forniti nel passo (sia nella prima parte – *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias* – che nella seconda con il caso riguardante i servi), è chiaro che sia comunque presa in considerazione, altrimenti il giurista si sarebbe fermato al “*dedi*” senza includere un “*ut*” e quanto ad esso relativo. È questo, tra l’altro uno degli aspetti da cui può ben vedersi emergere la bilateralità della struttura complessivamente considerata, l’*ultra citroque obligatio*, che pur restando sullo sfondo, è comunque caratterizzante la costruzione elaborata da Aristone.

L’ipotesi, infatti, secondo la quale in tale passo con *causa* debba intendersi soltanto l’*ultra citroque obligatio*, ipotesi alla luce della quale l’impiego consapevole del termine (συνάλλαγμα) può esser sufficiente da solo a richiamare l’interesse del campo speculativo labeoniano, e che riconosce nella parte “*Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*” de-

---

contratto, ma sussistesse una causa, secondo Aristone, in risposta a Celso, vi sarebbe stata una *obligatio* produttiva di azione processuale, come quando si desse una cosa per riceverne un’altra, concretandosi nella specie un sinallagma idoneo a configurare una causa. Infine, nel caso di mancanza di qualsivoglia causa, si esclude che l’accordo delle parti in sé potesse costituire un’obbligazione: il che giustifica il motivo per cui Ulpiano concludesse il suo ragionamento (§ 4), sottolineando l’impossibilità complessiva di ritenere generata un’obbligazione dal nudo patto, dovendosi ammettere nella specie una tutela solo in via di eccezione”, cfr. V. MANNINO, *La fideiussione, l’accessorietà e il fenomeno delle garanzie autonome*, ora in V. MANNINO, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, p. 146.

<sup>57</sup> F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., pp. 96-97. L’Autore giunge poi, facendo leva sul fatto che nell’enunciazione di cui si discute sia menzionata la *causa* mentre negli esempi che la seguono è menzionata la *datio* sempre in aggiunta alla *conventio*, a ritenere che abbia indicato con *causa* e *datio* la medesima cosa, facendo ricorso ad una metonimia cfr. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 107 ed argomenta sul punto chiamando a supporto della sua tesi anche quanto si legge in D. 19,4,2 (Paulus libro quinto ad Plautium - Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur) ove ritiene che nella chiusa “*ex causa daretur*”, al fine di ovviare al fatto che altrimenti il giurista avrebbe dovuto scrivere “*ex datione daretur*” questi ha fatto nuovamente ricorso ad una metonimia impiegando *causa* (cfr. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., pp. 108 - 110). Di avviso diverso al riguardo è Santoro che sottolinea come dalla chiusa “*ex causa daretur*” può proprio ricavarsi che “la *causa* non possa confondersi con la *datio*”, cfr. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 226.

<sup>58</sup> Cfr. P. DE FRANCISCI, *Synallagma*, II, cit., pp. 527 ss.

gli esempi volti a legare “il ragionamento a dati concreti della pratica socioeconomica”<sup>59</sup>, per quanto condivisibile sotto entrambi i profili sembra, tuttavia, trascurare il contributo aristoniano in materia: in altri termini, se fosse stato così non ci spiegheremmo la ragione per cui non sia stato, allora, direttamente richiamato Labeone piuttosto che non Aristone.

Come si è già accennato, sembra che sia fortemente probabile che Aristone abbia avuto in mente il modello labeoniano, ma questi comunque apportò anche del suo, quantomeno enfatizzando espressamente il ruolo dell'esecuzione della prestazione (che anche se si è visto rilevare spesso nei casi concreti con cui il giurista augusteo è andato a misurarsi, non è stato comunque, quantomeno sulla base delle informazioni che si riescono a ricavare dalle fonti che ci sono pervenute, espressamente posto in risalto dallo stesso)<sup>60</sup>. Per quanto riguarda la possibile influenza del modello labeoniano, sebbene vi siano osservazioni che suggeriscono di non sopravvalutare il richiamo al συνάλλαγμα<sup>61</sup>, dall'altro lato sembra che questo non debba però essere neanche sottovalutato dato, ancora<sup>62</sup>, il fatto che comunque negli esempi testé richiamati, così come nel caso della fattispecie riguardante i servi descritta nella seconda parte del passo, si tratta di strutture a cui ad una *conventio* è associata una *ultra citroque obligatio* tra le parti<sup>63</sup>. Tuttavia,

---

<sup>59</sup> Si veda A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., pp. 141-142. In realtà tali dati, come si è visto, sembra possano emergere anche dalla stessa ‘prassi labeoniana’ così come sembra, anche alla luce di quanto si è visto della ‘prassi’ cinese in materia contrattuale, sono tutt’ora estremamente rilevanti.

<sup>60</sup> *Supra* cap. VI.

<sup>61</sup> Talamanca osserva addirittura che tale “categoria è riferita da Ulpiano ad Aristone, ma ogni conclusione su questo punto deve esser molto cauta, proprio in relazione al filtro rappresentato dal resoconto del giurista, che rende congetturali le illazioni sulla terminologia adoperata dall'autore citato”; cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 101, n. 253.

<sup>62</sup> Si vedano, al riguardo, la richiamata osservazione di Schiavone, così come le richiamate osservazioni di Dalla Massara con riferimento agli elenchi di D. 2,14,7,1 e D. 50,16,19. Ancora da parte di quest'ultimo Autore possono qui venire in rilievo delle altre osservazioni svolte richiamando Schiavone (osservazioni compatibili con le analisi poste in essere nel presente lavoro circa il termine greco) in cui è sottolineato che la “nozione di συνάλλαγμα non fosse mai entrata nel linguaggio corrente della giurisprudenza romana [poiché si è visto che ciò sembra essere accaduto in età bizantina]; quella medesima nozione attirò l'attenzione di Aristone proprio perché a essa aveva fatto richiamo Labeone” (T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 297). Si vedano anche i rilievi già svolti *supra* cap. VI.

<sup>63</sup> Nella menzionata traduzione in cinese, infatti, ancora al fine di rendere maggiormente fruibile il contenuto del passo, questo primo riferimento al συνάλλαγμα (pur se inserendo anche nel testo cinese il riferimento al termine greco impiegato poiché quantomeno al momento in cui si svolgeva la traduzione non si rinveniva nel linguaggio tecnico-giuridico cinese un termine per tradurre συνάλλαγμα il cui impiego sia sufficientemente stabilizzato e consolidato) viene reso con “【双务】合同” (*shuangwu hetong*) dove, 合同 (*hetong*), come noto, indica il contratto ed a cui è aggiunto il suggerimento del fatto che sia caratterizzato da una reciprocità, cfr. X. CHEN (traduzione a cura di), S. PORCELLI (revisione), *Xueshuo huizuan (di er juan)*, cit., p. 163.

nei casi rappresentati è altresì visibile non solo l'*ultra citroque obligatio* relativa ad una *conventio*, ma anche, appunto, il fatto che una delle prestazioni, indicata con una *datio*<sup>64</sup> sia stata eseguita, e “proprio quell'esecuzione dava luogo a una causa contrattuale”<sup>65</sup>.

### 3. Altri passi rilevanti per chiarire la visione aristoniana del contractus

Vi sono poi delle ulteriori testimonianze da cui potrebbero emergere degli elementi utili per la ricostruzione del pensiero aristoniano in materia di contratti.

#### 3.1. D. 19,5,16,1 (Pomponius libro vicensimo secundo ad Sabinum)

Nel procedere con ordine, una prima testimonianza a cui rivolgere la nostra attenzione è quella contenuta in D. 19,5,16,1

(Pomponius libro vicensimo secundo ad Sabinum) *Permisisti mihi, ut sere-rem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. Nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.*

Nel passo in questione Tu ha permesso ad Ego di seminare sul suo

---

<sup>64</sup> Avrebbe potuto con ogni verosimiglianza trattarsi anche di un *factum*. La maggior parte della romanistica moderna considera, infatti, indifferentemente al riguardo sia casi di *dare* che di *facere*, si vedano, tra gli altri, R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 226 ove troviamo il riferimento alla “*datio* (o il *factum*)”, pur se l'Autore sostiene che non debbano essere confusi con la *causa*; Schipani, che ricostruendo il concetto di *συνάλλαγμα* di Aristone parla indifferentemente di “prestazioni” (cfr. S. SCHIPANI, *La nuova legge cinese in materia di contratti*, cit., pp. 229, 230); Cardilli, che parla della *causa* in riferimento a tale passo come “prestazione spontaneamente compiuta da una delle due parti dell'accordo” (cfr. R. CARDILLI, *Societas vitae*, cit., p. 189, n. 11); Sciandrello che riconduce la quadripartizione paolina delle convenzioni atipiche (ora in D. 19,5,5 Paulus libro quinto quaestionum di cui per ragioni di spazio verrà qui riportato soltanto il *pr.*: *Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest. Qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur*) al modello aristoniano per avvalorare l'idea della prevalenza dello stesso, rispetto a quello labeoniano, nella giurisprudenza severiana (E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, cit., p. 16 e ivi n. 25). Si vedano altresì i rilievi che saranno svolti *infra* nelle pagine che seguono.

<sup>65</sup> V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., p. 149.

fondo e di poter portare poi via i frutti, tuttavia, dopo che Ego ha svolto la semina, Tu non gli ha permesso di portare via i frutti. Al riguardo Aristone esclude che si possa esperire un'azione di diritto civile, lasciando aperta la possibilità di valutare eventualmente se possa essere concessa un'azione *in factum* e tuttavia riconoscendo come esperibile un'azione *de dolo*.

In riferimento a ciò viene rilevato, che difetta la *datio* o il *factum* a carattere oneroso che giustificerebbe il sorgere di un'obbligazione riequilibratrice<sup>66</sup>. I problemi di lettura non sembrano risolvibili alla luce dei rilievi svolti da altra dottrina, più risalente, secondo cui la semina non sarebbe considerata una *datio* bensì un *facere* e quindi sarebbe esclusa l'applicazione del modello aristoniano<sup>67</sup> – questa potrebbe in realtà essere la prova del contrario, ossia del rilievo del *facere*<sup>68</sup>. Il punto è che, come lucidamente notato, “nel caso di *permissio serendi et fructus tollendi* non vi sia azione civile perché si è donato”<sup>69</sup>: un *dare* o *facere*, a seconda di come lo si voglia intendere, è stato qui posto in essere, tuttavia, “qui manca la corrispettività tra due reciproche prestazioni e la stessa onerosità, risolvendosi il tutto nel vantaggio di una sola delle parti, per cui non v'è *συνάλλαγμα*”<sup>70</sup>; in altri termini, la *conventio* non è collegata ad un'*ultra citroque obligatio*, ad un'obbligazione da una parte e dall'altra intimamente legata all'idea della reciprocità negli scambi.

### 3.2. D. 39,5,18 (Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum)

Altre testimonianze cui è necessario rivolgere brevemente la nostra attenzione sono quelle contenute in D. 39,5,18:

(Ulpianus libro 71 ad edictum) *Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. 1. Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidisses, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. Sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur. 2. Idem Aristo ait, si donationis causa in hoc tradatur servus, ut post quinquennium*

<sup>66</sup> F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 110, n. 49.

<sup>67</sup> Cfr. F. DE FRANCISCI, *Synallagma*, I, cit., pp. 207 ss.

<sup>68</sup> Si è già precisato che larga parte della romanistica moderna concordi nel ritenere che alla luce del modello aristoniano *dare* o *facere* siano indifferentemente rilevanti.

<sup>69</sup> R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 236. Ed in realtà che si tratti di donazione lo sottolinea, in un altro punto anche Gallo (F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 236).

<sup>70</sup> A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., p. 340; linea seguita anche in R. SCEVOLA, 'Negotium mixtum cum donatione'. *Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, p. 138, n. 57.

*manumittatur, sit autem alienus, posse dubitari an usucapiatur, quia aliquid donationis interveniret. Et hoc genus quaestionis in mortis causa donationibus versari Pomponius ait et magis putat ut, si ita donetur, ut post quinquennium manumittatur, posse dici usucapionem sequi. 3. Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit.*

Non è possibile in questa sede compiere un'esegesi approfondita di tale passo<sup>71</sup>, tuttavia, occorre svolgere, al riguardo, delle brevi considerazioni. Nel D. 39,5,18 pr. è riportata l'opinione di Aristone con riferimento ai negozi misti con la donazione ove è detto che non si contrae l'obbligazione per quello che riguarda la donazione stessa; nella prima parte del D. 39,5,18,1 si dice che non si può agire prima dello scadere del quinquennio perché lì Aristone vede una donazione<sup>72</sup>, mentre nella seconda parte dello stesso è detto che la situazione è diversa se invece il servo è consegnato affinché sia subito manomesso *enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem*. A causa di quanto è considerato come donazione qui è, per l'intervallo di tempo, 'interrotto' l'operare dello schema della *ultra citroque obligatio*<sup>73</sup> della fattispecie, mista, vista nel suo complesso. La donazione è fuori dal regime contrattuale, non è contraddistinta dall'*ultra citroque obligatio*, neanche potenziale, ed infatti nel D. 39,5,18,2, rispetto allo schiavo, *Aristo ait [...] posse dubitari an usucapiatur*. Se si fosse rientrati nel regime contrattuale avrebbe preso posizione sul punto<sup>74</sup>.

La catena si chiude poi con Labeone che, nel caso di evizione di una cosa altrui "a me donata", con soluzione che riecheggia quella aristoniana riportata in D. 19,5,16,1, ritiene che *nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit*<sup>75</sup>. La donazione è, secondo sia il modello aristoniano che secon-

<sup>71</sup> Sul quale con approfondimenti ed ampia bibliografia R. SCEVOLA, 'Negotium mixtum cum donatione', cit., pp. 5 ss.

<sup>72</sup> Santoro osserva che sia "dubbio a quale azione Aristone abbia qui pensato, se all'*actio fiduciae* in funzione di ripetizione, in quanto diretta a far valere un *ius poenitendi* (che egli escluderebbe comunque, a differenza di Pomponio, che invece ritiene necessaria un'indagine sul *quid actum sit*) o ad un'azione *praescriptis verbis* diretta all'adempimento (o, magari, a tutte e due)", cfr. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 228. Circa le azioni, si veda anche T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 206.

<sup>73</sup> In T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., p. 206, invece è dato rilievo al riemergere la funzione negoziale.

<sup>74</sup> Si vedano altresì le considerazioni di sintesi svolte in R. SCEVOLA, 'Negotium mixtum cum donatione', cit., pp. 144 ss.

<sup>75</sup> È vero che nel D. 19,5,16,1 si dubita della possibilità di concedere un'*actio in factum*, ma mentre circa tale soluzione è espresso dubbio, circa l'esperibilità dell'*actio de dolo* è espressa certezza, così come *plane de dolo posse me adversus eum habere actionem*, chiaramente *si dolo fecit*.

do il modello labeoniano, fuori dal campo delle obbligazioni contrattuali<sup>76</sup>.

### 3.3. D. 2,14,58 (Neratius libro tertio membranarum)

Inoltre, di particolare rilievo è un altro passo, che ora si trova ancora sotto il titolo *de pactis*, e di cui occorre sinteticamente dar conto. Si tratta di quanto in D. 2,14,58 ed il testo è il seguente:

(Neratius libro tertio membranarum) *Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. Aristoni hoc amplius videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitissem et cum tu mihi pretium deberes, venisisset mihi tecum, ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitissem, pretium mihi non dares tuque mihi ea praestitisses: pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. Nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restituitis his, quae ego tibi praestitissem, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestares. Illud plane conventionem, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituentur.*

---

<sup>76</sup> Cannata pur riconoscendo che entrambi i giuristi avessero elaborato una teoria generale del contratto a cui è collegata un'azione contrattuale generale, ritiene che mentre Labeone aveva fatto rientrare nel modello contrattuale anche figure gratuite, Aristone avrebbe, come testimoniato da D. 39,5,18pr. – 2, assunto posizione diversa al riguardo negandone la possibilità (cfr. C.A. CANNATA, *Contratto e causa*, cit., pp. 52-55). In realtà il D. 39,5,18,3 non sembra possa liquidarsi semplicemente ritenendo questo irrilevante poiché non riguarda il tema della delimitazione tra contratto e donazione dato che lì Labeone si stava occupando soltanto della seconda (*op. ult. cit.*, p. 54 ed ivi n. 29). Questo, se letto insieme quanto in D. 39,5,19,1 (altro passo ivi richiamato dall'Autore) e nel pr. del D. 39,5,19, così come agli altri passi labeoniani che si sono prima visti, ci aiuta a notare ancor meglio come, appunto, per il giurista augusteo quanto 'completamente' gratuito sarebbe stato donazione e può fornirci elementi utili nel delineare la nozione di contratto che avrebbe potuto avere in mente: non è irrilevante il fatto che, ad esempio, non si sia posto neanche il dubbio di agire eventualmente *praescriptis verbis* diversamente da come sembra fare Aristone con quella che è denominata comunque *actio in factum* nel D. 19,5,16,1. Quello della gratuità, sia per Aristone che per Labeone sembra essere stato un elemento da valutare alla luce della reciprocità delle obbligazioni e per il secondo anche delle prestazioni (o forse come nella 'prassi labeoniana' alla luce di un'attività prodromica compiuta o di un'inerzia in violazione della buona fede). La fattispecie complessiva in cui la manumissione dello schiavo deve avvenire dopo cinque anni dalla *traditio* dello stesso non viene tuttavia ad essere considerata nel complesso come una donazione (ma alla luce di questa si ricava un 'intervallo') poiché vi era l'altra obbligazione, quella di manumettere, al termine dei cinque anni.

Sebbene pare si tratti di un passo non molto frequentato dagli studiosi le cui opere più da vicino si occupano del tema di cui si sta discutendo<sup>77</sup>, mentre sovente lo è da coloro che si occupano del *contrarius consensus*<sup>78</sup>, offre comunque un'importante visuale su quello che avrebbe potuto essere l'idea aristoniana del *contractus*, mostrando il lato speculare della struttura di Aristone che si sta tentando di ricostruire.

Dal frammento è possibile vedere come Nerazio dia per scontata la possibilità di impiegare una *conventio* al fine di poter sciogliere un contratto consensuale non ancora eseguito, mentre, per quanto riguarda i casi ove l'esecuzione sia già stata avviata, si riallaccia ad un parere di Aristone che dovrebbe aver riconosciuto la possibilità di scioglimento per *contrarius consensus* anche in simili circostanze a condizione, però, che venisse ripristinata la situazione originaria, andando a rispettare dunque, così, il requisito della *res integra*.

In questo passo, come osservato bene di recente, Aristone pare "ricostruire [...] al contrario" un meccanismo simile a quello delineato in D. 2,14,7,2 ove, nello specifico, il *causa subesse* non andrebbe ricondotto ad una *datio* bensì ad una *restitutio*<sup>79</sup>. La buona fede<sup>80</sup> interagisce con la struttura sinallagmatica che si è visto essere strettamente collegata con la stessa, facendo sì che possa essere riconosciuto un *oportere ex fide bona* del compratore anche dopo la nuova *conventio* eliminativa qualora il venditore dovesse agire *ex vendito* prima che gli sia restituita la prestazione eseguita mentre verrebbe meno dopo la restituzione; in altri termini "Aristone struttura il suo ragionamento perché si ricostruisca il *synallagma* delle obbligazioni con la *emptio venditio* originaria", il requisito della *res integra* impone il ripristino della situazione iniziale<sup>81</sup>. La richiesta del rispetto di tale requisito della *res integra* non è, appunto, altro che una versione *a contrario* del meccanismo delineato in D. 2,14,7,2: vi è una *conventio* e vi è una *ultra citroque obligatio* tra le parti, che debbono l'una occu-

<sup>77</sup> Passando brevemente in rassegna alcune delle principali opere elaborate nel corso degli ultimi anni sul tema, si vede che il passo in questione non è trattato in A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit.; né in M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit.; né, ad esempio, in F. GALLO, *Synallagma*, I e II, cit.; ecc.

<sup>78</sup> Ad esempio, R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, *Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln-Graz, 1968; A. GUARINO, *Per la storia del Contrarius consensus*, cit.; da ultimo R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., a cui si rinvia per altra bibliografia in materia.

<sup>79</sup> R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., pp. 88-89.

<sup>80</sup> Sul riconoscimento dell'attribuibilità al pensiero di Aristone dell'inconsuetamente formulato (tanto che Talamanca parla al riguardo di "*hapax legómenon*", cfr. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani*, cit., p. 103, n. 289) riferimento alla *bona fidei interpretatio* si vedano le condivisibili considerazioni in R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., pp. 90 ss.

<sup>81</sup> R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., pp. 91-92.

parsi della restituzione del bene, l'altra accettare la *restitutio* e rinunciare al ricevimento del prezzo da parte del venditore. L'imposizione del requisito della *res integra* offre un'ulteriore conferma di quanto l'equilibrio, la giustizia correttiva<sup>82</sup>, sia importante nella costruzione aristoniana.

#### 4. Hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem: la "messa a punto" di Aristone

Nel tenere in considerazione quanto sin qui detto, può forse allora chiarirsi anche la portata dell'affermazione "*hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem*" contenuta in D. 2,14,7,2. Questa non pare debba essere letta in termini di critica rivolta da Aristone a Labeone con riferimento al termine greco di per sé<sup>83</sup>. Anzi, in quella che sembra essere, impiegando una espressione cara ad autorevole dottrina, una "messa a punto"<sup>84</sup> del modello labeoniano da parte di Aristone viene inserito chiaramente e consapevolmente nella fattispecie il riferimento all'esecuzione delle prestazioni ed, in risposta all'opinione di Celso, Aristone avrebbe affermato, magari con un accento di enfasi, che per συνάλλαγμα avrebbe dovuto essere inteso ciò che nel passo è reso con *res* (verosimilmente, come si è già detto, la *conventio* ed *ultra citroque obligatio*)<sup>85</sup> nel caso cui *subesse causa* che come visto rappresenterebbe l'esecuzione di una delle prestazioni e quello sarebbe stato il συνάλλαγμα produttivo di obbligazioni<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Si veda quanto segnalato in precedenza con riferimento ad Aristotele e quanto verrà ulteriormente chiarito a breve.

<sup>83</sup> Si veda A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, cit., pp. 84 ss e 124 ss. (tenendo in considerazione le note 116, 117 e 175).

<sup>84</sup> Si veda ad esempio il riferimento alla "messa a punto di Pedio" in F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 127. Grosso la definisce come "ardita estensione", cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 51.

<sup>85</sup> Circa la *conventio*, come già rilevato, sembra che dato il contesto in cui il passo è inserito vi possano essere pochi dubbi al riguardo, per quanto riguarda l'*ultra citroque obligatio*, la presenza di questa viene ad emergere oltre che dal collegamento con l'elenco degli 'esempi' riportati nel D. 2,14,7,1 (in cui all'elenco labeoniano di figure bilaterali 'perfette' sono state, come già sottolineato, accostate altresì figure 'bilaterali imperfette') anche, come messo in luce, dal fatto che anche negli esempi riportati al "*dare*" fa sempre seguito un "*ut*". In altri termini una reciprocità delle prestazioni implica anche, presuppone, una preesistente reciprocità delle obbligazioni.

<sup>86</sup> Cfr. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 43 ove è spiegato che "In particolare l'affermazione *hoc συνάλλαγμα esse*, nei riguardi dei casi, prima enunciati, *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*, lascia intendere che, secondo la veduta rigettata, gli stessi casi non configuravano il συνάλλαγμα. Questo rimanda all'elaborazione di Labeone, che lo identificava nell'*obligatio ultra citroque*, negli atti produttivi di obbligazioni reciproche, mentre nei casi predetti si aveva un'obbligazione contrapposta a una prestazione già eseguita". In realtà sembrerebbe piuttosto che Celso possa essere rimasto appunto legato alla no-

Ancora dai più attenti studiosi era sottolineato che Labeone mirava “all’elemento formale dell’*ultra citroque obligari*” mentre Aristone presentava “uno sviluppo sulla base di una valutazione sostanziale dello scambio di prestazioni, in cui emerge direttamente la posizione di parità delle parti nella convenzione”<sup>87</sup>. Come osservato sempre nella migliore romanistica, da una prospettiva pare ben compatibile con quanto si è cercato di chiarire nei paragrafi precedenti, “anche nel *συνάλλαγμα* aristoniano è presente il profilo della bilateralità oggettiva e della reciprocità”<sup>88</sup>. Il rilievo della prestazione, comunque presente nei casi in cui Labeone dava soluzioni è, appunto, da Aristone elevato ad elemento della fattispecie dogmatica del contratto.

Aristone, diversamente da Labeone, non riteneva per se stesse “azionabili le convenzioni sinallagmatiche atipiche: per lui l’azione nasceva soltanto se era stata eseguita una delle prestazioni convenute nella prospettiva, desunta da Aristotele, del ristabilimento dell’equilibrio tra le parti”<sup>89</sup> aspetto, quest’ultimo, che può ritenersi essere stato già presente nella visione “monolitica” della *ultra citroque obligatio* e ancor prima, appunto, nell’idea aristotelica di giustizia correttiva. Si tratta di un meccanismo che, se visto nel complesso, è fondato su di una struttura caratterizzata dalla reciprocità, come lucidamente colto dagli studiosi, in un esempio avente ad oggetto un contratto *facio ut facias* (con ragionamento, tuttavia, ovviamente estendibile anche alle altre tre declinazioni di *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*), “è inevitabile una intuizione di bilateralità sul piano sostanziale”<sup>90</sup> potendosi, dunque andare a rinvenire quella che dalla dottrina *de qua* è definita come una “lateralità funzionale”<sup>91</sup> che è “angolata sulla considerazione delle «prestazioni»”<sup>92</sup> e permette di percepire quanto vi è “a monte del «perfezionamento»” e consente dunque una valutazione più completa<sup>93</sup>.

---

zione labeoniana, ma che Aristone abbia risposto sottolineando che per la produzione di obbligazioni non fosse stata sufficiente la *conventio* e le obbligazioni reciproche, ma che si rendeva necessario anche che una delle prestazioni (forse, potenzialmente, anche accessoria dato che si è visto dalla ‘prassi’ labeoniana che seppur scarna è comunque più sostanziosa di quella che ci è giunta ascrivibile ad Aristone, queste erano già prese in considerazione quando il giurista dava soluzioni circa l’incertezza contrattuale) fosse stata eseguita.

<sup>87</sup> G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 52, n. 2.

<sup>88</sup> F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 101.

<sup>89</sup> Cfr. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., pp. 115-116.

<sup>90</sup> L. LANTELLA, «*Ultra citroque*»: *appunti teorici e storici sulla «lateralità» degli atti*, cit., p. 103.

<sup>91</sup> Sulla “lateralità funzionale”, che nella sostanza sembra potersi far corrispondere ad una ‘lateralità oggettiva’ (p. 100) si veda ancora quanto in L. LANTELLA, «*Ultra citroque*»: *appunti teorici e storici sulla «lateralità» degli atti*, cit., pp. 95 ss. ed in particolare 101 ss.

<sup>92</sup> L. LANTELLA, «*Ultra citroque*»: *appunti teorici e storici sulla «lateralità» degli atti*, cit., p. 104.

<sup>93</sup> L. LANTELLA, «*Ultra citroque*»: *appunti teorici e storici sulla «lateralità» degli atti*, cit., p. 105.

Il meccanismo complessivo così come ora delineato è fondato quindi su di una struttura che può ritenersi come caratterizzata dalla reciprocità e tendente ad un equilibrio o riequilibrio della posizione delle parti che non sembra, infatti, così distante dal campo delle speculazioni di Aristotele sulla giustizia correttiva volta a tenere compatta la città, la società, di cui si è già detto<sup>94</sup>.

In realtà tra Labeone ed Aristone sembra si sia verificato uno spostamento di prospettiva legato ad un'emersione della "consapevolezza" del ruolo che dal punto di vista pratico<sup>95</sup> comunque assumeva, ed in realtà assume tutt'ora, il fatto che una delle parti abbia quantomeno iniziato ad eseguire una delle prestazioni, il che ha fatto sì che l'esecuzione di una delle prestazioni divenisse elemento costitutivo della fattispecie. D'altro canto, come ancora autorevolmente colto nella romanistica, sia per Labeone che per Aristone, "il cuore del contratto" è quantomeno la "reciprocità" se non la "corrispettività"<sup>96</sup>.

Per quanto riguarda la qualifica di contratto (*esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dici*) non sembra vi possano essere dubbi sulla sua sicura attribuibilità a Mauriciano<sup>97</sup>. Tuttavia, sia alla luce delle ricostruzioni già svolte nel presente lavoro, sia anche alla luce del collegamento con il D. 2,14,7,1 (in cui è menzionato il contratto così come all'inizio dello stesso D. 2,14,7,2) è difficile disconoscere che si tratterebbe "pur sempre di realtà considerata da Aristone contrattuale"<sup>98</sup>. Se Ulpiano, riprendendo Pedio arriva ad una visione in cui è centrale il ruolo della *conventio*, dall'altro lato si vede da quanto ora in D. 2,14,7,4 che comunque abbia posto dei parametri e questi sono declinati, nel caso delle *conventiones iuris gentium* attraverso il richiamo del *nomen* editale e, in assenza, attraverso il requisito richiesto dall'impostazione aristoniana di cui si discute. Aristone, giova ripetere, sembra che nella sostanza si collochi, seppur da prospettiva parzialmente diversa, in una linea aperta da Labeone. Ciò emerge, ancor più chiaramente, dal modo in cui nel Digesto è contestualizzato D. 2,14,7,2: se ad una *conventio subsit* una *causa*, a prescindere dalla possibilità di inquadrarla (avendo riferimento anche alla 'funzione') in un tipo, possono ricollegarsi effetti obbligatori, altrimenti soltanto la

---

<sup>94</sup> Si veda *supra* nel cap. precedente quanto osservato in riferimento al richiamo al συνάλλαγμα in Labeone.

<sup>95</sup> Anche Sciandrello, sebbene ritenga il modello aristoniano come segno di un regresso rispetto a quello raggiunto con Labeone, non manca di segnalare comunque la "natura pratica" il rilievo dato in Aristone alla prestazione, si veda quanto in E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, cit., pp. 249-250.

<sup>96</sup> Ancora, L. LANTELLA, «Ultero citroque»: *appunti teorici e storici sulla «lateralità» degli atti*, cit., p. 113.

<sup>97</sup> Si vedano, ad esempio, anche le argomentazioni svolte in F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 115, così come le conclusioni cui è prevenuto R. KNÜTEL, *La causa*, cit., pp. 142-143.

<sup>98</sup> A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., pp. 335-336.

possibilità di sollevare eccezioni. Nel modello aristoniano, tuttavia, quello che sembra essere un elemento dal forte collegamento con quanto si verifica nella prassi ha fatto ingresso in quello definitorio e, come ben osservato, con Aristone “la categoria *contractus*” assume una “funzione dogmatico-normativa in quanto determinati effetti vengono correlati – indipendentemente da una tipicità causale che funzioni da ulteriore criterio di validazione – ad una struttura (l’accordo su due prestazioni reciproche accompagnato dal *causam subesse*)”<sup>99</sup>.

### 5. Cenni circa l’azione

Per quanto riguarda l’azione a tutela di tali contratti, denominata nel passo come *actio incerti civilis*, nonostante in dottrina siano state avanzate diverse opinioni, sembra sia forse preferibile propendere per ritenerla essere comunque stata la stessa azione con *praescriptio* ed *oportere* fondato sulla *bona fides*. Sebbene diversi Autori si siano anche recentemente espressi con validi argomenti contro il considerare questo rimedio come azione di buona fede<sup>100</sup>, alla luce della ricostruzione effettuata, diverse ragioni spingono a pensare che si sia trattato, comunque, di un’azione con *praescriptio* e tutela basata sulla buona fede.

Accanto alla presenza nel frammento dell’espressione, attribuita a Mauriciano, “*ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere*” considerato, tuttavia, sospetto<sup>101</sup>, ed accanto al fatto che questa è in altri luoghi accostata a *iudicia bonae fidei* (come ad esempio accade in D. 10,3,23)<sup>102</sup>, accanto, ancora, all’intreccio con la *bona fides* che emerge an-

<sup>99</sup> M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 103.

<sup>100</sup> Tra i vari M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., pp. 101 ss.; Gallo, che seguendo Burdese compie distinzioni ritenendo che Aristone avrebbe impiegato un’*actio civilis incerti* di stretto diritto, mentre nei confronti di Mauriciano si reputa non sicuro, comunque sottolinea che per le convenzioni del tipo *dedi tibi rem ut aliam mihi dares, dedi ut aliquid facias* si sia verificato al di fuori della linea labeoniana un passaggio dalla tutela di stretto diritto a quella di buona fede, cfr. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., pp. 118. La natura di buona fede o meno dell’azione *de qua* resta tuttavia discussa; si vedano i dubbi al riguardo sollevati di recente da R. CARDILLI, *Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie*, in *AUPA*, 61/2018, p. 21.

<sup>101</sup> Si veda ad esempio F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 118; da ultimo E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, cit., p. 244, il quale comunque non nega la presenza nella formula *de qua* dei *praescripta verba* impiegati per descrivere la *res de qua agitur*.

<sup>102</sup> D. 10,3,23 (Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum) *Si convenerit inter te et socium tuum, ut alternis annis fructum perciperetis, et non patiatu te socius tui anni fructum percipere, videndum, utrum ex conducto sit actio an vero communi dividundo. Eadem quaestio est et si socius, qui convenerat, ut alternis annis frueretur, pecus immisit et effecit., ut futu-*

che dal passo in materia di *res integra*, quello ora in D. 2,14,58 da cui si ricava, come visto, la conferma *a contrario* di quanto si legge nella *definitio* di D. 2,14,7,2, è anche l'intero meccanismo, così come strutturato con riferimento alle *conventiones* ancora definite come *iuris gentium*<sup>103</sup> che sembra poter far propendere per un impiego qui dello stesso tipo di azione a cui ricorreva Labeone per gestire in termini di *oportere* appunto *ex fide bona* questioni di "incertezza contrattuale" con il giudice che concretizzava, nella statuizione giudiziale avente ad oggetto questioni che si rivelavano problematiche nell'essere inquadrare in tipi già esistenti, concetti carichi di valore etico-giuridico irrazionalizzabili a monte<sup>104</sup>.

## 6. Considerazioni di sintesi

Pur se a seguito di un andamento, come al solito non lineare, con le sconessioni acute anche dalla disputa tra proculeiani e sabiniani, si è potuto vedere come ancora Ulpiano avesse dovuto misurarsi con il problema discendente dal fatto che *natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula* (D. 19,5,4) e pare che lo abbia fatto attraverso il riferimento ad un meccanismo elaborato da un giurista a lui precedente che, per certi versi, riecheggiava la soluzione labeoniana. In una lunga catena di passi all'interno della quale viene compiuto richiamo a questo meccanismo, il discorso è affrontato dalla prospettiva della *conventio* che, nel *dictum* pediano riportato nella parte iniziale della stessa, pare essere costruita, pur se certamente dando maggiore enfasi al ruolo della volontà, su quella che era la scansione muciana del *contrahere re, verbis, (litteris,) consensu*. Il discorso che viene svolto circa la *conventio* assume un ampio respiro, segnando un passaggio che avrà comunque delle importantissime ricadute con riferimento a quanto sarà poi, anche nei secoli successivi, spinto all'interno della categoria del contratto.

Viene compiuta una separazione tra *conventiones legitimaes* in cui pare avrebbero potuto in larga parte confluire le figure che più anticamente si

---

*ri anni fructus, quos socium percipere oportuit, corrumpentur. Et puto magis communi dividendo iudicium quam ex conducto locum habere (quae enim locatio est, cum merces non intercesserit?) aut certe actionem incerti civilem reddendam.*

<sup>103</sup> Si veda anche il fatto che, così come rilevato da Talamanca (M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio*, cit., p. 212), quelle enumerate nell'elenco del precedente D. 2,14,7,1 sono tutte convenzioni tutelate con *iudicia bonae fidei*.

<sup>104</sup> Si ritiene possa valere, tra l'altro, anche in questo caso quanto, nella sostanza, osservato da Gallo stesso, ma con riferimento all'*agere praescriptis verbis* labeoniano che la buona fede sia imprescindibile "per costruire – in assenza di ogni previsione normativa – le regole nelle quali si esplicava la sinallagmaticità" essendo tale criterio "connaturato alle convenzioni produttive di obbligazioni reciproche" F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 244.

riconoscevano produttrici di un *oportere certum* e quelle definite *iuris gentium*. Le seconde, seguendo un lucido procedimento logico sono distinte in due categorie, quelle che producono azioni e quelle che producono soltanto eccezioni, rientrando in quest'ultima categoria i *nuda pacta*.

Per quanto riguarda la prima categoria, invece, si scende ancora più in profondità notando come alcune di queste *conventiones* prendono il *nomen* proprio di un *contractus*, e dunque di un *contractus* che, in base ad una individuazione svolta con riguardo alla 'funzione oggettiva', riceve un'apposita protezione in quanto produttivo di un *oportere ex fide bona*; altre, invece, circa le quali, sebbene non rientrino tra quelle individuate con un proprio *nomen*, è comunque riconosciuto che, al ricorrere di determinati requisiti, possano produrre un'obbligazione.

Nonostante rispetto alla *definitio* di Labeone ove, come visto, il *consensus* restava sullo sfondo, il discorso qui si svolga dalla prospettiva ulpiana della *conventio*, viene in ogni caso compiuto riferimento ad una *res* a cui *causa subesse*. Dall'andamento del tratto in cui tale riferimento è collocato, così come anche alla luce della ricostruzione di quello che poteva essere più in generale il pensiero di Aristone svolta attraverso altri luoghi in cui è richiamato, pare che sia stata svolta una "messa a punto" rispetto al pensiero del giurista augusteo, dando maggior concretezza alla soluzione adottata attraverso la esplicitazione di un elemento che sembrava da diversi frammenti attribuiti all'antico giurista fosse stato in qualche modo, anche se non appare nella *definitio* ora in D. 50,16,19, comunque tenuto in considerazione. La *res* a cui ci si riferisce sembra possa essere infatti rappresentata da una transazione recante, nella sostanza, i requisiti del modello labeoniano, una *conventio* avente come 'contenuto' una *ultra citroque obligatio*; a questa *res*, si aggiunge però, appunto in Aristone, un elemento di maggior 'concretezza', una *causa*, identificabile con l'esecuzione di una delle prestazioni (che, sebbene gli esempi li direttamente riportati siano riferiti ad un *dare*, avrebbe potuto comprendere anche un *facere*).

Questo, sembra enfatizzare il giurista, è il *συνάλλαγμα*. Si tratta anche qui di una categoria che vuole porsi in linea con quella elaborata da Labeone per cui era stato richiamato il termine greco *de quo*, anzi, pare che appunto la presupponga. Va però sottolineato, come nella concezione di Aristone la bilateralità non operi più sul piano dell'obbligazione reciproca (*ultra citroque obligatio* di Labeone), ma da essa si separi, cogliendosi la sua autonomia concettuale attraverso la ponderazione del rapporto tra le prestazioni. Non l'accordo su impegni reciproci è come tale produttivo di obbligazioni azionabili, ma l'accordo su un assetto di interessi caratterizzato da reciprocità, nel quale però una delle parti, pur non essendo nata ancora un'obbligazione al riguardo, compie spontaneamente il sacrificio patrimoniale divisato (*causa*). Soltanto a questo punto, secondo Aristone, per la controparte nasce un'*obligatio civilis* tutelabile in termini di *actio*

*civilis incerti* (secondo quanto chiarisce Mauriciano). Si tratta di un meccanismo che, più di quello labeoniano, valorizza come tale l'idea ed il ruolo della reciprocità, dell'equilibrio corrispettivo nei sacrifici patrimoniali tra le parti, struttura che riecheggia l'idea aristotelica di giustizia correttiva come elemento di coesione della città e della società.

La struttura della categoria aristoniana che si è potuto delineare attraverso l'analisi del testo di Ulpiano, è confermata anche dalla lettura di altri passaggi in cui, come si diceva, è possibile trovare traccia del pensiero di Aristone, ad esempio, ove il giurista pare ravvisare una donazione e dunque non concede la possibilità di far ricorso alle tutela previste in relazione ad un *contractus*, ovvero, ancora, ove con riferimento ad una *conventio* dissolutoria il giurista pone il requisito della *res integra*.

Inoltre, per quanto riguarda il profilo processuale della tutela, pur nella difficoltà di potersi esprimere sul punto, e con tutta la prudenza che ciò impone, pare che non si possa escludere che l'azione impiegata, sia stata, a sua volta, un'azione di buona fede con una *praescriptio* in luogo della *demonstratio*.



CAPITOLO VIII

IL CONTRATTO COME ACCORDO  
E IL RUOLO DELLE PROSPETTIVE  
VOLONTARISTICHE

SOMMARIO: 1. Glossatori, Commentatori, Canonisti. – 2. La resistenza del contratto come *συνάλλαγμα* nell'umanesimo giuridico. – 3. La rilettura in chiave volontaristica del giusnaturalismo. – 4. Da Domat a *l'Ecole de l'Exégèse en droit civil*. – 5. Dogma della volontà in Savigny e nella Scuola pandettistica – il contratto come negozio giuridico bilaterale. – 6. Modelli romani e *consideration* (spunti di riflessione). – 7. Il contratto come accordo ed i recenti orientamenti in Italia come prove della tenuta dei modelli di contratto richiamati da Ulpiano. – 7.1. Il 'velo' della volontà e le contraddizioni (nel diritto positivo e nella dottrina). – 7.2. La causa come "fenice" che risorge dalle sue ceneri. – 7.3. Rilettura critica. – 8. Considerazioni di sintesi.

1. *Glossatori, Commentatori, Canonisti*

Se questo è quanto risultato dall'analisi delle fonti romane, al fine di ricostruire il percorso attraverso il quale si è giunti all'elaborazione di disposizioni come quelle viste nel diritto cinese che, è già stato segnalato, risentono molto dei modelli emersi in seno alla tradizione romanistica, è necessario dar conto (senza pretesa alcuna di esaustività considerando sia la durata del periodo, sia la complessità delle vicende che lo hanno riguardato e le difficoltà che si incontrano nella ricostruzione delle stesse) quantomeno di alcuni degli snodi fondamentali che hanno fatto sì che dalla 'riscoperta' bolognese dei Codici di Giustiniano siano venute poi a delinearsi le impostazioni che, appunto, ritroviamo in Cina.

Sebbene già dai glossatori e commentatori, ad esempio nelle elaborazioni in materia di *vestimenta pactorum*, nel misurarsi con la questione della *causa* nella *stipulatio*, così come da quanto avveniva nel diritto canonico ed in alcune 'legislazioni particolari'<sup>1</sup>, si sia iniziato a registrare,

---

<sup>1</sup> Si veda ad esempio quanto con riferimento all'*Ordenamiento de Alcalá* in M.J. GARCIA GARRIDO, *Causa contractual en el derecho intermedio: influencia de glosadores y canonistas en las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto*, cit., pp. 186 ss.

seppur in misura diversa nei diversi periodi e nei diversi ambiti, un accrescimento del peso riconosciuto agli aspetti soggettivi, con dei preliminari spostamenti dell'asse in favore dell'accordo ed una maggior quantità di eccezioni alla regola *ex nudo pacto non oritur actio*, un ritorno dell'attenzione alle fonti romane piuttosto che non a costruzioni, quali ad esempio quella dei *vestimenta*, basate su "*rationes eterogenee*", si manifesterà poi con i giuristi culti<sup>2</sup>.

È tuttavia opportuno sottolineare come, appunto, già dalle prime fasi abbia iniziato a manifestarsi l'avvio di uno spostamento dogmatico che poi sarà sempre più netto e rilevante nei periodi successivi. Se i Glossatori "avevano ben compreso il significato di Ulp. D. 2,14,7,4 e la precisazione di Ulpiano secondo cui era l'assenza della causa a dare luogo ad un nudo patto non azionabile"<sup>3</sup> (sebbene facendo leva sull'*auxilium legis* che poteva essere ritrovato nel richiamato D. 2,14,6 dopo la generalizzazione della nozione di patto svolta da Piacentino la donazione può iniziare a far ingresso tra i *pacta vestita*)<sup>4</sup> dietro, in particolare, le spinte dei canonisti in direzione di un rilievo del *nudum pactum* in stretto legame con la maggiore attenzione agli aspetti soggettivi; dai Commentatori, nello sforzo di armonizzare le posizioni dei canonisti con le fonti

---

<sup>2</sup>Per le espressioni direttamente citate, così come per una ricostruzione delle vicende che hanno interessato tale periodo, si veda I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., pp. 31 ss. e quanto ivi richiamato. Sugli orientamenti dei glossatori e dei commentatori sul punto si veda anche R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, cit., e la relativa recensione di E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica*, cit.

<sup>3</sup>Cfr. V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., p. 146 ove è anche richiamata la glossa accursiana da cui si legge "*Causa, id est datio vel factum ex quo vestiatur contractus innominatus*" (cfr. *Gl. 'causa'* a D. 2,14,7,4) ovvero potrebbe altresì richiamarsi l'altra glossa, sempre accursiana, secondo cui *Causa. Id est datio vel factum, quod vestiet pactionem* (cfr. *Gl. 'causa'* a D. 2,14,7,2), su cui si veda altresì, chiaramente, A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, Torino, 2018, p. 174.

<sup>4</sup>Melillo, ad esempio, nota come quanto in D. 2,14,6 (circa il quale, *supra*, cap. VII) sia stato la base su cui i Commentatori abbiano creato la categoria dei *pacta legitima* (G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p. 247), tuttavia, tenendo conto anche del contributo di Piacentino alla 'generalizzazione' della nozione di patto con la teoria dei *vestimenta* (in tal senso, ad esempio, M. J. GARCIA GARRIDO, *Causa contractual en el derecho intermedio*, cit., p. 177 e si veda anche quanto ivi richiamato) pare non sia da trascurare quanto segnalato da Birocchi (I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., pp. 52-54), ossia che già da Azzone ad esempio il *pactum donationis* era incluso tra i patti vestiti ed i Glossatori pur trovando nell'*auxilium legis* la ragione dell'efficacia di tale tipologia di *pactum*, si spinsero tuttavia ad andare oltre la ragione esterna alla struttura dell'atto (ossia l'*auxilium legis*), muovendo alla ricerca di ragioni interne il che avrebbe fatto sì che, utilizzando il *vestmentum* "in forma attiva", pur mantenendo fermo il punto di partenza secondo cui il nudo patto non produce obbligazione giuridica, si sarebbero gettate le basi per l'elaborazione di un sistema diverso, come pare abbiano poi fatto con tinte ancor più marcate i Commentatori (riguardo anche la 'mediazione' con le istanze canonistiche in questi ultimi si veda quanto subito oltre).

romane, la *causa* inizia ad essere vista come elemento fondamentale degli atti giuridici voluti dando rilievo non tanto alla forma di esternazione della volontà quanto all'*animus* quale elemento interno della manifestazione di volontà<sup>5</sup> e facendo sì che, dunque, la questione della *causa* abbia iniziato ad essere considerata anche come aspetto della volontà dei contraenti ed “individuando la funzione seria verso cui quest’ultima si indirizza” cosicché si sia iniziata ad aprire la strada verso la diffusione di visioni della causa in senso soggettivistico “in contrappunto con l’esigenza di stabilire i limiti entro cui un’intesa priva di forma – più o meno – solenne potesse giustificare il riconoscimento da parte dell’ordinamento”<sup>6</sup>.

## 2. La resistenza del contratto come *συνάλλαγμα* nell’umanesimo giuridico

Se anche in Zasius pare sia possibile rintracciare degli echi delle impostazioni precedenti che hanno iniziato a tendere a configurare l’idea della causa come scopo negoziale<sup>7</sup>, pare tuttavia che il modello del contratto-*συνάλλαγμα* nelle sue diverse declinazioni, labeoniana e aristoniana, abbia trovato un momento di forte approfondimento nella scuola dell’umanesimo giuridico, tenendo anche conto di quelli che gli studiosi definiscono come “tanti sforzi” compiuti ancora nel Cinquecento “di elaborazione della causa come elemento strutturale del contratto”<sup>8</sup>. Gli umanisti tendevano, sulla base delle riletture che ponevano in essere del *Digesto*, e della lo-

---

<sup>5</sup> Si legge, ad esempio, nella *Summa theologiae*, che “*mendacium est, si quis non impleat, quod promisit*” (TOMMASO D’AQUINO, *Summa theologiae, Secunda secundae*, 11); circa l’influenza della Scolastica si veda *infra* nei prossimi paragrafi. Nella decretalistica, si pensi a quanto in relazione al capitolo *Antigonus* riferito alla disputa tra i due vescovi poi risolta con una *pax* tra gli stessi circa cui troviamo asserzioni del tipo “*pacta quantumque nuda servanda sunt*”, su cui in sintesi M.J. GARCIA GARRIDO, *Causa contractual en el derecho intermedio*, cit., p. 179 (si veda anche la bibliografia ivi richiamata in n. 21), ovvero, ancora Baldo che osserva ancora in relazione allo stesso capitolo *Antigonus* che “*Ibi, pacta custodiantur, non distinguunt inter nuda et vestita: quia nec Deus nec bona conscientia distinguit*”, cfr. BALDUS DE UBALDIS, *In Decretalium volumen commentaria*, X. I, 35, I e, per quanto riguarda i Commentatori più tardi, Giason del Majno pare sia giunto a ritenere che i *pacta nuda* non fossero azionabili perché privi di *causa* intesa appunto quale elemento costitutivo di qualsiasi “atto giuridico voluto e condiviso” ed in cui viene in rilievo l'*animus* quale elemento interno della manifestazione di volontà (cfr. V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., p. 147 e quanto ivi richiamato).

<sup>6</sup> Cfr. V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., pp. 146-148 e quanto ivi richiamato.

<sup>7</sup> Si veda ancora V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., pp. 146-147, n. 96.

<sup>8</sup> I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 306.

ro particolare attenzione al testo<sup>9</sup>, anche ove ricorrevano parole in greco<sup>10</sup>, a dare risalto alla definizione labeoniana ed alla concezione aristoniana di *contractus* e di συνάλλαγμα.

Alciato, con buona probabilità tra i primi tornati a soffermarsi sul significato di συνάλλαγμα, con riferimento a quanto in D. 50,16,19 sottolineava che “*Contractum. Quod Graeci «synállagma» vocant. Sic dicitur, cum ultra verba contractus, aliquid utrinque agitur*”<sup>11</sup>. Budé che seppure, come sottolineato dagli studiosi pare non sia andato molto oltre una erudita indicazione di fonti, ha fornito ad altri umanisti elementi da considerare sul piano tecnico-giuridico<sup>12</sup>.

Non v'è dubbio che sia stato però Connan<sup>13</sup> a realizzare una lettura fondamentale del contratto-συνάλλαγμα delle fonti romane. Connan infatti si spinge a superare la stessa distinzione tra contratti nominati e innominati ritenendo che alla base dell'*obligatio* vi sia comunque il συνάλλαγμα, struttura oggettiva del rapporto, che diviene la “pietra angolare di tutte le *conventiones*”<sup>14</sup>. Inoltre, di particolare interesse per il tema che si affronta è una chiarificazione che lo stesso offre: “*Repugnat enim naturae, quae vetat ex alienis incommodis nostrum augere commodum: at haec natura verbis aut promissis immutari non potest: certe non debet*”<sup>15</sup>.

Cujas noterà, dal canto suo, che siano propriamente dei contratti quelli che obbligano da una parte e dall'altra, rilevando però che siano, sebbene impropriamente, detti contratti anche gli atti che creano obbligazioni da una sola parte: “*Contractus proprie sunt [...] qui ex utraque parte ex utroque latere obligant, qui et συνάλλαγματα dicuntur; ex quibus mutuae obligationes, ultro citroque nascuntur [...] Improperie autem contractus dicuntur etiam actus quicumque ad comparandam obligationem ex una tantum parte interpositi*”<sup>16</sup>. Parzialmente diversa sembra inizi poi ad essere, come rilevato nella romanistica, la situazione in Donello. Sebbene quest'ultimo da un lato sia andato a rinviare alle ragioni esposte da Connan per cui non

<sup>9</sup> Si pensi ad esempio alla “grande fioritura” del genere dei dizionari giuridici, per tale espressione e per riferimenti sul punto, ancora, I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., pp. 84-85, n. 152.

<sup>10</sup> Viene infatti sottolineato come la scuola culta sia stata “specialista” nel campo della “ricerca del significato etimologico dei termini”, I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 125.

<sup>11</sup> A. ALCIATUS, *De verborum et rerum significatione, Labeo*, n. 5; U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale*, cit., pp. 219 ss. (cfr. nt. 493)

<sup>12</sup> U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale*, cit., pp. 224 ss.

<sup>13</sup> Sul punto, ancora, U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale*, cit., p. 228.

<sup>14</sup> Fondamentale U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale*, cit., pp. 232-235.

<sup>15</sup> F. CONNANNUS, *Commentariorum juris civilis libri decem*, si veda l. V, *de pactis*, c. 2, n. 1.

<sup>16</sup> J. CUIACIUS, *Opera omnia*, VIII, 323; sul punto, F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., pp. 40-41.

era data azione al patto<sup>17</sup>, tuttavia verrà ad elaborare una “armonizzazione” della definizione di contratto con il sistema contrattuale ritenuto comprensivo di *conventiones* sia produttive di obbligazioni a carico di entrambe le parti che a carico di una soltanto, armonizzazione che, è stato riconosciuto, “non essere stata senza prezzo”. Ad esempio, quello che dai più attenti studiosi viene visto come il travisamento nella traduzione in latino del greco ἔτερος con *unus* nella parte finale della definizione di Teofilo data nella *Parafrasi alle Istituzioni* può senz’altro aver avuto tra le utilità quella del far sì che fosse stato possibile superare le difficoltà che potevano sorgere dal ricondurre la *stipulatio* sotto l’ombrello della *conventio*, ma di fatto, insieme ad altri elementi<sup>18</sup>, mostra, tuttavia, come la ‘resistenza’ degli umanisti sia venuta ad essere intaccata e come si sia andato a lasciare praticamente campo libero alla prevalenza dei modelli che si è visto (e si continuerà a vedere nelle prossime pagine) venivano ad introdurre delle letture in cui era dato sempre più risalto al consenso, agli aspetti soggettivi, piuttosto che non alla struttura (reciproca).

### 3. La rilettura in chiave volontaristica del giusnaturalismo

Viene osservato che, sul finire del XVI secolo, giuristi come Vigelius e Voltejus “studiano e citano” i giuristi spagnoli<sup>19</sup> di cui alcune opere, ad esempio le *Variae resolutiones* di Antonio Gómez<sup>20</sup>, iniziano ad avere una “straordinaria fortuna editoriale di respiro europeo”; a ciò fece poi seguito il “vasto successo” in ambiente tedesco del pensiero in materia di contratti di Molina; inoltre, sottolinea ancora, ad esempio, la stessa dottrina, è pacifico nella storiografia il legame tra le opere di Fernando Vázquez con il pensiero di Grozio<sup>21</sup>.

Non è possibile addentrarsi molto nella trama degli intrecci tra dottri-

---

<sup>17</sup> H. DONELLUS, *Opera omnia*, III, 471-472 e VII, 163-164; si veda anche quanto osservato in I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., pp. 187-188, n. 162.

<sup>18</sup> Sugli aspetti ora richiamati si veda F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., pp. 38-40.

<sup>19</sup> In particolare su questo tema A. MAZZACANE, *Umanesimo e sistematiche giuridiche in Germania alla fine del Cinquecento: “equità” e “giurisprudenza” nelle opere di Hermann Vultejus*, in *Annali di storia del diritto*, 12-13/1968-69, pp. 297 ss.

<sup>20</sup> Circa A. GÓMEZ, *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civili communis et regii tomi tres*, con attenzione posta a quanto ivi d’interesse per il tema del ruolo della volontà nel contratto, si veda I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., pp. 248 ss. e quanto lì richiamato.

<sup>21</sup> Anche per le citazioni nel testo, I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 203, si vedano altresì le pp. seguenti e quanto ivi richiamato.

ne tomistiche, diritto canonico, Seconda Scolastica (o Giusnaturalismo spagnolo) e Giusnaturalismo nord-europeo, così come tra le diverse impostazioni proposte all'interno delle scuole stesse, pertanto, al fine, in particolare, di mantenere il discorso quanto più lineare possibile, pur tenendo in considerazione della complessità del quadro<sup>22</sup>, si cercherà di non estendere troppo l'analisi oltre quanto necessario per l'economia del presente lavoro e dunque si andranno offrire dei cenni circa alcuni aspetti del pensiero di Grozio contestualizzandoli per quanto utile al fine di riuscire a cogliere la portata dei mutamenti di paradigma che andavano al tempo ad affermarsi. Da alcuni passaggi delle sue opere, infatti, può iniziarsi ad avvertire in modo piuttosto chiaro un tale mutamento di paradigma che andrà a condizionare quanto riguarderà la materia del diritto dei contratti nei tempi successivi.

Come noto, nel *De iure belli ac pacis*, il giurista, in contrasto con l'opinione di Connan, asserisce che "*vero ratio nulla reperiri potest, cur leges, quae quasi pactum commune sunt populi [...] obligationem pactis possint addere; voluntas autem cuiusque, hoc omni modo agentis ut se obliget, idem non possit, praecipue ubi lex civilis impedimentum non affert*"<sup>23</sup>; tuttavia, autorevole dottrina rileva che sia necessario contestualizzare tale affermazione nel quadro più generale dell'opera di Grozio ed in particolare tener conto anche di quanto lo stesso asserì nella *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdeid* ove descrivendo, non il diritto di natura, bensì "l'ordinamento giuridico positivo olandese del suo tempo"<sup>24</sup>, è comunque possibile trovare degli elementi che sono in minor rottura con il pensiero degli umanisti<sup>25</sup>, trovandosi, ad esempio, affermazioni che vengono rese in la-

---

<sup>22</sup> Si vedano, ad esempio, in proposito le ricostruzioni proposte in I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., pp. 203 ss. con relative opere dei giuristi del tempo ed apparato bibliografico richiamati.

<sup>23</sup> H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. XI, 3. Si veda, al riguardo, ad esempio U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale*, cit., p. 245. Più recentemente R. CARDILLI, *Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用*, cit., p. 155; D. F. ESBORRAZ, *La noción de contrato entre 'synallagma' y 'conventio'*, cit., p. 255.

<sup>24</sup> Espressione ripresa da U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale*, cit., p. 240.

<sup>25</sup> Si tenga conto anche della 'universalità' riconosciuta ancora da Grozio (seppur ovviamente da una prospettiva che postulava l'esistenza di diverse *gentes* e rispettive leggi) al diritto romano ed in particolare in materia di obbligazioni, contratti e illeciti che vengono portati come esempi della stessa: *[N]ihil es[t] homine nobili dignius quam cognitio [...] juris. Primum quidem ejus quod omnes homines hominibus, et gentes gentibus sociat; deinde vero patri[i], cujus partem non exiguam facit jus Romanum a plerisque populis adoptatum, per se quoque supra omnia Civitatum jura dignissimum nosci, ut quod perfectum excultumque sit experimentis tam magni tamque diuturni Imperii. ... Tam evidens ... est ejus Juris in plerisque partibus, iis maxime, quae ad contractus aut damnum injuria datum pertinent, aequitas, ut, ad quos populos Romana arma pertingere nunquam potuerunt, ... eo leges Romanae sine vi ulla, justitiae suae vi triumphantes, pervenerint.* H. GROTIUS, *Epistolae ad Gallos*, CLVI (Hamburgi, 16, Novembre, 1633), ripresa da R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990.

tino come “*obligatio igitur ... est factum [daed] alicuius*”<sup>26</sup> ove il rilievo assegnato alla fattualità dell’obbligazione viene visto come appunto motivo di vicinanza rispetto ad Alciato<sup>27</sup>. In sostanza, pare che Grozio analogamente, sembra, a quanto accadeva anche nel caso, ad esempio, di alcuni studiosi della Seconda scolastica<sup>28</sup>, andava a guardare sia alla prospettiva del diritto di natura (*De iure belli ac pacis*), che a quella del diritto positivo (*Inleiding*): nella seconda età forse più ancorato alla impostazione degli scritti degli umanisti che affondavano le proprie radici nelle fonti romane e, come visto, privilegiavano il profilo della struttura reciproca; nella prima, invece, assumeva un peso maggiore la prospettiva della volontà delle parti<sup>29</sup>.

Tuttavia, anche nella *Inleiding* si trovano tracce che possono ritenersi esemplificative del mutamento di paradigma che andava consolidandosi, mutamento in cui l’accrescersi del peso riconosciuto al diritto positivo e dall’altro lato al consenso non sembra in realtà debbano necessariamente essere visti come escludenti l’uno dell’altro, anzi, forse è proprio vero il contrario. Come si è già avuto occasione di vedere nei paragrafi precedenti con la generalizzazione del patto attraverso il ricorso alla teoria dei *vestimenta*, un distacco piuttosto sostanzioso, quantomeno su aspetti cruciali, rispetto a quanto nelle fonti romane ed in cui viene dato maggior rilievo al consenso ed in senso lato agli aspetti ‘soggettivi’ è avvenuto proprio facendo leva sull’*auxilium legis*. Ed infatti, nella *Inleiding* leggiamo che la “*Promissio, lege confirmata, effectum habet vel ex contractu, vel sine contractu. Contractus ets voluntatis duorum pluriumve in idem placitum, ad unius vel utriusque utilitatem*”<sup>30</sup>; ovvero, ancora, leggiamo che “*iusta causa [redelicke oorzaecke] esse censetur, si promissio fiat animo donandi, vel ad aliam contractus speciem perficiendam*”<sup>31</sup>. Alla base di questo mutamento di paradigma pare vi sia dunque stato, da un lato, il ricorso alla ‘legge’ che andava a tipizzare o quantomeno ad offrire una ‘causa’ a varie tipologie di *pacta* fornendo azioni, dall’altro, l’influenza delle visioni

<sup>26</sup> H. GROTIUS, *Institutiones*, Lib. III, tit. I, § 24.

<sup>27</sup> U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale*, cit., p. 243.

<sup>28</sup> Si veda ad esempio quanto in D. DE COVARRUBIAS, *Relectio de pactis, c. quamvis pactum*, pars II, § IV, n. 6, 313, in ID., *Opera omnia*, Venezia, 1588 ripreso in I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 244.

<sup>29</sup> Prospettive, comunque, queste, che lo stesso Grozio invita a non confondere toccando, tra l’altro, aspetti rilevanti per il discorso che si svolge, ove si legge che “*hoc quoque omitendum non est, ne iura civilia cum naturali iure confundantur, neque promissiones, quae causam expressam non habent, naturaliter esse irritas, non magis, quam rerum donationes*”. H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. XI, 21.

<sup>30</sup> H. GROTIUS, *Institutiones*, Lib. III, tit. I, §§ 1-2 su cui U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale*, cit., p. 244.

<sup>31</sup> H. GROTIUS, *Institutiones*, Lib. III, tit. I, § 53, su cui si veda anche U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale*, cit., p. 244.

che avevano risentito sia dell'impronta dei dettami religiosi *tout court*, sia delle riflessioni filosofiche svolte, ad esempio, nell'ambito della Scolastica. Grozio stesso si è comunque trovato su questo tipo di base e, a prescindere dagli orientamenti religiosi che andavano ad affermarsi al tempo, questa base ha, in ogni caso, condizionato gli accadimenti successivi.

Al riguardo si rivela utile una lettura proposta ancora in dottrina secondo cui, quella nota come Seconda Scolastica o Giusnaturalismo spagnolo abbia provato a svolgere una sintesi tra il diritto romano e, come il riferimento alla Scolastica nella denominazione stessa lascia intendere, le impostazioni filosofiche di San Tommaso d'Aquino ed Aristotele; sottolineandosi come questa sia giunta a spiegare il diritto dei contratti "*in terms of three Aristotelian virtues: fidelity, liberality, and commutative justice*". La prima per lo Stagirita si sarebbe identificata con il mantenere la parola data e Tommaso d'Aquino alla luce di ciò spiegò che le promesse debbono pertanto essere mantenute; la seconda, sempre per Aristotele, non implicava che risorse fossero date ad altri casualmente, ma richiedeva che fossero date alle persone giuste, nella quantità giusta ed al giusto tempo; la terza, nelle "*voluntary transactions*", implicava scambi di valore equivalente così che nessuna parte si arricchisse a discapito dell'altra<sup>32</sup>. Tommaso d'Aquino spiegava che una persona potesse disporre delle risorse come atto basato sulla seconda e sulla terza virtù e la Seconda scolastica concluse che queste ultime rappresentassero i due tipi di "*arrangements*" che potessero essere stipulati attraverso delle promesse<sup>33</sup>. Se, come precedentemente visto, pare possa ritenersi che il richiamo al *συνάλλαγμα* aristotelico nelle fonti giuridiche romane, e dunque all'idea di giustizia correttiva per mantenere unita la città, la società, possa esser stato impiegato per la costruzione di una nozione di contratto maggiormente incentrata sull'idea dello scambio, della reciprocità; le riletture dell'opera dello Stagirita svolte dalla Scolastica, pur tenendo conto di tale riferimento alla giustizia correttiva, dietro anche l'influenza dei condizionamenti che possono essere derivati dalla religione, dall'assetto della società nel contesto storico in cui sono state svolte e quant'altro, danno ampio risalto pure ad elementi, quali, appunto, il tener fede alle proprie promesse e la liberalità. Ciò può essere andato con buona probabilità ad influire anche sulle riflessioni dei giu-

---

<sup>32</sup> Si veda J. GORDLEY (ed.), *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge, 2001 p. 4; e su quest'ultimo punto Gordley compie, ovviamente, riferimento ai menzionati passi 1130b e 1131a dell'*Etica Nicomachea* di Aristotele (p. 4, n. 11); si veda anche quanto al riguardo già osservato *supra* in cap. VI in riferimento alla giustizia correttiva (con giustizia commutativa ci si riferisce nel linguaggio tomistico, appunto, alla giustizia correttiva aristotelica, cfr., ad esempio, I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 301). Circa l'importanza dell'equivalenza del valore degli scambi nella cultura cinese sin dall'antichità si veda, invece, *infra* cap. IX.

<sup>33</sup> J. GORDLEY (ed.), *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, cit., pp. 4-5.

risti in materia di contratti. Spiegano, infatti, ancora gli studiosi, che probabilmente le riletture di Aristotele svolte in seno alla Scolastica debbano essere considerate in collegamento con le opere di Baldo degli Ubaldi che poneva la seconda e la terza virtù aristoteliche sopra richiamate come “*causae or reasons*” necessarie anche in diritto canonico affinché il contratto possa esser stato vincolante; le origini di questa impostazione di Baldo sono, infatti, autorevolmente rintracciate nella filosofia aristotelico-tomistica, poiché, si asserisce lapidariamente, “*this distinction was not to be found in the Roman texts which referred to the causa of a contract*”<sup>34</sup>. I contratti romani vennero dunque ‘riclassificati’ in base al fatto che fossero stati basati sulla liberalità o sulla giustizia correttiva, influenzando così poi, ad esempio, la Scuola del diritto naturale del nord Europa ed anche gli studiosi successivi sino a Domat e Pothier<sup>35</sup>. Dopo Grozio si può ancora pensare, ad esempio, a Johannes Voet, che utilizzò la *Inleiding* del giurista precedente come libro di testo nei suoi corsi e come base per i propri *Commentariorum ad Pandectas*<sup>36</sup>, e che proprio in questi ultimi veniva, nel sommario al Lib. II, Tit. XIV (*De Pactis*), ad intitolare emblematicamente<sup>37</sup> uno dei paragrafi (il § 9): “*Hodie ex nudo pacto actio datur*”<sup>38</sup> lasciando limpidamente emergere non soltanto l’avenuto mutamento di paradigma, ma con “*hodie*” posto all’inizio, anche la piena consapevolezza (e volontarietà) dello stesso. Leggiamo, ancora, nei contenuti del richiamato § 9 dell’opera di Voet che “*ex pactis nudis serio et deliberato animo interpositis, aequae ac ex contractibus, actione nasci*”<sup>39</sup> con il riferimento al “*serio et deliberato animo*” che mostra limpidamente il consolidarsi di una prospettiva del tutto soggettivistica quale fondamento dell’azionabilità degli accordi. Venne dunque in queste fasi ad aprirsi, chiaramente, la strada verso il riconoscimento della vincolatività delle ‘promesse gratuite’, che nel diritto romano non erano, come si è avuto modo di vedere anche dall’ana-

---

<sup>34</sup> J. GORDLEY (ed.), *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, cit., p. 5, con riferimento ai testi di Baldo richiama BALDUS DE UBALDIS, *In decretalium volumen commentaria* a X. 1,4,11 n. 30 e BALDUS DE UBALDIS, *Commentaria Corpus iuris civilis*, a C. 3,36,15 n. 3 (si veda J. GORDLEY (ed.), *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, cit., p. 5, n. 14).

<sup>35</sup> Si veda J. GORDLEY (ed.), *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, cit., p. 5.

<sup>36</sup> Si veda quanto al riguardo in U. MARIANI, *Un contributo “elegante” in materia di ius belli: il De iure militari di Johannes Voet*, in *Diritto@Storia*, 8/2009, § 3.

<sup>37</sup> In tal senso V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., p. 148, n. 99.

<sup>38</sup> J. VOET, *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta*, Sommario del L. 2, tit. XIV, *De Pactis*, riferito al § 9, richiamato in V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., p. 148, n. 99.

<sup>39</sup> J. VOET, *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta*, cit., L. 2, tit. XIV, *De Pactis*, § 9, richiamato ancora in V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., p. 148, n. 99.

lisi svolta nei capitoli precedenti, riconosciute come *causa* di obbligazione, la donazione stessa poteva ad esempio essere piuttosto causa giustificativa di un'eventuale attribuzione patrimoniale<sup>40</sup>.

Tra impiego dell'*auxilium legis* con un peso sempre maggiore che veniva ad assumere lo stato nazione che 'produceva' il diritto e lo spostamento di visuale rispetto all'argomento, derivante dalle spinte in senso soggettivistico, i modelli costruiti sulla reciprocità 'sprofondano' ed iniziano a venir ricoperti da una coltre sempre più spessa di teorizzazioni che muovono in altra direzione e che hanno condizionato sia il diritto nei secoli successivi, sia, pare, lo stesso modo in cui le stesse fonti romane sono state poi rilette.

#### 4. Da Domat a l'Ecole de l'Exégèse en droit civil

Il fatto che Domat abbia svolto un intervento piuttosto consistente nella sua rilettura delle fonti romane è riconosciuto da tempo. Autorevole dottrina già in passato segnalava che "Domat a été le créateur de la théorie de la cause"<sup>41</sup> e poi aggiungeva che nel fare ciò "Domat a puisé dans le droit romain les éléments de sa théorie de la cause [...] Nous allons voire que, sauf sur un point, il leur a fait subir une véritable transformation [...]"<sup>42</sup>.

Sebbene in Domat non sembra si registri ancora una spinta a livello individualistico come quella che si troverà poi in Pothier<sup>43</sup>, comunque, in primo luogo vale la pena notare come in Domat la causa venga sempre più vista come causa dell'obbligazione andando ad aprirsi la strada il cui sbocco sarà poi, come notato nella romanistica, il modo in cui la causa verrà codificata, quarta tra le *conditions essentielles pour la validité d'une*

---

<sup>40</sup> Circa la donazione a Roma, oltre ai riferimenti compiuti nei precedenti capitoli, si veda, ad esempio, quanto in M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. pp. 772 ss.; J. GORDLEY (ed.), *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, cit., pp. 5 ss.; si vedano altresì i rilievi in G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 6. Circa l'eventuale configurabilità del *pactum donationis* quale *pactum legitimum* e dunque rientrante nella categoria delineata in D. 2,14,6 (su cui *supra* cap. VII) sulla base di *constitutiones* di piuttosto tarda età imperiale (ad esempio, C. 8,53,1 *Imperatores Severus, Antoninus. Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere. \* Sev. et Ant. Aa. Lucio. \* <a 210 PP. V K. Iul. Faustino et Rufino Cons.*) si veda quanto in G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., pp. 247-248) e la bibliografia ivi richiamata; si veda altresì il riferimento compiuto in I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 53.

<sup>41</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1923, p. 352.

<sup>42</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, cit., p. 353.

<sup>43</sup> Al riguardo, circa ad esempio, il richiamo alla volontà di Dio in Domat rispetto a tratti più marcatamente individualisti nelle teorie di Pothier si vedano ad esempio le riflessioni svolte in M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani*, cit., pp. 129 ss.

*convention*, ossia quale *cause licite dans l'obligation*<sup>44</sup>. Con la riorganizzazione sistematica che si andava svolgendo è andato ad emergere un rilievo della causa intesa in senso soggettivo<sup>45</sup>. La sezione I, titolo I del libro I della prima parte su "*Les engagements*" si apre già dalla prospettiva della *conventio* con un richiamo a quanto in D. 2,14,1,3<sup>46</sup> e, successivamente, le *conventiones* vengono divise in quattro categorie<sup>47</sup>. Nelle prime tre "*il se fait un commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un, est le fondement de celui de l'autre*" con "*l'obligation que se forme dans ces sortes des conventions, au profit de l'un de contractans, a toujours sa cause de la part de l'autre*" con tanto di precisazione (valida altresì per riallacciarsi al primo chiarimento ora svolto) secondo cui "*l'obligation seroit nulle si dans la verité elle étoit sans cause*": a fondamento di tali asserzioni sono richiamati, dalle fonti romane, il D. 19,5,5 recante la nota quadripartizione paolina delle convenzioni atipiche così come la *ultra citroque obligatio* con il D. 50,16,19 e, circa l'ultimo aspetto, il D. 2,14,7,4<sup>48</sup>. Tuttavia, fondamentale per riuscire a comprendere in modo completo il quadro tracciato da Domat è altresì tenere in considerazione la rimanente tipologia di *convention* e quanto si sostenuto al riguardo, ossia che "*Dans les donations, et dans les autres contracts [!] où l'un seul fait, ou donne: et où l'autre ne fait et ne donne rien; l'acceptation forme la convention. Et l'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre merite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien*"<sup>49</sup>. Complice anche la polisemia del segno "*causa*"<sup>50</sup>, la *causa donationis* da causa di giustificazione dell'attribuzione patrimoniale<sup>51</sup>, a seguito di uno spostamento della visuale verso una prospettiva soggetti-

---

<sup>44</sup> Nella versione originaria l'articolo 1108 del *Code Napoléon* disponeva che "*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation*".

<sup>45</sup> Sul punto F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., pp. 42-43 e V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., pp. 149-150.

<sup>46</sup> Si legge, infatti, all'inizio del § 1 che "*Ce mot de convention est un nom general, qui comprend toute sorte de contracts, traittez; et pactes de toute nature*" (cfr. J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, part. I *Les engagements*, lib. I, tit. I, sect. I, § 1); sul punto, V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., p. 149.

<sup>47</sup> J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, part. I *Les engagements*, lib. I, tit. I, sect. I, § 4.

<sup>48</sup> J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, part. I *Les engagements*, lib. I, tit. I, sect. I, § 5, per quanto riguarda i passi delle fonti romane si veda *supra* capp. V-VII.

<sup>49</sup> J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, part. I *Les engagements*, lib. I, tit. I, sect. I, § 6.

<sup>50</sup> Si veda ad esempio T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., pp. 41 ss.

<sup>51</sup> Si veda, ad esempio, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. pp. 773.

vistica può far sì che la donazione divenga un contratto ed un “*motif*” (soggettivo) può essere visto *en lieu de cause* appunto per la parte che riceve e non *donne* alcunché<sup>52</sup>. Sulla base di un dato comune si è dunque arrivati a mettere in ombra le specificità delle figure. Come chiarito nella romanistica, il ragionamento di fondo è stato il seguente: “la causa (in senso ritenuto derivato, con un travisamento, da quello in cui ne parlò Aristone) è il fondamento dell’obbligazione di ciascuna parte nei confronti dell’altra nelle convenzioni corrispettive; il fondamento dell’*engagement* si trova anche nelle convenzioni a titolo gratuito, dov’è dato dall’intento di beneficiare; in questo intento si può quindi vedere (con un ulteriore scostamento, esso costituisce *tout court*) la causa dell’obbligazione e della stessa convenzione”<sup>53</sup>.

Il pensiero di Pothier<sup>54</sup> viene altresì richiamato per l’influenza che giunse ad esercitare anche oltre Manica nell’ambito dei rimescolamenti teorici che hanno portato a far sì che si iniziasse se non a svuotare, quantomeno ad ‘alleggerire’, di contenuto la *consideration*<sup>55</sup>, e per l’influenza anche sul “dogma della volontà” nella pandettistica tedesca e poi nelle dottrine italiane del XIX e XX secolo<sup>56</sup>. Tra le prime affermazioni che si possono trovare in materia di contratti vi è quella per cui “*les principes du droit romain sur le différentes espèces de pactes et sur la distinction des contractes et des simples pactes, n’étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très éloignés de sa simplicité*”, pertanto non sono “*admis dans notre droit*” e suggerisce ai curiosi di andare a consultare al riguardo il *De Pactis* della sua opera sulle *Pandette*. Pertanto, Pothier rifiuta la definizione di contratto quale *conventio* che “*nomen habens a jure civili vel causam*” andando a definirlo come “*une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l’une des deux, promettent et s’engagent envers l’autre à lui donner quelque chose ou à faire ou à ne pas faire quelque chose*”<sup>57</sup> aggiungendo che “*tout engagement doit avoir une cause honnête*” e poi ancora che “*dans les contrats intéressés, la cause de l’engagement que contracte l’une des parties est ce que l’autre partie lui donne ou s’engage à lui donner; ou le risque dont elle se charge*” mentre “*dan les contrats de bienfaisance la libéralité que l’une des parties veut exercer envers l’autre est une cause suffi-*

<sup>52</sup> Si vedano ancora i rilievi svolti in F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., pp. 42-43 e V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., pp. 149-150.

<sup>53</sup> F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., p. 43.

<sup>54</sup> Si veda, ad esempio, R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, in M. BUGNET (a cura di), *Oeuvres de Pothier*, II, Paris, 1848, p. 4.

<sup>55</sup> W. SWAIN, *The Law of Contract 1670-1870*, Cambridge, 2015, p. 133, si vedano anche le osservazioni al riguardo svolte nelle pp. 151 e 176. Sul punto si veda anche *infra* nel presente capitolo.

<sup>56</sup> M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani*, cit., p. 133.

<sup>57</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, cit., p. 4.

sante de l'engagement qu'elle contracte avec elle" <sup>58</sup>. Da questi passaggi, è stato lucidamente notato come la categoria contrattuale che riunisce le convenzioni a titolo gratuito ed oneroso è andata ad appiattirsi sulla base minima rappresentata dall'elemento soggettivo, tuttavia, "la forza delle cose" comunque "erompe" e Pothier "contraddicendosi" afferma che nei contratti da lui definiti come *intéressés* la causa è data "dalla controprestazione, dal sacrificio almeno eventuale, accollato alla controparte" <sup>59</sup>. Viene notato dagli studiosi come con Pothier l'idea di causa sia stata estesa a ricomprendere quella di molte promesse unilaterali attraverso "l'introduzione del concetto di rischio come causa" così come che rilevi la sua onestà ("*tout engagement doit avoir une cause honnête*") e nel caso dei contratti "*de bienfaisance*" la "*liberalité que l'une des parties veut exercer envers l'autre*" è una "*cause suffisante*" <sup>60</sup>. Oltre a notarsi quello che sembra essere il cristallizzarsi di una generalizzazione del rilievo dell'onestà <sup>61</sup>, è comunque chiaro che anche questo si mostri in un contesto nel quale viene nettamente a delinearsi una prevalenza della concezione soggettivistica della causa riferita all'obbligazione, ed i contratti vengono ad essere una "serie di modalità rilevanti per la realizzazione degli spostamenti patrimoniali voluti dalle parti" <sup>62</sup>. Anche per quanto riguarda le regole relative all'interpretazione del contratto, può notarsi come Pothier spinga verso la ricerca della volontà delle parti, pure oltre la lettera stessa, orientandosi ancor di più in direzione dell'accertamento del volere nella sua singolarità <sup>63</sup>.

Si giunge dunque all'elaborazione del *Code civil* che ha fortemente risentito dell'impostazione di Pothier e si è arrivati al *Projet de l'an VIII* redatto da una commissione presieduta da Portalis in cui la donazione era definita come contratto. Interessante è tuttavia rilevare come nelle sedute di discussione del testo in seno al *Conseil d'État* fu proprio lo stesso Napoleone a sottolineare che "*le contrat impose des charges mutuelles aux deux contractans; qu'ainsi cette expresión ne pouvait convenir à donation*" <sup>64</sup> ! L'articolo che nella stesura proposta prevedeva che "*La donation entre-vifs*

<sup>58</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, cit., p. 24.

<sup>59</sup> F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., pp. 43-44.

<sup>60</sup> V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., p. 152 che richiama G. BROGGINI, *Causa e contratto*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto*, cit., p. 21.

<sup>61</sup> Si veda al riguardo Birocchi che mostra la visione Pedro de Oñate circa la volontà *ex honestate* riallacciandola ai modelli del Cajetanus con probabili ascendenze tomistiche (I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., pp. 284-285).

<sup>62</sup> Si veda V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., p. 152.

<sup>63</sup> Si veda M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani*, cit., pp. 130-132 e quanto delle opere di Pothier ivi richiamato.

<sup>64</sup> P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XII, Paris, 1827 [reimp Osnabrück, 1968], p. 261.

*est un contrat par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement en faveur du donataire de la propriété de la chose donnée*<sup>65</sup> viene dunque adottato con la sostituzione di “*acte*” al posto di “*contrat*”<sup>66</sup>. Vengono, in ogni caso, come osservato in dottrina, a riverberarsi nel *Code* le incongruenze che sono già state segnalate con riferimento all'impostazione di Pothier derivanti dalla tendenza a raggruppare in un'unica categoria atti che “per la forza delle cose (differenza strutturale dei negozi a titolo oneroso rispetto a quelli a titolo gratuito)” sono tra di loro diversi; inoltre, rileva ancora la stessa dottrina, è stata qui inserita un'ambiguità di fondo tra il “consenso inteso come convenzione (contratto) e come elemento (uno degli elementi)”<sup>67</sup> della stessa” cosicché la formulazione dell'art. 1108<sup>68</sup> appare modellata sul contratto unilaterale andando a saldarsi la definizione come convenzione e la circoscrizione dell'essenzialità al volere della parte che si obbliga. La causa “diventa incolore”<sup>69</sup> tanto che sia poi stata ritenuta come praticamente inutile<sup>70</sup>, ed infatti molti codici successivi non l'hanno poi neanche più menzionata<sup>71</sup>, così come il riferimento alla stessa è stato ‘aggirato’ (insieme a quello alla *consideration*) nei progetti di diritto uniforme<sup>72</sup>.

---

<sup>65</sup> P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, cit., p. 261.

<sup>66</sup> P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, cit., p. 263. L'art. 894 disponeva, infatti, che “*La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement en faveur du donataire de la propriété de la chose donnée*”. L'art. 931 poi di conseguenza prevederà che “*Tous actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats; et il en restera minute, sous peine de nullité*”.

<sup>67</sup> Circa la causa si veda quanto già segnalato poco sopra.

<sup>68</sup> L'art. 1108, già poco sopra richiamato, nella versione originaria disponeva che “*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation*”.

<sup>69</sup> Ancora, F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., pp. 43-45.

<sup>70</sup> Si vadano, ad esempio, le critiche che non tardarono a giungere anche nella stessa Francia in T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, cit., p. 110, n. 76, che con riguardo al dettato casualista dell'art. 1131 del *Code Napoléon* (*L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*) arriva a dire che si sia trattato del risultato di un “*pitoyable équivoque*”. Sul punto con altri riferimenti alle critiche espresse in Francia alla causa del contratto P.G. MONATERI, R. SACCO, *Contratto in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino, 1989, pp. 146-147, n. 34.

<sup>71</sup> Si veda ad esempio J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, II, *Les obligations, Le contrat*, Paris, 1980, p. 532.

<sup>72</sup> Le “assenze” sono notate ad esempio in V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., p. 155 e bibliografia ivi richiamata; si vedano anche le ragioni addotte nei commenti alla scelta compiuta nell'art. 3.1.2 (*A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement*) dei Principi Unidroit che sono chiaramente

La lettura degli esponenti di quella che sarà poi definita come *Ecole de l'Exégèse en droit civil*, orientata ad “acclimatare” il *Codice*<sup>73</sup> e farlo rispettare<sup>74</sup> si collocherà, ormai, per forza di cose, da una prospettiva per cui, di sicuro, *l'auxilium legis* non verrà visto come un elemento che talvolta può intervenire, ma è dal *Codice* stesso che dovrà partire l'interpretazione. Questa andrà dunque a prendere avvio da un testo legislativo in cui il contratto è accostato all'accordo, in cui prevale l'aspetto della volontà della parte, con la causa che viene a perdere colore ed arriverà a far sì che questo legame sia ulteriormente rafforzato. Basti pensare a quanto recentemente sottolineato nella romanistica con riferimento al fatto che si arrivò, con il *Codice civile* italiano del 1865, ad andare addirittura oltre quanto positivamente previsto nel *Code Napoléon* a cui si ispirava, giungendosi, anche sulla base di condizionamenti relativi alle menzionate riletture dello stesso, a dare definitivo riconoscimento al ruolo del *consensus* con riferimento ai contratti estintivi<sup>75</sup>.

Quella descritta come “liturgia del debito romanistico” si protrasse per i decenni successivi all'entrata in vigore del *Code Napoléon*<sup>76</sup> e, nell'ambito di un diritto romano riletto in chiave borghese<sup>77</sup>, come di recente è stato lucidamente sottolineato, si è assistito all'emersione di “una sorta di triade dell'assolutezza della libertà individuale” rappresentata dalla proprietà privata fulcro del codice, libertà contrattuale, libertà testamentaria<sup>78</sup>. Analogamente a quanto avvenuto con riferimento ad altri importanti istituti e blocchi di materia, partendo dalle fonti romane, ma privilegiando soltanto alcuni dei contenuti rinvenibili nelle stesse, ovvero talvolta creandone altri praticamente *ex novo* seguendo percorsi interpretativi fondati su riletture

---

ispirate a prospettive analoghe a quella di cui si discute nel testo (cfr. UNIDROIT, *Unidroit principles of international commercial contracts*, Roma, 2016, pp. 95-97). Si tratta di una questione che potrebbe senz'altro essere approfondita alla luce di quanto sta emergendo dal presente lavoro, tuttavia, al fine di mantenere quanto più possibile linearità al discorso, l'approfondimento non può essere svolto in questa sede.

<sup>73</sup> Sui codici “dell'età delle grandi rivoluzioni”, S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., pp. 31 ss.

<sup>74</sup> Sulla *Ecole de l'Exégèse en droit civil*, si veda PH. REMY, *Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIXe siècle*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 1985, pp. 91 ss; in particolare sul suo ruolo nell'acclimatare il *Code Napoléon* si veda ad esempio quanto in pp. 100 ss. ove vediamo, ad esempio, che “*la première tâche de ce qu'on a appelé l'Ecole exégétique*” sia stata quella di far rispettare il Codice visto quale “*traité de paix civile*” (p. 101).

<sup>75</sup> Si veda R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., pp. 168 ss.

<sup>76</sup> Si veda O. DILIBERTO, *L'eredità frainetesa. Il diritto di proprietà dall'esperienza romana al Code Napoléon (e viceversa)*, in P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico*, cit., p. 92.

<sup>77</sup> Di “diritto romano-borghese” si parla ad esempio in A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 16, ripreso in O. DILIBERTO, *L'eredità frainetesa*, cit., p. 90.

<sup>78</sup> O. DILIBERTO, *L'eredità frainetesa*, cit., p. 96 ed i richiami al Portalis lì formulati.

che delle stesse vennero offerte già a partire dai glossatori ed ideologicamente orientate dietro l'influenza del giusnaturalismo e dell'illuminismo giuridico, si è visto che è andato a consolidarsi un mutamento di paradigma il quale ha portato non soltanto ad un cambiamento della visuale sul contratto (con ad esempio la cd. 'autonomia contrattuale' posta al vertice della costruzione)<sup>79</sup>, e di conseguenza del modo in cui è stato regolato nel 'diritto positivo' consacrato nei codici, ma che è andato anche a condizionare, vale la pena tornare ad osservare, il modo in cui la scienza romanistica, per lungo tempo, si è poi misurata con la lettura delle fonti romane stesse<sup>80</sup>.

### 5. Dogma della volontà in Savigny e nella Scuola pandettistica – il contratto come negozio giuridico bilaterale

Per quanto riguarda, invece, il filone tedesco, è altamente probabile che quantomeno l'eco di ciò che avveniva in Francia si sia spinto anche oltre i confini orientali della stessa<sup>81</sup> ed anche lì, pur partendo da una rilettura del diritto romano<sup>82</sup>, venne ad affermarsi in modo sempre più marcato la via che avrebbe poi portato alla centralità del cd. "dogma della volontà".

La scuola storica postulò una concezione ampia ed espansiva di contratto, con Savigny, si legge che un "*Verhältnis der Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person nennen wir Obligation*" e dunque l'obbligazione diventa una signoria sulla prestazione<sup>83</sup>, mentre il contratto è definito come "*die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden*"<sup>84</sup>, con la *Willenserklärung* che quindi balza in primo piano e l'efficacia obbligatoria viene, si sottolinea, "edulcorata nel più ampio concetto di *Rechtsverhält-*

<sup>79</sup> Al riguardo si veda ancora limpidamente O. DILIBERTO, *L'eredità frainetese*, cit., p. 103 che richiama A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969, pp. 194 ss.

<sup>80</sup> Si veda quanto già osservato *supra* ad inizio del cap. IV.

<sup>81</sup> Osserva, ad esempio, Brutti che "lo schema di Pothier è sostanzialmente lo stesso che fonda il 'dogma della volontà' nella civilistica tedesca e poi nelle dottrine italiane", si veda M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani*, cit., p. 133.

<sup>82</sup> Sulla rilettura nella Germania del XIX secolo del diritto romano, per tutti, R. CARDILLI, *Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer*, in H.P. HAFERKAMP, T. REPGEN (a cura di), *Wie pandektistisch war die Pandektistik?*, Tübingen, 2017, pp. 83 ss.

<sup>83</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, (rist. Aalen, 1981), p. 339, su cui R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., pp. 3 ss.

<sup>84</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, (rist. Aalen, 1981), p. 309.

nis, categoria apicale [...] che sta alle relazioni giuridiche, come il negozio giuridico sta rispetto all'agire rilevante per il diritto"<sup>85</sup>. Come, ancora, lucidamente notato dalla romanistica, nella costruzione del Savigny relativa al contratto ed in generale al negozio giuridico non viene ad emergere l'elemento della causa; questo "non è distinto dalla volontà (dalla sua dichiarazione), ma in essa assorbito"<sup>86</sup>. L'origine di simili vedute in materia di contratto è ricondotta al fatto che, in materia di causa, Savigny ha sviluppato la propria visione partendo dai lasciti canonistici in materia di vincolatività del nudo patto agganciata all'antica *stipulatio* che viene ad assumere un ruolo di schema generale idoneo a consentire alla convenzione (intesa come promessa accettata) di obbligare "a qualunque cosa lecita per qualsivoglia fine (*Zweck*) lecito"<sup>87</sup>; l'elemento soggettivo prevale rispetto a quello della causa intesa come "fondamento obiettivo dell'atto di disposizione"<sup>88</sup>.

Puchta non distaccandosi troppo dalla linea del suo Maestro, considera il contratto una "*allgemeine Rechtsform*" e, nella distinzione tra "*einseitige Rechtsgeschäfte*" e "*zweiseitige Rechtsgeschäfte*", in sostanza vi identifica questi ultimi affermando, appunto, che questi "*heißen Verträge*"<sup>89</sup>. Se Bechmann andava a teorizzare la distinzione tra *synallagma* genetico, funzionale e condizionale<sup>90</sup>, si arriverà a Windscheid che cercherà di spiegare che "*das zweiseitige Rechtsgeschäft heißt mit einem geläufigeren Ausdruck Vertrag*"<sup>91</sup>; un *Rechtsgeschäft* che "*ist eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung*"<sup>92</sup> il cui scopo "*ist immer die Entstehung, der Untergang, die Veränderung eines Rechts (oder eines Komplexes von Rechten)*"<sup>93</sup>: il *Rechtsgeschäft* si identifica dunque con la *Willenserklärung* e piuttosto che non all'obbligazione, per quanto riguarda l'effetto, si guarda al *Rechtsverhältnis*<sup>94</sup>. Per quanto concernente la causa, nei giuristi

<sup>85</sup> R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., p. 183.

<sup>86</sup> F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., p. 48.

<sup>87</sup> V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., pp. 157-158 ove si legge anche che "il contratto finisce per rappresentare il punto di incontro tra il fine perseguito dalle parti e i fini ammessi dal diritto".

<sup>88</sup> M. GIORGIANNI, s. v. *Causa del negozio giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, § 5 e n. 35 ove è richiamata anche l'impostazione del Liebe che riteneva più conforme alle fonti romane la visione per cui a prevalere avrebbe dovuto essere il fondamento obiettivo.

<sup>89</sup> G.F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1877, § 54, 84 e n a) per la citazione di F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, cit., §§ 140-141; nella sostanza simile anche R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., p. 185 e ivi n. 572.

<sup>90</sup> A.R. VON BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, cit., pp. 540 ss.

<sup>91</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt am Main, 1906, p. 315.

<sup>92</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, cit., p. 310.

<sup>93</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, cit., p. 313.

<sup>94</sup> Si veda anche quanto osservato in R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., p. 187 e si ve-

tedeschi dell'800, questa è stata talvolta, come poco sopra visto, presa in considerazione come scopo (*Zweck*) talaltra come fondamento (*Grund*) "secondo che venisse posto in risalto il momento della realizzazione dell'interesse avuto di mira dal soggetto, ovvero l'esistenza di un titolo da cui promanasse la promessa o la *traditio*" con il risultato che è possibile riscontrare una qualche prevalenza della prima, che reca maggiori sfumature di soggettività, nei riguardi della causa della promessa, e una qualche prevalenza della seconda, ove prevalgono invece quelle oggettive, nei riguardi della causa della *traditio* con il problema di fondo che restava però quello, puntualmente colto nella dottrina italiana, della "prevalenza dell'elemento soggettivo della volontà rispetto alla «causa», intesa come fondamento obiettivo dell'atto di disposizione" con oscillazioni che andarono a contagiare anche la dottrina italiana di fine secolo<sup>95</sup> (e come si è già visto, i progetti e *Codice cinese* della prima metà del secolo scorso ed anche quella che è la normativa attuale)<sup>96</sup>. Nella dottrina tedesca un rilievo della causa resta, anche se "sottodimensionato"<sup>97</sup>, tuttavia, occorre segnalare come, ancora nella romanistica, sia stato osservato che, in generale, già dalla trattazione di Windscheid non emerge un'idea chiara al riguardo e ciò si è riverberato nel *BGB*: sulla base del "consenso delle parti positivamente considerato dall'ordinamento e, come tale, produttivo di effetti giuridici" è andata a costruirsi una "pseudo categoria la cui definizione è la duplicazione di quella dell'atto giuridico bilaterale", tuttavia, si tratta di una costruzione che regge "a parole", ma che non tiene adeguatamente in considerazione la, già richiamata, "forza delle cose", da intendersi come "la differenza strutturale dei negozi a titolo oneroso rispetto a quelli a titolo gratuito"<sup>98</sup>.

## 6. *Modelli romani e consideration (spunti di riflessione)*

In realtà, sebbene in modo sommario, ed a titolo di pure riflessioni preliminari, vale la pena aprire qui una breve parentesi circa quella che diversi, autorevoli, studiosi considerano l'equivalente nella cd. *common law* della *causa*: la *consideration*<sup>99</sup>.

---

dano anche le osservazioni in n. 589 e l'impostazione in F. VON REGELSDORFER, *Pandekten*, Leipzig, 1893, § 149 lì richiamata.

<sup>95</sup> M. GIORGIANNI, s. v. *Causa del negozio giuridico*, cit., § 5.

<sup>96</sup> Si veda *supra* capp. II-III e *infra* cap. X.

<sup>97</sup> V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., pp. 158-159.

<sup>98</sup> Si veda, ancora, F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., pp. 49-51 e rispettivamente pp. 51 e 43 per le espressioni da ultimo riprese.

<sup>99</sup> Si veda, ad esempio, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. vii; si veda anco-

Le origini della *consideration* sono ricondotte al *quid pro quo* che appariva già nel Fleta nella parte in cui si occupava dell'*action of debt*<sup>100</sup>; sul punto il Fleta ha, con buona probabilità, ripreso dal Bracton la cui trattazione seppur di livello migliore<sup>101</sup> (e che, pare, ebbe anche una buona diffusione sino a giungere pure nelle mani dei giudici di più alto livello)<sup>102</sup>; fu, a sua volta, fortemente ispirata dalla *Summa Azonis*<sup>103</sup>. In tale opera, come noto, i riferimenti ai passi già trattati nei precedenti capitoli del presente lavoro non mancano<sup>104</sup> e da qui potrebbe aver preso avvio una catena di diversi passaggi che, dai modelli romani, sulla base di lavori come quelli di Bracton<sup>105</sup> o Fleta<sup>106</sup>, ha portato all'elaborazione del meccanismo letto in termini di *quid pro quo* e che verrà a sua volta a fornire successivamente il fondamento della *doctrine of consideration*. In assenza di un *covenant*, l'*assumpsit*, che ebbe origine nel *trespass on the case* e dunque nell'ambito dei rimedi per gli illeciti<sup>107</sup>, venne infatti successivamente a porsi come rimedio preferibile rispetto all'*action of debt*<sup>108</sup>. Nonostante questo spostamento<sup>109</sup>, si ritiene che lo scambio restò comunque impor-

---

ra, sul punto, F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 111 e la dottrina ivi richiamata. In V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., p. 148 si segnala che gli sviluppi in materia di *consideration* siano "più vicini a quelli rilevanti per il mondo romano".

<sup>100</sup> O.W. HOLMES JR., *The Common Law*, Cambridge-London 2009, p. 229.

<sup>101</sup> Di cui Pollock e Maitland lo considerano essere una "little better than an ill-arranged epitome", cfr. F. POLLOCK, F. W. MAITLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge, 1898, p. 222.

<sup>102</sup> Questo venne anche epitomato da Gilbert Thornton, che fu *Chief Justice of the King's Bench* si veda, ancora, F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law*, cit., p. 222 e la bibliografia ivi riportata. L'epitome di Thornton sembra sia andata comunque perduta.

<sup>103</sup> Sottolineano gli Autori che "It was not from any English civilian but from Azo himself that our Bracton borrowed", cfr. F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law*, cit., p. 130.

<sup>104</sup> Si veda, ad esempio, il riferimento alla *ultra citroque obligatio* in *Summa Azonis locuples iuris civilis thesaurus*, Venezia, 1566, col. 305.

<sup>105</sup> Si veda, ad esempio, nella versione di G. E. WOODBINE (a cura di), *Bracton, De legibus et consuetudinibus angliae*, II, New Heaven, London, 1922, quanto nelle pp. 295, 64, 283.

<sup>106</sup> Si veda, ad esempio, quanto nella versione di J. SELDEN (a cura di), *Fleta*, cit., Libro II, rispettivamente, secondo l'ordine di citazione, cap. 60, § 23 – p. 130 dell'edizione citata, cap. 60, § 25 – p. 130 dell'edizione citata, cap. 56, § 3 – p. 120 dell'edizione citata. Il § 25 è quello richiamato da Holmes a fondamento della sua osservazione sopra richiamata, cfr. O.W. HOLMES JR., *The Common Law*, cit., p. 229, n. 16.

<sup>107</sup> Si veda ad esempio W. SWAIN, *The Law of Contract*, cit., p. 15.

<sup>108</sup> Si vedano le ragioni che sono state, ad esempio, al riguardo addotte in W. SWAIN, *The Law of Contract*, cit., p. 15, n. 28.

<sup>109</sup> W. SWAIN, *The Law of Contract*, cit., p. 15. Vale la pena comunque notare che in conseguenza di questa emersione dell'*assumpsit*, l'attenzione si spostò dalla transazione sotto-

tante e dagli anni '60 del XVI secolo venne a riflettersi nella “*doctrine of consideration*”<sup>110</sup>. Attenti studiosi sottolineano, infatti, come il “*principle of mutuality*” sia lo stesso che era alle spalle dell’*action of debt* con l’espressione “*in consideracione*” che, seppur occasionalmente, iniziò ad apparire quando l’impiego di “*pro*” si considerava inappropriato e poi St. German nel *Doctor and Student* venne ad usare “*recompense*” e “*consideration*” come dei sinonimi di “*quid pro quo*”<sup>111</sup>.

Si leggerà poi in Blackstone che la *consideration* è “*the reason, which moves the contracting party to enter into the contract: “It is an agreement, upon sufficient consideration.” The civilians hold, that in all contracts, express or implied, there must be something given in exchange, something that is mutual or reciprocal*”<sup>112</sup> e sottolineava l’Autore che una “*consideration of some sort is so absolutely necessary to the formation of a contract, that a nudum pactum, or agreement to do or pay anything on one side, without any compensation on the other, is totally void in law, and no man can be compelled to perform it*”; richiamando la massima “*ex nudo pacto, non oritur actio*”<sup>113</sup>.

Con la *consideration* pare piuttosto fondato ritenere che si sia andati dunque a seguire il solco già proposto da Aristone<sup>114</sup>.

Il modello tradizionale della *consideration* ha iniziato, tuttavia, ad essere a sua volta eroso dall’avvento della *Will Theory* rispetto alla quale la *consideration*, come notato anche di recente, dava adito a dilemmi e i giudici nel XIX secolo “*started to find or ‘invent’ consideration even in the absence of a genuine benefit or detriment*”<sup>115</sup>. La “teoria della volontà” la cui

---

stante (rilevante per il *debt*) alle promesse (la denominazione dell’azione deriva dall’*assumpsit et fideliter promisit*).

<sup>110</sup> Cfr. W. SWAIN, *The Changing Nature of the Doctrine of Consideration, 1750–1850*, in *The Journal of Legal History*, 26/2005, p. 55 e la bibliografia ivi richiamata in n. 2.

<sup>111</sup> D.J. IBBETSON, *Assumpsit and Debt in the Early Sixteenth Century: the Origins of the Indebitatus Count*, *Cambridge Law Journal*, 41/1982, pp. 153-154. Si veda anche quanto osservato in proposito dello “*Year Book case of Cleymond v. Vincent*”.

<sup>112</sup> Si veda W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, II, London, 1825 (edizione corredata di note di J.T. COLERIDGE), p. 443. In questa edizione con note di Coleridge, con riferimento a quanto attribuito qui ai “*civilians*” è citato Gravina, che lesse le opere degli umanisti e della giurisprudenza culta tra cui Alciato e Cujas (si veda C. SAN MAURO, *Gravina, Gian Vincenzo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 58, 2002, consultabile in [http://www.treccani.it/enciclopedia/gian-vincenzo-gravina\\_\(Dizionario-Biografico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/gian-vincenzo-gravina_(Dizionario-Biografico)/) (ultimo accesso luglio 2019)) ed il cui pensiero – vale la pena sottolineare tendendo conto di quanto si è detto nei paragrafi precedenti – non sembra sia stato ancora condizionato dalla concezione “naturalistica” della “nazione” (cfr. P. CATALANO, *Diritto e Persone*, cit., p. 11-13).

<sup>113</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, II, cit., pp. 444-445.

<sup>114</sup> Si veda ad esempio, nella romanistica, V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., p. 148.

<sup>115</sup> W. SWAIN, *The Law of Contract*, cit., pp. 186-187. In realtà già Blackstone seppur, pare senza enfatizzare molto, compiva riferimento alla *moral obligation* (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, II, cit., pp. 444-445).

diffusione pure nell'ambito della cd. *common law* pare abbia comunque risentito dell'influenza di ciò che stesse accadendo tra i "civilians"<sup>116</sup> ha dunque fatto sì che, anche lì, il modello basato sulla reciprocità emerso, come sembra da questa preliminare analisi, dalla rilettura in termini di *quid pro quo* dei modelli romani e poi 'riconvertito' nella *consideration*, avesse iniziato ad essere posto sotto attacco, restandovi tutt'ora<sup>117</sup>, e che una maggiore attenzione fosse stata rivolta alla volontà delle parti. Tuttavia per una serie di ragioni, di sistema, di giustizia, così come anche probabilmente quelle di ordine pratico legate anche alla difficoltà riscontrata nell'andare a ricostruire la reale volontà delle parti<sup>118</sup>, questa restite e sembra destinata a farlo ancora nel tempo<sup>119</sup>.

## 7. Il contratto come accordo ed i recenti orientamenti recenti in Italia come prove della tenuta dei modelli di contratto richiamati da Ulpiano

### 7.1. Il 'velo' della volontà e le contraddizioni (nel diritto positivo e nella dottrina)

Le posizioni degli autori francesi vennero riprese in Italia dove si arrivò a distinguere tra motivi soggettivi e scopo oggettivo a seconda che ci si fosse misurati con, rispettivamente, la causa dell'obbligazione o la causa del contratto identificata con lo scambio delle prestazioni nei contratti onerosi sinallagmatici e con lo spirito di liberalità nei contratti gratuiti<sup>120</sup>. All'Italia si estesero, tuttavia, anche le già menzionate critiche che iniziarono ad essere svolte in Francia al requisito della causa nei contratti<sup>121</sup>.

<sup>116</sup> Si veda, nuovamente W. SWAIN, *The Law of Contract*, cit. p. 133 ed altresì le osservazioni svolte nelle pp. 151 e 176.

<sup>117</sup> Si pensi, ad esempio a P.S. ATIYAH, *Consideration: A Restatement*, in *Essays on Contract*, Oxford, 1986, pp. 179 ss.

<sup>118</sup> Piuttosto esemplificativi al riguardo sembrano i rilievi svolti da Selden LJ in *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro s.a. Petrobras and others*, [2004] EWCA Civ 156 at §§ 21-22 ove si riconosce che la "task of identifying the parties' true intentions has been, as so often, a search for a mare's nest".

<sup>119</sup> Si vedano per tutti le, seppur non molto entusiastiche, osservazioni al riguardo svolte in E. MCKENDRICK, *Contract Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2012, pp. 245 ss., che conclude (in p. 253) che "the fact is that English law has not been given, and may never be given, the opportunity to start afresh. This being the case, it is unlikely that the courts will [...] abandon the doctrine".

<sup>120</sup> Si veda al riguardo, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Contratto in diritto comparato*, cit., p. 146.

<sup>121</sup> Si veda ancora P.G. MONATERI, R. SACCO, *Contratto in diritto comparato*, cit., p. 146 e la bibliografia ivi richiamata.

Quando Scialoja giunse, invece, a tradurre il termine tedesco *Zweck* con riferimento alla causa impiegò il termine italiano “funzione”<sup>122</sup> e ciò si ritiene possa aver aperto la strada all’idea di causa quale funzione economico-sociale del negozio che poi venne trasferita alla causa del contratto<sup>123</sup>. Si è giunti dunque così a poter elaborare uno “schema logico” innovativo rispetto alla soluzione francese come quello elaborato agli artt. 1322<sup>124</sup> (ove il “purché” – vale la pena sottolineare incidentalmente – viene segnalato dagli studiosi, “evoca la causa” come “espressione della volontà della legge”)<sup>125</sup> e 1325<sup>126</sup> del *Codice civile* italiano del 1942<sup>127</sup>.

In realtà è stato notato come, anche in presenza di un sistema fondato sulla categoria generale del contratto, se la causa entra in gioco sotto il profilo dell’obbligazione tende ad assumere (come si è visto) una connotazione soggettiva, tende ad esser vista, cioè, dalla prospettiva del soggetto che si obbliga; il riferimento alla causa del contratto, invece, permette di mantenere il significato “di giustificazione degli effetti giuridici di fronte alle parti”, si tratta in quest’ultimo caso, non soltanto di una costruzione “logica, ma anche storica e si ricollega ad un modello di società non più improntato ai dettami del *laissez faire*”<sup>128</sup>. Tuttavia, da un lato, come sembra esser piuttosto chiaro con riferimento ad esempio a quanto si è visto circa il diritto cinese delle ultime decadi, l’abbandono della prospettiva della causa dell’obbligazione non sembra si sia consumato<sup>129</sup>, dall’altro lato, come si vedrà poco oltre, il riferimento alla causa è stato talvolta eliminato nel corso delle riforme<sup>130</sup> ed inoltre, dove permane, poiché si resta, comunque, sempre in una visuale in cui risalta fortemente la prospettiva dell’accostamento del contratto con l’accordo, si hanno non poche difficoltà nel riuscire a tracciare le caratteristiche, a ‘riempire di contenuto’ il richiamo alla causa del contratto.

Nel *Codice civile* italiano del 1942, seguendo il modello che si è visto già delinearsi nel *Code Napoléon*, il contratto è definito all’art. 1321 come ac-

<sup>122</sup> Si veda, ad esempio, V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., pp. 89 ss.

<sup>123</sup> Nuovamente, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Contratto in diritto comparato*, cit., p. 146. Si veda anche quanto *infra* nei §§ seguenti.

<sup>124</sup> Art. 1322. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. [comma 2] Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico.

<sup>125</sup> Cfr. F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., p. 53.

<sup>126</sup> Art. 1325. I requisiti del contratto sono: 1) l’accordo delle parti; 2) la causa; 3) l’oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.

<sup>127</sup> Si veda V. MANNINO, *La fideiussione*, cit., p. 159.

<sup>128</sup> Si veda I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., pp. 305-306.

<sup>129</sup> Si veda quanto *supra* negli ultimi §§ del cap. III e *infra* cap. X.

<sup>130</sup> Si pensi a quanto accaduto in Francia, su cui si veda *infra* nel presente cap.

cordo, sebbene con la ‘differenza specifica’ subito espressa dell’aver ad oggetto questioni di natura patrimoniale<sup>131</sup> e la donazione è, a sua volta, definita come contratto<sup>132</sup>. Questa non è inserita nel libro IV (“Delle obbligazioni”), bensì, ancora con soluzione non molto distante da quella adottata dal *Code Napoléon*<sup>133</sup>, nel libro II intitolato “Delle successioni”, probabilmente perché, come lucidamente rilevato, “con la donazione si opera una liberalità per molti versi da considerarsi alla stregua di una attribuzione *mortis causa* anticipata, con analogia di disciplina”<sup>134</sup>. Infatti, questo aspetto viene, ad esempio, anche ben messo in luce anche nella dottrina latinoamericana ove troviamo sottolineato che “*en esencia la donación es un acto unilateral de disposición gratuita de bienes, más próxima a la disposición testamentaria que al contrato. Sólo así concebida se explica que pueda ser revocada por ingratitud del donatario*”<sup>135</sup>. Ancora con riguardo all’America Latina è pure sottolineato che la donazione sia il “*paradigma de los actos funcionalmente unilaterales y gratuitos*” e come anche non poche codificazioni latinoamericane, in riferimento alla donazione, rinviavano espressamente alla normativa riguardante le eredità o le assegnazioni testamentarie<sup>136</sup>. Segnali piuttosto chiari al riguardo provengono anche dal diritto cinese dove troviamo, ad esempio, una forte vicinanza terminologica tra legato (遗赠, *yizeng*) e donazione (赠与, *zengyu*) e dove, se all’art. 16 della *Legge sulle successioni mortis causa della RPC* compariva soltanto l’ambivalente *zeng*<sup>137</sup> che comunque di suo esprime l’idea del “donare”<sup>138</sup>, nel nuovo *Codice civile*, all’art. 1133, comma 3 di cui l’art. 16 rappresenta ‘antecedente storico’, si è passati dall’impiego di 赠给 (*zeng gei*), dove compare comunque *zeng* costruito con *gei*, all’impiego di 赠与 (*zeng yu*)<sup>139</sup> che grammaticalmente potrebbe assolvere la medesima fun-

<sup>131</sup> Art. 1321. Il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.

<sup>132</sup> Art. 769. La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l’altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un’obbligazione.

<sup>133</sup> Nel libro III, come noto, intitolato “*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*”, dopo il titolo I (“*Des successions*”), si trova il titolo II “*Des donations entre-vifs et des testaments*”.

<sup>134</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, p. 529.

<sup>135</sup> G. BORDA, *Tratado de Derecho civil. Contratos*, II. Buenos Aires, 1990, pp. 395 ss.

<sup>136</sup> D.F. ESBORRAZ, *La noción de contrato entre ‘synallagma’ y ‘conventio’*, cit., p. 268.

<sup>137</sup> L’art. 16 della *Legge sulle successioni mortis causa della RPC* prevede che: 公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产, 并可以指定遗嘱执行人。公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。

<sup>138</sup> Si veda ad esempio, nuovamente, S. LÜ *et al.*, s. v. 赠 (*Zeng*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>139</sup> L’art. 1133 del nuovo *Codice* prevede che: 自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产, 并可以指定遗嘱执行人。[comma 2] 自然人可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人

zione (遗, *yi* – sottointeso – *zeng gei* sostituito da 遗, *yi* – sottointeso – *zeng yu*)<sup>140</sup>, ma che pone ancora in maggior risalto la vicinanza con il “donare” (lo *zengyu hetong*, come visto già sopra, è il contratto di donazione e *zengyu* come verbo è “donare”)<sup>141</sup>.

La volontà delle parti, sia nell'accordo o nel negozio giuridico, sebbene con tinte diverse, è stata comunque posta al centro del sistema dei contratti, tuttavia, sono venute, comunque (e l'accostamento del cd. “contratto di donazione” alle successioni piuttosto che non il suo inserimento, nel caso del vigente *Codice civile* italiano, ad esempio, libro IV, titolo III “dei singoli contratti” può rappresentare un primo indizio da richiamare), ad emergere negli ordinamenti attuali diverse soluzioni che danno luogo, come visto nel caso del diritto cinese, ma non soltanto<sup>142</sup>, a risultati che possono apparire paradossali se si guarda alla superficie, ma che alla luce di quanto visto, scavando nella sostanza, hanno un fondamento equitativo, di giustizia sostanziale, che va ben oltre il dato formale delle categorizzazioni o delle denominazioni impiegate. Al riguardo, al fine di ottenere maggior chiarezza, dopo aver comunque visto quali siano stati i pilastri della materia già individuati, seppur con accenti diversi, a Roma, e dopo aver altresì visto quale è stato con buona probabilità *l'iter* che ha fatto sì che questi venissero ‘celati’ dietro il velo della volontà tanto da metterne quasi in dubbio la ragion d'essere, si rende utile spendere delle brevi riflessioni circa le discussioni in materia di ‘causa’ svolte nell'ultimo secolo in particolare in Italia, dove si registrano sia delle posizioni che vanno sostanzialmente a sostenerla o comunque quantomeno a non escluderla ed altre che, invece, portando alle estreme conseguenze la traiettoria volontaristica nelle pagine precedenti richiamata, sono giunte addirittura non solo a negare un ruolo alla ‘causa’, ma sono andate a colpire lo stesso contratto considerato come una figura praticamente ridondante e ponendo al centro del sistema la promessa unilaterale (vincolante)<sup>143</sup>.

---

或者数人继承。[comma 3] 自然人可以立遗嘱将个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的组织、个人。[comma 4] 自然人可以依法设立遗嘱信托。

<sup>140</sup> Si vedano, rispettivamente, S. LÜ *et al.*, s. v. 给 (*Gei*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit. e S. LÜ *et al.*, s. v. 与 (*Yu*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit., p. 1599.

<sup>141</sup> Si veda, nuovamente, S. LÜ *et al.*, s. v. 赠与 (*Zengyu*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit. e S. LÜ *et al.*, s. v. 赠予 (*Zengyu*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit. Si veda nuovamente sulla questione anche quanto già osservato *supra* cap. III riguardo il 赠与合同 (*zengyu hetong*) e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>142</sup> *Supra* capp. II e III ed *infra* cap. XI.

<sup>143</sup> Si veda, ad esempio, Castronovo, il quale osserva che “la forma, se è quella imposta dalla legge, è sovrastrutturale e l'oggetto necessariamente annega nell'accordo, che non è pensabile senza di esso, gli elementi previsti dall'art. 1325, e per ultima la causa, mostrano di essersi dissolti lasciando un osso di seppia: l'accordo delle parti” (C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, cit., p. XXVI) e propone poi quindi di sostituire la categoria generale del contratto con quella della promessa unilaterale (cfr., in particolare, le pp.

## 7.2. La causa come “fenice” che risorge dalle sue ceneri

Alcuni anni addietro, la più attenta dottrina italiana aveva sottolineato come, con riferimento ai modelli normativi di causa nelle codificazioni europee, “i) la causa può essere definita codificandone il significato; ii) la causa può essere menzionata ma non definita; iii) la causa può addirittura non essere menzionata”<sup>144</sup>. Inoltre, era stato notato come, accanto ai modelli normativi, “occorre tener conto della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale”, giungendo, infine, ad osservare che anche negli ordinamenti “in cui il codice ignora la causa, essa, come la fenice che risorge dalle sue ceneri, viene creata dalla dottrina e dalla giurisprudenza; la dottrina ne parla apertamente, la giurisprudenza la usa occultamente”<sup>145</sup>.

Da quanto si è potuto vedere nelle pagine precedenti sembra che tali osservazioni possano confermarsi come valide ed in realtà forse non soltanto con riguardo alle codificazioni, in particolare se, andando alla ricerca della causa o, come visto, del suo “*English equivalent*”, la “*consideration*”<sup>146</sup>, le si vada a tentare di individuare come, con definizione minimalistica quanto comprensiva e puntuale, “*a good reason for the parties to declare their will and for the law to respect it*”<sup>147</sup>. Alla luce di simili considerazioni e di quanto sin qui visto, si può vedere infatti come la ‘causa’ possa ritrovarsi in un contesto di tipicità negoziale ove può andare sia ad identificarsi con una ‘forma tipica’ richiesta, volta, nella sostanza, come efficacemente osservato nella già richiamata romanistica, “ad assicurare la serietà, l’obiettivo riconoscibilità e l’efficacia della volontà e a rendere conseguentemente stabili i risultati ai quali si indirizzava il comportamento”<sup>148</sup>, ovvero con una ‘funzione og-

---

XXVII ss.). Per quanto riguarda le ‘scelte’ svolte dal legislatore può richiamarsi ad esempio l’art. 1333 del Codice italiano 1942 alla stregua del quale: La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. [comma 2] Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell’affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso. Al riguardo, in realtà, sembra sufficiente segnalare quanto già osservato in F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., p. 53, ossia che i “vari professionisti” a cui il Maestro torinese ha “rivolto la domanda, hanno risposto di non aver incontrato, nella loro esperienza, contratti unilaterali atipici” (si vedano anche nel complesso le varie considerazioni svolte dall’Autore sul punto).

<sup>144</sup> G. ALPA, *Causa e contratto: profili attuali*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1997, p. 262.

<sup>145</sup> G. ALPA, *Causa e contratto*, cit., p. 262, ove prosegue che “è utilizzata per accertare la validità del contratto e la sua liceità”. Si veda anche, poiché già il titolo può rendere l’idea, G.B. FERRI, *L’invisibile presenza della causa del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2002, pp. 897 ss.

<sup>146</sup> Espressione mutuata da R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. vii.

<sup>147</sup> R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, I, in *The American Journal of Comparative Law*, 39/1991, p. 15.

<sup>148</sup> Si veda A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell’esperienza romana*, cit., p. 55.

gettiva tipica del negozio' ove viene offerta una disciplina per un determinato tipo di negozi non sulla base dell'impiego di una forma tipica, ma appunto della 'funzione oggettiva' degli stessi che di solito viene in rilievo e riceve protezione *ad hoc* da parte di chi, a seconda dei casi e delle varie epoche storiche, è investito del potere di creare norme quando a questa si inizia piuttosto di sovente a far ricorso nella società come si è visto accadere già nel caso della compravendita, locazione, società consensuali nell'ambito del *ius gentium* ed al cui elenco sono state poi aggiunte nel corso dei secoli molte altre figure sino, ai menzionati contratti tecnologici o di fornitura di elettricità e quant'altro apparsi come contratti tipici nelle leggi emanate nelle ultime decadi in Cina. In questi casi la selezione ed il controllo dei contenuti è svolta a monte nel momento in cui si impone il rispetto, appunto di una determinata forma, ovvero si selezionano alcune tipologie di negozi e si prevedono regole specifiche al riguardo. Tuttavia, così considerata, questa si presta anche ad essere individuata nel contesto fortemente dinamico relativo all'area, ineliminabile in quanto così *rerum natura conditum est*<sup>149</sup>, dell'atipicità ove, sin da Labeone e poi Aristone, in un bilanciamento tra le esigenze di dinamismo e di 'giustizia', viene collegata ad una struttura fondata sulla reciprocità del negozio stesso.

Importante è considerare il fatto che nelle definizioni dettate dal legislatore sono spesso impiegate delle figure retoriche che potrebbero celare una non completa corrispondenza tra ciò che è statuito e l'idea che, invece, si intendeva esprimere<sup>150</sup>. Tra queste spicca, ad esempio, come si è già avuto occasione di segnalare, la *sineddoche*, e dunque si deve aver presente il fatto che, per quanto ben congegnata, una definizione non vada ad esprimere il 'tutto', ma spesso compie riferimento ad 'una parte' (ovviamente considerata di primario rilievo) al fine di rimandare, appunto, al 'tutto'. Questa figura è stata già autorevolmente rintracciata nella definizione di contratto data nel *Code civil* francese, in quello italiano in vigore<sup>151</sup>, così come, si ac-

---

<sup>149</sup> Il riferimento è, nuovamente, alla constatazione ulpiana ora in D. 19,5,4 (Ulpianus *libro trigesimo ad Sabinum*).

<sup>150</sup> Si veda R. SACCO, *Legal Formants*, cit., p. 15.

<sup>151</sup> Per il *Code civil* si veda nuovamente R. SACCO, *Legal Formants*, cit., p. 15; sebbene nella precedente versione questo all'art. 1101 disponeva che *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*, ed ora, emendato nell'ambito della recente riforma del 2016, dispone che *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* pur non potendosi qui svolgere, per ragioni di sintesi, considerazioni circa l'impatto che il testo riformato possa avere, in ogni caso, occorre tener presente che, anche con la nuova definizione, la *sineddoche* resta, in quanto pure alla luce del nuovo disegno creatosi il contratto non è, appunto, 'soltanto' un accordo. Rispetto all'impiego di tale figura con riferimento al contratto nel *Codice Civile* italiano, si veda, ancora, R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 9. Si vedano anche, in modo più esteso sul tema, i rilievi svolti in P.G. MONATERI, *La sineddoche*, cit.

cennava e si è potuto vedere dall'analisi sopra svolta, nella definizione contenuta nella *Legge sui contratti* cinese<sup>152</sup>; tenendo conto dunque di ciò, alla luce anche dei richiamati rilievi circa la causa che come fenice risorge dalle sue ceneri<sup>153</sup>, si può notare come uno degli elementi che di solito sono celati dietro il velo della sineddoche incentrata sull'accordo, sulla volontà, sia proprio la causa<sup>154</sup>. Anche se il muro ostruttivo della volontà ha già fatto, apparentemente, delle 'vittime illustri', tra cui proprio la menzione della "cause" nel *Code* francese, lì presente (anche se fortemente soggettivizzata), come visto, nella stesura originaria sotto Napoleone sebbene successivamente criticata<sup>155</sup> ed eliminata con la riforma del 2016, tuttavia, è appunto altresì necessario spingersi a svolgere delle considerazioni sul sistema che si delinea nel complesso e non fermarsi al solo dato superficiale per rendersi conto del fatto che si tratti piuttosto di apparenza, poiché al di fuori della tipicità (e dei requisiti nell'ambito di questa di solito dettati), pare, appunto che ad un mero patto non sia comunque riconosciuto l'effetto obbligatorio<sup>156</sup>. In realtà, alla luce di quanto si è visto emergere dalle fonda-

---

<sup>152</sup> Si veda R. CARDILLI, *Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用*, cit., p. 155 ed in particolare anche quanto ivi in n. 14. Si veda anche quanto *supra* cap. II.

<sup>153</sup> G. ALPA, *Causa e contratto*, cit., p. 262.

<sup>154</sup> Con riferimento alla precedente formulazione del *Code civil*, Sacco, spiegava ad esempio che il contratto "is defined by mentioning the will without mentioning the need for the will to be declared or the requirement that there be a cause", si veda, ancora, R. SACCO, *Legal Formants*, cit., p. 15.

<sup>155</sup> Si veda nuovamente P.G. MONATERI, R. SACCO, *Contratto in diritto comparato*, cit., p. 146 e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>156</sup> Pur non potendo nella presente sede approfondire l'argomento in relazione al *Code* francese, vale la pena notare come anche dopo la riforma del 2016 restano degli importanti elementi che segnalano come, in fondo, la struttura bilaterale sia basilare nel contratto ove questo decampi dalla tipicità (sia 'formale' che costruita sulla 'funzione oggettiva'). Ad esempio, le donazioni sono regolate sempre nel libro terzo (su *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*), ma in un titolo diverso da quello sui contratti (Titre II: *Des libéralités* costruito sulla donazione tra vivi o per testamento – art. 893, comma 2 "Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament") con l'art. 894 che dispone "La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte" e quindi nella presente sede non è richiamato il contratto, ma viene appunto ricondotta alla categoria dell'atto (si veda in proposito quanto riportato nei §§ precedenti del presente capitolo circa l'intervento dello stesso Napoleone durante i lavori di elaborazione del *Code* che è andato ad impedire che la donazione fosse definita contratto e fosse piuttosto ricondotta alla più generale categoria dell'atto); tuttavia, si può vedere poi nell'art. 931 che apre la Section 1 su la "forme des donations entre vifs" del Chapitre IV ("Des donations entre vifs") che sebbene la donazione sia comunque ricondotta alla categoria degli atti, comunque, "Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats; et il en restera minute, sous peine de nullité". Il legislatore prevede dunque che il contratto, per di più con la partecipazione del notaio, sia il 'veicolo' da utilizzare. Per quanto riguarda le peculiarità relative alla revoca, si legge poi, all'art. 953, che "La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des

mentali riflessioni dei giuristi romani, la ricerca della causa deve puntare, appunto, più nel profondo rispetto a quanto troviamo, eventualmente, scritto (oppure, anche, non scritto) in un testo normativo.

Nel diritto italiano la causa è tutt'ora menzionata nel già richiamato articolo 1325 del *Codice civile*, ma non è definita e dunque, nella sostanza, al fine di riuscire a mantenere il riferimento a tale segno, "causa", compatibile con un approccio all'argomento che, di base, risente comunque fortemente della prospettiva volontaristica (il contratto, come si è visto, è anche in Italia definito come "accordo"), la dottrina ha svolto un dibattito prevalentemente incentrato su una visione della causa quale "funzione", seppur con sfumature diverse e dando l'accento ad elementi diversi.

Se, come sopra visto, Scialoja traduceva *Zweck* con "funzione", pare che l'inserimento della causa tra i requisiti del contratto nel *Codice civile* del 1942 sia stato poi riconducibile alle posizioni di Betti<sup>157</sup>, il quale considerava la causa quale funzione "di interesse sociale dell'autonomia privata"<sup>158</sup>. Successivamente, la teoria bettiana venne riportata dal piano sociale a quello individuale ad opera di G.B. Ferri, che, ponendo l'accento sugli interessi dei soggetti, sempre visti in chiave oggettiva (si parla di "espressione oggettivata delle finalità soggettive" degli autori del negozio), elabora una nuova teoria della causa quale funzione economico individuale<sup>159</sup>.

Accanto a queste si sono sviluppate poi delle teorie volte, nella sostanza, a rivisitare simili impostazioni funzionaliste. Nella teoria di Gorla, avanzata già negli anni cinquanta, contro l'idea che il nudo consenso debba considerarsi come idoneo a rendere la promessa vincolante, si avanzò l'opinione per cui sarebbe stata necessaria una giustificazione che poteva

---

*conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants"* e quant'altro. Mentre, appunto, il contratto è regolato nel titolo III (su *Des sources d'obligations*), nel sotto-titolo I (*Le contrat*) ove, come detto, la menzione della "cause" appariva, con forte accento sul profilo della liceità della stessa, all'art. 1108 (il quale, come sopra visto, nella versione originaria disponeva che: "*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation*"); restano comunque previsioni che lasciano emergere il rilievo dell'interdipendenza delle obbligazioni nei 'contratti onerosi', come quelle contenute nell'attuale art. 1169 il quale dispone che "*Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire*".

<sup>157</sup> Si veda al riguardo, ad esempio, C. SCOGNAMIGLIO, *La dottrina della causa nel diritto italiano*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 27/2006, pp. 155-156.

<sup>158</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 170.

<sup>159</sup> Si veda, ad esempio, G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 67 ss., per il virgolettato, G. B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. FERRI, C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 100.

essere rinvenuta nel sacrificio di una delle parti a vantaggio dell'altra<sup>160</sup>, in sostanza, si tratterebbe di quella (o comunque di un qualcosa simile a quella) che è, come si è visto, la *consideration*.

L'accostamento tra causa e funzione è, in ogni caso, ciò che nel dibattito svolto in materia dagli studiosi italiani sembra abbia ricevuto maggior credito<sup>161</sup>, tuttavia, occorre tener presenti dei rilievi svolti dalla migliore romanistica che mettono in guardia dal ricondurre la causa del contratto alla funzione dello stesso (si parla della funzione economico sociale, ma il discorso sembra valere anche per la funzione intesa dal punto di vista della funzione economico individuale) in quanto "è sempre, al di là delle apparenze, fuorviante"<sup>162</sup>.

Alla luce di quanto si è visto nei precedenti capitoli, pare che la funzione (oggettiva specifica di una tipologia di transazioni) possa venire in rilievo quando si procede con l'inquadramento in un tipo costruito sulla 'tipicità causale', come si è notato essere già avvenuto con i *negotia* emersi nell'ambito dello *ius gentium* e tutelati dal pretore in termini di *oportere ex fide bona*, tuttavia, una identificazione completa tra causa e funzione limita il campo di quanto, si è visto già a Roma, la prima possa estendersi. Questa sorta di 'sovrapposizione' tra causa e funzione sembra che sia piuttosto il risultato a cui si è pervenuti come esito dello spostamento ad una visuale in cui primario, se non a volte, esclusivo, rilievo è assegnato alla volontà per cui, più che al contratto, si guarda all'accordo e attorno a questo si costruisce il sistema. Pertanto se la funzione è utile per compiere distinzioni tra i vari tipi, e come punto di riferimento per 'isolarli' nello svolgere una selezione degli stessi, il problema emerge più nitido quando ci si deve misurare con l'atipicità. In quest'ultimo caso, la causa non di rado è stata considerata un intralcio che è venuto ad essere, come visto, talvolta (apparentemente) rimosso non menzionandola ovvero al fine di giustificare la presenza della menzione svolta si è cercato di costringerla entro visioni tendenti ad identificarla con la funzione. Con simili operazioni logi-

---

<sup>160</sup> G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955, pp. 199 ss.

<sup>161</sup> Si vedano inoltre sul tema, ad esempio, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, pp. 419 ss., in particolare sulla sua nozione di causa concreta, pp. 425 ss. Più in generale sulle varie accezioni in cui è stata in Italia intesa la causa, si veda quanto in G. ALPA, *Causa e contratto*, cit., pp. 267-269; A. GAMBARO, *Causa y contrato*, in *El contrato en el sistema jurídico Latinoamericano*, I, Bogotá, 1998, pp. 159 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI, (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, in particolare da pp. 361 ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, cit., pp. 36 ss.; per quanto riguarda gli orientamenti giurisprudenziali, si veda, ancora, quanto in G. ALPA, *Causa e contratto*, cit., pp. 270 ss. Circa i più recenti orientamenti nella dottrina, si vedano, ad esempio, le posizioni assunte in C. SCOGNAMIGLIO, *La dottrina della causa nel diritto italiano*, cit., pp. 153 ss. e E. GABRIELLI, *Causa en concreto y operación económica*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 33/2012, pp. 119 ss.

<sup>162</sup> F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 111.

che, in realtà, si è venuta a dilatare la figura del contratto ben oltre i confini che, secondo un'impostazione rispettosa della logica e di quello che per i romani, quantomeno alla luce di importanti letture recentemente offerte dalla romanistica, era il *bonum et aequum*, gli sarebbero propri<sup>163</sup> e si è andata appunto a stravolgere quella definita come "forza delle cose (differenza strutturale dei negozi a titolo oneroso rispetto a quelli a titolo gratuito)"<sup>164</sup>. Con lo spostamento visuale che è stato conseguente all'emersione di uno 'strapotere' del ruolo della volontà, avallato dal legislatore dello Stato nazione che (forse troppo spesso) è ricorso all'espedito dell'*auxilium legis* come fondamento e 'giustificazione delle scelte', si è giunti a trascurare quelle che sono le differenze tra il contratto ed altre figure che in realtà, appunto nel rispetto di quello che è stato autorevolmente spiegato doversi intendere l'*aequum* a cui ci si riferisce nella nota definizione celsina<sup>165</sup>, dovrebbero portarci a trattare l'uno e le altre in modo diverso al fine di evitare di giungere a soluzioni *iniquae* e dunque, risalendo la contrario la costruzione del noto *incipit* dei *Digesta*, *iniustae*<sup>166</sup>.

### 7.3. Rilettura critica

La causa, dunque, quantomeno se intesa come "a good reason for the

---

<sup>163</sup> Si vedano i richiami svolti *supra*.

<sup>164</sup> Si veda, nuovamente, quanto in F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., pp. 43-45.

<sup>165</sup> Il riferimento chiaramente è all'*incipit* del Digesto ove in D. 1,1,1 pr. (Ulpianus libro primo institutionum) si legge *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*.

<sup>166</sup> Spiega Gallo che il riferimento all'*aequum* piuttosto che non all'*aequalis* non sia casuale quanto piuttosto svolto in ragione del fatto che il secondo esprime un'eguaglianza «rigorosa (fisica o matematica)», mentre, l'eguaglianza coniugata con la proporzione (*aequum*) richiede che: "a situazione eguale corrisponde un trattamento eguale e a soluzione diseguale corrisponde un trattamento diseguale; il trattamento eguale di situazioni diseguali concreta una diseguaglianza (che i romani rappresentavano con i segni *iniquum* e *iniquitas*, esprimenti il contrario dell'*aequum*)" (si veda, F. GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., p. 76, n. 84) e dunque, rileggendo a ritroso il passo ulpiano richiamato, tenendo conto della congiunzione *nam* così come la mancata scelta di quella che in buona fede possa essere la 'migliore soluzione possibile' (il *bonum*, sempre nella autorevole e condivisibile rilettura offerta da Gallo, si veda ancora F. GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., pp. 74 ss.) andrebbe a costituire un'ingiustizia, sul punto si veda anche quanto in S. PORCELLI, *Diritto e logica*, cit., pp. 210 ss. In realtà, gli studiosi più attenti, pur magari non muovendo consciamente da tale assunto, svolgono comunque le proprie riflessioni da una prospettiva che può considerarsi come sullo stesso fondata, basti pensare, agli sforzi volti a distinguere ulteriormente il profilo della gratuità da quello della liberalità registrati ad esempio in V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 437 ss., distinzione su cui si riflette anche nella romanistica, ad esempio, in L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, cit., pp. 105 ss. ove si distingue tra gratuità contrattuale e prestazioni di cortesia.

*parties to declare their will and for the law to respect it*"<sup>167</sup>, può esserci anche se celata dietro il velo del volontarismo e può risorgere appunto dalle proprie ceneri<sup>168</sup>: fintanto che ci si muove nell'ambito della tipicità (formale o fondata sulla funzione oggettiva della transazione) non è poi neanche così arduo riuscire a scorgerla, tuttavia, la questione resta così irrisolta per quanto attiene all'ambito della atipicità che si presenta come vero banco di prova. Si è visto come gli studiosi più attenti abbiano messo in risalto il fatto che nello *ius scriptum* si faccia ricorso a figure retoriche come la sineddoche e chiaramente ciò assume un peso particolare con riferimento alle definizioni. Nella definizione di contratto cinese, così come ancora ad esempio in quella italiana e francese, il *proprium* del contratto richiamato nella sineddoche a 'rappresentare il tutto' è l'accordo; tuttavia, a questo punto, poiché le contraddizioni che emergono nelle norme positive sembra non permettano di deporre incondizionatamente in tal senso, sorge il dubbio se, parlando di definizioni, fosse stata più adeguata quella proposta da Labeone ove il *proprium* era identificato nell'*ultra citroque obligatio* piuttosto che non nell'accordo che restava 'dietro il velo della sineddoche' poiché appunto nella *definitio*, come dovrebbe essere<sup>169</sup>, era richiamato il *proprium* del contratto; ovvero il modello aristoniano ove, anche più pragmaticamente, l'attenzione era posta nella reciprocità sul piano delle prestazioni.

Come visto, lo stesso Napoleone, ancora si opponeva a che la donazione non venisse considerata contratto, tuttavia, sebbene lui sia riuscito a porre un argine a che ciò avvenisse, lo stesso argine si è visto esser stato presto, in diversi luoghi, sfondato e la figura del contratto è stata diluita così tanto da far sì che al giorno d'oggi se ne sia addirittura arrivati (pericolosamente) a mettere in discussione la stessa ragion d'essere<sup>170</sup>. Sembra che siano state proprio le conseguenze del prendere una simile direzione quelle alla base delle contraddizioni che sono emerse dall'analisi del diritto vigente in materia di contratti in Cina e che si sono viste altresì riscontrabili, in misura piuttosto simile, anche ad esempio nel *BGB* che, al riguardo, è stato rispetto a diverse scelte compiute in Cina forse il principale modello di riferimento e, andando a svolgere un'analisi delle previsioni dei vari ordinamenti sul punto, probabilmente questo tipo di contraddizioni emergerebbe in molti altri casi<sup>171</sup>. Oltre il piano nazionale queste

<sup>167</sup> R. SACCO, *Legal Formants*, cit., p. 15.

<sup>168</sup> Per questa immagine, ancora, G. ALPA, *Causa e contratto*, cit., p. 262.

<sup>169</sup> Si pensi, ancora, ad esempio, al tratto ciceroniano Cic., *Top.*, 29 "*Sic igitur veteres praecipunt: cum sumpseris ea quae sint ei rei quam definire velis cum aliis communia, usque eo persequi, dum proprium efficiatur, quod nullam in aliam rem transferri possit*".

<sup>170</sup> Si veda, ad esempio, ancora l'impostazione, poco sopra richiamata, che può trovarsi in C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, cit., pp. XXVI ss.

<sup>171</sup> Nelle pagine precedenti dai brevi cenni che sono stati dati alla situazione francese ed

vanno poi, ad acuire le difficoltà, già piuttosto sostanziose, che emergono nei sempre più impiegati e rilevanti contratti transnazionali, ma circa le quali si stenta a trovare delle risposte convincenti<sup>172</sup>.

Tuttavia, vale la pena richiamare ancora delle impostazioni che è possibile rinvenire nella più attenta dottrina italiana, e che offrono degli interessanti spunti di riflessione per il discorso che si sta svolgendo. In ambito comparatistico dopo aver preso in considerazione il diritto di diversi ordinamenti di Paesi appartenenti alla tradizione romanistica ed il modello di *common law* si arriva a concludere che “il semplice accordo (con il suo oggetto) non è contratto se (a) non è rivestito di una forma solenne; o (b) non è assistito da una causa onerosa, la quale consiste: (a) in una repromissione; (b) in una esecuzione contestuale e collegata alla promessa (mutuo, ecc.). I risultati operazionali si dimostrano quindi simmetrici a quelli di *common law* [...] Concludendo, sono ovunque modi generali di giustificazione dell'accordo: la forma, e la repromissione o controprestazione. Sono modi speciali l'avvenuta prestazione e – in qualche sistema – l'evento pubblicitario”<sup>173</sup>.

Sul versante della romanistica, invece, è stato osservato come l'ordinamento giuridico tuteli determinati intenti “che si traducono (come la donazione) o possono tradursi (come la fideiussione, il mutuo, il trasporto, ecc.) in prestazioni unilaterali (senza cioè il corrispettivo)”, ma questi non formano nel nostro sistema una categoria aperta a nuove figure e dunque, nonostante l'impiego di formule generali come quella che troviamo nell'articolo 1333 del *Codice* italiano in vigore<sup>174</sup>, il negozio bilaterale con obbligazioni a carico di una sola parte non sembra si possa considerare come categoria, appunto aperta, come è quella del sinallagmatico e comunque, l'intento di beneficiare non è perseguibile soltanto attraverso il contratto e, in 'ambito contrattuale' non soltanto attraverso la donazione (si pensi ad esempio al mutuo senza interessi, al comodato, alla fideiussione gratuita ecc.)<sup>175</sup>. Ebbene, quest'ultima dottrina mostra come nell'attuale *Codice civile* italiano per quanto riguarda la sfera dei rapporti patrimoniali, vi siano tre ambiti normativi, di cui, un primo rappresentato dai con-

---

italiana può, ad esempio, vedersi che, pur se con delle differenze, comunque la questione di base sia la stessa.

<sup>172</sup> Per ragioni di sintesi, mi sia concesso di rinviare a delle prime riflessioni al riguardo svolte in S. PORCELLI, *Power and contracts. Weaknesses of the Nation State in Tackling Some Major Legal Issues Related to the Globalisation. Preliminary Considerations*, in E. CALORE, R. MARINI (a cura di), *Imperium, Staat, Civitas. Ein kritischer Beitrag zum postmodernen Konzept der Macht/Imperium, Stato, Civitas. Contributo critico alla concezione postmoderna del potere*, Stuttgart, 2015, pp. 245 ss. Si vedano anche i rilievi svolti in ID., *Per una solidarietà eurasiatica attraverso il diritto romano*, cit., pp. 68 ss.

<sup>173</sup> Si veda al riguardo, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Contratto in diritto comparato*, cit., p. 146 e le pp. 145-147 per l'intera ricostruzione.

<sup>174</sup> Il testo è richiamato per intero nelle note precedenti.

<sup>175</sup> F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., p. 54.

tratti con prestazioni corrispettive “a cui si applicano in via di principio, tutte le norme dettate sui contratti” distinguendo poi ulteriormente tra quelli in cui la “sinallagmaticità è connaturata” e quelli ove è “potenziale (come nel mandato e nel deposito)”; un secondo rappresentato dai contratti unilaterali a cui non si applica la parte della disciplina dei contratti attinente a quelli con prestazioni corrispettive, come ad esempio quella in materia di rescissione, di risoluzione per inadempimento, impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta ecc.; un terzo rappresentato dagli atti unilaterali a cui si applicano, per quanto compatibili, talune disposizioni relative ai contratti unilaterali ed altre proprie. Emergono dunque delle contraddizioni, come ad esempio quella relativa all’inserimento della donazione tra i contratti, che sono riconducibili, nella sostanza, ad un non corretto impiego del metodo definitorio (nel Codice è stato impiegato un metodo di definizione del contratto che procede dal particolare al generale) e ad una quantomeno non sufficiente attenzione alla “forza delle cose (differenza strutturale dei negozi a titolo oneroso rispetto a quelli a titolo gratuito)” che era già stata segnalata<sup>176</sup>. Nel mantenere salda l’osservanza dei criteri del *bonum et aequum*, dunque, procedendo invece come, ad esempio, si è visto pare abbia fatto anche Labeone o lo stesso Ulpiano nella sua ‘catena’ di passi che troviamo nel *de pactis* (pur se in direzione opposta rispetto al Codice italiano in vigore – ed in realtà non soltanto) dal generale al particolare, si potrebbe partire rilevando quella definita come la “figura generalissima del fatto giuridico”, all’interno della quale rilevare l’ambito del fatto ascrivibile all’uomo, ossia l’atto giuridico “distinto *ab antiquo* in unilaterale e plurilaterale, lecito e illecito”, ed all’interno di quello lecito possibile rinvenire quella, rilevata essere “specie rilevante dell’atto giuridico nell’esperienza umana” che è rappresentata “dall’atto sia soggettivamente che oggettivamente plurilaterale, volto cioè a creare tra le parti, prestazioni corrispettive e detto contratto”; e, seppur si voglia accedere, tenendo conto di quanto visto nelle pagine precedenti e delle richiamate riflessioni svolte da altra autorevole dottrina<sup>177</sup> ed al fine di dare il respiro più ampio che pare possibile alla categoria, all’idea che più che di una corrispettività al riguardo potrebbe forse parlarsi in una reciprocità, appunto, in senso più ampio, certo è, comunque, che “la via seguita impedisce di assumere come *definiendum*, anziché lo stesso contratto, un suo elemento pure centrale, quale l’accordo”<sup>178</sup>. Il *proprium* del contratto, il suo elemento distintivo rispetto alle altre figure, non sarebbe, comunque,

---

<sup>176</sup> Al riguardo si veda F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., p. 43. Per l’intera ricostruzione qui svolta, in particolare, le pp. 56 ss.

<sup>177</sup> L. LANTELLA, «Ultro citroque»: *appunti teorici e storici sulla «lateralità» degli atti*, cit., pp. 97-98 e 113.

<sup>178</sup> Per una simile ricostruzione si veda F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., pp. 56 ss., in particolare per quest’ultimo aspetto, pp. 59-60.

di suo, il mero accordo, bensì la struttura reciproca sul piano delle prestazioni (intesa magari anche in senso ampio, ma comunque necessaria); tuttavia, tenendo in considerazione le “spinte pan-contrattualistiche” che “risentono di istanze positivistiche” così come, si è altresì visto, anche di istanze, *lato sensu* morali, religiose, politiche, ideologiche, ma facendo leva, comunque in prevalenza sull'*auxilium legis* (soprattutto nei tempi recenti quando è trasformato piuttosto in una – presunta – onnipotenza del legislatore), o comunque su di una selezione svolta sulla base di, ovvero da, una fonte di produzione del diritto attraverso la costruzione di tipi, al contratto sono accostati atti selezionati in base alla forma ovvero in base alla funzione oggettiva tipica, alcuni dei quali (caratterizzati dalla reciprocità) rientrerebbero comunque in quello che sarebbe ‘propriamente’ il contratto, altri dei quali, invece vengono, per dirla nuovamente con Gallo, ‘a parole’ spinti (sulla base di un rilievo dato all’elemento soggettivo e di uno spostamento dell’asse dogmatico in direzione del volontarismo) nella categoria, ma seguono delle regole, comunque, spesso diverse, in ragione del fatto che, appunto, è la struttura stessa ad essere diversa. Pare chiaro dunque come, in ogni caso, nel momento in cui ci si misura con l’atipicità (sia sotto il profilo della forma che sotto quello della funzione oggettiva) e dunque si esce fuori dal campo di azione dell'*auxilium legis*, ciò che pare, anche alla luce delle sopra richiamate costatazioni svolte dalla dottrina, è che, affinché da un accordo discendano delle conseguenze giuridiche riconducibili all’obbligazione (come si è visto considerata come effetto caratteristico del contratto ed a cui lo stesso resta intimamente legato), è necessario che la fattispecie sia connotata da una struttura fondata sulla reciprocità, seppur intesa in senso lato, sul piano delle prestazioni. Ciò, vale la pena sottolineare incidentalmente, tenendo conto di quanto nelle pagine precedenti messo in risalto con riferimento alla *consideration* pare possa essere valido (*mutatis mutandis*) anche per ciò che riguarda i pilastri della struttura del contratto nel cd. *common law*.

Alla luce delle ricostruzioni svolte nelle pagine precedenti sembra trovi conferma il fatto che sia la “forza delle cose”, la reale differenza di struttura tra le fattispecie, che alla luce dei supremi criteri del *bonum et aequum* richiede, comunque, a dispetto delle denominazioni impiegate, il ricorso a diverse discipline. E questo può valere sia a svelare e chiarire quelle che sono state le, dunque soltanto apparenti, contraddizioni segnalate con riferimento al diritto dei contratti in Cina, che possono ricollegarsi alle riletture di alcune delle fonti romane in materia di contratto svolte nel corso degli ultimi secoli richiamate nelle pagine precedenti, sia ad offrire spunti per essere in grado di superarle o quantomeno di misurarvisi. Svelata l’origine e la sostanza di tali contraddizioni vale comunque la pena volgere ancora lo sguardo alla Cina ed in particolare a quello che è stato il terreno su cui i modelli della tradizione romanistica si sono trovati ad attecchire, così come cercare poi di valutare se le cose possano considerarsi mutate con il nuovo

*Codice civile*, al fine di tentare di aggiungere alcuni ulteriori elementi all'analisi e, soprattutto, metterne alla prova la 'stabilità'.

## 8. Considerazioni di sintesi

Se ancora gli umanisti tentarono di mantenersi in aderenza con i modelli romani dando risalto, nell'ambito dei contratti, al ruolo del *συνάλλαγμα*, tuttavia, lavorando sempre sulle fonti romane, si è visto che già da tempo, complici anche riletture quali quelle svolte da Tommaso d'Aquino dei testi aristotelici e comunque da una prospettiva che si cercava di mantenere in aderenza con i dogmi religiosi, facendo altresì leva sull'espedito dell'*auxilium legis*, la volontà ha iniziato ad attrarre sempre maggiore attenzione anche nelle costruzioni dei giuristi sino a trasformarsi, seppur lentamente, in un polo di attrazione della materia del contratto. La svolta è poi avvenuta soprattutto con il Giusnaturalismo nord-europeo, basti pensare all'impostazione di Grozio e di coloro che lo hanno seguito, che sono venuti a porre espressamente in primo piano il ruolo della volontà andando, sull'altro fronte a ridursi l'attenzione posta sulla struttura reciproca sul piano delle obbligazioni e/o eventualmente delle prestazioni. Questo tipo di impostazioni è venuto poi ad affermarsi in misura sempre maggiore e, nel XIX secolo, sebbene, lo stesso Napoleone in sede di redazione del suo *Code* abbia opposto ancora, con riguardo ad aspetti cruciali, resistenza, è andata a caratterizzare sempre più l'approccio nell'ambito della tradizione romanistica al tema del contratto sino ad arrivare alla Pandettistica che, ad esempio con la costruzione del *Rechtsgeschäfte* sulla *Willenserklärung*, viene a segnare in via definitiva lo spostamento dell'asse sul profilo soggettivo e, la causa, ove presa in considerazione, è considerata quale *Grund* dell'obbligazione, del negozio giuridico viene in rilievo lo *Zweck*. Ciò andrà a condizionare sia la riflessione teorica che il diritto positivo dei tempi successivi.

Se questa è stata la traiettoria percorsa, seppur ovviamente in modo non lineare, sul continente, quanto accaduto oltre la Manica non è restato del tutto indenne da condizionamenti. Si è visto che lo stesso modello pare sia stato ereditato dai modelli dei giuristi romani diffusi per il tramite dell'opera di Azzone poi ripresa da Henry de Bracton e nel Fleta che hanno suggerito una lettura della struttura del contratto in termini di *quid pro quo*. Con il passaggio dall'impiego del *debt* all'*assumpsit*, l'espressione *quid pro quo* pare sia stata messa da parte, ma a *latere* è andata ad affermarsi la qualificazione in termini di *consideration*. Blackstone (pur se poi ha lasciato uno spazio aperto alla cd. *moral consideration*) andava comunque ad affermarne il ruolo e le sue impostazioni sono ricondotte a quelle degli umanisti. Si arriverà al XIX secolo quando dietro anche influenze delle riletture poste in essere sul continente vengono a essere elaborati

meccanismi che vanno a sminuirne la portata, tuttavia, come osservato da studiosi contemporanei, la *consideration* permane (e pare destinata a continuare ad esserlo) come elemento fondamentale della struttura del contratto nel *common law*.

Nella tradizione romanistica, lo spostamento della visuale sulla prospettiva della volontà, ha fatto sì che si sia ingenerata una situazione in cui le specificità del contratto sono andate a sfocarsi ed a questo sono stati ricondotti negozi che in realtà tradizionalmente non vi rientravano, come ad esempio la donazione, lasciandosi, tuttavia, con ciò emergere in modo chiaro le contraddizioni che simili scelte di per sé abbiano comportato. Le discussioni relative al tema della causa del contratto sono state meno battute in Germania e nei Paesi, come la Cina, che hanno avuto come principale punto di riferimento il modello tedesco, mentre, in Francia ed in altri Paesi, come l'Italia, in cui ne è stata compiuta menzione, si sono accese discussioni che, nel caso francese, hanno portato alla rimozione, con le riforme, della menzione della causa, e in quello italiano hanno spinto verso l'affrontare le questioni relative alla causa andando in larga parte dei casi ad identificarla con la funzione (oggettiva, lo *Zweck*, altrimenti si confonderebbe con i cd. motivi) della transazione, lasciando però così di fatto irrisolta la questione quantomeno con riferimento all'atipicità. Si è visto come, comunque, la dottrina si sia battuta con grande sforzo nel cercare soluzioni ed è approdata, seppur da prospettive diverse e con riguardo ad elementi diversi, ad importanti intuizioni, come quelle relative al chiarimento della necessità di non fermarsi al dato più immediato che emerge dalla lettura di quanto nello *ius scriptum* poiché anche il legislatore è avvezzo (oppure spesso costretto) a fare ricorso a figure retoriche nei testi di legge che elabora, ovvero quelle che hanno portato a paragonare la causa all'araba fenice che, come questa, risorge sempre dalle proprie ceneri ed è presente anche dove non sia espressamente menzionata nello *ius scriptum*.

In effetti, se si considera la causa, come “una buona ragione per le parti di dichiarare la propria volontà e per il diritto di rispettarla”<sup>179</sup> sembra possa notarsi, secondo modelli che già si è visto venire ad affermarsi nel diritto romano, che questa possa incidere su due direzioni: sul fronte della tipicità e su quello dell'atipicità. Per quanto riguarda il primo profilo, pare che possa rinvenirsi nei casi in cui chi investito del potere normativo (e dunque di 'tipizzare') impone l'adozione di una determinata forma (intesa in senso ampio)<sup>180</sup>, ovvero, in particolare nell'area della tradizione roma-

---

<sup>179</sup> Si veda, ancora, R. SACCO, *Legal Formants*, cit., p. 15 ove causa e *consideration* sono molto efficacemente descritte come “a good reason for the parties to declare their will and for the law to respect it”.

<sup>180</sup> Quale elemento oggettivo di esteriorizzazione e 'stabilizzazione' della volontà, su cui si veda *supra* cap. V.

nistica, quando si compie riferimento ad un tipo individuato sulla base di una determinata funzione oggettiva della transazione<sup>181</sup>. Per quanto riguarda l'atipicità, area in cui, non potendo appunto contare sul 'supporto' dell'*auxilium legis* non si riesce ad ovviare all'esigenza di andare ad identificare il *proprium* del contratto, pare che tuttavia non sia comunque, a dispetto delle figure retoriche impiegate, riconosciuto un ruolo esclusivo all'accordo quale fonte di obbligazioni, ma anche qui, tenendo conto pure di quanto si è potuto osservare rispetto al diritto cinese, vediamo che la protezione in termini di obbligazione viene di solito riconosciuta ad accordi a cui corrispondono delle strutture *ultra citroque*, la cui protezione in giudizio viene inoltre richiesta dopo che una parte abbia, in ottemperanza dell'accordo, ricevuto dall'attività o dall'inerzia della controparte una perdita.

In realtà, un contributo fondamentale per far luce sulla struttura profonda che regge l'impianto proviene dalla più attenta romanistica<sup>182</sup> che, in particolare, tenendo conto degli spunti offerti dai modelli labeoniano ed aristoniano, colti nella loro capacità di coniugare le esigenze della logica con il concreto, la "forza delle cose". Così come dimostra anche la constatazione di Ulpiano secondo cui *natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula*<sup>183</sup>, la "forza delle cose", in generale, non si lascia completamente imbrigliare e piegare dagli uomini o meglio, sebbene possa anche farlo in apparenza ('a parole'), fa sì che comunque permanga la necessità di tenere in considerazione gli insopprimibili dati collegati alla realtà. Viene in rilievo la struttura concreta dei negozi che, ove sia 'realmente diversa', anche se si tenta di spingere questa diversità al di là del 'velo' del volontarismo non si riesce ad eliminare, ma soltanto, eventualmente, a celare. Infatti, questa è pronta a riemergere sotto diverse forme ove il "supremo criterio" dell'*aequum* richiede il trattamento di cose simili in modo simile ed il trattamento di cose diverse in modo diverso. La "forza delle cose" è rispondente ad un dato della realtà, ma è altresì vagliabile alla luce dei procedimenti logici, per cui, anche a dispetto delle denominazioni e definizioni che tramite l'*auxilium legis* si cerchino di dare. Il *proprium* del contratto sembra dunque essere rappresentato appunto dalla reciprocità sul piano delle prestazioni (intesa in senso ampio e poi eventualmente ancora suddivisibile al proprio interno) e forse sarebbe opportuno che la sineddoche a cui si compie ricorso nelle definizioni si rife-

---

<sup>181</sup> Rileva, ad esempio, puntualmente Garofalo che "la funzione tipica, ricorrente per tutti i contratti del tipo, può bastare da sola a dare fondamento al contratto, come dimostra l'esempio della fideiussione", cfr. L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, cit., p. 121.

<sup>182</sup> Si vedano, ancora, le riflessioni svolte in F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone*, cit.

<sup>183</sup> Ora in D. 19,5,4 (Ulpianus *libro trigesimo ad Sabinum*) e su cui più approfonditamente *supra* cap. VII.

risse piuttosto a questa. Ove, tuttavia, la reciprocità non fosse riscontrabile si dovrebbero considerare le varie figure come figure tipiche di atti, altrimenti si rischia di cadere in contraddizione. Le apparenti contraddizioni rilevate nel diritto cinese, derivanti dai modelli che questo ha preso a riferimento, sembrano, infatti, comuni (*mutatis mutandis*) a quelle che possono trovarsi nel diritto positivo di altri Paesi, e non rappresentano altro che la conferma di ciò.

La struttura profonda, quella che resta dietro il 'velo del volontarismo', non soltanto ne fa emergere più chiaramente i contorni e dunque le svela, ma permette di orientarsi anche dove, appunto, le denominazioni, definizioni e quant'altro impiegato potrebbero eventualmente trarre in inganno e consente dunque di impostare una metodologia che sia in grado di avere a disposizione strumenti ermeneutici per superarle. Ciò può rivelarsi fondamentale, vale la pena di sottolineare incidentalmente, anche nel misurarsi con le difficoltà derivanti dai sempre più numerosi e, anche per valore, rilevanti contratti transnazionali ove, con una maggior frammentarietà e lacunosità dello *ius scriptum*, un adeguato inquadramento dogmatico della figura del contratto e delle sue caratteristiche si rivela decisivo per evitare che la più agevole elusione dei meccanismi di tutela predisposti sul piano interno, possa dar adito, se non addirittura favorire, comportamenti, anche dalle forti ricadute sociali, non adeguatamente vagliati alla luce della *iustitia*. D'altro canto si è vista la stretta relazione tra tali modelli romani da cui si è preso spunto e la prospettiva dello *ius gentium*.

Le fonti romane e la riflessione sulle stesse si confermano, infatti, quali cruciali strumenti per una rilettura critica del diritto attuale potenzialmente in grado di offrire risposte non soltanto sul come andare a superare eventuali contraddizioni che si possono incontrare nelle denominazioni, definizioni e quant'altro sul piano interno, ma anche, appunto, degli importanti punti di riferimento sul come misurarsi con la indubbiamente sempre più rilevante questione dei contratti transnazionali.

## CAPITOLO IX

# LA RECIPROCIÀ NEL DIRITTO CINESE DELL'ANTICHITÀ

SOMMARIO: 1. Il 契约 (*qiyue*) come vincolo e forma. – 2. Ricostruzione delle vicende relative al 契约 (*qiyue*) così come emerge dalle testimonianze scritte. – 3. Efficacia giuridica dei 契约 (*qiyue*) alla luce di diversi profili messi in luce dalla dottrina cinese. – 4. 礼尚往来 (*Li shang wang lai*) e la reciprocità nel *li*. – 5. Considerazioni di sintesi: elementi dogmatici alla luce dei “diversi circuiti giuridici”.

### 1. *Il 契约 (qiyue) come vincolo e forma*

Alla luce di quanto visto, le ideologie e i fondamenti dogmatici delle interpretazioni in materia di contratti nella tradizione romanistica si pongono su un piano di dialogo con quanto era stato evidenziato nei primi capitoli sulle possibili ragioni su cui poggiano le apparenti ‘contraddizioni’ riscontrate nel diritto cinese del XX secolo.

È importante, ora, cercare di chiarire, sebbene non si tratti di un’impresa agevole e rispetto alla quale è necessaria estrema prudenza, se l’idea di reciprocità che comunque emerge possa ritenersi come radicata su un piano più profondo di interazione sistemologica e contenutistica tra diritto romano con la tradizione che ne è discesa ed il diritto cinese che ne è poi entrato successivamente a far parte, e se non le possa essere attribuito il ruolo di ponte per un dialogo giuridico che non resti su un piano descrittivo delle norme, ma tenti di operare su uno strato, appunto, più profondo che possa chiarire le potenzialità maggiori di accoglimento o di rigetto di modelli del contratto della tradizione romanistica in Cina.

Osserva la gius-sinologia italiana che *qi* (契) significava “incidere” e dunque rimanda a quanto attinente alla forma dell’accordo; mentre *yue* (约) significava “legare, avvolgere”, esprimendo l’idea del ‘legame’<sup>1</sup>.

Nello *Shuowen Jiezi* si trova un’ulteriore conferma di ciò: con riferimento al *qi* si trova “契、大約也。从大从𠂔”<sup>2</sup>. Per quanto riguarda lo *yue* (semplifi-

<sup>1</sup> Si veda, M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., pp. 42-43 e R. CAVALIERI, *La legge e il rito*, cit., p. 39.

<sup>2</sup> S. XU, s. v. 契 (*Qi*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, III, cit.

cato 约) a cui è svolto l'accostamento, leggiamo che “約、纏束也。从糸勺聲”<sup>3</sup> potendosi, dunque, desumere che originariamente *yue* esprimesse l'idea di un legare<sup>4</sup>. Ancora oggi 约束, *yueshu*, rappresenta il vincolo e 约束力, *yueshuli*, è il modo in cui viene indicato l'effetto vincolante, letteralmente la forza vincolante, come ad esempio, appunto, quella del contratto<sup>5</sup>.

Con *qi* veniva, invece, in rilievo l'intagliare mostrato dalla presenza di 契 (*qia*)<sup>6</sup> nel carattere<sup>7</sup>. Vi è dunque un accostamento tra l'idea dell'intagliare espressa da quest'ultimo e quella del vincolo espressa da *yue* (“契、大約也”)<sup>8</sup>.

Un aspetto importante da tenere in considerazione è comunque quello, già segnalato e che era altresì stato posto in luce dalla più attenta dottrina, e compatibile anche con le caratteristiche del diritto cinese dell'antichità sopra richiamate, per cui, originariamente, il *qiyue* non stesse ad identificare una nozione generale di contratto<sup>9</sup>, quanto piuttosto una forma contrattuale. Il rilievo era dato all'idea del vincolo ed alla sua formalizzazione<sup>10</sup>. D'altro canto, come si è già accennato nei capitoli precedenti, è

<sup>3</sup> S. XU, s. v. 約 (*Yue*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi* (说文解字), IV, Beijing, 2018.

<sup>4</sup> 纏 (*chan*) di cui 纏 richiamato nel testo rappresenta la versione non semplificata, ancora oggi esprime il significato di legare, ed alla stessa area semantica si collega 束 (*shu*) richiamato subito di seguito, si veda, ad esempio, rispettivamente, S. LÜ *et al.*, s. v. 纏 (*Chan*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit. e S. LÜ *et al.*, s. v. 束 (*Shu*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>5</sup> Si vedano rispettivamente S. LÜ *et al.*, s. v. 约束 (*Yueshu*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit. e S. LÜ *et al.*, s. v. 力 (*Li*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.; per quanto riguarda, invece, un impiego da parte del legislatore del termine *yueshuli* nell'accezione richiamata si vedano, ad esempio, l'art. 8 della *Legge sui contratti* ove si prevede che il contratto concluso in base al diritto ha 'forza giuridica vincolante' per le parti (il testo dell'intero articolo è il seguente 依法成立的合同, 对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务, 不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同, 受法律保护) e l'art. 56, sempre della *Legge sui contratti*, ove si prevede che i contratti nulli ed annullati non hanno 'forza giuridica vincolante' sin dall'inizio (il testo dell'intero articolo è il seguente 无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效, 不影响其他部分效力的, 其他部分仍然有效).

<sup>6</sup> Si legge ancora nello *Shuowen Jiezi* che “契, 巧契也。从刀多聲。凡契之屬皆从契。”, cfr. S. XU, s. v. 契 (*Qia*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, II, cit.

<sup>7</sup> Che, pare, sia andato anche a sostituire 契 (*qi*), su cui, sempre nello *Shuowen Jiezi* si legge “契、刻也。从契从木”, e dunque un chiaro l'accostamento allo scolpire 刻 (*ke*, scolpire, cfr. S. LÜ *et al.*, s. v. 刻 (*Ke*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.). Si veda S. XU, s. v. 契 (*Qi*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, II, cit. dove anche riferimenti alla 'sostituzione' (p. 898).

<sup>8</sup> Sembra il primo accostamento tra i due termini sia stato rintracciato nel *Wei shu* (魏书), così X. ZHAO, Q. YI, H. XIAO, Z. YU, *Dao lun* (导论), in X. ZHAO (a cura di), *Shenfen yu qiyue: zhongguo chuantong minshi falü xingtai* (身份与契约: 中国传统民事法律形态), Beijing, 2011, p. 1; si veda anche S. WANG, *Qiyue yu hetong*, cit., pp. 615–616.

<sup>9</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 43.

<sup>10</sup> Si vedano M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., pp. 43-44; R. CAVALIERI, *La legge e il rito*, cit., p. 39.

mancata in Cina una figura di giurista analoga a quella presente nell'esperienza romana a cui, come si è potuto anche vedere, sono dovuti larga parte dei risultati in termini di concettualizzazione di quanto attinente alla sfera del diritto delle obbligazioni e dei contratti. Inoltre, è necessario considerare il fatto, ancora già segnalato, che al *qiyue* venivano accostate anche delle altre 'forme' tra cui, soltanto per elencarne alcune, 傅别 (*fubie*) 质剂 (*zhiji*) 书契 (*shuqi*) 合同 (*hetong*) ecc.<sup>11</sup>. In ogni caso pare che, sebbene il *qiyue* non sia stato appunto a rappresentare una nozione generale di contratto dogmaticamente elaborata, sai quantomeno la 'forma' principale a cui guardare per riuscire a tracciare le caratteristiche di base che tali 'forme contrattuali' dell'antichità (seppur, ovviamente con differenze tra le varie 'forme', tra i vari luoghi e nelle varie epoche) recavano.

## 2. Ricostruzione delle vicende relative al 契约 (*qiyue*) così come emerge dalle testimonianze scritte

Come possibile leggere dalle cronache risalenti al periodo in cui regnava Han Wudi, già al tempo iniziarono ad essere ritrovati oggetti di bronzo contenenti delle testimonianze scritte delle epoche precedenti<sup>12</sup> e, sebbene sia discussa quale possa essere la datazione esatta di tali oggetti<sup>13</sup>, sembra possa ritenersi che nell'ultimo periodo dell'epoca Shang siano stati prodotti oggetti bronzei con iscrizioni. Tuttavia, gli oggetti recanti iscrizioni contenenti dati che possano avere una certa rilevanza per il discorso che si sta svolgendo pare siano riconducibili al successivo periodo degli Zhou occidentali<sup>14</sup>.

A quest'ultimo periodo dovrebbero essere, infatti, riportate le prime iscrizioni in cui compare *yue* con riferimento sia a questioni riguardanti i cittadini che la terra<sup>15</sup>, questioni che, essendo di grande rilievo per quanto concernente il patrimonio di individui o famiglie, venivano poi riportate su oggetti creati in relazione ai riti<sup>16</sup>. Gli stessi studiosi cinesi riconoscono

<sup>11</sup> Si veda, ad esempio, Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 610.

<sup>12</sup> Cfr. L. LI, *Qiyue zhidu (I)* (契约制度 (上)), in X. ZHAO (a cura di), *Shenfen yu qiyue: zhongguo chuantong minshi falü xingtai* (身份与契约中国传统民事法律形态), Beijing, 2011, p. 588; si veda anche G. BAN, *Hanshu – Wudi ji* (汉书·武帝纪).

<sup>13</sup> Si vedano, ad esempio, le diverse posizioni espresse in X. LI, *Guwenzi xue chujie* (古文字学初阶), Beijing, 1985, p. 33; M. GAO, s.v. *Shangdai tongqi* (商代铜器), in N. XIA et al. (a cura di), *Zhongguo dabaikequanshu (kaoguxue juan)* (中国大百科全书 (考古学卷)), Beijing, 1986, p. 447; C. MA (a cura di), *Zhongguo qingtongqi* (中国青铜器), Shanghai, 1988, p. 33.

<sup>14</sup> L. LI, *Qiyue zhidu (I)*, cit., p. 589.

<sup>15</sup> Si veda C. MA (a cura di), *Zhongguo qingtongqi*, cit., p. 366.

<sup>16</sup> L. LI, *Qiyue zhidu (I)*, cit., p. 589.

a tali oggetti rituali un ampio valore nel riportare informazioni riguardanti la conclusione dei contratti al tempo degli Zhou occidentali<sup>17</sup>, ad esempio è data enfasi al fatto che questi lascino emergere l'esistenza, già al tempo, di 'procedure stabilite dal diritto' che venivano, nella sostanza, seguite al fine di raggiungere determinati risultati<sup>18</sup>.

Le 'procedure' per il trasferimento del suolo che emergono da tali testimonianze, in generale, ci mostrano come erano presenti entrambe le parti ed in presenza, ancora, di un 'pubblico ufficiale' ed anche di intermediari queste si accordavano sui vari 'contenuti', quali ad esempio le misure ecc.; il riconoscimento del trasferimento da parte del 'pubblico ufficiale' dotava di efficacia giuridica il trasferimento stesso; il trasferente predisponeva una mappa del lotto e la consegnava a colui che lo acquisiva, un ufficiale 'storico' redigeva il *qiyue* del trasferimento terriero che veniva poi diviso in due e ciascuna parte ne avrebbe conservato la metà; la parte che poi otteneva la terra avrebbe dovuto riportare i contenuti principali dell'intera procedura di trasferimento e del *qiyue* in un oggetto di bronzo e attraverso gli "oggetti rituali" si sarebbe dato effetto permanente al *qiyue*<sup>19</sup>.

Vale la pena sottolineare che i casi analizzati dagli storici del diritto cinese sembra siano accostabili a dei 'negozi bilaterali', 'di scambio'. Ad esempio nel 棚生簋 (*Pengshenggui*) può vedersi che una persona permuto 30 *tian* di suolo per quattro destrieri tramite un *qiyue* poi diviso con ciascuna parte che ne conservò una delle metà: il *Pengshenggui* fu commissionato dal soggetto che aveva scambiato i cavalli<sup>20</sup>.

Un ulteriore dato rilevante è quello legato al fatto che, nelle iscrizioni riportate su tali oggetti, ritroviamo anche il carattere 誓 (*shi*), il quale (anche attualmente)<sup>21</sup> indica il giuramento. Riguardo tale termine, nello *Shuowen jiezi*, troviamo "誓, 约束也"<sup>22</sup> e dunque, nella sostanza, un'identificazione tra il giuramento ed il vincolo. *Yueshu*, composto a cui cenno si è

<sup>17</sup> Si veda in tal senso oltre a L. LI, *Qiyue zhidu* (I), cit., p. 607, anche, nella sostanza C. ZHANG, *Zhongguo gudai qiyue ziliao gaishu* (中国古代契约资料概述), in *Zhongguo falü shi guoji xueshu taolunhui lunwenji* (中国法律史国际学术讨论会论文集), Xi'an, 1990, pp. 36-37.

<sup>18</sup> L. LI, *Qiyue zhidu* (I), cit., p. 607.

<sup>19</sup> Si veda, ancora, L. LI, *Qiyue zhidu* (I), cit., pp. 607-608.

<sup>20</sup> Si veda, circa l'oggetto, J. SHEN et al. (a cura di), *Yin Zhou Jin wenji cheng shiwen* (殷周金文集成释文), III, Hong Kong, 2001, pp. 375-377. Si vedano, ancora, ad esempio il 三年卫盂 (*Sannian weihe*, loc. ult. cit., V, reperto n. 9456, p. 127); il 五祀卫鼎 (*Wusi weiding*, loc. ult. cit., II, reperto n. 2832, p. 402) riguardanti *qiyue* attinenti a questioni aventi ad oggetto il suolo, ecc. Si vedano, al riguardo, le analisi svolte, sia nei confronti degli oggetti menzionati che di altri, in L. LI, *Qiyue zhidu* (I), cit., pp. 592-607.

<sup>21</sup> Cfr. S. LÜ et al., s. v. 誓 (*Shi*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>22</sup> Si veda S. XU, s. v. 誓 (*Shi*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, I, cit. Si vedano altresì, in proposito, ancora i rilievi svolti in L. LI, *Qiyue zhidu* (I), cit., p. 608.

già fatto sopra ed in cui è presente lo stesso *yue* di *qiyue* (si consideri che, come visto poc'anzi, *yueshu*, è il modo in cui ancora oggi viene indicato il vincolo e *yueshuli* l'effetto vincolante, la 'forza vincolante'), indica, come visto, appunto, il vincolo. Il giuramento è ritenuto, poi dalla dottrina cinese, come una delle procedure che, al tempo degli Zhou occidentali, potevano essere impiegate per trasferire la terra; in riferimento a ciò viene osservato che nell'antica società, con forti componenti 'teocratiche', i soggetti che giuravano intendevano ricorrere ad una garanzia 'divina', così che, se una delle parti avesse violato la parola giurata, sarebbe incorsa in una sanzione 'divina' ed inoltre si segnala che "questo tipo di giuramento era impiegato per stabilire lo *xin*, e quindi aveva efficacia giuridica"<sup>23</sup>. In sostanza, sostengono gli studiosi cinesi, con questo *shi*, da un lato, gli antichi 'provavano la affidabilità' di un qualcosa (ad esempio si giurava al fine di garantire che un *qiyue* venisse adempiuto rischiando altrimenti di incorrere in una sanzione 'divina'); dall'altro lato, attraverso la forma del giuramento si potevano anche risolvere i casi<sup>24</sup>. La spiegazione di ciò è data dal fatto che si ricorreva allo *xin* ed all'aiuto celeste per poter rendere i comportamenti vincolanti e mantenere, nell'intera società, rapporti di basati sulla 'fiducia'<sup>25</sup>. Nel *Libro dei riti* il giuramento è collegato a *yue* e *xin*: "约信曰誓" (*yue* e *xin* si chiamavano *shi* – giuramento)<sup>26</sup>. Ancora ricorrendo allo *Shuowen Jiezi*, può vedersi come i significati di 信 (*xin*) e 诚 (*cheng*), entrambi parte del composto che, si è visto, viene oggi impiegato per designare la buona fede oggettiva (诚实信用 – *chengshi xinyong* e nella nuova *Parte generale*, così come in generale nel nuovo *Codice*, richiamato proprio nella forma breve 诚信, *chengxin*) erano all'epoca vicinissimi: circa 信 (*xin*) troviamo "信, 诚也。从人从言"<sup>27</sup> (e quindi che il significato di *xin* sia quello di *cheng* e che il termine *xin* derivi dalla persona 人, *ren*, e dalla parola 言, *yan*)<sup>28</sup> circa 诚 (*cheng* – di cui 诚 costituisce la forma non semplificata), troviamo, "信也, 从言成声"<sup>29</sup> (e quindi che il significato di *cheng* sia quello di *xin* e che il carattere è composto dalla parola, *yan*, di cui resta il radicale, e da 成 *cheng* che appunto fornisce la fonetica). Lo *xin* era

<sup>23</sup> L. LI, *Qiyue zhidu* (I), cit., p. 608.

<sup>24</sup> Si veda ancora l'impostazione di L. LI, *Qiyue zhidu* (I), cit., pp. 608-609.

<sup>25</sup> L. LI, *Qiyue zhidu* (I), cit., p. 609.

<sup>26</sup> Si veda il richiamo compiuto in L. LI, *Qiyue zhidu* (I), cit., p. 609 al "礼记·曲礼下" (*Liji, Quli xia*).

<sup>27</sup> Si veda, S. XU, s. v. 信 (*Xin*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, I, cit.

<sup>28</sup> Si vedano, rispettivamente, S. LÜ *et al.*, s. v. 人 (*Ren*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit. e S. LÜ *et al.*, s. v. 言 (*Yan*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>29</sup> Si veda, S. XU, s. v. 诚 (*Cheng*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, I, cit.

una delle cinque virtù confuciane (tra cui vi era anche il *li*)<sup>30</sup> e richiamava "l'essere veritieri e coerenti con le proprie promesse"<sup>31</sup>, ma anche la fiducia, l'affidamento e dunque diversi elementi rientrati nella sfera semantica che in latino poteva essere individuata con il richiamo alla *fides*<sup>32</sup>.

Circa gli elementi contenutistici che il *qiyue* avrebbe contemplato nella tradizione è messo in luce che, sebbene nelle diverse epoche e diversi luoghi vi siano state delle differenziazioni, dal punto di vista della struttura e dello stile, vi sia una certa uniformità mantenuta nel corso del tempo<sup>33</sup>. Gli elementi saranno dunque trattati in modo parallelo segnalando, di volta in volta, eventuali variazioni di particolare rilievo. Ciò che va precisato è che, appunto, la stessa dottrina cinese nel descrivere tali elementi parla di "forma", 形式 (*xingshi*)<sup>34</sup>.

Come prima cosa nei *qiyue* erano presentate le parti e, nelle diverse fasi storiche, erano posti limiti diversi alla capacità di concludere contratti sulla base dello status e delle qualità dei contraenti, ad esempio, le donne non potevano autonomamente concludere contratti<sup>35</sup>.

Un altro aspetto è quello per cui nello stipulare i *qiyue* le parti dovevano dichiarare le ragioni che le spingevano a concludere il contratto; dichiarazioni che sembra siano venute a semplificarsi in epoca Qing<sup>36</sup>. Erano altresì presenti descrizioni spesso ben dettagliate dell'oggetto o beni oggetto del contratto che gli studiosi dicono essere stato uno dei contenuti più importanti del *qiyue*<sup>37</sup>; per quanto riguarda il suolo è già stato precedentemente

<sup>30</sup> Le virtù erano 仁 (*ren*) 义 (*yi*) 礼 (*li*) 智 (*zhi*) 信 (*xin*), circa il *ren* è spiegato che sia da intendersi con "umanità, virtù della sensibilità umana che imponeva ai singoli di essere solidali con il prossimo ed ai governanti di "nutrire il popolo" (si veda M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 46); *yi* può intendersi con "rettezza" (*loc. ult. cit.* n. 116); il *li* è il rito (su cui *supra* cap. I); *zhi* è la conoscenza.

<sup>31</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 46.

<sup>32</sup> Circa i significati che può assumere il termine, si veda ancora M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 46 e ivi n. 116 ove è ipotizzato come potrebbe essere legato al fatto che sia stato in passato anche come sinonimo di contratto che sia derivata poi la ambivalenza semantica del termine che si riscontra ancora oggi. Comunque aspetto da sottolineare è che il termine, oltre ad indicare, ad esempio, la lettera, indica appunto anche la fiducia, l'affidamento ecc. e potrebbe dunque non essere a sua volta circoscritto al mero rispetto della parola data. Si pensi ad esempio a come il principio di buona fede *chengshi xinyong yuanze* è stato chiamato in causa anche dalla scienza giuridica cinese nel menzionato caso del carro 'vento dell'est'richiamato in R. CARDILLI, *Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用*, cit., pp. 169 ss. Circa la *fides* romana e poi la *bona fides* che, come visto, non è, a sua volta, limitata al campo del mero rispetto della parola data si veda quanto in cap. V e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>33</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 619.

<sup>34</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 619.

<sup>35</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., pp. 620-621 e la bibliografia ivi richiamata

<sup>36</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 621,

<sup>37</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 621, si vedano anche gli ulteriori esempi riportati in p. 622.

messo in luce, ad esempio, come a volte l'individuazione del luogo, le misurazioni ecc. venivano svolte in presenza di un ufficiale. Ulteriore elemento che venne ad assumere ruolo centrale nei *qiyue* era poi quello della dichiarazione della validità del titolo sul bene oggetto dei contratti con, ove necessario, rappresentazione dei trasferimenti precedenti<sup>38</sup>. Vi erano inoltre indicazioni riguardanti il tempo della conclusione del contratto che, per quanto riguarda l'anno, era indicato con l'anno di regno dell'imperatore al trono<sup>39</sup>, così come erano poi poste le clausole di efficacia in cui le parti riconoscevano il testo del contratto e si impegnavano ad adempierlo.

Aspetto che era altresì di non poco rilievo, dalla richiamata dottrina a sua volta incluso tra quelli legati alla 'forma', era quello della presenza dell'intermediario. La ragione di questa presenza di intermediari era legata al far sì che, da un lato, vi fosse un punto di riferimento per un equilibrio tra le parti (in particolare, sembra, se vi fossero differenze a livello di capacità economiche o di status sociale tra queste); dall'altro, venivano in rilievo sotto il profilo probatorio per quanto riguarda il negozio e la sua conclusione<sup>40</sup>. Questi intermediari assunsero diverse denominazioni nelle diverse epoche, in alcuni casi anche in relazione ad un ruolo coadiuvante che erano chiamati a svolgere che era funzionale, dal punto di vista pratico, alla conclusione stessa del contratto, ad esempio, per menzionarne soltanto alcune, in epoca Han, tra le varie denominazioni vi era quella di "persona che sta accanto" (旁人 *pangren*), ovvero del "responsabile" (任者 visto, anche alla luce della ricostruzione che si può effettuare tramite lo *Shuowen jiezi* (ove si legge "任, 保也")<sup>41</sup>, quale garante; in epoca Tang "garante" (保人), "testimone" (见人), il "lettore del testo del contratto" (读卷人), il "misuratore del terreno" (量地人); in epoca Yuan, ancora, vi era "colui che fa da intermediario" (作中人); colui che scrive il contratto (写契人) ecc.<sup>42</sup>.

Il rilievo della forma emerge altresì dai profili legati alla differenziazione tra *qiyue* rossi e bianchi.

<sup>38</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu* (II), cit., p. 622.

<sup>39</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu* (II), cit., p. 623 dove è precisato che dopo la caduta della dinastia Qing, si indicava l'anno dalla fondazione della Repubblica Cinese. In realtà sembra che per quanto riguarda la data si impiegassero formule piuttosto approssimative.

<sup>40</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu* (II), cit., pp. 622-623.

<sup>41</sup> Si veda, S. XU, s. v. 任 (*Ren*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, III, cit.

<sup>42</sup> Si veda nuovamente Y. CHUN, *Qiyue zhidu* (II), cit., p. 623. Per ragioni di sintesi il tema non può essere qui affrontato in modo più approfondito, si veda, comunque, al riguardo quanto sottolineato in Z. LI, *Zhongguo chuantong minshi qiyue zhong de zhongren xianxiang* (中国传统民事契约中的中人现象), in *Faxue yanjiu* (法学研究), 6/1997, pp. 138 ss. ove sono messi in luce i ruoli svolti da intermediari, ad esempio, di collaborazione con le parti nella redazione dei testi dei *qiyue*, o di garanzia ecc. Si veda anche, al riguardo, quanto riportato in M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., pp. 63 ss.

In alcuni periodi, una rilevanza diversa era, infatti, riconosciuta agli *hongqiyue* (红契约 *qiyue* rossi) rispetto ai *baiqiyue* (白契约 *qiyue* bianchi): i primi erano contratti che, a seguito della registrazione presso uno *yamen* (衙门), ufficio del governo, e del pagamento della relativa tassa recavano oltre alla “coda”, 契尾 (*qiwei*), anche un timbro rosso; i secondi, invece, erano stipulati soltanto tra i privati senza un ‘riconoscimento’ pubblico posto in essere da ufficiali del governo muniti del potere di farlo, ma stipulati, comunque, alla presenza di uno o più intermediari ‘civili’<sup>43</sup> e secondo le ‘forme previste’. Con i *baiqiyue* le parti non si sottoponevano alle imposizioni fiscali, l’incidenza del peso burocratico era quantomeno minore se non nulla e quant’altro; tuttavia nel caso, ad esempio, di compravendite terriere, venendo a mancare un ‘pubblico riconoscimento’, questi praticamente avevano valore soltanto sul piano del diritto consuetudinario poiché non disponevano, comunque, di tutti i requisiti (vale la pena sottolineare, che si trattava comunque di requisiti procedurali e di forma in generale) richiesti per poter essere tutelati alla luce del ‘diritto statale’<sup>44</sup>. Nel caso di esercizio di azioni di fronte alle corti imperiali, questi contratti bianchi erano considerati come inefficaci<sup>45</sup> e così anche il titolo vantato sulla base degli stessi non era riconosciuto<sup>46</sup>.

### 3. *Efficacia giuridica dei 契约 (qiyue) alla luce di diversi profili messi in luce dalla dottrina cinese*

Gli studiosi cinesi sebbene sottolineino a loro volta che sia molto difficile trovare delle teorie volte a dare fondamento all’efficacia giuridica del *qiyue* dell’antichità, tuttavia, con uno sforzo di categorizzazione, cercano di ricondurre l’efficacia dei *qiyue* a quattro profili che sembrano comunque intrecciarsi tra loro.

Un primo è quello più antico legato al giuramento basato sull’impegno nei confronti del ‘divino’ e sullo *xin*, tanto che la stessa dottrina cinese riconosce che lo scopo più vero del giuramento sia stato quello creare il vincolo facendo leva sulla reciproca ‘fides’ con il coinvolgimento del sovrannaturale<sup>47</sup>, sottolineando altresì come sia le forme di equiparazione tra il *qiyue* e l’ordine di legge, così come l’emersione del principio di buo-

<sup>43</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu* (II), cit., p. 625.

<sup>44</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu* (II), cit., pp. 625-626.

<sup>45</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 57.

<sup>46</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu* (II), cit., p. 626.

<sup>47</sup> Oltre ai rilievi già svolti, si veda anche Y. LIU, *Zhongguo gudai qiyue fa* (中国古代契约法), Chongqing, 2000, p. 126.

na fede siano fortemente influenzati dagli antichi regimi riguardanti i giuramenti<sup>48</sup>.

Il secondo profilo è quello legato ad una sorta di equiparazione tra il *qiyue* e l'ordine di legge: tale profilo emergerebbe da diverse testimonianze<sup>49</sup>. L'efficacia del *qiyue* per quest'ultima categoria di casi, risalenti in linea di massima al periodo compreso tra l'inizio della dinastia Han e quello della dinastia Tang, viene comunque ricondotta al vincolo reciproco che si creava per le parti<sup>50</sup>. Agli inizi dell'epoca Tang erano ad esempio diffuse clausole di efficacia dei contratti come la seguente “民有私要，要行二主，各自署名为信”<sup>51</sup> secondo la quale i cittadini stipulano [questo] contratto, entrambi debbono rispettarlo, pongono la propria firma come *xin*, termine che qui semanticamente sembra indicare da un lato la prova<sup>52</sup>, dall'altro la *fides* che le parti pongono in gioco tramite la loro ‘firma’; ovvero, un'altra, da cui emerge un'interessante dialettica tra il *fa* e *yue*, in base alla quale “官有政法，人从私约”<sup>53</sup>, gli ufficiali hanno le leggi, le persone si vincolano privatamente [tramite i contratti]<sup>54</sup>.

Gli altri due elementi a cui i precedentemente menzionati possono altresì essere visti come strettamente collegati, sono quello delle norme prevalentemente consuetudinarie che regolavano tali rapporti tra i cittadini, e l'intervento della pubblica autorità che giungeva, da un certo periodo in poi ed al ricorrere di determinate condizioni<sup>55</sup>, ad essere sempre più significativo<sup>56</sup>. Nel tenere in conto anche quanto detto con riferimento alla presenza di “diversi circuiti giuridici” assumono ampio rilievo delle esemplificazioni che troviamo nel *Libro dei riti* circa il cosa avrebbe dovuto intendersi come obbediente al *li*, al rito, esemplificazioni che rivelano chia-

<sup>48</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 617.

<sup>49</sup> Si veda Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 616 e le testimonianze ivi riportate.

<sup>50</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit. p. 616.

<sup>51</sup> Si veda, ancora, Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 616.

<sup>52</sup> Circa il risalto dell'elemento probatorio con riferimento a tali clausole, si veda, ancora, Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 617.

<sup>53</sup> Cfr. Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 616. Circa un precedente di epoca Han di tale espressione, ossia quella per cui “民有私约如法令”, si veda X. ZHAO, Q. YI, H. XIAO, Z. YU, *Xiaonong jingji de shehui jigou* (小农经济的社会结构), in X. ZHAO (a cura di), *Shenfen yu qiyue: zhongguo chuantong minshi falü xingtai* (身份与契约: 中国传统民事法律形态), Beijing, 2011, p. 51.

<sup>54</sup> Dall'epoca Song è detto che il controllo da parte delle autorità nei confronti dei *qiyue* tra privati sia aumentato e venne a porsi in essere una standardizzazione ed un irrigidimento venendo meno le clausole quali quelle da ultimo richiamate. Sul punto, si veda, comunque, oltre a Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 616, anche Y. LIU, *Zhongguo gudai qiyue fa*, cit., p. 125. Circa la “spinta” verso un orientamento ancor più rivolto verso la standardizzazione dei testi dei contratti a partire, appunto, dall'epoca Song, si veda anche M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 59.

<sup>55</sup> Si veda quanto detto più avanti circa i *qiyue* “bianchi” e “rossi”.

<sup>56</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 617.

ramente una visione in cui viene in risalto la reciprocità nei rapporti<sup>57</sup> e che dunque difficilmente si può immaginare non aver avuto risvolti sul piano giuridico anche da un punto di vista pratico nella vita quotidiana, sebbene proprio al riguardo non siano rimaste tracce scritte significative. Anche gli studiosi cinesi, infatti, sottolineano come, poiché il ‘diritto statale’ lasciava ampi spazi vuoti alla prassi contrattuale non andando a dettare norme sistematiche circa aspetti quali la conclusione del *qiyue*, il suo adempimento e quant’altro, vi era un rapporto di reciproco supplemento e complementarità tra quest’ultimo e le consuetudini contrattuali<sup>58</sup>; ed è qui che viene ad innestarsi l’importanza del ruolo svolto dalle concezioni filosofiche e morali della società cinese dell’antichità, concezioni che (anche, in realtà, per quanto riguarda i riflessi che ancora irradiano sul diritto cinese attuale)<sup>59</sup> non possono non essere tenute in considerazione ed anzi permettono di cogliere quale era nell’essenza il modo in cui venivano (ed in larga parte continuano ad essere) concepiti i rapporti interpersonali con influenza, ovviamente, anche sui rapporti di tipo ‘contrattuale’ che rappresentano una rilevantissima porzione di questi.

#### 4. 礼尚往来 (Li shang wang lai) e la reciprocità nel li

Da tale inquadramento, non si può, infatti, non cogliere il rilievo del *li*, del rito<sup>60</sup>, ed in proposito si deve sottolineare, per quanto concernente il discorso sul rapporto tra concezione cinese e concezione romana del ‘contratto’ con riferimento al rilievo della reciprocità che, nel *Libro dei riti*, il 礼记 (*Liji*), troviamo l’espressione “礼尚往来” (*li shang wang lai*) a cui è associata la spiegazione secondo cui “往而不来, 非礼也; 来而不往, 亦非礼也”<sup>61</sup>, ossia troviamo detto che il *li* richiede reciprocità (“andare e tornare”); ciò che va ma non torna, si legge dalla spiegazione, non soddisfa il rito e ciò che torna ma non va, a sua volta non soddisfa il rito. Nel sentore comune al giorno d’oggi, la formula *li shang wang lai* viene interpretata dando rilievo alla reciprocità in generale nei rapporti umani e con

<sup>57</sup> Si veda in effetti anche il rilievo che a queste è dato dagli stessi storici cinesi del diritto: Y. LIU, *Chuantong Zhongguo qiyue quanli xingtai sanlun*, cit., pp. 187 ss.

<sup>58</sup> Cfr. Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 619; si veda anche Z. LIANG, *Qing dai xiguanfa: shehui yu guojia*, cit., pp. 129 e 140.

<sup>59</sup> Si vedano ad esempio le riflessioni svolte con riferimento al tema della reciprocità in Y. LIU, *Chuantong Zhongguo qiyue quanli xingtai sanlun*, cit., pp. 190-191.

<sup>60</sup> X. ZHAO, Q. YI, H. XIAO, Z. YU, *Xiaonong jingji de shehui jiegou*, cit., p. 41.

<sup>61</sup> L’intero passo in cui compaiono le espressioni di cui nel testo è il seguente: 大上贵德, 其次务施报。礼尚往来。往而不来, 非礼也; 来而不往, 亦非礼也。人有礼则安, 无礼则危。故曰: 礼者不可不学也。 Si veda P. HU, M. ZHANG (spiegazioni e commenti di), *Liji (礼记)*, I, Beijing, 2017, p. 7.

rilievo dato spesso al profilo della cortesia<sup>62</sup> (d'altro canto, ad esempio, oggi 礼貌, *limao*, indica la cortesia, l'essere ben educati e 礼物, *liwu*, è il dono)<sup>63</sup> ed in particolare, di recente, si impiega questa espressione per trasmettere l'idea del trattare la persona con cui si ha a che fare nello stesso modo in cui si viene trattati dalla stessa<sup>64</sup>, come se si trattasse di quella che potrebbe dirsi una rilettura tendente ad accentuare gli aspetti più 'pragmatici' di quanto Confucio indicava con 恕 (*shu*)<sup>65</sup>. Tuttavia, andando ad indagare quelle che sono state le origini di tale espressione, emergono degli ulteriori aspetti d'interesse per il discorso che si sta svolgendo e che ci permettono di cogliere meglio l'importanza cruciale della stessa nelle relazioni interpersonali che emerge, come detto, ancora oggi pur se con l'accentuazione di alcuni dei profili riconducibili alla stessa, non soltanto con riferimento all'ambito della società cinese e con relativi riflessi sull'ambito del giuridico in generale, ma che offre altresì degli spunti interessanti con riferimento al contratto. In un lavoro sulle origini del *li* di un celebre studioso di storia del pensiero cinese<sup>66</sup>, si trovano degli approfondimenti in cui l'espressione *li shang wang lai* viene letta da un'angolatura che arriva a toccare, appunto, anche l'ambito del contratto. Lo studioso cinese ora richiamato, impiegando fonti antiche, tra cui il poco sopra visto *Pengshenggui*<sup>67</sup>, mostra come l'idea di reciprocità ricollegabile al principio del *li shang wang lai* abbia originariamente avuto a riferimento le attività commerciali e dunque contrattuali; in realtà spiega lo studioso che si sia successivamente giunti finanche a riguardare casi di scambi di doni che, sebbene formalmente non potessero inquadrarsi in delle permutate o compravendite, viene mostrato, in base a diversi elementi, comunque avvenivano alla luce di quella che è definita come 'equivalenza negli scambi' – ricorre nel testo l'espressione 等价交换, *dengjia jiaohuan*<sup>68</sup> – (che si è vi-

<sup>62</sup> Si veda, ad esempio quanto negli apparati di spiegazione e commento in P. HU, M. ZHANG (spiegazioni e commenti di), *Liji*, I, cit., p. 7 ovvero quanto in S. LÜ *et al.*, s. v. 礼尚往来 (*Li shang wang lai*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>63</sup> Si veda quanto, in S. LÜ *et al.*, rispettivamente ss. vv. 礼貌 (*Limao*) e 礼物 (*Liwu*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>64</sup> Si veda S. LÜ *et al.*, s. v. 礼尚往来 (*Li shang wang lai*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>65</sup> Al riguardo si veda poco oltre.

<sup>66</sup> X. YANG, *Li de qi yuan* (礼的起源), in *Kong Zi Yanjiu* (孔子研究), 1/1986, pp. 30 ss.

<sup>67</sup> Cfr. *supra* nel presente cap.

<sup>68</sup> Questa espressione veniva al riguardo, pur se alla luce di letture diverse, impiegata anche da altri Autori, si veda X. YANG, *Li de qi yuan*, cit., p. 35 e la bibliografia ivi richiamata. Espressione che, tra l'altro, rievoca, ad esempio, quello che, come si è visto, ad esempio, nella *Legge sui principi generali* del 1986 appariva tra i principi generali – in particolare veniva richiamato all'art. 4 – così come era possibile trovarlo espressamente richiamato in altri atti normativi del secolo scorso, il 等价有偿, *dengjia youchang*, e la cui menzione espressa è tuttavia venuta meno nella nuova *Parte generale* e nel *Codice civile*, si veda, rispettivamente, *supra*, cap. III e *infra* cap. X.

sto, tra l'altro, essere elemento che la dottrina 'in occidente' riconduce anche alla giustizia commutativa in Aristotele)<sup>69</sup> e dunque alla luce di ciò siano stati riconducibili al genere delle attività di natura commerciale, anche dove, appunto, riversate in delle forme rituali di scambi di doni<sup>70</sup>.

Sempre in riferimento al *li shang wang lai*, negli studi di storia del diritto viene osservato che, da un lato, nel caso in cui una delle parti fosse stata inadempiente rispetto agli impegni presi, il diritto 'statale' e le consuetudini avrebbero offerto rimedi per l'esecuzione forzata e per il risarcimento delle perdite; sarebbe stata poi, inoltre, irrogata una sanzione per i comportamenti posti in essere in assenza di *chengxin*, di buona fede<sup>71</sup>. Dall'altro lato, la teoria della reciprocità è comunque vista dalla stessa dottrina come il fondamento etico e morale del *qiyue* nell'antica Cina<sup>72</sup>, con la reciprocità che arriva ad essere il principio centrale (viene impiegata l'espressione 中心原则, *zhongxin yuanze*) attorno al quale ruotano i diritti ed interessi nel *qiyue*<sup>73</sup>. Certo, non era una reciprocità vagliata di per sé alla luce di elaborazioni dogmatiche ed agganciata, come si è visto a Roma, ad altri concetti a loro volta frutto di elaborazioni dogmatiche come l'obbligazione con tutte le conseguenze che ciò comporta<sup>74</sup>, tuttavia ha comunque avuto rilievo, nel

<sup>69</sup> Si veda ad esempio *supra* cap. VIII.

<sup>70</sup> Si vedano le argomentazioni svolte in X. YANG, *Li de qiyuan*, cit., pp. 35-36.

<sup>71</sup> Y. LIU, *Chuantong Zhongguo qiyue quanli xingtai sanlun*, cit., p. 187.

<sup>72</sup> Y. LIU, *Chuantong Zhongguo qiyue quanli xingtai sanlun*, cit., p. 187.

<sup>73</sup> Y. LIU, *Chuantong Zhongguo qiyue quanli xingtai sanlun*, cit., p. 190.

<sup>74</sup> Gli antropologi hanno già chiarito da tempo come, in un buon numero di *civilisations*, "les échanges et les contrats se font sous la forme de cadeaux, en théorie volontaires, en réalité obligatoirement faits et rendus", (M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, in *L'Année Sociologique, Nouvelle série*, I, 1923-1924, p. 32); spiegando altresì come "Donner, c'est manifester sa supériorité, être plus, plus haut, magister; accepter sans rendre ou sans rendre plus, c'est se subordonner, devenir client et serviteur, devenir petit, choir plus bas (minister)" (M. MAUSS, *Essai sur le don*, cit., p. 174). Circa l'imposizione di Mauss in V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka*, 5/1996, pp. 63 ss., a ragione, non si manca di sottolineare, come il lavoro di questi pecchi talvolta di indulgenza verso un "meccanico evolucionismo" (p. 63, n. 3) e, più in generale, pare possa ritenersi che sia eccessivamente condizionato da visioni del diritto fortemente improntate al positivismo (che andavano per la maggiore al tempo) per cui il diritto stesso veniva visto sotto delle sembianze che egli stesso critica, in modo talvolta condivisibile, talaltra andando troppo oltre (si pensi al passaggio in p. 162 dove sottolinea come negative "les abstractions et les inhumanités de nos codes", ma dove encomia altresì una "réaction contre l'insensibilité romaine" che però sembra essere appunto il frutto di una percezione dettata dalla lettura di quanto nelle fonti romane svolta con l'occhiale moderno ideologicamente orientato – si veda quanto già osservato *supra* ad inizio cap. V e poi in cap. VIII). In questa chiave Mauss perveniva, ad esempio, a considerare in termini di contrapposizione libertà ed obbligazione (in p. 171 troviamo il riferimento a dei "concepts de droit et d'économie que nous nous plaçons à opposer: liberté et obligation"), mentre, come si è già avuto occasione di sottolineare, è stato di recente chiarito che già nelle costruzioni dei giuristi romani l'obbligazione abbia piuttosto rappresentato un presidio

diritto cinese dell'antichità, questa sorta di 'bilateralità' collegata a quella che pare esser stata, al tempo, un qualcosa di assimilabile alla buona fede e ciò ha senz'altro favorito la recezione ed il riadattamento dei modelli romanistici che sono andati appunto ad impiantarsi su quello che al riguardo può essere dunque considerato come un terreno fertile. Questo assume, tra l'altro, ancor maggior valore se si pensa al noto passaggio dei *Dialoghi* di Confucio ove è impiegato il termine 恕 (*shu*, termine che, tra l'altro, nello *Shuowen Jiezi* viene identificato con 仁, *ren*, virtù confuciana della sensibilità umana che imponeva la solidarietà con il prossimo)<sup>75</sup>, accostabile alla reciprocità ed ivi definito con la nota massima del non fare agli altri ciò che non si vorrebbe fosse fatto a sé stessi (己所不欲, 勿施于人)<sup>76</sup>. Questo rappresenta a sua volta un'idea importante, data anche la ricorrenza nello stesso pensiero confuciano, nella cultura cinese già dall'antichità<sup>77</sup> e data l'influenza che il pensiero confuciano ha avuto sul *li*. Nella romanistica, è stato altresì già puntualmente rilevato come tale massima rappresenti una manifestazione del sapere umano concernente l'ambito giuridico<sup>78</sup>.

Nella dialettica evidenziata tra il *fa* ed il *li* che, da un lato si influenzavano reciprocamente, dall'altro restavano separati<sup>79</sup> tra i "diversi circuiti giu-

---

della libertà dei *patres* (cfr. quanto in R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit.). Nelle costruzioni romane relative al contratto la giurisprudenza ha scientificamente svolto una selezione di contenuti ed è andata ad elaborare dei modelli in cui, anche l'elemento della reciprocità, che comunque si è visto sembra sia stato posto in rilievo rievocando l'idea della giustizia correttiva, è calato nella rete di meccanismi di tutela, a loro volta scientificamente elaborati, offerti dall'obbligazione. In questa opera di selezione di contenuti, in cui raffinate distinzioni dogmatiche sono state svolte, potrebbe ritenersi, alla luce dei criteri supremi del *bonum et aequum* (si veda quanto *supra* nel cap. VIII), la liberalità è stata ricondotta ad appositi schemi e regimi giuridici.

<sup>75</sup> Si legge infatti nello *Shuowen Jiezi* "恕, 仁也。从心如聲。", cfr. S. XU, s. v. 恕 (*Shu*), in *Shuowen Jiezi*, ad esempio in K. TANG (spiegazioni e annotazioni di), *Shuowen Jiezi*, III, cit. Circa la virtù *ren*, in questo senso, la già poc'anzi richiamata M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 46 e circa il collegamento tra *shu* e *ren* nei dialoghi si veda ancora *infra* poco oltre.

<sup>76</sup> Si veda KONG ZI, *Lunyu*, 15, 24 ove si legge 子贡问曰: "有一言而可以终身行之者乎?" 子曰: "其恕乎! 己所不欲, 勿施于人。".

<sup>77</sup> Si veda ad esempio, come notato ad esempio anche in D. LIANG (raccolta ed annotazioni di), *Lunyu* (论语), Shenyang, 2018, p. 268, il collegamento con KONG ZI, *Lunyu* (论语), 12,2 ove, in sostanza, rispondendo alla domanda dell'allievo circa cosa dovesse intendersi per *ren*, nella spiegazione di Confucio già troviamo la già richiamata massima del non fare agli altri ciò che non si vorrebbe fosse fatto a sé stessi. Si legge, infatti, nel luogo richiamato che 仲弓问仁, 子曰: "出门如见大宾, 使民如承大祭。己所不欲, 勿施于人。在邦无怨, 在家无怨。" 仲弓曰: "雍虽不敏, 请事斯语矣".

<sup>78</sup> Il rilievo è già in F. GALLO, *Prólogo in Celso y Kelsen. Para la refundacion de la ciencia juridica* (traduzione della versione italiana dell'opera), Buenos Aires, 2015, p. 14. Circa il termine si veda anche quanto in S. LÜ *et al.*, s. v. 恕 (*Shu*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>79</sup> Si veda quanto *supra* cap. I a cui possono al riguardo ancora aggiungersi le considerazioni svolte in Z. LIANG, *Qingdai xiguanfa: shehui yu guojia*, cit., pp. 129 e 140; Y. CHUN, *Qiyue zhidu* (II), cit., p. 619.

ridici”<sup>80</sup>, in un sistema in cui buona parte dei rapporti attinenti al diritto di famiglia (ad esempio i matrimoni), alla proprietà della terra, obbligazioni collegate ai prestiti ecc. erano regolati principalmente a livello di ‘consuetudini contrattuali’<sup>81</sup>, non possono che assumere primaria importanza queste ‘disposizioni’ contenute nel *Libro dei riti* dato appunto il ruolo che lo stesso svolgeva rispetto al ‘circuito del *li*’ così come quanto derivante dallo *shu* confuciano tenendo sempre in considerazione il ruolo che il pensiero confuciano stesso ha giocato con riguardo alla sfera del *li* e che rivelano una centralità, anche nell’antichità cinese, della ‘reciprocità’ nella vita di relazione e dunque nei rapporti di natura privata, pertanto con (quantomeno fortemente probabili) ricadute anche sul piano del diritto dei contratti.

### 5. Considerazioni di sintesi: elementi dogmatici alla luce dei “diversi circuiti giuridici”

Le fattispecie regolate tramite *qiyue* potevano essere anche relative a rapporti di tipo personale, come ad esempio avveniva nei *qiyue* matrimoniali<sup>82</sup>. In ogni caso, lo stile della redazione dei *qiyue* sembra sia stato incentrato in prevalenza sulla dichiarazione di impegno del debitore<sup>83</sup>, tuttavia, non solo il consenso del creditore era necessario<sup>84</sup>, ma, quantomeno alla luce dell’analisi qui svolta, da un lato i *qiyue* richiamati nelle opere di storia del diritto elaborate dalla dottrina cinese sembra integrino dei casi relativi a fattispecie in cui si era in presenza di diritti ed obblighi reciproci<sup>85</sup>; dall’altro lato non possono non tenersi presenti gli ultimi rilievi ora svolti con riferimento alla reciprocità in relazione al peso che a questa è ricono-

<sup>80</sup> Circa tale espressione, di nuovo, M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., ad es. p. 130.

<sup>81</sup> Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 618.

<sup>82</sup> Si vedano i menzionati *qiyue* matrimoniali riguardo ai quali esempi possono rinvenirsi in Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., pp. 659-664.

<sup>83</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 62.

<sup>84</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., p. 62.

<sup>85</sup> Si vedano anche, tra gli altri, i diversi esempi richiamati in Q. KONG, L. HU, J. SUN, *Zhongguo minfa shi* (中国民法史), Changchun, 1996, pp. 17 ss. per le età più remote; 147-169 per il periodo Han; pp. 390-392 per il periodo Song del nord e 449-451 per i Song del sud ecc. Per quanto riguarda Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., pp. 635-672, i *qiyue* richiamati sono divisi in dodici categorie, quali: compravendite; *qiyue* per pegni, ipoteche e *dian*; ‘mutui’; affitti e locazioni; società (di epoca Qing denominate *hetong*); *qiyue* per la divisione di patrimoni familiari; *qiyue* attinenti a questioni matrimoniali in cui si regolavano, questioni attinenti ai rapporti tra i coniugi; *qiyue* relativi alla risoluzione di controversie; *qiyue* relativi a rapporti di lavoro; *qiyue* relativi a questioni ereditarie ed “altri *qiyue*” (pp. 670-672) che pare, quantomeno alla luce di quelli richiamati, siano comunque relativi a casi in cui venivano a crearsi diritti ed obblighi, in senso lato, reciproci.

sciuto dal *Libro dei riti* che viene ad essere ancor rafforzato se si tiene presente la menzionata massima confuciana.

Data anche l'assenza della figura del giurista, non sembra che il contratto sia stato, nell'antichità cinese, individuato in modo chiaro a livello dogmatico, ma nella tensione tra il diritto dello 'stato' e le consuetudini, con un importante ruolo giocato dalle comunità, quantomeno per quelli di cui ci sono giunte tracce per iscritto, può rilevarsi che vi siano state diverse figure ove forte era il rilievo che rivestiva la forma (desumibile già dalla stessa denominazione del *qiyue*) dietro cui si celavano il consenso ed elementi legati all'aspetto comunitario quali lo *xin* e la reciprocità che hanno lasciato, comunque, quantomeno quello che può considerarsi come un terreno su cui poi i modelli della tradizione romanistica sono stati impiantati ed hanno attecchito grazie anche alla loro adattabilità derivante dalla scientificità e comunque dalla universalità della prospettiva da cui si è visto essere emersi.

Quella che è, infatti, definita come una "impronta" lasciata dalle regole autoritative attiene comunque, nei *qiyue*, prevalentemente al profilo della forma<sup>86</sup> (che si è, tra l'altro, già visto svolgere il ruolo di elemento oggettivo di estrinsecazione e 'stabilizzazione' della volontà)<sup>87</sup>, si pensi, ad esempio, ai *qiyue* bianchi che, a causa dell'assenza di alcuni dei requisiti che potrebbero definirsi 'formali', non producevano effetto nei confronti del 'diritto statale'. Aspetto a questo collegato era quello della, più o meno marcata nel corso del tempo, 'standardizzazione' dei testi contrattuali. Il rilievo della forma lascia comunque un collegamento aperto verso gli altri circuiti ove, la normatività delle disposizioni era (anche a volte a prescindere dalla 'forma tipica' imposta dallo 'stato') affermata dall'essere un dato soggetto parte di un gruppo<sup>88</sup>. Questioni queste che richiamano alcune caratteristiche ricorrenziali, ad esempio, al profilo del "controllo sociale" di cui parla Orestano con riferimento al diritto nella Roma arcaica, in cui, come si è visto<sup>89</sup>, prevaleva a sua volta il formalismo nel regolare l'attività negoziale<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., ad es. p. 131.

<sup>87</sup> Si veda quanto già osservato *supra* cap. V.

<sup>88</sup> Si veda sul punto, M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., ad es. p. 132 che sottolinea come "lo sfondo istituzionale su cui tali regole poggiavano era dominato; in primo luogo, da una dimensione comunitaria assai pervasiva che si esprimeva attraverso precise formule organizzative, introdotte in Cina e quindi trapiantate e perfezionate in Giappone, volte a realizzare schemi di responsabilità e supervisione reciproca. In questi contesti la radice prima dell'effettività giuridica stava nello spettro di sanzioni, dall'ostracismo all'espulsione, che il gruppo poteva imporre al soggetto e, nei casi più gravi all'intero suo gruppo di riferimento. Il timore di una sanzione di esclusione rappresentava un sicuro deterrente nei confronti dei promittenti che volessero sottrarsi agli impegni assunti e rafforzava la coesione sociale dei gruppi in cui normalmente si gestiva la vita giuridica quotidiana dei consociati".

<sup>89</sup> Cfr. *supra* cap. V.

<sup>90</sup> Si veda il richiamato R. ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., p. 68.

In tale contesto, fortemente caratterizzato dalla dimensione comunitaria, assume comunque altresì rilievo, come già più volte sottolineato, l'elemento della reciprocità che, per quanto si può dedurre dai materiali che ci sono giunti, sembra essere spesso presente nelle varie figure di cui abbiamo tracce scritte ed a cui era associata la denominazione di *qiyue* (o le altre denominazioni) e che nel *Libro dei riti* assume le sembianze di una 'prescrizione', che avrebbe dovuto esser valida per quanto risolto nell'ambito del *li*. Ciò, può dunque, a seguito della ricostruzione svolta, ritenersi come valido sebbene non ci siano pervenute consistenti tracce scritte circa il come le attività contrattuali fossero in concreto regolate. La reciprocità, anche in altri studi in materia di diritto dei contratti in Cina è stato messo in luce essere "l'essenza di ogni rapporto intersoggettivo" a cui è ricondotto anche il termine cinese *guanxi* (关系, rapporto)<sup>91</sup> e che "si esprimeva attraverso obblighi di cooperazione e buona fede fra le parti"<sup>92</sup>. Come si è, infatti, potuto vedere anche dall'analisi poco sopra svolta riferita a quanto relativo allo *xin* nel *Libro dei riti*, questo viene, insieme al vincolo, accostato al giuramento ("约信曰誓"), e nelle clausole di efficacia poste nei contratti, sembrava assumere sia il valore di prova che quello di assicurazione del rispetto dell'impegno che le parti prendevano<sup>93</sup>. Lo stesso *xin* può essere dunque letto, come si è visto dai paragrafi precedenti e dall'affermazione da ultimo richiamata<sup>94</sup>, in collegamento anche con la reciprocità.

Al rilievo della reciprocità è dato risalto, con riferimento comunque al *qiyue* dell'antichità, anche dalla dottrina cinese che, è già stato sopra chiarito, giunge a sottolineare come sia divenuta nel diritto cinese tradizionale il "principio centrale" in riferimento agli interessi che erano regolati tramite il *qiyue*<sup>95</sup>, sottolineando altresì che, nello spirito del *qiyue* nel diritto cinese dell'antichità, la mutualità e reciprocità degli interessi riceveva appunto supporto nello spirito dell'intero contratto<sup>96</sup>. Il contratto è visto come una scelta razionale svolta dalle parti al fine di perseguire un "desiderio", una decisione libera, il principio di mutualità è visto come il tentare, tramite la "ragione", di controllare, sul piano concettuale il "desiderio"<sup>97</sup>.

Ancora gli stessi studiosi cinesi ritengono, tuttavia, che la reciprocità sia stata, in sostanza, elemento centrale del *qiyue* sino al passaggio dall'antichità alla 'modernità' con le riforme di tarda epoca Qing. Questi ritengo-

<sup>91</sup> Si è visto come nella definizione di contratto data nell'art. 2 della *Legge sui contratti* il *guanxi* è ciò che l'accordo è destinato a regolare.

<sup>92</sup> Si veda M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., ad es. pp. 135-136, per il virgolettato, p. 136.

<sup>93</sup> Si veda quanto precedentemente osservato con riferimento alla clausola "民有私要，要行二主，各自署名为信" richiamata in Y. CHUN, *Qiyue zhidu (II)*, cit., p. 616.

<sup>94</sup> Si veda M. TIMOTEO, *Il contratto*, cit., ad es. p. 136.

<sup>95</sup> Cfr. Y. LIU, *Chuantong Zhongguo qiyue quanli xingtai sanlun*, cit., p. 190.

<sup>96</sup> Cfr. Y. LIU, *Chuantong Zhongguo qiyue quanli xingtai sanlun*, cit., p. 190.

<sup>97</sup> Y. LIU, *Chuantong Zhongguo qiyue quanli xingtai sanlun*, cit., p. 190.

no, infatti, che lo sia stata sino a quando, partendo dalla fine dell'epoca Qing, hanno iniziato ad arrivare in Cina idee tendenti all'individualismo la cui influenza giunse con le codificazioni civilistiche. È messo in luce come questa sia rimasta quale elemento centrale anche negli anni della Repubblica Cinese (dato che, come visto, il *Progetto* di codice Qing, la 大清民律草案, non entrò mai in vigore a causa della caduta della dinastia stessa), ma tale ruolo venne meno con l'entrata in vigore del *Codice Civile della Repubblica Cinese* (中华民国民法典). Tale impostazione, è detto, sia stata mantenuta anche con la *Legge sui principi generali del diritto civile* del 1986 (中华人民共和国民法通则) e con la *Legge sui contratti*<sup>98</sup>. Ed in effetti, tenendo conto appunto del fatto che il *Progetto Qing* non sia entrato in vigore e, dunque, sebbene abbia, come si è visto, profondamente segnato la strada del diritto privato in Cina, non essendo entrato in vigore non avrebbe potuto applicarsi direttamente nella società, pare che una simile impostazione trovi conferma da quanto si è detto precedentemente circa il percorso dei modelli di contratto che con l'età delle rivoluzioni sono venuti ad affermarsi e che sono poi transitati in Cina con la rottura con l'antichità e l'attuazione della modernizzazione di fine XIX ed inizio XX secolo. Tuttavia, scavando più a fondo, si è potuto vedere come, nella sostanza, la reciprocità non sia stata abbandonata, ma resiste tra le fondamenta del sistema del diritto dei contratti. L'analisi ora svolta circa il diritto cinese dell'antichità offre comunque una conferma del rilievo della reciprocità, che attiene appunto alla 'struttura del negozio', così come spiega il fatto che i modelli romanistici siano riusciti ad attecchire nella Cina odierna anche se, alla stregua di quanto accade in altri Paesi, emergono appunto anche nel diritto positivo cinese delle apparenti contraddizioni derivanti dall'eccessivo rilievo dato al momento volontaristico dalle riletture che degli stessi sono state offerte negli ultimi secoli. D'altro canto, come visto, l'elemento dell'equivalenza degli scambi che è stato altresì ricollegato all'idea della giustizia commutativa aristotelica, viene rintracciato dagli storici del pensiero cinese nello stesso pensiero cinese dell'antichità ed è tornato ad essere comunque chiamato in causa, talvolta anche espressamente, in alcune delle normative in materia contrattuale degli anni '80 del secolo scorso ed ancora, come si vedrà meglio nelle prossime pagine, declinato come eguaglianza negli scambi, 平等交换 (*pingdeng jiaohuan*), tra gli scopi che si è inteso perseguire con le norme sul contratto del nuovo *Codice civile*<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Si veda ancora, ad esempio, Y. LIU, *Chuantong Zhongguo qiyue quanli xingtai sanlun*, cit., p. 190.

<sup>99</sup> Si veda, C. WANG, *Guanyu "Zhonghua Renmin Gongheguo Minfadia (cao'an)" de shuoming* (关于《中华人民共和国民法典(草案)》的说明), § 4.3.



## CAPITOLO X

# HETONG TRA ACCORDO E RECIPROCIÀ NEL NUOVO CODICE CIVILE DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE

SOMMARIO: 1. La decisione di elaborare un nuovo Codice civile. – 2. Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese. – 2.1. Norme ed impostazioni sistematiche della parte generale del Codice con incidenza sulla materia del contratto. – 2.2. Il contratto nel nuovo Codice civile della Repubblica Popolare Cinese. – 3. Considerazioni di sintesi.

### 1. *La decisione di elaborare un nuovo Codice civile*

Nella Decisione del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese del 23 ottobre 2014 è stato previsto di elaborare un nuovo *Codice civile* per la Repubblica Popolare Cinese. Al fine di implementarla si è istituito un gruppo centrale organizzato e coordinato dalla Commissione per gli affari legislativi dell'ANP, che si è rapportato, in prevalenza, con altri cinque enti: Corte Suprema, Procura Suprema, Ufficio per gli affari legislativi del Consiglio di Stato, Accademia cinese delle scienze sociali e Associazione cinese per la scienza giuridica<sup>1</sup>. Il lavoro si è svolto in due fasi, definite “passi” (两步, *liang bu*): in una prima fase si è elaborata la parte generale (che in sostanza avrebbe rappresentato una sorta di ammodernamento della precedente *Legge sui principi generali* del 1986); in una seconda, avrebbero dovuto poi essere elaborati i restanti libri in vista della promulgazione dell'intero *Codice* in cui sarebbe stata assorbita (eventualmente dopo aver pur subito delle modifiche su qualche punto)<sup>2</sup> anche la parte generale stessa. La prima fase si è conclusa nel marzo 2017 con la promulgazione della 中华人民共和国民法总则 (*Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Zongze*) la *Parte generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese*, salutata sin da subito con favore dagli studiosi cinesi. Ad esempio Jiang Ping, come già accennato, tra i più autore-

---

<sup>1</sup> Cfr. W. DU, “Minfa Zongze” Jiben Guiding de Ba Da Liangdian (《民法总则》基本规定的八大亮点), in *Zhongguo yingong faxue* (中国应用法学), 4/2017, p. 1.

<sup>2</sup> Si vedano le opinioni che venivano al riguardo espresse in Y. LI, *Minfa Zongze* (民法总则), Beijing, 2018, pp. 1 ss.

voli ed influenti giuristi delle ultime decadi, in una conferenza tenutasi a ridosso della sua promulgazione, ne ha parlato come della realizzazione di un sogno durato sessant'anni<sup>3</sup>. La seconda fase sebbene con una posticipazione di circa tre mesi rispetto ai piani originari dovuta all'emergenza sanitaria<sup>4</sup>, è stata da poco completata con la promulgazione del *Codice* che è previsto entri in vigore il 1° gennaio del 2021.

La Decisione di elaborare un codice civile per la Repubblica Popolare Cinese rappresenta una conferma della vitalità del modello della tradizione romanistica ed è stata presa e successivamente implementata secondo le linee ora descritte, in un momento in cui le circostanze sembravano infatti mature per riuscire a compiere sino in fondo tale impresa ed anche al fine di soddisfare alcune necessità che sono andate nel corso del tempo ad emergere.

Pure sui temi che nel recente passato si sono dimostrati più spinosi anche per quanto riguarda i risvolti politico-ideologici sottesi a determinate scelte tecnico-giuridiche, così come per le stesse, seppur con qualche discussione ancora non sopita, si era ormai, infatti, arrivati al raggiungimento di un consenso di fondo.

Inoltre, nel corso degli ultimi anni, sono venute ad emergere, in modo sempre più chiaro, sia la necessità di semplificare e rafforzare il coordinamento tra le disposizioni che ora sono contenute in circa 250 delle menzionate Leggi speciali (le 单行法 *danxingfa*), di cui molte vertono in materia di diritto civile e commerciale<sup>5</sup>, sia quella di aggiornarne alcune, tra cui la, come visto, centrale, *Legge sui principi generali del diritto civile* del 1986, alla luce dei profondi mutamenti che hanno interessato la società cinese nel lasso di tempo intercorso<sup>6</sup>.

Per altro verso è, tuttavia, venuta alla luce anche la preoccupazione che l'introduzione di cambiamenti troppo drastici rispetto al quadro che nelle ultime decadi è venuto a delinearsi possa disorientare i giudici, avvocati ed altri operatori che hanno ormai preso dimestichezza con il lavorare secondo determinati parametri e con determinati punti di riferimento<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup>L'espressione è stata impiegata in una conferenza nell'Università del Popolo pochi giorni dopo la promulgazione di tale *Legge*, cfr. [http://news.xinhuanet.com/legal/2017-03/27/c\\_129523249.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2017-03/27/c_129523249.htm) (ultimo accesso luglio 2019).

<sup>4</sup>Cfr., per i piani originari, nuovamente, W. DU, "Minfa Zongze" Jiben Guiding de Ba Da Liangdian, cit., p. 1.

<sup>5</sup>Si veda ad esempio la stima di Wang Liming al 2017 in L. WANG (a cura di), *Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Zongze Xiangjie*, I, Beijing, 2017, p. 1.

<sup>6</sup>Si vedano ad esempio le riflessioni svolte in J. LIU, *Minshangshi falü tixihua ji qi lujing xuanze* (民商事法律体系化及其路径选择), in *Henan Caijing Zhengfa Daxue Xuebao* (河南财经政法大学学报), 6/2014, p. 39.

<sup>7</sup>Si vedano ad esempio le riflessioni svolte in J. XUE, *Zhongguo Minfadian bianzuan: guannian, yuanjing yu silu* (中国民法典编纂: 观念、愿景与思路), in *Zhongguo Faxue* (中国法学), 4/2015, p. 41 ss.

La ricerca di un equilibrio tra questi estremi sembra sia stato, infatti, determinante circa talune scelte che sono state compiute in sede di elaborazione del *Codice*. Le questioni che sorgono in riferimento alla materia dei contratti saranno dunque analizzate, in parte, tenendo conto di alcune norme inserite nella parte generale del *Codice* che ha, appunto ‘assorbito’ la *Parte generale* del 2017<sup>8</sup>, in parte, svolgendo osservazioni circa le norme inserite negli altri libri del *Codice*, in particolare in quello sul contratto.

La parte generale del codice civile è stata autorevolmente considerata come “l’estremo punto dello sviluppo, realizzato dalla pandettistica, del metodo dei giuristi romani che costituiscono il diritto in sistema”<sup>9</sup> e ciò vale anche per la parte generale del nuovo *Codice civile* cinese, che può senz’altro vedersi, come già segnalato con riferimento alla *Parte generale* del 2017, a sua volta in una linea di continuità con il modello pandettistico. Va da sé che, considerando il fatto per cui la Cina non stia meramente ‘copiando’, ma rileggendo e ponendosi in dialogo con la tradizione romanistica anche alla luce delle proprie tradizioni e delle esigenze che avverte di dover soddisfare, rispetto al modello pandettistico emergono delle differenze sia nella struttura che nei contenuti, differenze che appunto possono essere colte tenendo in conto quanto discendente dagli elementi ora menzionati. Come, ancora, si è già avuto occasione di chiarire con riferimento alla *Parte generale* del 2017, si tratta di una sorta di ‘versione aggiornata’ della precedente *Legge sui principi generali*; aggiornata alla luce delle novità introdotte su talune materie su cui poi è subentrata la promulgazione di Leggi *ad hoc* introdotte successivamente, così come alla luce di alcune norme dettate nelle Interpretazioni che la Corte suprema ha, nel corso delle ultime decadi, emanato e sulla base di contenuti ‘nuovi’ che sono stati sempre più percepiti come rilevanti nella società<sup>10</sup>. Come la *Legge sui Principi generali del diritto civile*, anche la parte generale del nuovo *Codice*, rispetto al modello pandettistico, è stata, per quanto riguarda taluni aspetti ‘rafforzata’, mentre vi sono altresì degli elementi che, sebbene in questo presenti, non sono stati invece ripresi<sup>11</sup>. Inoltre occorre tenere in considerazione che, se il modello tedesco, come noto, è caratterizzato dalla duplice presenza di un codice civile ed uno commerciale,

---

<sup>8</sup> Per approfondimenti circa la nuova *Parte generale* si veda quanto già in S. PORCELLI, *La nuova “Parte Generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese”*, cit., pp. 670 ss. e Y. ZHAI, S. PORCELLI, *European Legal Models and Asia: Novelities from the General Part, towards a Civil Code for the People’s Republic of China*, in *Contratto e impresa/Europa*, 23/2018, pp. 115 ss.

<sup>9</sup> L’osservazione, già precedentemente richiamata in nota (*supra* cap. II), è stata ripresa da S. SCHIPANI, s. v. *Diritto Romano in Cina*, cit., p. 531.

<sup>10</sup> Sul punto si veda quanto in Y. ZHAI, S. PORCELLI, *European Legal Models and Asia*, cit., pp. 120 ss.

<sup>11</sup> Sono ad esempio assenti nella parte generale del *Codice* norme con ad oggetto ciò di cui ai §§ 90 ss. *BGB*.

quello cinese, come visto<sup>12</sup>, sin dai tempi del *Progetto Qing*, non prevede questa separazione del diritto civile e commerciale in codici distinti e ciò si pone in linea con quella che sembra la tendenza più recente che si sta affermando con i codici del XXI secolo (si pensi, ad esempio, ai nuovi *Codici* di Brasile ed Argentina). Va ancora sottolineato come, già con riferimento alle norme dettate nella *Parte generale* del 2017 sono, comunque, gli stessi studiosi cinesi che sovente vanno a richiamare le norme di Paesi, in larghissima prevalenza appartenenti alla tradizione romanistica, da cui si è presa ispirazione<sup>13</sup>.

Per quanto riguarda la struttura, la parte generale del *Codice*, ricalcando quella della *Parte generale* del 2017, si compone di 10 capitoli che talvolta vengono ulteriormente suddivisi in sezioni sino a raggiungere un totale di 206 articoli: il capitolo I detta le norme fondamentali; il capitolo II è dedicato alla persona fisica; il capitolo III detta norme sulla persona giuridica; il capitolo IV è dedicato alle organizzazioni senza personalità giuridica; il capitolo V ai diritti soggettivi; il capitolo VI al negozio giuridico; il capitolo VII è riservato alla rappresentanza; il capitolo VIII è dedicato alla responsabilità civile; il IX all'effetto del tempo sulle azioni; il X alle modalità di calcolo del tempo<sup>14</sup>.

Dopo la promulgazione della *Parte generale*, nel 2017, ha preso avvio il "secondo passo", ossia il lavoro di elaborazione dei restanti libri del *Codice* i cui progetti, analogamente a quanto accaduto con quello della *Parte generale* del 2017, sono stati più volte sottoposti al vaglio del Comitato permanente dell'ANP e della pubblica consultazione prima che, come si segnalava, pochi giorni addietro l'intero *Codice* vedesse la luce.

Il *Codice* complessivamente consta di un totale di 1260 articoli divisi in una parte generale (che come accennato riprende, in sostanza, le norme dettate nella *Parte generale* del 2017) e sei libri, precisamente: un libro sui diritti reali, 物权编 (*wuquan bian*), un libro sui contratti 合同编 (*hetong bian*), un libro sui diritti della personalità, 人格权编 (*rengequan bian*), un libro sul matrimonio e la famiglia, 婚姻家庭编 (*hunyun jiating bian*), un libro sulle successioni, 继承编 (*jicheng bian*), un libro sulla responsabilità derivante da illeciti, 侵权责任编 (*qinquan zeren bian*).

Il Presidente della Commissione affari legislativi del Comitato permanente della ANP, Shen Chunyao, ha chiarito quali sono stati i principi seguiti nella selezione dei contenuti da inserire nei progetti dei libri elabora-

<sup>12</sup> *Supra* capp. II e III.

<sup>13</sup> Si veda, ad esempio, l'elenco riportato in Y. ZHAI, S. PORCELLI, *European Legal Models and Asia*, cit., pp. 124-125.

<sup>14</sup> 第一章 基本规定; 第二章 自然人; 第三章 法人; 第四章 非法人组织; 第五章 民事权利; 第六章 民事法律行为; 第七章 代理; 第八章 民事责任; 第九章 诉讼时效; 第十章 期间计算. Alla luce dell'inserimento all'interno del *Codice*, ovviamente, manca il capitolo *ad hoc* dedicato alle disposizioni supplementari nella *Parte generale* del 2017.

ti nel corso della seconda fase: i contenuti avrebbero dovuto recare natura di norme fondamentali; le norme avrebbero dovuto recare natura generale, nel senso di essere norme comunemente impiegate nella vita sociale; avrebbero dovuto essere norme stabili, ossia norme che già nella prassi si sono dimostrate efficaci e ci si possa attendere siano impiegate per lungo tempo; avrebbero dovuto essere norme fondate sull'eguaglianza e sulla volontarietà<sup>15</sup>.

Un primo dato da cogliere è quello relativo al fatto che, distaccandosi dal modello sovietico, “che ne sottolineava la natura non patrimoniale”<sup>16</sup>, il diritto di famiglia sia rientrato nel *Codice*.

Al di là di ciò, in generale, sembra che si sia proceduto spesso con il riprendere Leggi già esistenti sulle materie la cui normativa è ora confluita nel *Codice* (salvo che nel caso dei diritti della personalità, a proposito dei quali non esisteva un'apposita legge, ma solo numerosi progetti), che analogamente a quanto accaduto già con la *Parte generale* del 2017 rispetto alla *Legge sui principi generali*, sono state a loro volta aggiornate alla luce dei mutamenti che nel tempo intercorso hanno interessato la società, alla luce di quanto, con riferimento a specifici aspetti, è stato previsto dalla Corte Suprema nelle sue Interpretazioni, nonché di quanto si è potuto apprendere dall'esperienza pratica legata all'impiego concreto protrattosi nel corso del tempo. In alcuni casi si è altresì assistito all'accorpamento in un libro di materie disciplinate in altre Leggi rispetto a quella principale di riferimento, come ad esempio è avvenuto nel caso della materia dei contratti di garanzia rispetto a quella sul contratto. Le Leggi esistenti sono state poi, ovviamente, anche ritoccate tenendo conto dei mutamenti nella sistematica generale derivanti dal fatto che non si tratti più di 'autonome' Leggi speciali, ma sono state 'fuse' in un unico *Codice*.

Oltre all'inserimento, nel *Codice*, del nuovo libro sui diritti della personalità, nella maggior parte dei casi si è assistito dunque all'aggiornamento, ovvero a, spesso non troppo sostanziosi, interventi di messa a punto, integrazione o sistematizzazione di norme già dettate nelle Leggi speciali entrate in vigore nelle scorse decadi (in particolare, i pilastri sono la *Legge sui diritti reali*, la *Legge sui contratti*, la *Legge sulle garanzie*, le *Leggi su matrimonio e sulle adozioni*, la *Legge sulle successioni*, la *Legge sulla responsabilità da illecito civile*)<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Si veda quanto al riguardo riportato in [http://www.npc.gov.cn/npc/cwhhy/13jcw/2018-08/28/content\\_2059410.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/cwhhy/13jcw/2018-08/28/content_2059410.htm) (ultimo accesso, settembre 2018).

<sup>16</sup> Si veda G. AJANI in G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 213.

<sup>17</sup> Ciò si può ricavare anche da quanto disposto nell'ultimo articolo del *Codice*, l'articolo 1260, il quale prevede che saranno abrogate la *Legge sui Principi generali* del 1986; la *Parte generale* del 2017 (in quanto verrà ad essere assorbita nel *Codice*); la *Legge sul matrimonio*; la *Legge sulle successioni mortis causa*; la *Legge sulle adozioni*; la *Legge sulle garanzie*; la *Legge sui contratti*; la *Legge sui diritti reali*; la *Legge sulla responsabilità da illecito civile*.

Se da un lato è comprensibile lo sforzo compiuto per evitare l'introduzione di mutamenti troppo radicali rispetto ai meccanismi che si sono andati consolidando nel corso delle ultime decadi ed a cui il Paese si era già abituato, dall'altro lato pare si sia però, su diversi punti, verificato quello che la più attenta dottrina da tempo esortava in realtà ad evitare, ossia, che piuttosto di procedere ad una vera e propria elaborazione, venisse posta in essere una compilazione<sup>18</sup>. Su diversi punti, infatti, forse si sarebbe potuto intervenire in modo più incisivo di quanto si è fatto, ad esempio, predisponendo una parte generale sull'obbligazione a cui poi ricondurre le norme più specifiche in materia così come organizzare le relative discipline favorendo una maggior chiarificazione a livello dogmatico della distinzione tra obbligazione e responsabilità con probabili conseguenze positive anche in sede di applicazione pratica.

## 2. Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese

### 2.1. Norme ed impostazioni sistematiche della parte generale del Codice con incidenza sulla materia del contratto

In primo luogo, può notarsi che, in linea con la *Legge sui principi generali*, e diversamente dal *BGB*, in quanto sembra al riguardo si segua un approccio piuttosto comune nel modello socialista, è stato ripreso già dalla *Parte generale* del 2017 il capitolo iniziale sulle norme fondamentali<sup>19</sup>. Rispetto a quanto disposto nel corrispondente capitolo della *Legge sui principi generali*, rilevante per il tema di cui si discute è l'eliminazione della menzione diretta del principio del 等价有偿 (*dengjia youchang*), dell'equivalenza del valore, che era presente, probabilmente anche risentendo della spinta in tale direzione proveniente dalla prospettiva ispirata ai modelli socialisti, come visto, già in altri atti normativi del XX secolo<sup>20</sup>; tuttavia, come già osservato, si tratta di un principio profondamente radicato nella cultura cinese sin dall'antichità, basti pensare, ad esempio, a quanto si è visto circa l'equivalenza negli scambi 等价交换 (*dengjia jiaohuan*)<sup>21</sup>. La valenza di tale principio dunque (magari non in termini di equivalenza ri-

<sup>18</sup> Si vedano ad esempio, sul tema, le riflessioni svolte in J. XUE, *Zhongguo Minfadian bianzuan*, cit., pp. 41 ss., mentre con riferimento al rischio che si possa svolgere una mera compilazione, tra i vari, Y. LI, *Minfa Zongze*, cit., p. 5.

<sup>19</sup> Si veda quanto già osservato in S. PORCELLI, *La nuova "Parte Generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese"*, cit., p. 674.

<sup>20</sup> Si veda ad esempio l'art. 5 della *Legge sui contratti economici* del 1981, su cui *supra*, cap. III.

<sup>21</sup> Si veda X. YANG, *Li de qiyuan*, cit., pp. 30 ss. in particolare p. 35.

gida, matematica, quanto piuttosto di un 'equilibrio', così come sembra debba leggersi anche con riferimento alla cultura antica) non pare potersi far dipendere dalla necessità di una menzione espressa in un testo legislativo e comunque potrebbe venire, in ogni caso, come anche la stessa dottrina cinese chiarisce, considerato come corollario dell'equità o di altri principi la cui menzione è stata mantenuta, quale il principio di buona fede<sup>22</sup>. A conferma di ciò può altresì richiamarsi il fatto che, nella *Relazione* di Wang Chen, Vice-presidente del Comitato permanente dell'ANP, su incarico del Comitato permanente stesso, sottoposta il 22 maggio 2020 alla seduta plenaria dell'Assemblea per introdurre il *Progetto* di codice che doveva essere poi discusso e approvato definitivamente, nel luogo in cui si presenta quanto relativo a quello che dopo pochi giorni ed a seguito di alcuni ritocchi diverrà il libro sul contratto del nuovo *Codice*, spiega che la normativa in materia proposta sia diretta, tra l'altro, a sostenere l'eguaglianza degli scambi, 平等交换 (*pingdeng jiaohuan*)<sup>23</sup>.

Tra i principi a cui, invece, il richiamo è stato conservato vanno annoverati il principio di eguaglianza (平等原则, *pingdeng yuanze*), il principio di buona fede (诚实信用原则 *chengshi xinyong yuanze* già dalla nuova *Parte generale* del 2017 abbreviato come 诚信原则 *chengxin yuanze*) che, come visto, già nelle ultime decadi è stato designato dagli studiosi cinesi come "regale" (帝王, *diwang*)<sup>24</sup>; ed a questi, è stata aggiunta la menzione del c.d. principio verde (绿色原则, *lüse yuanze*) nell'art. 9 che, sebbene abbia sollevato diverse discussioni, pare si stia tuttavia iniziando a 'riempire di contenuti' legati ad aree più specifiche come proprio quella della materia dei contratti poiché, ad esempio, una sua declinazione appare anche al comma 3 dell'art. 509 del *Codice* ove, in materia di adempimento del contratto viene previsto, in sostanza, che questo debba essere posto in essere evitando di sprecare le risorse, di inquinare l'ambiente, di danneggiare gli ecosistemi<sup>25</sup>. Inoltre, sempre per quanto riguarda i principi, diversamente da quanto nella *Legge sui principi generali*, è stato espressamente richiamato già nella *Parte generale* del 2017 il principio del divieto dell'abuso del

<sup>22</sup> Si veda, ad esempio, quanto osservato in L. WANG (a cura di), *Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Zongze Xiangjie*, I, cit., p. 30 ovvero, ancora, in S. CHEN (a cura di), *Minfa Zongze Pingzhu* (民法总则评注), I, Beijing, 2017, pp. 41-42.

<sup>23</sup> C. WANG, *Guanyu "Zhonghua Renmin Gongheguo Minfadia (cao'an)" de shuoming*, cit., § 4.3.

<sup>24</sup> Si veda in proposito quanto accennato *supra* cap. III.

<sup>25</sup> L'articolo 509 del *Codice*, riprende, nella sostanza quello che era il contenuto dell'art. 60 della *Legge sui contratti* ed a questo viene aggiunto un terzo comma che prevede che 当事人在履行合同过程中, 应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态. In generale, sul 'principio verde', in italiano si veda quanto evidenziato da Xu Guodong, uno degli studiosi che già da molti anni ne è stato tra i più accesi sostenitori, in G. XU, *Un'esposizione sintetica del principio "verde" nel Progetto del Codice Civile Verde per la Cina*, in *Contratto e impresa / Europa*, 13/2008, pp. 420 ss.

diritto. Tuttavia, come si era avuto occasione di segnalare, questo richiamo, con scelta che appare discutibile, non è stato svolto nel capitolo *de quo*, dove sono richiamati anche gli altri principi, bensì all'art. 132 rientrando nel capitolo sui diritti soggettivi. Infine, altro aspetto a cui occorre brevemente prestare attenzione è quello relativo al venir meno, già nella *Parte generale* del 2017, del riferimento alle politiche statali (国家政策 *Guojia zhengce*), poiché considerato troppo evanescente, al posto di questo è stato invece inserito, come pure iniziava ad apparire da alcuni anni in diverse *Leggi*, un riferimento alle consuetudini<sup>26</sup>.

Nel capitolo sui diritti soggettivi (民事权利, *minshi quanli*), che, sulla scia della *Legge sui principi generali* (contesto nel quale forse questo sarebbe stato più utile), rappresenta un ulteriore esempio di 'rafforzamento' della parte generale cinese, rispetto al modello tedesco, sono dettate, in materia di obbligazioni, delle scarse norme. Sebbene rispetto a quanto nella *Legge sui principi generali* sarebbe stato comunque fisiologico rimuovere alcune delle disposizioni lì dettate nella parte sulle obbligazioni poiché, ad esempio per ciò che attiene alla materia del contratto, diverse norme in materia di contratti, sono state poi, come si è potuto vedere dalle pagine precedenti, meglio declinate nella *Legge del 1999*<sup>27</sup> e nella sistematica del *Codice* sono dettate in un libro *ad hoc*; permane il problema che già dalla *Parte generale* del 2017 sono state eliminate anche poche e basilari norme sull'obbligazione in generale che erano in tale sede dettate nella *Legge sui principi generali* e che non sono andate ad essere raccolte in un'autonoma parte generale sull'obbligazione all'interno di un libro sull'obbligazione, ma sono state fatte confluire, nel libro sul contratto dove sono state altresì inserite anche delle norme maggiormente di dettaglio in materia di gestione di affari altrui e arricchimento ingiustificato<sup>28</sup>.

L'art. 118 del *Codice* stabilisce che i diritti di obbligazione (è impiegato, come nella *Legge sui principi generali*, il termine 债权, *zhaiquan*, termine che, come visto, può essere visto come enfaticamente, rispetto all'obbligazione, la prospettiva creditoria)<sup>29</sup> possono essere goduti dai soggetti di diritto civile e poi detta, al secondo comma, la definizione degli stessi, che si pone in pieno dialogo con la tradizione romanistica<sup>30</sup>, come i diritti che

<sup>26</sup> Sul punto si rimanda, nuovamente, a quanto in S. PORCELLI, *La nuova "Parte Generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese"*, cit., p. 676 ss. con relativa bibliografia richiamata. Con riferimento al venire meno del richiamo alle politiche statali si veda Y. ZHAI, S. PORCELLI, *European Models and Asia*, cit., p. 127.

<sup>27</sup> Si veda *supra* cap. III.

<sup>28</sup> Si vedano gli artt. 514 ss. del *Codice* per quanto riguarda le norme sull'obbligazione in generale, gli artt. 979 ss. e 985 ss. rispettivamente per la gestione di affari altrui e l'arricchimento ingiustificato.

<sup>29</sup> Si veda *supra* cap. III.

<sup>30</sup> Si veda sull'*obligatio* e le relative definizioni quanto in R. CARDILLI, *Damnatio e operere*, cit.

nascono da contratto, illecito, gestione di affari altrui, arricchimento ingiustificato o da quanto stabilito da altre norme, in forza dei quali il titolare del diritto soggettivo chiede ad un determinato soggetto obbligato nei suoi confronti di fare o non fare una determinata cosa (di tenere o non un determinato comportamento, 为或者不为一定行为)<sup>31</sup>. Negli articoli successivi vengono, invece, dettate delle minime disposizioni volte ad inquadrare le singole figure (contratto, illecito, gestione di affari altrui, arricchimento ingiustificato)<sup>32</sup>.

Vi è, tuttavia, un ulteriore capitolo che non si trova nel modello pandettistico e rappresenta una peculiarità del diritto civile cinese che è quello dedicato alla responsabilità. Anche questo era già presente nella *Legge sui principi generali*, ed al riguardo possono estendersi parte delle considerazioni già svolte circa il capitolo sui diritti soggettivi con riferimento al fatto che, al tempo, quest'ultima svolgeva il ruolo di centro di un sistema ancora sotto diversi profili piuttosto lacunoso, così che norme in materia potevano trovare una loro giustificazione. In controtendenza però rispetto a molti altri interventi posti in essere già con la *Parte generale* del 2017, questo capitolo, che reca tratti più marcatamente pubblicistici, rispetto alle altre aree in cui questi tratti sono stati smussati, è andato rafforzandosi<sup>33</sup>.

Già i commentatori della *Parte generale* del 2017, sottolineavano l'originalità di tale modello<sup>34</sup> e sebbene, in sede di elaborazione, questa scelta sia stata dibattuta, si legge tuttavia in dei commenti che, dopo 30 anni di insegnamento e di pratica, questo modello era stato condiviso da gran parte del popolo e degli operatori giuridici<sup>35</sup>. Come si è già avuto occasione di osservare, questo modello affonda le proprie radici in un terreno dal quale, per quanto riguarda altri temi, invece, nel corso degli ultimi anni, il

<sup>31</sup> Art. 118: 民事主体依法享有债权。[comma 2] 债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定, 权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。

<sup>32</sup> Gli artt. dal 119 al 122 prevedono che: [art. 119] 依法成立的合同, 对当事人具有法律约束力。[art. 120] 民事权益受到侵害的, 被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。[art. 121] 没有法定的或者约定的义务, 为避免他人利益受损失而进行管理的人, 有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。[art. 122] 因他人没有法律根据, 取得不当利益, 受损失的人有权请求其返还不当利益。

<sup>33</sup> Si rinvia, nuovamente a S. PORCELLI, *La nuova "Parte Generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese"*, cit., pp. 678-679.

<sup>34</sup> La rivendicazione dell'originalità del modello viene posta in essere in modo molto diffuso tra i commentatori, si veda, ad esempio, H. SHI (a cura di), *Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Zongze Tiaowen Shuoming. Lifa Liyou ji Xiangguan Guiding* (中华人民共和国民法总则条文说明立法理由及相关规定), Beijing, 2017, p. 411; L. WANG (a cura di), *Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Zongze Xiangjie* (中华人民共和国民法总则详解), II, Beijing, 2017, p. 807 etc.

<sup>35</sup> H. SHI (a cura di), *Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Zongze Tiaowen Shuoming, Lifa Liyou ji Xiangguan de Guiding*, cit., p. 411.

legislatore, così come larga parte della dottrina, erano sembrati volersi tendenzialmente discostare<sup>36</sup> e le conseguenze di tale scelta si riflettono nel fatto che, all'estendersi dell'ambito della responsabilità, ha fatto da contraltare una, quantomeno apparente, restrizione dello spazio riservato all'obbligazione. Dopo una nuova espansione dell'obbligazione nella *Legge sui principi generali*, delle spinte verso il polo della responsabilità sono tornate ad emergere negli anni successivi, spinte che hanno portato, ad esempio, alla elaborazione *ad hoc* di una *Legge sulla responsabilità per fatti illeciti* nel 2009. Questa direzione, come si sta vedendo, è stata dunque confermata con la *Parte generale* del 2017 e poi con il *Codice*, nonostante già nel periodo in cui era in corso l'elaborazione della *Parte generale*, alcuni studiosi, lucidamente, seppur in modo piuttosto edulcorato, avessero suggerito che l'eliminazione dell'intero capitolo sulla responsabilità non avrebbe arrecato danni<sup>37</sup>. In ogni caso, oltre che a ragioni, probabilmente di ordine pratico e di 'accettabilità politica', in quanto si è visto essere stato già difficile arrivare all'emanazione di una *Legge* unitaria sul contratto nel 1999, e lo sarebbe stato probabilmente, sia per le implicazioni tecniche che, appunto, politiche ancora di più arrivare ad una eventuale legge sulle obbligazioni, gli elementi alla base di questa scelta sembrano altresì essere, da un lato, collegati ad una decisa svalutazione del ruolo riconosciuto all'obbligazione nell'ambito degli illeciti, e, dall'altro, all'idea della punizione, legata alla visione tradizionale del diritto cinese ed anche a quella che sembra rappresentarne una versione più recente, in cui resta, come già si accennava, l'impronta di un forte ruolo dello Stato<sup>38</sup> cui compete di ripristinare l'ordine<sup>39</sup> (basti pensare alla richiamata, celebre, immagine dell'unicorno nello *Shuowen jiezi*)<sup>40</sup>.

È chiaro che tale scelta provochi poi una serie di conseguenze che vanno nella direzione dell'appiattimento della prospettiva del dovere (obbli-

---

<sup>36</sup> Si pensi al lento e difficoltoso *iter* che ha riguardato la materia dei diritti reali (su cui, nuovamente, A. FEI, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi*, cit., p. 123 ss.); a quanto si dirà a breve circa il negozio giuridico; ovvero, ancora, alle vicende che nel corso delle ultime decadi hanno riguardato la materia del diritto delle imprese con la cd. 股份化 (*gufenhua*, 'azionarizzazione') ecc. In generale, Sulle riforme in materia di diritto delle imprese poste in essere a partire dall'avvio delle politiche di apertura e riforme si vedano i richiamati in S. PORCELLI, *Civilian Tradition and the Chinese Company Law*, cit., p. 443 ss. e S. PORCELLI, *Dui Qiyefa Xiangguan de Zhidu de Fansi*, cit.

<sup>37</sup> Cfr. Q. ZHU, *Minfa zonglun* (民法总论), Beijing, 2016, p. 32.

<sup>38</sup> La vicinanza tra la necessità (必为, *biwei*) collegata alla responsabilità e la forza coercitiva dello Stato è messa in risalto in L. WANG (a cura di), *Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Zongze Xiangjie*, II, cit., p. 807.

<sup>39</sup> Si veda, S. CHEN (a cura di), *Minfa Zongze Pingzhu* (民法总则评注), II, Beijing, 2017, p. 1259.

<sup>40</sup> Sul punto, si veda quanto già osservato *supra* cap. I.

gazione) su quella della soggezione (responsabilità)<sup>41</sup>. Questa, che potrebbe a sua volta sembrare una forzatura se vista alla luce del menzionato criterio dell'*aequum* secondo le letture sopra richiamate<sup>42</sup>, si mostra in tutta chiarezza dai problemi che emergono quando si scende sul piano delle norme più specifiche, dove la vitalità della *obligatio* quale categoria ordinante torna prepotentemente a galla. Ad esempio, nell'art. 177 (con un trapianto parziale di norme dettate nella *Legge sui principi generali* in materia di obbligazioni parziarie e solidali – artt. 86 e 87) è stata regolata la 'responsabilità parziaria', nel successivo art. 178, quella solidale, tuttavia, emergevano già all'interno della stessa *Parte generale* del 2017 problemi derivanti dal fatto che con la responsabilità non si riesce, appunto, a coprire il lato attivo del rapporto che veniva, tuttavia, espressamente chiamato in causa nella materia dei crediti connessi alle scissioni di persone giuridiche (art. 67, comma 2) o in quella del regolamento dei crediti e dei debiti contratti a seguito di un tentativo infruttuoso di costituzione di una persona giuridica (art. 75, comma 1): si tratta di tutti casi in proposito dei quali si parlava, già nella *Parte generale* del 2017, appunto, di crediti e debiti *in solidum* (连带债权, *liandai zhaiquan* e 连带债务, *liandai zhaiwu*)<sup>43</sup>. Ed è probabilmente per risolvere questi o simili problemi che, data appunto l'esiguità di norme in materia di obbligazione dettate agli artt. 118 ss., che si è pensato di inserire le norme sull'obbligazione in generale non in un emendamento volto ad aggiungerle a questi nella parte generale del *Codice*, ovvero, in un libro sulle obbligazioni in generale poi articolato ulteriormente in 'sezioni' più specifiche sui contratti e sulle altre fonti di obbligazioni, bensì, come si è accennato, nel libro sul contratto (e la responsabilità da illecito civile è stata poi, ad esempio, autonomamente regolata in un apposito libro). Il dato che sembra emergere in modo piuttosto chiaro è quello per cui, pare che per quanto sia chiaro il ruolo dell'obbligazione in materia di contratti non lo sia altrettanto con riferimento alle altre figure di fonti delle obbligazioni. Per quanto riguarda, ad esempio, la gestione di affari altrui, a parte le scarse previsioni negli artt. 118 e 121, questa si vedeva, già nella *Parte generale* del 2017, altresì accostate disposizioni come quelle dettate all'art. 183<sup>44</sup> e poi, ancor, con l'aggiunta degli

---

<sup>41</sup> Sulla prospettiva del dovere e della soggezione, ancora, per tutti, R. CARDILLI, *Damnatio e oportere*, cit., ad es. in p. 202.

<sup>42</sup> Si veda *supra*, in particolare, cap. VIII.

<sup>43</sup> Nella formulazione impiegata ora nel *Codice*, l'art. 67 prevede che: 法人合并的, 其权利和义务由合并后的法人享有和承担。[comma 2] 法人分立的, 其权利和义务由分立后的法人享有连带债权, 承担连带债务, 但是债权人和债务人另有约定的除外。L'art. 75 prevede che: 设立人为设立法人从事的民事活动, 其法律后果由法人承受; 法人未成立的, 其法律后果由设立人承受, 设立人为二人以上的, 享有连带债权, 承担连带债务。[comma 2] 设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任, 第三人有权选择请求法人或者设立人承担。

<sup>44</sup> Secondo cui ove al fine di proteggere diritti ed interessi di altri si cagioni un danno ai propri, il danneggiante deve assumerne la responsabilità, e colui che ne ha tratto beneficio

altri libri, nel *Codice*, nel libro sul contratto è inserita un'apposita sezione (la III) dedicata ai "quasi contratti", 准合同 (*zhunhetong*) ove sono contenute norme, appunto, sulla gestione di affari altrui e sull'arricchimento ingiustificato<sup>45</sup>. Questa tipologia di problemi legati a quello che sembra un non molto lineare inquadramento dogmatico del rapporto tra obbligazione e responsabilità emerge anche da un altro articolo in materia di responsabilità che detta disposizioni di natura pubblicistica piuttosto che non privatistica, quello che già nella *Parte generale* del 2017 era l'art. 185<sup>46</sup>. Spiegata, dunque, la ragione per cui si è assistito alla scelta di una simile impostazione sistematica nel *Codice*, sembra che comunque, alla luce della stessa, quantomeno il riconoscimento del legame tra contratto ed il suo effetto, l'obbligazione, sia stato fatto salvo. Anzi, forse quale esito di questi spostamenti potrebbe andarsi ad accentuare troppo il peso dell'elemento della volontarietà anche con riferimento all'obbligazione spinta, appunto, per quanto non riguardante l'area dell'illecito, verso il contratto a sua volta (quantomeno, come si vedrà meglio poco oltre, "a parole") costruito sull'accordo e che andrà ad essere il polo attorno al quale verrà ad agglutinarsi la materia dell'obbligazione, di cui le norme generali sono dettate ove si trovano le disposizioni sull'adempimento del contratto, e che vede inserite nel libro ad esso intitolato anche le norme sui cd. quasi contratti, ove in realtà, come ben risaputo, già Gaio, rispetto alla *solutio indebiti* notava che sotto il profilo volontaristico non fosse assimilabile ai contratti<sup>47</sup>, andandosi così, dunque, ad aggiungere ulteriore entropia.

Per quanto rilevante nella presente sede, occorre poi notare come dei segnali importanti provenienti da norme dettate con riferimento ad istituti in materia di obbligazioni, che nella *Legge sui principi generali* avevano permesso di svelare indizi circa quella che era la visione della causa e con conseguenze, dunque, di peso pure in termini di risvolti sul piano della costru-

---

può essere tenuto a prestare un congruo indennizzo; si prevede, altresì, che nel caso in cui il danneggiante non vi sia, fuga o non abbia capacità di assumere la responsabilità, ove il danneggiato faccia richiesta di risarcimento, colui che ha tratto il beneficio deve prestare un congruo indennizzo. L'attuale formulazione dell'art. 183 è la seguente: 因保护他人民事权益使自己受到损害的, 由侵权人承担民事责任, 受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任, 受害人请求补偿的, 受益人应当给予适当补偿。

<sup>45</sup> Si vedano ancora gli artt. 979 ss. e 985 ss.

<sup>46</sup> L'attuale formulazione dell'art. 185 è la seguente: 侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉, 损害社会公共利益的, 应当承担民事责任。

<sup>47</sup> Il riferimento è a quanto nel noto Gai. 3.91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri conditione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.* Su cui, si veda ad esempio, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., pp. 472 ss. e l'ampia bibliografia ivi richiamata.

zione del sistema del diritto dei contratti sono state mantenute. Anche nella nuova *Parte generale* e ora nel *Codice*, le norme che restano in materia di obbligazione, in ogni caso confermano, infatti, la prospettiva già adottata in passato circa quella che sembra essere una visione della causa quale causa dell'obbligazione, una *rechtlichen Grund* e ciò può emergere, ancora una volta, da quanto in materia di gestione di affari altrui ed arricchimento ingiustificato. Per quanto riguarda la prima, l'istituto viene espressamente denominato, nel richiamato art. 118, co 2, come 无因管理 (*wuyin guanli*) e dunque, letteralmente, “gestione senza causa” e le scarse disposizioni in materia dettate all'art. 121 sono piuttosto vicine a quelle che in materia erano state dettate nell'art. 93 della *Legge sui principi generali* del 1986 e di cui già si è detto; così come nella sostanza lo stesso può dirsi per quanto relativo all'arricchimento ingiustificato, denominato, ancora 不当得利, *budeng deli* (sia all'art. 118 che all'art. 122) e riguardo al quale le norme dettate all'art. 122, come si è già visto per quanto relativo all'art. 92 della *Legge sui principi generali* del 1986, sono costruite attorno alla “assenza di un legittimo fondamento” (没有法律根据), “base”, “*gengju*”<sup>48</sup>.

Per quanto riguarda il negozio giuridico, regolato al capitolo VI, è stata mantenuta la denominazione di 民事法律行为 (*minshi falü xingwei*), che riecheggia più le categorizzazioni in materia di negozio giuridico svolte al tempo in cui era maggiore l'influenza del modello sovietico tuttavia, dal punto di vista sostanziale, già dalla *Parte generale* del 2017 erano stati in materia apportati rilevanti mutamenti. Nella disciplina dettata al riguardo nella *Legge sui principi generali*, ancora sotto l'influenza di quella che sembra una costruzione più affine al modello sovietico, ad esempio, come si è accennato, mancava il riferimento alla manifestazione di volontà mentre quello della legittimità era un requisito posto nel primo articolo in materia di negozio giuridico, l'art. 54, che ne dettava la definizione, invece, già nella *Parte generale* del 2017, quest'ultimo riferimento veniva eliminato e l'art. 133 del nuovo *Codice*, che apre la I sezione del capitolo dedicato alle norme di portata generale in materia, definisce il negozio giuridico come il negozio (comportamento, azione volontaria, 行为, *xingwei*)<sup>49</sup> tramite cui i soggetti di diritto civile, attraverso la propria manifestazione di volontà, costituiscono, modificano o estinguono rapporti giuridici di diritto civile<sup>50</sup>.

Un aspetto importante da sottolineare per il tema di cui si discute è che, nella sezione riguardante la manifestazione di volontà, sulla scia delle teorie pandettistiche richiamate in precedenza<sup>51</sup>, è stata compiuta

<sup>48</sup> Il testo degli artt. 121 e 122 del nuovo *Codice* è richiamato poco sopra in nota.

<sup>49</sup> Si veda, ad esempio, ancora S. Lü *et al.*, s. v. 行为 (*Xingwei*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, cit.

<sup>50</sup> L'attuale formulazione dell'art. 133 del *Codice* è la seguente: 民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为.

<sup>51</sup> Si veda *supra*, cap. VIII.

una distinzione tra negozi giuridici bilaterali ed unilaterali. Sulla base di questa differenza sono poi dettate diverse norme per l'interpretazione che, nel caso dei bilaterali, sono state, già nella *Parte generale* del 2017, largamente riprese da quello che è il contenuto dell'art. 125 della *Legge sui contratti* in materia di interpretazione del contratto (ed infatti ora l'art. 466, comma 1 inserito nel libro sui contratti del *Codice* rimanda a queste dettate nella parte generale dello stesso per i negozi giuridici bilaterali)<sup>52</sup>, mentre, nel caso degli unilaterali sono state dettate norme che danno una maggiore possibilità di distaccarsi dalle parole e frasi impiegate, sul presupposto di una maggiore rilevanza degli aspetti soggettivi risultanti dalla manifestazione di volontà del dichiarante nel secondo caso<sup>53</sup>. Con il riprendere, in questa sede, le norme dell'art. 125 della *Legge sui contratti*, è stata trasferita sul piano del negozio, sia per gli unilaterali che per i bilaterali, l'interpretazione conforme allo scopo (*Zweck*) che si era segnalato come la dottrina cinese riallacciasse al richiamo compiuto nell'art. 125 all'合同的目的 (*hetong de mudì*)<sup>54</sup> e che già nella *Parte generale* del 2017 si era trasformato in un richiamo allo scopo del negozio 行为的目的 (*xingwei de mudì*) mantenuto ora nel *Codice*<sup>55</sup>.

Questa costruzione ancor più fondata sulla manifestazione di volontà, che, anche alla luce di ciò che si è ora visto in materia di interpretazione del negozio giuridico sembra segnalare ancor meglio una eccessiva 'promiscuità' tra negozio giuridico e contratto costruito, appunto, da una prospettiva volontaristica, aggiunta anche a quanto si è visto accadere con riferimento al rapporto tra obbligazione e responsabilità rafforza ulteriormente il presagio di un ulteriore spostamento verso il lato del volontarismo. Si rende necessario, dunque, andare a verificare la tenuta di quanto emerso dai capitoli precedenti circa il *proprium* del contratto rispetto a quelle che sono le norme dettate in materia (in particolare, nel libro sul contratto) nel nuovo *Codice*.

---

<sup>52</sup> L'art. 466, comma 1 del *Codice* prevede che 当事人对合同条款的理解有争议的, 应当依据本法第一百四十二条第一款的规定, 确定争议条款的含义。

<sup>53</sup> Per chiarimenti al riguardo si veda quanto in H. SHI (a cura di), *Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Zongze Tiaowen Shuoming, Lifa Liyou ji Xiangguan de Guiding*, Beijing, 2017, p. 338 – 339 ed in L. WANG (a cura di), *Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Zongze Xiangjie*, II, Beijing, 2017, p. 607. L'art. 142 prevede che: 有相对人的意思表示的解释, 应当按照所使用的词句, 结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则, 确定意思表示的含义。[comma 2] 无相对人的意思表示的解释, 不能完全拘泥于所使用的词句, 而应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则, 确定行为人的真实意思。

<sup>54</sup> Si veda il menzionato (*supra* cap. III) riferimento alla “*vertragszweckkonforme Auslegung*” in S. HAN, *Hetongfa Zonglun*<sup>3</sup>, cit., p. 704 che si richiama a K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., § 28, Rdnr. 116.

<sup>55</sup> Pare opportuno precisare che nella nuova versione si compie riferimento alla natura e allo scopo del negozio “行为的性质和目的”, tuttavia per ciò di cui si discute ciò non sembra recare delle grosse implicazioni.

## 2.2. Il contratto nel nuovo Codice civile della Repubblica Popolare Cinese

Il libro sui contratti, come si accennava, riprende in linea di massima la *Legge* del 1999 da cui sono stati rimossi alcuni elementi, prevalentemente in relazione al fatto che non si tratta più di un'autonoma legge speciale, ma di un libro del *Codice*, e ne sono stati aggiunti altri, sia, come si accennava, per riuscire a risolvere problemi sistematici legati alla vitalità dell'obbligazione che torna comunque a riemergere, sia per aggiungere nuove norme su tipologie di contratto che si stanno stabilizzando o per migliorare il coordinamento con tipi di contratto che precedentemente erano regolati in altre leggi.

Il libro attualmente consta di 526 articoli (artt. 463-988), divisi tra 29 capitoli ed è ripresa la struttura della *Legge sui contratti* del 1999 basata sulla distinzione tra una prima parte recante le norme sul contratto in generale (tra cui sono qui nel *Codice* inserite quelle sull'obbligazione in generale) ed una sui contratti tipici, a cui poi, come si accennava è aggiunta una terza parte sui "quasi contratti".

Per quanto riguarda i punti di maggior rilievo per il discorso che si sta svolgendo nel presente lavoro non sembra vi siano stati dei mutamenti radicali: è stato rimosso il richiamo a diversi principi che regolano la materia che erano posti al capitolo I della *Legge* del 1999, poiché, come visto, questi sono già contemplati nella parte generale e quindi si tratterebbe di una mera ripetizione, così come non vengono ripetute le norme che regolano aspetti ora trattati nella nuova disciplina sul negozio giuridico come predisposta sempre nella parte generale, sia per quanto riguarda alcune tipologie di vizi<sup>56</sup>, che per quanto riguarda, come segnalato, l'interpretazione del contratto a seguito dello spostamento di quelli che sono i contenuti dell'articolo in materia della *Legge sui contratti* (art. 125) sul piano del negozio giuridico nel comma 1 dell'art. 142 della parte generale che disciplina l'interpretazione dei negozi giuridici bilaterali ed a cui, infatti, l'art. 466, comma 1, rimanda<sup>57</sup>, andando, tra l'altro, a mettere ancor meglio in risalto una eccessiva promiscuità tra le due figure legata, appunto, ad un'accentuazione dell'elemento volontaristico.

Per quanto riguarda le norme sull'obbligazione in generale, l'art. 468 prescrive che nei rapporti di crediti e debiti di fonte non contrattuale, in

---

<sup>56</sup> Per quanto riguarda gli interventi in materia di patologie del negozio giuridico nella parte generale si veda quanto in S. PORCELLI, *La nuova "Parte Generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese"*, cit., pp. 693 ss.

<sup>57</sup> All'art. 466, comma 2 sono mantenute previsioni espresse per regolare l'interpretazione in contratti redatti in più lingue che sono ancora nella sostanza simili a quelle che erano dettate all'art. 125 della *Legge sui contratti* in proposito salvo differenze quali l'aggiunta della menzione espressa del principio di buona fede: 合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的, 对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的, 应当根据合同的性质、目的以及诚信原则等予以解释。

assenza di altre previsioni specifiche e tenendo conto della natura del rapporto si applicano le previsioni generali dettate appunto nel libro di cui si discute<sup>58</sup> e che sono inserite in larga parte nel capitolo IV, sull'adempimento del contratto, agli artt. 514 ss. che riguardano, ad esempio, le obbligazioni pecuniarie, le obbligazioni alternative e le obbligazioni parziarie e solidali. Per quanto riguarda i tipi di contratto che erano assenti nella *Legge* del 1999, sono, ad esempio, aggiunti il contratto di garanzia regolato nel nuovo capitolo XIII del libro, riprendendo, nella sostanza, sebbene aggiornando e modificando su taluni punti le norme che al riguardo erano dettate nella *Legge sulle garanzie* del 1995<sup>59</sup>; il contratto di società di persone regolato al capitolo XXVII del libro, il quale contiene delle disposizioni che si riallacciano ad alcune disposizioni in materia dettate nella *Legge sui principi generali* del 1986<sup>60</sup>; il contratto di *factoring*<sup>61</sup> e quello per i servizi di gestione dei condomini<sup>62</sup>. Come più volte sottolineato, in questo libro sono state inserite anche le norme sui quasi contratti e, dalla seconda stesura del progetto si è quantomeno deciso di dedicargli una "parte" apposita posta alla fine del libro piuttosto che non inserirle tra fine della parte generale sul contratto e l'inizio, con la compravendita, della parte sui contratti tipici come nella stesura precedente. Come "quasi contratti" sono regolati la *gestione di affari altrui* e l'arricchimento ingiustificato<sup>63</sup>.

Con riferimento ad altri aspetti a cui si è prestata attenzione con riguardo alla disciplina dettata nella *Legge* del 1999, pare che non siano, ancora, previste variazioni di rilievo rispetto a quanto già osservato, poiché le norme che hanno attratto maggior attenzione nelle riflessioni svolte nelle pagine precedenti sono state riconfermate senza sostanziali mutamenti, a partire dalla definizione, dettata all'art. 464, del contratto (*hetong*) quale accordo (*xieyi*) volto a costituire, modificare, estinguere rapporti di diritto civile tra soggetti di diritto civile<sup>64</sup>. Ovviamente si riscontrano delle modifiche derivanti dal suo inserimento all'interno di un *Codice*, come ad esempio il venir meno del riferimento all'eguaglianza tra

---

<sup>58</sup> Art. 468: 非因合同产生的债权债务关系, 适用有关该债权债务关系的法律规定; 没有规定的, 适用本编通则的有关规定, 但是根据其性质不能适用的除外。

<sup>59</sup> Artt. 681 ss.

<sup>60</sup> Artt. 967 ss. Si veda anche C. WANG, *Guanyu "Zhonghua Renmin Gongheguo Minfadia (cao'an)" de shuoming*, cit., § 4.3.2.

<sup>61</sup> Artt. 761 ss.

<sup>62</sup> Artt. 937 ss.

<sup>63</sup> Rispettivamente art. 979 ss. e 985 ss.

<sup>64</sup> Art. 464: 合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。[comma 2] 婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议, 适用有关该身份关系的法律规定; 没有规定的, 可以根据其性质参照适用本编规定。

i soggetti poiché questo si trova già negli artt. 2 e 4 della parte generale del *Codice* stesso ed il riferimento alle diverse tipologie di soggetti poiché sono appunto regolate nelle norme al riguardo contenute nella parte generale del *Codice* che ha ripreso, nella sostanza, come detto, quanto nella *Parte generale* del 2017. Viene meno il richiamo espresso ai rapporti di diritti ed obblighi di natura civilistica (民事权利义务关系) che vengono ora semplicemente resi come “rapporti di diritto civile” (民事法律关系), tuttavia, al riguardo occorre tenere conto di quanto detto poco sopra con riferimento alle obbligazioni in generale.

Se sul piano della definizione, dunque, non si sta assistendo a dei grossi stravolgimenti, anche per quanto riguarda la gran parte delle altre norme della *Legge sui contratti* del 1999 (che tra l'altro si è visto spesso essere, nella sostanza, presenti già ad esempio nel *Progetto Qing* e, ancora nella sostanza, nel *BGB*)<sup>65</sup> da cui si era tratto lo spunto per le riflessioni poi svolte, può ritenersi che queste siano state sostanzialmente mantenute.

Ad esempio l'art. 124 sui contratti innominati è ora ripreso nell'art. 467<sup>66</sup>. Le norme di natura generale su adempimento e risoluzione, costruite dalla prospettiva della bilateralità delle obbligazioni e con attenzione posta anche all'esecuzione delle prestazioni, non sono state a loro volta soggette a mutamenti che possano incidere sulle opinioni precedentemente espresse<sup>67</sup> ed in materia di adempimento, vale la pena sottolineare, sono state poi ancora, ad esempio, aggiunte delle norme sulle sopravvenienze (che, in assenza di previsioni *ad hoc* dettate nella Legge del 1999 erano state regolate, come si è potuto vedere, dalla Corte suprema nella *II Interpretazione sulla Legge sui contratti* all'art. 26) dettate all'art. 533 ove

---

<sup>65</sup> Si veda *supra* cap. II.

<sup>66</sup> Art. 467, comma 1: 本法或者其他法律没有明文规定的合同, 适用本编通则的规定, 并可以参照适用本编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定。

<sup>67</sup> Si veda quanto *supra* in cap. III. Per quanto riguarda gli articoli del *Codice* rilevanti sul punto si vedano gli art. 525-528 e art. 563 che, come già segnalato, vanno a riprendere gli art. 66-69 e art. 94 della *Legge sui contratti*. Art. 525: 当事人互负债务, 没有先后履行顺序的, 应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求。一方在对方履行债务不符合约定时, 有权拒绝其相应的履行请求 Art. 526: 当事人互负债务, 有先后履行顺序, 应当先履行债务一方未履行的, 后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的, 后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。 Art. 527: 应当先履行债务的当事人, 有证据证明对方有下列情形之一的, 可以中止履行: (一)经营状况严重恶化; (二)转移财产、抽逃资金, 以逃避债务; (三)丧失商业信誉; (四)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。[comma 2] 当事人没有证据中止履行的, 应当承担违约责任。 Art. 528 当事人依据前条规定中止履行的, 应当及时通知对方。对方提供适当担保的, 应当恢复履行。中止履行后, 对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的, 视为以自己的行为表明不履行主要义务, 中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。 Art. 563: 有下列情形之一的, 当事人可以解除合同: (一)因不可抗力致使不能实现合同目的; (二)在履行期限届满之前, 当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务; (三)当事人一方迟延履行主要债务, 经催告后在合理期限内仍未履行; (四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的; (五)法律规定的其他情形。 [comma 2] 以持续履行的债务为内容的不定期合同, 当事人在合理期限之前通知对方后可以解除。

viene compiuto richiamo espresso all'equità, *gongping*<sup>68</sup>. L'art. 174 che estende la disciplina della compravendita agli altri 'contratti onerosi' facendone, così come si è visto anche dagli esempi delle fonti romane richiamati<sup>69</sup>, il paradigma, è ripreso all'art. 646<sup>70</sup>.

Non sembra si sia andati incontro a mutamenti sostanziali anche per quanto riguarda le norme già viste in materia di donazione ove gli artt. 191 (in materia di vizi del bene donato), 192 (in materia di cd. revoca per ingratitudine) e 195 (in materia di cd. revoca per stato di bisogno del donante) sono ripresi, rispettivamente, agli artt. 662, 663 e 666<sup>71</sup>; così come quanto negli artt. 186, 187, 188 (rilevanti con riferimento al tema della revocabilità della donazione sino al momento della sua esecuzione salvo nei casi in cui sia stata posta in essere per atto notarile ovvero si tratti di donazioni in occasione di eventi *lato sensu* 'catastrofici') è ripreso agli artt. 658, 659, 660<sup>72</sup>.

Restano dunque le apparenti contraddizioni che si erano già rilevate con riguardo alla *Legge sui contratti* del 1999 tra norme sui contratti che possono ritenersi veramente generali con riguardo alla materia ed altre norme relative a dei tipi di negozi che sono definiti come 'contratti', ma

<sup>68</sup> Il testo, già richiamato (*supra* cap. III) dell'art. 26 della *II Interpretazione della Corte suprema sulla Legge sui contratti* prevede che: 合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化, 继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的, 当事人请求人民法院变更或者解除合同的, 人民法院应当根据公平原则, 并结合案件的实际确定是否变更或者解除。 Il testo dell'art. 533 del *Codice* che pare una 'messa a punto' di quello precedentemente richiamato prevede che: 合同成立后, 合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化, 继续履行合同对于当事人一方明显不公平的, 受不利影响的当事人可以与对方重新协商; 在合理期限内协商不成的, 当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。 [comma 2] 人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际, 根据公平原则变更或者解除合同。

<sup>69</sup> Si vedano i sopra richiamati D. 50,16,19 (*Ulpianus libro undecimo ad edictum*) e D. 2,14,7,1 (*Ulpianus libro quarto ad edictum*) ove la compravendita appare sempre non soltanto quale 'esempio', ma come primo tra i vari richiamati.

<sup>70</sup> Art. 646: 法律对其他有偿合同有规定的, 依照其规定; 没有规定的, 参照适用买卖合同的有关规定。

<sup>71</sup> Art. 662: 赠与的财产有瑕疵的, 赠与人不承担责任。附义务的赠与, 赠与的财产有瑕疵的, 赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。 [comma 2] 赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵, 造成受赠人损失的, 应当承担赔偿责任。 Art. 663: 受赠人有下列情形之一的, 赠与人可以撤销赠与: (一) 严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益; (二) 对赠与人有扶养义务而不履行; (三) 不履行赠与合同约定的义务。 [comma 2] 赠与人的撤销权, 自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。 Art. 666: 赠与人的经济状况显著恶化, 严重影响其生产经营或者家庭生活的, 可以不再履行赠与义务。

<sup>72</sup> Art. 658: 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。 [comma 2] 经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同, 不适用前款规定。 Art. 659: 赠与的财产依法需要办理登记或者其他手续的, 应当办理有关手续。 Art. 660: 经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同, 赠与人不交付赠与财产的, 受赠人可以请求交付。 [comma 2] 依照前款规定应当交付的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致使毁损、灭失的, 赠与人应当承担赔偿责任。 Restano poi, chiaramente, in vigore la *Legge sulle donazioni per causa di pubblico interesse* (中华人民共和国公益事业捐赠法) e la *Legge sulla beneficenza* (中华人民共和国慈善法).

che, mancando di quello che dall'analisi svolta partendo dalla fonti romane si è visto pare possa effettivamente considerarsi come il *proprium* dell'istituto, la reciprocità, seppur intesa in senso ampio, a dispetto, appunto, della denominazione che gli viene assegnata, della collocazione sistematica all'interno del *Codice* in materia di contratti e, ancora, a dispetto della definizione stessa di contratto che resta fortemente incentrata sull'accostamento del contratto all'accordo, recano delle caratteristiche diverse che si riflettono sul piano delle regole che vengono al riguardo dettate.

L'art. 467 del *Codice*, riprendendo il dettato dell'art. 124 della *Legge sui contratti* conferma come, nonostante un corposo ricorso alla tipicità, resti comunque un'insopprimibile necessità di aprire la categoria del contratto all'atipicità e più avanti nel testo normativo è possibile trovare delle disposizioni che offrono importanti indizi circa quella che pare possa ritenersi come la 'categoria di contratti' che è realmente aperta all'atipicità: quelli che dopo lo spostamento dell'asse dogmatico sul versante del volontarismo e la possibilità dunque di inquadrare come 'contratti' anche degli atti strutturalmente unilaterali, oggettivamente unilaterali, con la conseguente necessità di individuare una categoria dogmatica di 'contratti gratuiti', sono definiti come 'contratti onerosi', *youchang hetong* (有偿合同). Questi pare rappresentino, appunto, l'unica 'categoria di contratti' realmente aperta all'atipicità. Nel testo normativo non sembra si trovino, infatti, simili disposizioni di 'apertura all'atipicità' con riferimento ai 'contratti gratuiti', l'art. 646 del *Codice*, che riprende l'art. 174 della *Legge sui contratti*, e che conferma tra l'altro, come già osservato, un dato che già poteva intravedersi dalle fonti romane richiamate, ossia che il 'paradigma' del contratto sia la compravendita<sup>73</sup>, prevede che ove un 'contratto oneroso' non disponga di norme specificamente per esso dettate, si debbano prendere in considerazione le norme sulla compravendita.

La reale differenza strutturale che si riallaccia alla "forza delle cose" che arriva a guidare la mano del legislatore sorretta, comunque, in fondo, dal supremo criterio dell'*aequum*, e che mostra come, sebbene l'accordo possa senz'altro considerarsi come elemento importante del contratto, non sia in grado di rappresentare il *proprium* dello stesso, viene dunque confermata da quelle che sono le norme che dettate nel nuovo libro sui contratti, come ancora, ad esempio, quelle da cui può notarsi come lo stesso sia costruito sull'interdipendenza delle prestazioni (artt. 525-528 e art. 563 del *Codice* che, come segnalato, riprendono gli artt. 66-69 e art. 94 della *Legge sui contratti*) mentre, sebbene al contratto siano ricondotti, facendo leva sull'*auxilium legis*, degli atti oggettivamente unilaterali, dalla

---

<sup>73</sup> Si vedano, ancora, ad esempio i richiamati D. 50,16,19 (*Ulpianus* libro undecimo ad edictum) e D. 2,14,7,1 (*Ulpianus* libro quarto ad edictum) ove la compravendita appare come primo 'esempio' tra i vari richiamati.

struttura unilaterale, come la donazione, le regole per questi ultimi dettate al riguardo sono, con riferimento ad aspetti di rilievo, molto diverse. Basti pensare ancora, ad esempio, alla richiamata mantenuta possibilità di revoca arbitraria attribuita al donante, salvo nei casi (sempre previsti facendo leva sull'*auxilium legis*) di donazioni in eventi, in senso lato, 'cataclismatici', ovvero 'rafforzate' da particolari requisiti di forma quale può essere considerato l'intervento del notaio (artt. 658-660 del *Codice* che riprendono gli artt. 186-188 della *Legge sui contratti* del 1999) ovvero, ancora, alla revoca per ingratitudine o di quella per lo stato di bisogno del donante (rispettivamente art 663 e art. 666 del *Codice* che riprendono l'artt. 192 e l'art. 195 della *Legge sui contratti*). Quello che poi forse rappresenta l'esempio più limpido al riguardo, è comunque offerto dall'art. 662 che riprende l'art. 191 della *Legge sui contratti*, ove, nello spazio di un singolo articolo, viene in mostra quanto sia cruciale il rilievo della sussistenza o meno di obbligazioni reciproche rispetto alla disciplina a cui i negozi vengono poi assoggettati: le norme dettate con riferimento al contratto tipico di donazione non prevedono, in linea generale, la responsabilità del donante per i vizi del bene donato; nel momento in cui, tuttavia, una donazione viene a caratterizzarsi per elementi che inseriscono nella fattispecie aspetti di reciprocità (un *modus*), nei limiti del valore di questi si compie riferimento alla disciplina dei vizi del bene venduto e dunque alla disciplina di quello che, vale la pena ribadire, si è potuto vedere essere stato, sin dalle fonti romane richiamate (e con conferma che giunge ancora dall'art. 646 del *Codice* che riprende l'art. 174 della *Legge sui contratti*), il 'paradigma' del contratto, la compravendita.

### 3. Considerazioni di sintesi

La decisione di elaborare un codice civile rafforza ulteriormente il legame tra il diritto cinese e la tradizione romanistica, che comunque si è visto essere già presente, seppur con riferimento a modelli diversi all'interno della stessa, a partire, in sostanza, dalla prima metà del XX secolo.

La Cina si pone in dialogo con la tradizione romanistica e dunque non è passiva nella recezione dei modelli, ma si adopera per adattarla alle proprie specificità derivanti da una cultura plurimillennaria e necessità contingenti da soddisfare.

Già con la nuova *Parte generale* del 2017, si è visto come l'obbligazione sia stata quasi 'scomposta' privilegiando uno schiacciamento verso il profilo della responsabilità per quanto riguarda l'area dell'illecito ed una simmetrica spinta verso l'avvicinamento sul lato del volontarismo per

quanto riguarda altri elementi, con il contratto che diventa dunque il polo attorno al quale nel nuovo *Codice civile della RPC* viene ad essere attratta la materia, delle norme sull'obbligazione in generale ed addirittura quella dei cd. quasi-contratti. In materia di obbligazione, si è vista altresì persistere un'idea di causa quale *rechtlichen Grund*. Sul fronte del negozio giuridico, poi, ci si è allontanati dal modello sovietico concentrato più sulla legittimità dello stesso andando a tracciare un regime più simile a quello tedesco e, dunque, fortemente incentrato sulla volontà che ha dato altresì adito, conseguentemente, allo spostamento delle norme originariamente dettate in materia di interpretazione del contratto, tra cui particolarmente significative sul punto quelle relative all'interpretazione in base allo scopo (*mudi, Zweck*), sul piano del negozio giuridico.

Per quanto riguarda il libro sul contratto, sempre facendo dogmaticamente leva sul *mudi*, sulla funzione oggettiva, sono, come visto, individuate una serie di tipi così come a volte viene prescritto l'impiego di talune 'forme', in ogni caso, nella sostanza, per il tema che maggiormente interessa, il quadro è rimasto invariato rispetto a quanto già visto in precedenza con riferimento a quello delineatosi con la *Legge sui contratti* del 1999.

La definizione di contratto mantiene la sineddoche che potrebbe far pensare che il *proprium* dello stesso risieda nell'accordo e, sebbene tramite l'appoggio sull'*auxilium legis* sono ancora detti contratti anche negozi (individuati sulla base della 'funzione oggettiva') con una struttura unilaterale dal punto di vista oggettivo, come ad esempio la donazione, la "forza delle cose", che si è potuto vedere al capitolo precedente sembrare esser stata, per certi versi, presa in considerazione anche nel diritto cinese dell'antichità, fa sì che, compatibilmente con i requisiti posti dal criterio supremo dell'*aequum* della definizione celsina, essendo gli atti unilaterali, appunto, strutturalmente diversi rispetto a quelli bilaterali, sia a questi riservata una disciplina sotto molti, importanti, profili diversa.

Nel prendere spunto da quanto emerso dall'analisi svolta nelle pagine precedenti a partire dalle fonti romane ed andando dunque non ad osservare meramente la normativa positiva che tende, come visto, ad esaltare l'elemento volontaristico, ponendo il resto dietro il suo 'velo', quanto piuttosto andando a svolgere delle analisi che tengono in considerazione gli aspetti relativi alla struttura, sono emerse tutte le apparenti contraddizioni che già emergevano nella *Legge sui contratti* e che sono, piuttosto, conseguenza proprio del forzato appiattimento del contratto sulla prospettiva volontaristica.

Già la costruzione delle norme generali relative all'adempimento ed alla risoluzione sull'interdipendenza delle prestazioni, l'apertura all'atipicità espressamente segnalata per quelli definiti come 'contratti onerosi' di cui la compravendita viene a rappresentare il paradigma, le norme, invece, sulla revoca arbitraria della donazione non 'puntellata' tramite l'*auxilium*

*legis* da una forma particolare o dall'essere svolta in occasione di eventi *lato sensu* catastrofici, le norme sulla cd. revoca per ingratitudine e su quella cd. per stato di bisogno del donante, così come sul regime riguardante i vizi del bene donato con il richiamo alla disciplina dei vizi della cosa venduta nei limiti del valore del *modus* nel caso in cui questo sia previsto, confermano un dato che si è visto sembra già esser stato preso in considerazione dalla scienza giuridica a Roma, dato tra l'altro sorretto da quella che pare essere, appunto la "forza delle cose", che spinge a tener conto della differenza strutturale tra negozi oggettivamente unilaterali e bilaterali (e che per non commettere un'*iniquitas* non può essere trascurata): il dato per cui pare che, nonostante nelle definizioni la *sineddoche* sia costruita con riferimento all'accordo, nonostante al contratto facendo leva sull'*auxilium legis* siano stati accostati anche alcuni tipi di negozi unilaterali e quant'altro, il *proprium* del contratto risieda nella reciprocità strutturale (intesa in senso 'ampio').

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Lo studio svolto dalla prospettiva del dialogo tra la tradizione romanistica e la Cina ha permesso di evidenziare una complessa interazione che non resta sul piano apparente delle omologie normative, quanto piuttosto si situa in uno strato più profondo delle culture giuridiche coinvolte, non legato al solo dato positivo che emerge dalle discipline dettate nei vari testi.

La chiave di lettura proposta dalla scienza giuridica romanistica, che esorta a non prestare attenzione soltanto a quanto emerge dal dato normativo (che a sua volta, sulla base di concezioni ideologicamente orientate, è stato spesso assunto negli ultimi secoli come qualcosa di ‘trascendente’), ma anche a quanto è imposto dalla “forza delle cose”, può offrire lo spunto per svelare, in tutta la sua importanza, il peso che rivestono gli aspetti concreti relativi alle differenze strutturali dei contratti al di là della loro attrazione in una nozione generale di contratto come accordo. Quelle che si è visto essere delle contraddizioni nel diritto cinese, traggono la loro origine proprio da questa dialettica tra quanto viene previsto “a parole” e quello che è, appunto, il dato della realtà negoziale, dimostrandosi contraddizioni di natura più apparente che reale. Un negozio recante una struttura per cui una parte soltanto si obbliga è ovviamente, nella realtà, diverso da uno in cui le parti si obbligano reciprocamente. Il diritto cinese anche con il nuovo *Codice*, quindi, da un lato accoglie la nozione generale di contratto come accordo, situandosi sulla scia dei modelli codificati della tradizione romanistica, valorizzando l’elemento volontaristico; dall’altro lato, però, offre, ad un livello più profondo di indagine, chiari segnali che permettono di notare la resistenza del peso della reciprocità nel contratto. L’elemento della reciprocità si è visto aver avuto un ruolo importante nella società cinese anche in età nelle quali il diritto non era stato scientificamente elaborato (si pensi ad esempio a quanto relativo al *li* nell’antichità). Sicuramente la tipizzazione delle forme è servita a ‘puntellare’ le modalità di ‘esteriorizzazione e stabilizzazione’ della volontà, come in Cina con gli antichi *qiyue* o a Roma con la *sponsio*. La tipicità dei contratti, costruita con riferimento alla funzione oggettiva del negozio, ha indubbiamente offerto una maggiore ‘elasticità’ nella gestione da parte del diritto della complessità e ricchezza della vita sociale ed economica, ma resta, comunque, limitata. In realtà (anche, seppur in misura minore o quanto-

meno non molto evidente, in contesti fortemente caratterizzati dalla tipicità, sia 'formale' che fondata sulla 'funzione oggettiva' del negozio), si è visto come siano stati tenuti in considerazione gli aspetti relativi alla lateralità strutturale dei negozi: sia in Cina nell'ambito del *li* con la prescrizione relativa al fatto che il *li* debba "andare e tornare" (*li shang wang lai*), lo *shu* confuciano o l'importanza del pervasivo *xin*, che a Roma facendo leva sui parametri di correttezza richiamati dalla *fides bona*, sulla struttura tendenzialmente egualitaria dell'*oportere* e su altri elementi la reciprocità veniva, ovvero poteva venire, comunque in rilievo. Il campo d'indagine privilegiato al riguardo resta, comunque, quello relativo all'atipicità.

La reciprocità, anche celata dietro il velo del volontarismo, viene in rilievo pure oggi, ed appunto, ripercorrendo, seppur rapidamente, i vari passaggi attraverso i quali uno strapotere di quest'ultimo è venuto a manifestarsi, non soltanto si riesce ad identificarlo per quello che è, ma se ne può cogliere anche meglio la portata effettiva. Se tenendo conto di una nozione ampia di lateralità, sebbene, con compressioni ed estensioni, secondo modalità diverse nei diversi luoghi e nelle diverse epoche, grazie in particolare a quanto si è potuto osservare dalle aree non raggiunte da una tipicità delle forme o costruita sulla funzione oggettiva, si è visto come la reciprocità che contraddistingue negozi dal punto di vista oggettivo, strutturale, viene comunque ad assumere un qualche rilievo, le basi per poter svolgere una lettura ed un conseguente inquadramento del fenomeno risiedono nell'intuizione di alcuni grandi giuristi romani con il loro metodo, scientifico, ma anche attento agli aspetti concreti. Proprio alcuni grandi giuristi romani infatti, sembra, non sono soltanto riusciti a cogliere e dare valenza scientifica al rilievo della differenza tra negozi a struttura unilaterale piuttosto che non bi-plurilaterale, quanto piuttosto a porla, pare consciamente, alla base di una differenziazione scientificamente fondata e di non poca rilevanza pure sul piano pratico (anche per quanto attinente al piano degli effetti giuridici) consegnandoci un'inestimabile eredità. Eredità che è stata, nei tempi più recenti, riscoperta con sempre maggior nitidezza e valorizzata (a prescindere dalle posizioni poi assunte dai vari Autori) nel dibattito scientifico da parte degli studiosi più attenti. Il quadro in materia è oltremodo ricco e complesso, con insidie che si nascondono dietro ogni passaggio, dietro ogni scelta relativa non soltanto all'interpretazione delle fonti, ma già alla stessa selezione dei materiali da analizzare. Il dialogo tra il diritto romano e la tradizione che ne è discesa con la (a sua volta ricca e complessa) realtà cinese offre, come si è cercato di evidenziare, degli importanti, ulteriori spunti di riflessione che favoriscono un approfondimento scientifico non meramente confinato al dato positivo, ed in quanto tale in grado di assumere un respiro più ampio, potenzialmente utile anche per misurarsi con le soluzioni che il diritto può

(in realtà, deve) offrire nella gestione dell'odierna società globale e nel cui contesto il tema del contratto, essenziale nei rapporti interpersonali, assume senz'altro una posizione centrale. Ci si auspica che la ricostruzione qui svolta, il tentativo di "pulizia concettuale" avanzato, il cui esito propende per una valorizzazione dell'attenzione agli aspetti strutturali dei negozi a cui poi ricollegare, in base alle differenze, la produzione di diversi effetti giuridici, possa offrire un qualche contributo quantomeno per ulteriori riflessioni sul tema.



## INDICE DEGLI AUTORI

(in grassetto la prima citazione)

### A

ACCARIAS C.: **105**<sup>8</sup>  
ADINOLFI R.: **16**<sup>2</sup>  
AJANI G.: **17**<sup>10</sup>; **19**<sup>19</sup>; 21<sup>26</sup>; 27<sup>55</sup>; 38<sup>3</sup>; 38<sup>5</sup>;  
38<sup>6</sup>; 38<sup>7</sup>; 39<sup>9</sup>; 39<sup>10</sup>; 40<sup>16</sup>; 42<sup>32</sup>; 43<sup>33</sup>; 53<sup>82</sup>;  
53<sup>83</sup>; 53<sup>85</sup>; 65<sup>159</sup>; 281<sup>16</sup>  
ALBANESE B.: **108**<sup>12</sup>; **125**<sup>40</sup>; 149<sup>16</sup>; 149<sup>20</sup>;  
150<sup>22</sup>; 151<sup>24</sup>; 151<sup>25</sup>; 151<sup>27</sup>; 151<sup>28</sup>; 167<sup>86</sup>;  
174<sup>121</sup>; 177<sup>133</sup>; 177<sup>135</sup>  
ALBERTARIO E.: **107**<sup>11</sup>  
DE ALBORNOZ B.: **104**<sup>6</sup>  
ALCIATUS A.: **103**<sup>6</sup>; 224<sup>11</sup>  
ALENI G.: **17**<sup>5</sup>  
ALPA G.: **245**<sup>144</sup>; 245<sup>145</sup>; 245<sup>153</sup>; 249<sup>161</sup>  
251<sup>168</sup>  
AMIRANTE L.: **106**<sup>10</sup>  
ANGELICI C.: **248**<sup>159</sup>  
ARANGIO-RUIZ V.: **106**<sup>9</sup>; **106**<sup>10</sup>  
ARCHI G.G.: **117**<sup>1</sup>  
ARNAUD A.-J.: **237**<sup>9</sup>  
ARNDTS VON ARNESBERG K.L.: **105**<sup>8</sup>  
ARROYO AMAYUELAS E.: **5**<sup>21</sup>  
ATIYAH P.S.: **241**<sup>117</sup>  
AZO: **103**<sup>6</sup>; 239<sup>104</sup>

### B

BALDUS C.: **5**<sup>21</sup>  
BALDUS DE UBALDIS: **103**<sup>6</sup>; **223**<sup>5</sup>; **229**<sup>34</sup>  
BARTOLUS A SAXOFERRATO: **103**<sup>6</sup>  
BARTON J.: **103**<sup>6</sup>  
VON BECHMANN A.R.: **105**<sup>9</sup>; 237<sup>90</sup>  
BELLOCCI N.: **102**<sup>3</sup>; 196<sup>10</sup>  
BENÖHR H.P.: **107**<sup>10</sup>  
BERTHELOT J.-F.: **104**<sup>8</sup>

BETTI E.: **106**<sup>9</sup>; **152**<sup>29</sup>; 152<sup>30</sup>; 152<sup>31</sup>; 153<sup>32</sup>;  
156<sup>46</sup>; 166<sup>85</sup>; 169<sup>102</sup>; 170<sup>105</sup>; 179<sup>149</sup>;  
194<sup>6</sup>; 248<sup>158</sup>  
BIANCA C.M.: **249**<sup>161</sup>  
BILLEQUIN A.A.: **18**<sup>14</sup>  
BIONDI B.: **106**<sup>9</sup>; 107<sup>11</sup>  
BIRKS P.: **XXI**<sup>1</sup>  
BIROCCHI I.: **103**<sup>5</sup>; 103<sup>6</sup>; 222<sup>2</sup>; 222<sup>4</sup>; 223<sup>8</sup>;  
224<sup>9</sup>; 224<sup>10</sup>; 225<sup>17</sup>; 225<sup>20</sup>; 225<sup>21</sup>; 226<sup>22</sup>;  
227<sup>28</sup>; 228<sup>32</sup>; 230<sup>40</sup>; 233<sup>61</sup>; 242<sup>128</sup>;  
BISCOTTI B.: **118**<sup>1</sup>  
BLACKSTONE W.: **240**<sup>112</sup>; 240<sup>113</sup>; 241<sup>115</sup>  
BONA F.: **150**<sup>21</sup>  
BONFANTE G.: **105**<sup>9</sup>  
BONFANTE P.: **105**<sup>9</sup>; 107<sup>11</sup>; **117**<sup>1</sup>  
BONIN P.: **133**<sup>75</sup>; 235<sup>76</sup>  
BORBA CASELLA P.: **16**<sup>1</sup>; 16<sup>4</sup>  
BORDA G.: **243**<sup>135</sup>  
BOTTÉRO F.: **3**<sup>10</sup>  
DE BRACON H.: **239**<sup>105</sup>  
BRASIELLO U.: **106**<sup>9</sup>; **137**<sup>93</sup>  
BRETONE M.: **111**<sup>32</sup>; 112<sup>35</sup>; 146<sup>1</sup>; 148<sup>13</sup>; 167<sup>88</sup>  
BRINZ A.: **105**<sup>8</sup>  
BROGGINI G.: **233**<sup>60</sup>  
BRUTTI M.: **111**<sup>27</sup>; 112<sup>33</sup>; **133**<sup>75</sup>; 134<sup>79</sup>;  
134<sup>80</sup>135<sup>81</sup>; 138<sup>97</sup>; 138<sup>100</sup>; 138<sup>101</sup>; 139<sup>102</sup>;  
148<sup>12</sup>; 148<sup>15</sup>; 149<sup>20</sup>; 151<sup>25</sup>; 155<sup>43</sup>; 164<sup>76</sup>;  
167<sup>91</sup>; 168<sup>97</sup>; 169<sup>98</sup>; 173<sup>119</sup>; 176<sup>129</sup>; 176<sup>133</sup>;  
176<sup>136</sup>; 178<sup>139</sup>; 181<sup>153</sup>; 186<sup>173</sup>; 186<sup>176</sup>;  
188<sup>181</sup>; 230<sup>43</sup>; 232<sup>56</sup>; 233<sup>63</sup>; 236<sup>81</sup>  
BUGNET M.: **232**<sup>54</sup>  
BURDESE A.: **108**<sup>16</sup>; 109<sup>20</sup>; 109<sup>21</sup>; 109<sup>22</sup>;  
111<sup>28</sup>; **117**<sup>1</sup>; **118**<sup>1</sup>; 139<sup>102</sup>; **149**<sup>17</sup>; 155<sup>43</sup>;  
156<sup>47</sup>; 157<sup>54</sup>; 160<sup>66</sup>; 163<sup>69</sup>; 166<sup>81</sup>;  
174<sup>121</sup>; 174<sup>123</sup>; 178<sup>142</sup>; 179<sup>143</sup>; 198<sup>21</sup>;  
198<sup>22</sup>; 201<sup>371</sup>; 202<sup>40</sup>; 203<sup>41</sup>; 205<sup>53</sup>; 209<sup>70</sup>;  
215<sup>98</sup>; 216<sup>100</sup>

## C

CAI S. (蔡枢衡): 4<sup>15</sup>  
 CALORE E.: 150<sup>22</sup>; 153<sup>34</sup>; 153<sup>35</sup>; 153<sup>36</sup>;  
 252<sup>172</sup>  
 CANNATA C.A.: 113<sup>39</sup>; 118<sup>1</sup>; 134<sup>77</sup>; 134<sup>80</sup>;  
 135<sup>81</sup>; 137<sup>93</sup>; 156<sup>48</sup>; 160<sup>66</sup>; 188<sup>181</sup>;  
 189<sup>184</sup>; 189<sup>187</sup>; 211<sup>76</sup>  
 CARDILLI R.: 9<sup>45</sup>; 15<sup>1</sup>; 16<sup>1</sup>; 16<sup>3</sup>; 22<sup>32</sup>; 40<sup>14</sup>;  
 44<sup>38</sup>; 44<sup>39</sup>; 73<sup>200</sup>; 73<sup>201</sup>; 73<sup>202</sup>; 74<sup>208</sup>;  
 91<sup>292</sup>; 103<sup>4</sup>; 103<sup>5</sup>; 111<sup>31</sup>; 118<sup>4</sup>; 119<sup>5</sup>;  
 119<sup>8</sup>; 120<sup>16</sup>; 120<sup>18</sup>; 123<sup>31</sup>; 124<sup>37</sup>; 125<sup>39</sup>;  
 127<sup>46</sup>; 127<sup>47</sup>; 128<sup>49</sup>; 128<sup>53</sup>; 129<sup>58</sup>;  
 129<sup>59</sup>; 129<sup>61</sup>; 131<sup>66</sup>; 131<sup>67</sup>; 132<sup>69</sup>; 132<sup>70</sup>;  
 132<sup>72</sup>; 133<sup>73</sup>; 135<sup>81</sup>; 135<sup>82</sup>; 136<sup>85</sup>; 136<sup>86</sup>;  
 137<sup>91</sup>; 137<sup>93</sup>; 138<sup>97</sup>; 138<sup>99</sup>; 139<sup>105</sup>;  
 140<sup>108</sup>; 140<sup>110</sup>; 142<sup>111</sup>; 147<sup>8</sup>; 163<sup>72</sup>;  
 163<sup>73</sup>; 195<sup>8</sup>; 204<sup>49</sup>; 208<sup>64</sup>; 216<sup>100</sup>;  
 226<sup>23</sup>; 236<sup>82</sup>; 236<sup>83</sup>; 247<sup>152</sup>; 264<sup>32</sup>;  
 271<sup>74</sup>; 284<sup>30</sup>; 287<sup>41</sup>  
 DE CARVALHO GOMES E.: 5<sup>21</sup>  
 CASCIONE C.: 118<sup>1</sup>; 134<sup>80</sup>; 137<sup>93</sup>; 138<sup>95</sup>  
 CASOLA M.: 195<sup>8</sup>  
 CASTRONOVO C.: 95<sup>309</sup>; 245<sup>143</sup>; 251<sup>170</sup>  
 CATALANO P.: XXI<sup>2</sup>; XXI<sup>3</sup>; 16<sup>3</sup>; 102<sup>1</sup>;  
 127<sup>43</sup>; 195<sup>8</sup>; 240<sup>112</sup>  
 CAVALIERI R.: 3<sup>7</sup>; 7<sup>31</sup>; 7<sup>32</sup>; 7<sup>33</sup>; 7<sup>34</sup>; 7<sup>35</sup>;  
 68<sup>175</sup>; 259<sup>1</sup>; 260<sup>10</sup>  
 CHEN B. (陈兵): 3<sup>9</sup>; 4<sup>16</sup>  
 CHEN L. (陈篆): 18<sup>14</sup>  
 CHEN S. (陈甦): 283<sup>22</sup>; 286<sup>39</sup>  
 CHEN X. (陈晓敏): 202<sup>40</sup>; 203<sup>42</sup>; 203<sup>45</sup>;  
 204<sup>47</sup>; 207<sup>63</sup>  
 CHEN Y. (陈颐): 41<sup>23</sup>; 41<sup>23</sup>  
 CHENG X. (程啸): 63<sup>150</sup>; 63<sup>151</sup>; 64<sup>152</sup>; 64<sup>153</sup>;  
 78<sup>223</sup>; 78<sup>225</sup>; 79<sup>236</sup>; 80<sup>239</sup>; 82<sup>249</sup>  
 CHEVREAU E.: 149<sup>19</sup>  
 CHUN Y. (春杨): 2<sup>4</sup>; 9<sup>49</sup>; 9<sup>50</sup>; 261<sup>11</sup>; 264<sup>33</sup>;  
 264<sup>34</sup>; 264<sup>35</sup>; 264<sup>36</sup>; 264<sup>37</sup>; 265<sup>38</sup>; 265<sup>39</sup>;  
 265<sup>40</sup>; 265<sup>42</sup>; 266<sup>43</sup>; 266<sup>44</sup>; 266<sup>46</sup>; 267<sup>48</sup>;  
 267<sup>48</sup>; 267<sup>49</sup>; 267<sup>50</sup>; 267<sup>51</sup>; 267<sup>52</sup>; 267<sup>53</sup>;  
 267<sup>54</sup>; 267<sup>56</sup>; 268<sup>58</sup>; 271<sup>79</sup>; 272<sup>81</sup>; 272<sup>82</sup>;  
 272<sup>85</sup>; 274<sup>93</sup>  
 VON COCCEI S.: 104<sup>7</sup>  
 COLERIDGE J.T.: 240<sup>112</sup>  
 COLIN P.: 105<sup>9</sup>  
 COLOMBET C.: 104<sup>7</sup>  
 CONNANNUS F.: 103<sup>6</sup>; 224<sup>15</sup>  
 CORBINO A.: 122<sup>30</sup>; 125<sup>40</sup>; 246<sup>148</sup>

DE COVARRUBIAS D.: 104<sup>6</sup>; 227<sup>28</sup>  
 CRESPI REGHIZZI G.: 49<sup>66</sup>; 68<sup>175</sup>  
 CRIFÒ G.: 105<sup>9</sup>  
 CUI J. (崔建远): 41<sup>24</sup>; 41<sup>26</sup>; 42<sup>31</sup>; 43<sup>34</sup>; 43<sup>35</sup>;  
 47<sup>49</sup>; 47<sup>53</sup>; 47<sup>55</sup>; 47<sup>56</sup>; 48<sup>57</sup>; 49<sup>64</sup>; 57<sup>104</sup>;  
 57<sup>105</sup>; 57<sup>108</sup>; 59<sup>122</sup>; 61<sup>140</sup>; 67<sup>171</sup>; 67<sup>173</sup>;  
 68<sup>174</sup>; 75<sup>210</sup>; 82<sup>247</sup>; 82<sup>248</sup>  
 CUIACIUS J.: 103<sup>6</sup>; 199<sup>26</sup>; 224<sup>16</sup>  
 CURSI M. F.: 103<sup>5</sup>; 119<sup>11</sup>; 179<sup>144</sup>; 179<sup>146</sup>;  
 179<sup>147</sup>; 179<sup>148</sup>; 180<sup>152</sup>; 182<sup>157</sup>; 182<sup>159</sup>;  
 183<sup>160</sup>; 183<sup>161</sup>; 184<sup>164</sup>; 185<sup>169</sup>  
 VON CZYHLARZ K.: 133<sup>74</sup>

## D

DALLA MASSARA T.: 118<sup>1</sup>; 149<sup>18</sup>; 149<sup>20</sup>;  
 166<sup>79</sup>; 167<sup>85</sup>; 169<sup>100</sup>; 175<sup>127</sup>; 177<sup>138</sup>;  
 184<sup>165</sup>; 195<sup>8</sup>; 196<sup>11</sup>; 196<sup>12</sup>; 199<sup>24</sup>; 199<sup>25</sup>;  
 199<sup>27</sup>; 199<sup>28</sup>; 199<sup>29</sup>; 200<sup>34</sup>; 200<sup>35</sup>; 201<sup>35</sup>;  
 201<sup>36</sup>; 204<sup>52</sup>; 207<sup>62</sup>; 210<sup>72</sup>; 210<sup>73</sup>; 231<sup>50</sup>;  
 249<sup>161</sup>;  
 DE MARTINO F.: 121<sup>19</sup>; 159<sup>63</sup>  
 DEMOLOMBE J.-C.-F.: 104<sup>7</sup>  
 DI MARIA S.: 103<sup>4</sup>  
 DIELS H.: 166<sup>85</sup>  
 DIETZ R.: 106<sup>10</sup>  
 DILIBERTO O.: 119<sup>11</sup>; 135<sup>76</sup>; 235<sup>77</sup>; 235<sup>78</sup>;  
 236<sup>79</sup>  
 DING M. (丁玫): 69<sup>181</sup>  
 DIOSDI G.: 117<sup>1</sup>  
 DOMAT J.: 104<sup>7</sup>; 231<sup>46</sup>; 231<sup>47</sup>; 231<sup>48</sup>; 231<sup>49</sup>  
 DONELLUS H.: 103<sup>6</sup>; 225<sup>17</sup>  
 DU W. (杜万华): 277<sup>1</sup>; 278<sup>4</sup>  
 DUFOUR A.: 118<sup>1</sup>  
 DURANTON A.: 104<sup>7</sup>

## E

ERNOU A.: 138<sup>5</sup>  
 ERXLEBEN A.: 105<sup>8</sup>  
 ESBORRAZ D.F.: 73<sup>204</sup>; 226<sup>23</sup>; 243<sup>136</sup>

## F

FALCHI G.L.: 194<sup>6</sup>  
 FALCONE G.: 131<sup>67</sup>; 132<sup>70</sup>; 172<sup>15</sup>

- FEI A. (费安玲): **2<sup>3</sup>**; 19<sup>16</sup>; 22<sup>35</sup>; **26<sup>49</sup>**; 26<sup>50</sup>;  
26<sup>52</sup>; 27<sup>56</sup>; 28<sup>64</sup>; 34<sup>95</sup>; **37<sup>1</sup>**; 50<sup>68</sup>; 50<sup>70</sup>;  
**53<sup>86</sup>**; 55<sup>90</sup>; 55<sup>91</sup>; 56<sup>99</sup>; **69<sup>181</sup>**; 286<sup>36</sup>
- FENET P.A.: **104<sup>7</sup>**; 233<sup>64</sup>; 234<sup>65</sup>; 234<sup>66</sup>
- FERRARY J.: **16<sup>2</sup>**
- FERRARY J.L.: **112<sup>35</sup>**; 133<sup>76</sup>; 134<sup>79</sup>;
- FERRETTI P.: **103<sup>4</sup>**
- FERRI G.B.: **245<sup>145</sup>**; **248<sup>159</sup>**
- DE FERRIERE C.-J.: **104<sup>7</sup>**
- FERRINI C.: **105<sup>9</sup>**; 117<sup>1</sup>
- FINAZZI G.: **125<sup>40</sup>**; **151<sup>25</sup>**; 153<sup>33</sup>; 153<sup>37</sup>;  
154<sup>40</sup>; 154<sup>41</sup>; 154<sup>42</sup>
- FIORI R.: **103<sup>5</sup>**; **118<sup>5</sup>**; **119<sup>9</sup>**; **119<sup>10</sup>**; 120<sup>12</sup>;  
120<sup>14</sup>; 120<sup>17</sup>; 120<sup>18</sup>; 123<sup>32</sup>; 123<sup>33</sup>; 123<sup>34</sup>;  
123<sup>35</sup>; 125<sup>38</sup>; 127<sup>44</sup>; **127<sup>48</sup>**; 129<sup>56</sup>; 129<sup>60</sup>;  
130<sup>65</sup>; 132<sup>71</sup>; **134<sup>78</sup>**; 134<sup>79</sup>; 134<sup>80</sup>; 135<sup>81</sup>;  
135<sup>84</sup>; 136<sup>86</sup>; 138<sup>95</sup>; 138<sup>96</sup>; 138<sup>97</sup>; 139<sup>104</sup>;  
**149<sup>19</sup>**; 149<sup>20</sup>; 151<sup>26</sup>; 152<sup>28</sup>; 156<sup>48</sup>; 157<sup>55</sup>;  
158<sup>59</sup>; 160<sup>66</sup>; 166<sup>82</sup>; 166<sup>84</sup>; 166<sup>85</sup>; 167<sup>88</sup>;  
168<sup>93</sup>; 169<sup>99</sup>; 169<sup>101</sup>; 170<sup>104</sup>; 173<sup>120</sup>;  
176<sup>131</sup>; 177<sup>134</sup>; 179<sup>144</sup>; 179<sup>146</sup>; 179<sup>147</sup>;  
179<sup>148</sup>; 180<sup>152</sup>; 182<sup>157</sup>; 182<sup>159</sup>; 183<sup>160</sup>;  
183<sup>161</sup>; 184<sup>164</sup>; 185<sup>169</sup>; 196<sup>14</sup>
- FLOERCKE I.E.: **104<sup>7</sup>**
- FORCELLINI A.: **109<sup>17</sup>**; 109<sup>19</sup>; 109<sup>20</sup>; 163<sup>71</sup>
- FORMICHELLA L.: **15<sup>1</sup>**; 16<sup>3</sup>
- DE FRANCISCI P.: **106<sup>9</sup>**; 107<sup>11</sup>; 204<sup>50</sup>;  
206<sup>58</sup>; 209<sup>67</sup>;
- FREZZA P.: **124<sup>37</sup>**
- FURTADO F.: **6<sup>24</sup>**
- G**
- GABRIELLI E.: **249<sup>161</sup>**
- GALLO F.: **79<sup>228</sup>**; **94<sup>304</sup>**; **104<sup>3</sup>**; 108<sup>12</sup>; 109<sup>21</sup>;  
109<sup>22</sup>; 110<sup>23</sup>; 110<sup>25</sup>; 111<sup>29</sup>; 115<sup>42</sup>; 118<sup>1</sup>;  
118<sup>2</sup>; 118<sup>3</sup>; **123<sup>33</sup>**; 124<sup>37</sup>; 127<sup>43</sup>; 127<sup>48</sup>;  
128<sup>50</sup>; 134<sup>79</sup>; 134<sup>80</sup>; 135<sup>81</sup>; 137<sup>93</sup>; 138<sup>97</sup>;  
139<sup>102</sup>; 139<sup>103</sup>; 140<sup>106</sup>; 140<sup>107</sup>; 146<sup>4</sup>;  
148<sup>13</sup>; 148<sup>14</sup>; 148<sup>15</sup>; 149<sup>18</sup>; 148<sup>20</sup>; **150<sup>21</sup>**;  
150<sup>22</sup>; 151<sup>24</sup>; 151<sup>25</sup>; 152<sup>27</sup>; 152<sup>28</sup>; 153<sup>36</sup>;  
153<sup>38</sup>; 154<sup>39</sup>; 154<sup>40</sup>; 155<sup>43</sup>; 156<sup>49</sup>; 157<sup>53</sup>;  
157<sup>56</sup>; 158<sup>60</sup>; 160<sup>66</sup>; 163<sup>71</sup>; 163<sup>73</sup>; 173<sup>119</sup>;  
174<sup>121</sup>; 174<sup>124</sup>; 175<sup>127</sup>; 176<sup>131</sup>; 176<sup>132</sup>;  
176<sup>133</sup>; 177<sup>136</sup>; 179<sup>144</sup>; 179<sup>145</sup>; 180<sup>150</sup>;  
180<sup>151</sup>; 180<sup>152</sup>; 182<sup>156</sup>; 182<sup>158</sup>; 184<sup>163</sup>;  
185<sup>167</sup>; 185<sup>168</sup>; 185<sup>170</sup>; 186<sup>171</sup>; 186<sup>172</sup>;  
189<sup>186</sup>; 190<sup>188</sup>; 190<sup>189</sup>; **193<sup>2</sup>**; 194<sup>3</sup>; 194<sup>4</sup>;  
194<sup>5</sup>; 197<sup>17</sup>; 197<sup>19</sup>; 198<sup>22</sup>; **201<sup>37</sup>**; 202<sup>38</sup>;  
202<sup>39</sup>; 203<sup>42</sup>; 203<sup>45</sup>; 204<sup>47</sup>; 204<sup>49</sup>; 205<sup>54</sup>;  
205<sup>55</sup>; 206<sup>57</sup>; 209<sup>66</sup>; 209<sup>69</sup>; 212<sup>77</sup>; 213<sup>84</sup>;  
213<sup>86</sup>; 214<sup>88</sup>; 214<sup>89</sup>; 215<sup>97</sup>; 216<sup>100</sup>; 216<sup>101</sup>;  
217<sup>104</sup>; 224<sup>16</sup>; 225<sup>18</sup>; 231<sup>45</sup>; 232<sup>52</sup>; 233<sup>59</sup>;  
234<sup>69</sup>; 237<sup>86</sup>; 238<sup>98</sup>; 239<sup>99</sup>; 242<sup>125</sup>; 245<sup>143</sup>;  
249<sup>162</sup>; 250<sup>164</sup>; 250<sup>166</sup>; 253<sup>175</sup>; 253<sup>176</sup>;  
254<sup>178</sup>; 257<sup>182</sup>; **271<sup>78</sup>**;
- GAMBARO A.: **249<sup>161</sup>**
- GANS E.: **105<sup>8</sup>**
- GAO F. (高富平): **84<sup>261</sup>**
- GAO M. (高明): **261<sup>13</sup>**
- GARCÍA F.: **104<sup>6</sup>**
- GARCIA GARRIDO M.J.: **221<sup>1</sup>**; 222<sup>4</sup>; 223<sup>5</sup>
- GAROFALO L.: **118<sup>1</sup>**; **122<sup>30</sup>**; **123<sup>33</sup>**; **124<sup>36</sup>**;  
**127<sup>43</sup>**; 152<sup>27</sup>; 156<sup>45</sup>; 157<sup>55</sup>; **159<sup>65</sup>**;  
160<sup>66</sup>; **166<sup>80</sup>**; **198<sup>22</sup>**; 250<sup>166</sup>; 157<sup>181</sup>
- GAWRYSIK-ZABŁOCKA A.: **45<sup>40</sup>**
- GAZZONI F.: **243<sup>134</sup>**
- GERNET J.: **1<sup>1</sup>**
- GHESTIN J.: **234<sup>71</sup>**
- GIACHI C.: **197<sup>20</sup>**
- VON GIERKE O.: **9<sup>44</sup>**
- GIORGIANNI M.: **237<sup>88</sup>**; 238<sup>95</sup>
- VON GLÜCK C.F.: **104<sup>8</sup>**
- GOODSPEED E.J.: **170<sup>106</sup>**
- GÓMEZ A.: **104<sup>6</sup>**; **225<sup>20</sup>**
- GORDLEY J.: **228<sup>32</sup>**; 228<sup>33</sup>; 229<sup>34</sup>; 229<sup>35</sup>;  
230<sup>40</sup>;
- GORIA F.: **150<sup>21</sup>**
- GORLA G.: **249<sup>160</sup>**
- GRADENWITZ O.: **201<sup>35</sup>**
- GRENFELL B.P.: **128<sup>52</sup>**; 170<sup>106</sup>; **170<sup>107</sup>**
- GROSSI P.: **103<sup>5</sup>**
- GROSSO G.: **85<sup>269</sup>**; **106<sup>10</sup>**; **108<sup>13</sup>**; 108<sup>14</sup>;  
108<sup>15</sup>; 109<sup>18</sup>; 109<sup>19</sup>; 109<sup>20</sup>; 109<sup>21</sup>; 109<sup>22</sup>;  
110<sup>24</sup>; 111<sup>30</sup>; 112<sup>38</sup>; **117<sup>1</sup>**; 120<sup>18</sup>; 122<sup>29</sup>;  
**129<sup>60</sup>**; 134<sup>80</sup>; 135<sup>81</sup>; 152<sup>27</sup>; 155<sup>43</sup>; 157<sup>56</sup>;  
161<sup>66</sup>; 192<sup>192</sup>; 200<sup>32</sup>; 200<sup>33</sup>; 213<sup>84</sup>;  
214<sup>87</sup>; 230<sup>40</sup>
- GROTIUS H.: **104<sup>6</sup>**; 226<sup>23</sup>; **226<sup>25</sup>**; **227<sup>26</sup>**;  
227<sup>29</sup>; 227<sup>30</sup>; 227<sup>31</sup>
- GU A. (顾昂然): **38<sup>4</sup>**
- GUARINO A.: **135<sup>82</sup>**; **193<sup>1</sup>**; **193<sup>2</sup>**; 212<sup>78</sup>
- H**
- HAFERKAMP H.P.: **236<sup>82</sup>**
- HAKIM N.: **133<sup>75</sup>**; 235<sup>76</sup>

- HAN S. (韩世远): 9<sup>44</sup>; 9<sup>46</sup>; 9<sup>47</sup>; 11<sup>69</sup>; 41<sup>25</sup>;  
42<sup>30</sup>; 43<sup>34</sup>; 47<sup>50</sup>; 47<sup>51</sup>; 49<sup>65</sup>; 57<sup>102</sup>; 57<sup>103</sup>;  
57<sup>107</sup>; 57<sup>109</sup>; 59<sup>125</sup>; 64<sup>155</sup>; 64<sup>156</sup>; 79<sup>231</sup>;  
82<sup>247</sup>; 82<sup>248</sup>; 82<sup>250</sup>; 83<sup>251</sup>; 84<sup>258</sup>; 84<sup>259</sup>;  
84<sup>262</sup>; 85<sup>267</sup>; 290<sup>54</sup>
- HE Q. (何勤华): 3<sup>9</sup>; 4<sup>16</sup>; 4<sup>18</sup>; 10<sup>61</sup>; 18<sup>12</sup>;  
21<sup>27</sup>; 21<sup>28</sup>; 22<sup>29</sup>; 41<sup>23</sup>
- HE. R. (贺日开): 84<sup>262</sup>
- HEINECKE J.G.: 104<sup>7</sup>
- HEUMANN H.: 109<sup>17</sup>; 109<sup>19</sup>
- HOLMES O.W. JR.: 239<sup>100</sup>; 239<sup>106</sup>
- HONORÉ T.: 147<sup>8</sup>
- HÜBNER H.: 106<sup>10</sup>
- HU C. (胡长清): 25<sup>48</sup>
- HU H. (胡红英): 21<sup>27</sup>
- HU J. (胡佳佳): 3<sup>10</sup>
- HU K. (胡康生): 77<sup>216</sup>; 77<sup>217</sup>; 77<sup>218</sup>; 78<sup>219</sup>;  
78<sup>220</sup>; 83<sup>256</sup>
- HU L. (胡留元): 272<sup>85</sup>
- HU P. (胡平生): 268<sup>61</sup>; 269<sup>62</sup>
- HUC T.: 234<sup>70</sup>
- HUGO G.: 105<sup>8</sup>
- HUNT A.S.: 128<sup>52</sup>; 170<sup>106</sup>; 170<sup>107</sup>
- HUMBERT M.: 125<sup>40</sup>; 149<sup>19</sup>
- HUME D.: 104<sup>7</sup>
- I
- IASONIS MAYNI: 103<sup>6</sup>
- IBBETSON D.J.: XXI<sup>1</sup>; 240<sup>111</sup>
- IUDICA G.: 249<sup>161</sup>
- J
- VON JHERING R.: 105<sup>8</sup>
- JIANG P. (江平): 39<sup>11</sup>; 40<sup>14</sup>; 40<sup>15</sup>; 40<sup>17</sup>;  
40<sup>18</sup>; 40<sup>19</sup>; 40<sup>21</sup>; 40<sup>22</sup>; 52<sup>74</sup>; 52<sup>76</sup>; 52<sup>77</sup>;  
54<sup>89</sup>; 55<sup>94</sup>; 55<sup>95</sup>; 55<sup>96</sup>; 84<sup>261</sup>
- JIN Z.: 84<sup>262</sup>
- K
- KASER M.: 106<sup>10</sup>; 124<sup>37</sup>; 127<sup>43</sup>
- KIM H.: 16<sup>3</sup>
- KNÜTEL R.: 198<sup>21</sup>; 204<sup>49</sup>; 212<sup>78</sup>; 215<sup>97</sup>
- KONG Q. (孔庆明): 272<sup>85</sup>
- KREMER D.: 149<sup>19</sup>
- L
- LAMBRECHT P.: 94<sup>4</sup>
- LANGSDORF J.G.: 104<sup>8</sup>
- LANTELLA L.: 99<sup>311</sup>; 110<sup>26</sup>; 132<sup>69</sup>; 150<sup>21</sup>;  
161<sup>66</sup>; 164<sup>74</sup>; 164<sup>75</sup>; 203<sup>46</sup>; 214<sup>90</sup>; 214<sup>91</sup>;  
214<sup>92</sup>; 214<sup>93</sup>; 215<sup>96</sup>; 253<sup>177</sup>
- LAQUERRIÈRE-LACROIX A.: 149<sup>19</sup>
- LARENZ K.: 79<sup>231</sup>; 290<sup>54</sup>
- LAROMBIÈRE L.: 104<sup>7</sup>
- LARIA M.: 106<sup>9</sup>; 107<sup>11</sup>
- LECALDANO P.: 11<sup>62</sup>
- LENEL O.: 134<sup>79</sup>; 136<sup>89</sup>; 148<sup>11</sup>; 150<sup>22</sup>;  
150<sup>23</sup>; 151<sup>24</sup>; 155<sup>43</sup>; 165<sup>78</sup>; 196<sup>10</sup>
- LEROYER A.M.: 5<sup>21</sup>
- LEVY E.: 106<sup>9</sup>; 134<sup>77</sup>; 178<sup>141</sup>
- LEWIS A.D.E.: XXI<sup>1</sup>
- LI G. (李贵连): 18<sup>14</sup>; 19<sup>18</sup>; 34<sup>90</sup>
- LI L. (李力): 261<sup>12</sup>; 261<sup>14</sup>; 261<sup>16</sup>; 262<sup>17</sup>;  
262<sup>18</sup>; 262<sup>19</sup>; 262<sup>20</sup>; 262<sup>22</sup>; 263<sup>23</sup>; 263<sup>24</sup>;  
263<sup>25</sup>; 263<sup>26</sup>
- LI X. (李秀清): 41<sup>23</sup>
- LI X. (李学勤): 261<sup>13</sup>
- LI Y. (李永军): 277<sup>2</sup>; 282<sup>18</sup>
- LI Z. (李正辉): 38<sup>8</sup>
- LI Z. (李之藻): 6<sup>24</sup>
- LI Z. (李祝环): 265<sup>42</sup>
- LIANG D. (梁大伟): 271<sup>77</sup>
- LIANG H. (梁慧星): 73<sup>198</sup>
- LIANG Z. (梁治平): 2<sup>4</sup>; 268<sup>58</sup>; 271<sup>79</sup>
- VON LIEBE F.: 105<sup>8</sup>
- LIN Y. (林英): 15<sup>1</sup>
- LIU J. (柳经纬): 278<sup>6</sup>
- LIU P. (刘湃): 15<sup>1</sup>
- LIU Q. (刘倩): 39<sup>8</sup>
- LIU Y. (刘云生): 25<sup>48</sup>; 266<sup>47</sup>; 267<sup>54</sup>; 268<sup>57</sup>;  
267<sup>59</sup>; 270<sup>71</sup>; 270<sup>72</sup>; 270<sup>73</sup>; 274<sup>95</sup>; 274<sup>96</sup>;  
274<sup>97</sup>; 275<sup>98</sup>
- LOMBARDI G.: 127<sup>43</sup>
- LOMBARDI L.: 123<sup>33</sup>; 129<sup>60</sup>
- LOVATO A.: 123<sup>33</sup>; 127<sup>46</sup>; 128<sup>54</sup>; 128<sup>55</sup>; 129<sup>56</sup>;  
129<sup>57</sup>; 130<sup>64</sup>; 138<sup>98</sup>; 158<sup>61</sup>; 161<sup>66</sup>; 198<sup>22</sup>
- LÜ S. (吕叔湘): 3<sup>8</sup>; 3<sup>9</sup>; 6<sup>25</sup>; 6<sup>27</sup>; 6<sup>28</sup>; 6<sup>29</sup>;  
10<sup>51</sup>; 10<sup>53</sup>; 10<sup>55</sup>; 10<sup>56</sup>; 49<sup>62</sup>; 63<sup>146</sup>; 63<sup>147</sup>;  
63<sup>148</sup>; 69<sup>179</sup>; 69<sup>182</sup>; 76<sup>213</sup>; 76<sup>214</sup>; 78<sup>224</sup>;  
79<sup>233</sup>; 85<sup>271</sup>; 243<sup>138</sup>; 244<sup>140</sup>; 244<sup>141</sup>; 260<sup>4</sup>;  
260<sup>5</sup>; 260<sup>7</sup>; 262<sup>21</sup>; 263<sup>28</sup>; 269<sup>62</sup>; 269<sup>63</sup>;  
269<sup>64</sup>; 271<sup>78</sup>; 289<sup>49</sup>
- LU Q. (陆青): 5<sup>21</sup>
- LUCHETTI G.: 151<sup>25</sup>

## M

- MA C. (马承源): **261**<sup>13</sup>; **261**<sup>15</sup>  
 MA X. (马小红): **6**<sup>30</sup>; **7**<sup>35</sup>  
 MAFFI A.: **167**<sup>85</sup>  
 MAGDELAIN A.: **106**<sup>10</sup>; **117**<sup>1</sup>  
 MAITLAND F.W.: **239**<sup>101</sup>; **239**<sup>102</sup>; **239**<sup>103</sup>  
 MANNINO V.: **91**<sup>291</sup>; **206**<sup>56</sup>; **208**<sup>65</sup>; **222**<sup>3</sup>;  
**223**<sup>5</sup>; **223**<sup>6</sup>; **223**<sup>7</sup>; **229**<sup>37</sup>; **229**<sup>38</sup>; **229**<sup>39</sup>;  
**231**<sup>45</sup>; **231**<sup>46</sup>; **232**<sup>52</sup>; **233**<sup>60</sup>; **233**<sup>62</sup>; **234**<sup>72</sup>;  
**237**<sup>87</sup>; **238**<sup>97</sup>; **239**<sup>99</sup>; **240**<sup>114</sup>; **242**<sup>127</sup>  
 MANTELLO A.: **213**<sup>83</sup>  
 MANTHE U.: **16**<sup>2</sup>  
 MANTOVANI D.: **131**<sup>68</sup>; **132**<sup>69</sup>  
 MARCADÉ V.N.: **104**<sup>7</sup>  
 MARIANI U.: **229**<sup>36</sup>  
 MARINI R.: **118**<sup>1</sup>; **133**<sup>74</sup>; **134**<sup>79</sup>; **134**<sup>80</sup>;  
**135**<sup>81</sup>; **135**<sup>82</sup>; **136**<sup>86</sup>; **136**<sup>87</sup>; **137**<sup>90</sup>; **137**<sup>93</sup>;  
**137**<sup>94</sup>; **138**<sup>97</sup>; **138**<sup>99</sup>; **138**<sup>100</sup>; **139**<sup>102</sup>;  
**139**<sup>103</sup>; **212**<sup>78</sup>; **212**<sup>79</sup>; **212**<sup>80</sup>; **212**<sup>81</sup>;  
**235**<sup>75</sup>; **237**<sup>85</sup>; **237**<sup>89</sup>; **238**<sup>94</sup>; **252**<sup>172</sup>  
 MAROTTA V.: **270**<sup>74</sup>  
 MARRONE M.: **150**<sup>21</sup>; **160**<sup>66</sup>  
 MARSHALL P.K.: **110**<sup>23</sup>  
 MARTIN W.A.P.: **18**<sup>13</sup>  
 MARTINI R.: **117**<sup>1</sup>; **165**<sup>78</sup>  
 MASINI F.: **6**<sup>24</sup>; **17**<sup>9</sup>; **19**<sup>17</sup>  
 MASSIRONI A.: **103**<sup>5</sup>  
 MAUSS M.: **270**<sup>74</sup>  
 MAYER-MALY T.: **106**<sup>10</sup>  
 MAZZACANE A.: **225**<sup>19</sup>  
 MCKENDRICK E.: **241**<sup>119</sup>  
 MELILLO G.: **108**<sup>12</sup>; **117**<sup>1</sup>; **148**<sup>14</sup>; **152**<sup>28</sup>;  
**155**<sup>43</sup>; **174**<sup>121</sup>; **179**<sup>142</sup>; **222**<sup>4</sup>; **230**<sup>40</sup>  
 MENG X. (孟祥沛): **21**<sup>25</sup>  
 MEYER-PRITZL R.: **118**<sup>1</sup>  
 MEYLAN P.: **106**<sup>9</sup>; **178**<sup>140</sup>  
 MIGLIETTA M.: **112**<sup>33</sup>; **193**<sup>2</sup>  
 MILAZZO F.: **108**<sup>12</sup>; **117**<sup>1</sup>; **128**<sup>52</sup>; **150**<sup>21</sup>;  
**151**<sup>25</sup>  
 DE MOLINA L.: **104**<sup>6</sup>  
 MONATERI P.G.: **74**<sup>206</sup>; **74**<sup>208</sup>; **234**<sup>70</sup>;  
**241**<sup>120</sup>; **242**<sup>121</sup>; **242**<sup>123</sup>; **247**<sup>151</sup>; **247**<sup>155</sup>;  
**252**<sup>173</sup>  
 MONTANARI F.: **170**<sup>104</sup>; **172**<sup>117</sup>  
 MORALES HERVIAS R.: **119**<sup>8</sup>  
 MOSCHETTI G.: **106**<sup>9</sup>

## N

- NASTI F.: **133**<sup>75</sup>; **235**<sup>76</sup>  
 NEGRI G.: **125**<sup>40</sup>  
 NOCERA G.: **106**<sup>9</sup>  
 NOODT G.: **104**<sup>7</sup>

## O

- OIKONOMIDÈS N.: **171**<sup>111</sup>  
 DE OÑATE P.: **104**<sup>6</sup>  
 ONIDA P.P.: **195**<sup>8</sup>  
 ORESTANO R.: **120**<sup>15</sup>; **273**<sup>90</sup>  
 D'ORS A.: **106**<sup>9</sup>; **106**<sup>10</sup>  
 ORTOLAN M.: **104**<sup>7</sup>

## P

- PACE G.: **103**<sup>6</sup>  
 PAPA M.: **9**<sup>45</sup>  
 PARTSCH J.: **106**<sup>9</sup>; **151**<sup>24</sup>; **151**<sup>27</sup>  
 PASA B.: **17**<sup>10</sup>  
 PAULUS CASTRENSIS: **103**<sup>6</sup>  
 PELLOSO C.: **170**<sup>103</sup>  
 PERNICE A.: **105**<sup>9</sup>; **107**<sup>11</sup>; **194**<sup>6</sup>  
 PEROZZI S.: **105**<sup>9</sup>; **107**<sup>11</sup>; **135**<sup>82</sup>  
 PETRONIO U.: **103**<sup>6</sup>; **224**<sup>11</sup>; **224**<sup>12</sup>; **224**<sup>13</sup>;  
**224**<sup>14</sup>; **226**<sup>23</sup>; **226**<sup>24</sup>; **227**<sup>27</sup>; **227**<sup>30</sup>; **227**<sup>31</sup>;  
 PETRUCCI A.: **222**<sup>3</sup>  
 PICCINELLI G.M.: **9**<sup>45</sup>  
 PLACENTINUS: **103**<sup>6</sup>  
 PLANIOL M.: **230**<sup>41</sup>; **230**<sup>42</sup>  
 PÖHLS M.: **105**<sup>8</sup>  
 POLLOCK F.: **239**<sup>101</sup>; **239**<sup>102</sup>; **239**<sup>103</sup>  
 PORCELLI S.: **4**<sup>17</sup>; **5**<sup>20</sup>; **5**<sup>21</sup>; **15**<sup>1</sup>; **16**<sup>1</sup>; **16**<sup>3</sup>;  
**18**<sup>11</sup>; **18**<sup>14</sup>; **19**<sup>18</sup>; **22**<sup>31</sup>; **22**<sup>32</sup>; **51**<sup>73</sup>; **52**<sup>75</sup>;  
**53**<sup>86</sup>; **54**<sup>87</sup>; **56**<sup>100</sup>; **62**<sup>142</sup>; **66**<sup>169</sup>; **69**<sup>182</sup>;  
**76**<sup>214</sup>; **80**<sup>237</sup>; **91**<sup>291</sup>; **94**<sup>306</sup>; **114**<sup>41</sup>; **172**<sup>112</sup>;  
**202**<sup>40</sup>; **203**<sup>42</sup>; **203**<sup>45</sup>; **204**<sup>47</sup>; **207**<sup>63</sup>;  
**250**<sup>166</sup>; **252**<sup>172</sup>; **279**<sup>8</sup>; **279**<sup>10</sup>; **280**<sup>13</sup>;  
**282**<sup>19</sup>; **284**<sup>26</sup>; **285**<sup>33</sup>; **286**<sup>36</sup>; **291**<sup>56</sup>  
 POTHIER R. J.: **104**<sup>7</sup>; **232**<sup>54</sup>; **232**<sup>57</sup>; **233**<sup>58</sup>  
 POUND R.: **34**<sup>89</sup>  
 PRIORI POSADA G.F.: **119**<sup>8</sup>  
 PROVERA G.: **160**<sup>66</sup>; **161**<sup>66</sup>  
 PU F. (浦法仁): **9**<sup>48</sup>  
 PUCHTA G.F.: **105**<sup>8</sup>; **237**<sup>89</sup>

- PUFENDORF S.: 104<sup>6</sup>  
 PUGLIESE G.: 127<sup>45</sup>  
 PULIATTI S.: 127<sup>46</sup>; 128<sup>54</sup>; 128<sup>55</sup>; 129<sup>56</sup>;  
 128<sup>57</sup>; 130<sup>64</sup>; 138<sup>98</sup>; 158<sup>61</sup>; 161<sup>66</sup>; 198<sup>22</sup>
- R
- RABEL E.: 134<sup>77</sup>; 178<sup>141</sup>  
 RAINER J.M.: 5<sup>21</sup>  
 RANDAZZO S.: 161<sup>66</sup>  
 RASCHKE M.G.: 16<sup>2</sup>  
 VON REGELSBERGER F.: 238<sup>94</sup>  
 REMY PH.: 235<sup>74</sup>  
 RENS I.: 118<sup>1</sup>  
 REPGEN T.: 9<sup>44</sup>; 236<sup>82</sup>  
 RICCOBONO S.: 105<sup>9</sup>; 107<sup>11</sup>; 117<sup>1</sup>  
 ROPPO V.: 250<sup>166</sup>  
 RUBENSOHN O.: 170<sup>106</sup>  
 DE RUGGIERO R.: 106<sup>9</sup>; 134<sup>80</sup>  
 RUSSO RUGGERI C.: 151<sup>25</sup>
- S
- SACCO R.: 74<sup>206</sup>; 234<sup>70</sup>; 241<sup>120</sup>; 242<sup>121</sup>;  
 242<sup>123</sup>; 245<sup>147</sup>; 246<sup>150</sup>; 246<sup>151</sup>; 247<sup>151</sup>;  
 247<sup>154</sup>; 247<sup>155</sup>; 251<sup>167</sup>; 252<sup>173</sup>; 256<sup>179</sup>  
 SACCOCCIO A.: 83<sup>252</sup>; 107<sup>11</sup>; 121<sup>20</sup>; 121<sup>21</sup>;  
 121<sup>22</sup>; 121<sup>23</sup>; 121<sup>24</sup>; 121<sup>25</sup>; 122<sup>26</sup>; 122<sup>27</sup>;  
 122<sup>28</sup>; 125<sup>40</sup>; 127<sup>42</sup>; 129<sup>62</sup>; 134<sup>77</sup>; 134<sup>79</sup>;  
 134<sup>80</sup>; 135<sup>81</sup>; 136<sup>88</sup>; 137<sup>92</sup>; 180<sup>152</sup>;  
 181<sup>154</sup>; 198<sup>22</sup>; 288<sup>47</sup>;  
 SAN MAURO C.: 240<sup>112</sup>  
 SANFILIPPO C.: 117<sup>1</sup>  
 SANTALUCIA B.: 136<sup>89</sup>  
 SANTORO R.: 108<sup>12</sup>; 117<sup>1</sup>; 135<sup>83</sup>; 137<sup>93</sup>;  
 150<sup>21</sup>; 151<sup>24</sup>; 151<sup>25</sup>; 154<sup>40</sup>; 155<sup>43</sup>; 155<sup>44</sup>;  
 157<sup>54</sup>; 162<sup>67</sup>; 166<sup>83</sup>; 166<sup>85</sup>; 174<sup>121</sup>;  
 176<sup>133</sup>; 177<sup>135</sup>; 177<sup>137</sup>; 179<sup>149</sup>; 189<sup>186</sup>;  
 195<sup>8</sup>; 198<sup>21</sup>; 200<sup>33</sup>; 202<sup>38</sup>; 202<sup>39</sup>; 202<sup>40</sup>;  
 203<sup>41</sup>; 204<sup>52</sup>; 206<sup>57</sup>; 208<sup>64</sup>; 209<sup>69</sup>; 210<sup>72</sup>  
 SANTUCCI G.: 103<sup>4</sup>  
 SARGENTI M.: 150<sup>21</sup>; 151<sup>25</sup>; 166<sup>81</sup>; 174<sup>121</sup>;  
 177<sup>133</sup>; 182<sup>155</sup>;  
 VON SAVIGNY F.C.: 105<sup>8</sup>; 236<sup>83</sup>; 236<sup>84</sup>;  
 237<sup>89</sup>  
 SCAPINI N.: 150<sup>21</sup>  
 SCEVOLA R.: 209<sup>70</sup>; 210<sup>71</sup>; 210<sup>74</sup>;
- SCHIAVONE A.: 108<sup>12</sup>; 112<sup>34</sup>; 112<sup>35</sup>; 112<sup>37</sup>;  
 113<sup>38</sup>; 113<sup>39</sup>; 133<sup>75</sup>; 133<sup>76</sup>; 134<sup>79</sup>;  
 135<sup>82</sup>; 133<sup>93</sup>; 138<sup>97</sup>; 147<sup>7</sup>; 147<sup>8</sup>; 151<sup>24</sup>;  
 151<sup>25</sup>; 151<sup>26</sup>; 158<sup>57</sup>; 159<sup>63</sup>; 159<sup>64</sup>; 162<sup>66</sup>;  
 163<sup>70</sup>; 165<sup>78</sup>; 166<sup>84</sup>; 166<sup>85</sup>; 167<sup>87</sup>; 167<sup>89</sup>;  
 168<sup>94</sup>; 168<sup>95</sup>; 168<sup>96</sup>; 170<sup>108</sup>; 172<sup>113</sup>;  
 172<sup>116</sup>; 175<sup>126</sup>; 179<sup>143</sup>; 196<sup>10</sup>; 199<sup>25</sup>;  
 204<sup>51</sup>; 207<sup>59</sup>; 212<sup>77</sup>; 235<sup>76</sup>; 235<sup>77</sup>  
 SCHIPANI S.: 15<sup>1</sup>; 17<sup>6</sup>; 20<sup>20</sup>; 20<sup>21</sup>; 20<sup>24</sup>;  
 23<sup>37</sup>; 26<sup>51</sup>; 27<sup>57</sup>; 38<sup>8</sup>; 39<sup>12</sup>; 39<sup>13</sup>; 51<sup>71</sup>;  
 56<sup>98</sup>; 56<sup>101</sup>; 80<sup>240</sup>; 91<sup>293</sup>; 91<sup>294</sup>; 92<sup>298</sup>;  
 99<sup>311</sup>; 102<sup>1</sup>; 102<sup>2</sup>; 111<sup>32</sup>; 112<sup>35</sup>; 132<sup>69</sup>;  
 147<sup>9</sup>; 171<sup>109</sup>; 171<sup>110</sup>; 171<sup>111</sup>; 171<sup>112</sup>;  
 175<sup>127</sup>; 176<sup>130</sup>; 197<sup>16</sup>; 197<sup>18</sup>; 197<sup>19</sup>;  
 208<sup>64</sup>; 235<sup>73</sup>; 279<sup>9</sup>  
 SCHLOSSMANN S.: 105<sup>9</sup>; 107<sup>11</sup>  
 SCHOUZL AB ABSCHERADEN C.R.B.: 105<sup>8</sup>  
 SCHULZ F.: 146<sup>4</sup>  
 SCHULZE E. T.: 201<sup>35</sup>  
 SCIALOJA V.: 105<sup>9</sup>; 242<sup>122</sup>  
 SCIANDRELLO E.: 166<sup>84</sup>; 180<sup>151</sup>; 194<sup>5</sup>;  
 203<sup>45</sup>; 208<sup>64</sup>; 215<sup>95</sup>; 216<sup>101</sup>  
 SCOGNAMIGLIO C.: 248<sup>157</sup>; 249<sup>161</sup>  
 SCOLA S.: 22<sup>32</sup>  
 SCOLART D.: 9<sup>45</sup>  
 SECKEL E.: 109<sup>17</sup>; 109<sup>19</sup>  
 SELB W.: 187<sup>172</sup>  
 SELDEN J.: 239<sup>106</sup>  
 SERAFINO A.: 19<sup>19</sup>; 21<sup>26</sup>; 27<sup>55</sup>; 38<sup>3</sup>; 38<sup>5</sup>;  
 38<sup>6</sup>; 38<sup>7</sup>; 39<sup>9</sup>; 39<sup>10</sup>; 40<sup>16</sup>; 53<sup>82</sup>; 53<sup>83</sup>; 53<sup>85</sup>;  
 65<sup>159</sup>; 281<sup>16</sup>  
 SERRAO F.: 120<sup>13</sup>; 121<sup>19</sup>; 127<sup>45</sup>  
 SHEN J. (沈建华): 262<sup>20</sup>  
 SHI H. (石宏): 285<sup>34</sup>; 285<sup>35</sup>; 290<sup>53</sup>  
 SHI S. (史尚宽): 11<sup>70</sup>; 46<sup>46</sup>; 79<sup>234</sup>; 79<sup>235</sup>;  
 80<sup>239</sup>  
 SMYLY J. G.: 128<sup>52</sup>; 170<sup>106</sup>  
 SOLIDORO L.: 127<sup>46</sup>; 128<sup>54</sup>; 128<sup>55</sup>; 129<sup>56</sup>;  
 128<sup>57</sup>; 130<sup>64</sup>; 138<sup>98</sup>; 158<sup>61</sup>; 161<sup>66</sup>; 198<sup>22</sup>  
 SOLMI A.: 11<sup>62</sup>  
 SONG J. (宋继华): 3<sup>10</sup>  
 DE SOTO D.: 104<sup>6</sup>  
 STOEVA Y.: 15<sup>1</sup>; 16<sup>3</sup>  
 STOLFI E.: 103<sup>5</sup>; 112<sup>35</sup>; 124<sup>36</sup>; 133<sup>76</sup>;  
 134<sup>79</sup>; 135<sup>81</sup>; 135<sup>82</sup>; 135<sup>83</sup>; 146<sup>6</sup>; 222<sup>2</sup>  
 STURM F.: 117<sup>1</sup>  
 SUN J. (孙季平): 272<sup>85</sup>  
 SUN X. (孙宪忠): 22<sup>33</sup>  
 SUN X. (孙笑侠): 8<sup>38</sup>; 8<sup>39</sup>; 8<sup>40</sup>; 8<sup>42</sup>

SWAIN W.: **232**<sup>55</sup>; 239<sup>107</sup>; 239<sup>108</sup>; 240<sup>109</sup>;  
240<sup>110</sup>; 241<sup>115</sup>; 241<sup>116</sup>

## T

TAFARO S.: **XXI**<sup>3</sup>

TALAMANCA M.: **91**<sup>291</sup>; **108**<sup>12</sup>; **117**<sup>1</sup>; **124**<sup>36</sup>;  
**127**<sup>43</sup>; **127**<sup>45</sup>; 128<sup>51</sup>; 128<sup>52</sup>; 129<sup>58</sup>;  
**136**<sup>89</sup>; 149<sup>16</sup>; 149<sup>20</sup>; 157<sup>56</sup>; 158<sup>58</sup>; 162<sup>68</sup>;  
173<sup>120</sup>; 174<sup>121</sup>; 174<sup>125</sup>; 175<sup>127</sup>; **176**<sup>130</sup>;  
176<sup>131</sup>; 177<sup>133</sup>; 177<sup>136</sup>; 179<sup>142</sup>; 180<sup>152</sup>;  
182<sup>158</sup>; 183<sup>161</sup>; 185<sup>169</sup>; 186<sup>174</sup>; 186<sup>176</sup>;  
188<sup>182</sup>; 189<sup>183</sup>; 189<sup>185</sup>; 190<sup>190</sup>; 195<sup>7</sup>;  
198<sup>21</sup>; 200<sup>31</sup>; 200<sup>33</sup>; 201<sup>35</sup>; 201<sup>37</sup>; 203<sup>43</sup>;  
203<sup>44</sup>; 207<sup>61</sup>; 212<sup>77</sup>; 212<sup>80</sup>; 216<sup>99</sup>;  
216<sup>100</sup>; 217<sup>103</sup>; 230<sup>40</sup>; 231<sup>51</sup>

TANG K. (汤可敬): **3**<sup>9</sup>; **3**<sup>10</sup>; 3<sup>11</sup>; 3<sup>12</sup>; 6<sup>25</sup>; 6<sup>26</sup>;  
6<sup>30</sup>; 10<sup>52</sup>; 10<sup>54</sup>; 10<sup>57</sup>; 10<sup>59</sup>; 259<sup>2</sup>; 260<sup>3</sup>;  
260<sup>6</sup>; 260<sup>7</sup>; 262<sup>22</sup>; 263<sup>27</sup>; 263<sup>29</sup>; 265<sup>41</sup>;  
271<sup>75</sup>

TERRACINA G.: **56**<sup>98</sup>

TESCARO M.: **22**<sup>32</sup>

THAPAR R.: **16**<sup>4</sup>

THIBAUT A.F.J.: **105**<sup>8</sup>

TIMOTEO M.: **2**<sup>5</sup>; 8<sup>41</sup>; **19**<sup>19</sup>; 21<sup>26</sup>; 27<sup>55</sup>; 28<sup>59</sup>;  
29<sup>65</sup>; 29<sup>66</sup>; 29<sup>68</sup>; 32<sup>84</sup>; 32<sup>85</sup>; 34<sup>91</sup>; 34<sup>92</sup>;  
34<sup>93</sup>; 34<sup>94</sup>; 34<sup>95</sup>; 38<sup>3</sup>; 38<sup>5</sup>; 38<sup>6</sup>; 38<sup>7</sup>; 39<sup>9</sup>;  
39<sup>10</sup>; 40<sup>16</sup>; 40<sup>20</sup>; 41<sup>27</sup>; 44<sup>37</sup>; 45<sup>43</sup>; 46<sup>45</sup>;  
46<sup>47</sup>; 49<sup>61</sup>; 49<sup>66</sup>; 53<sup>82</sup>; 53<sup>83</sup>; 53<sup>85</sup>; 57<sup>105</sup>;  
57<sup>110</sup>; 58<sup>113</sup>; 59<sup>123</sup>; 60<sup>130</sup>; 60<sup>131</sup>; **65**<sup>159</sup>;  
67<sup>172</sup>; 68<sup>174</sup>; 93<sup>300</sup>; 259<sup>1</sup>; 260<sup>9</sup>; 260<sup>10</sup>;  
264<sup>30</sup>; 264<sup>31</sup>; 264<sup>32</sup>; 265<sup>42</sup>; 266<sup>45</sup>; 267<sup>54</sup>;  
271<sup>75</sup>; 272<sup>80</sup>; 272<sup>83</sup>; 272<sup>84</sup>; 273<sup>86</sup>; 273<sup>88</sup>;  
274<sup>92</sup>; 274<sup>94</sup>; 281<sup>16</sup>

TOMMASO D'AQUINO: **223**<sup>5</sup>

TONDO S.: **118**<sup>1</sup>; 200<sup>30</sup>

TOULLIER C.-B.-M.: **104**<sup>7</sup>

## U

URICCHIO A.F.: **195**<sup>8</sup>

## V

VACCA L.: **113**<sup>39</sup>; 160<sup>66</sup>; 198<sup>21</sup>; 201<sup>37</sup>; 221<sup>1</sup>;  
233<sup>60</sup>; 249<sup>161</sup>

VARVARO M.: **122**<sup>28</sup>

VASSALLI F.: **74**<sup>206</sup>

VÉGH Z.: **118**<sup>1</sup>

VIARD P.-É.: **117**<sup>1</sup>

VIARO S.: **159**<sup>65</sup>; **161**<sup>66</sup>; 164<sup>75</sup>; 174<sup>122</sup>;  
174<sup>123</sup>; 175<sup>126</sup>

VINNEN A.: **104**<sup>6</sup>

VOCI P.: **106**<sup>9</sup>; 107<sup>11</sup>; 135<sup>81</sup>; 152<sup>27</sup>

VOET J.: **229**<sup>38</sup>; 229<sup>39</sup>

VOIGT M.: **105**<sup>9</sup>

VOLANTE R.: **103**<sup>5</sup>; 222<sup>2</sup>

## W

WANG C. (王晨): **275**<sup>99</sup>; 283<sup>23</sup>; 292<sup>60</sup>

WANG G. (王歌雅): **90**<sup>290</sup>

WANG J. (王健): **16**<sup>5</sup>; 17<sup>7</sup>; 17<sup>10</sup>; 18<sup>13</sup>; **18**<sup>14</sup>; 19<sup>15</sup>

WANG L. (王利明): **63**<sup>150</sup>; 63<sup>151</sup>; 64<sup>152</sup>;  
64<sup>153</sup>; **65**<sup>160</sup>; **73**<sup>198</sup>; 78<sup>223</sup>; 78<sup>225</sup>; 79<sup>226</sup>;  
80<sup>239</sup>; 82<sup>249</sup>; 88<sup>282</sup>; **278**<sup>5</sup>; 283<sup>22</sup>; **285**<sup>34</sup>;  
286<sup>38</sup>; 290<sup>53</sup>

WANG N. (王宁): **3**<sup>10</sup>

WANG S. (王素芬): **10**<sup>61</sup>; 11<sup>63</sup>; 11<sup>64</sup>; 11<sup>65</sup>;  
11<sup>67</sup>; 11<sup>68</sup>; 260<sup>8</sup>

WANG W. (王卫国): **48**<sup>58</sup>

WANG Y. (王轶): **63**<sup>150</sup>; 63<sup>151</sup>; 64<sup>152</sup>; 64<sup>153</sup>;  
78<sup>223</sup>; 78<sup>225</sup>; 79<sup>226</sup>; 80<sup>239</sup>; 82<sup>249</sup>; 88<sup>282</sup>

WANG Z. (王振民): **38**<sup>8</sup>

WANG Z. (王振先): **3**<sup>9</sup>; 4<sup>13</sup>

WARNKÖNIG L.A.: **105**<sup>8</sup>

WAUGH D. C.: **16**<sup>3</sup>

WHEATON H.: **18**<sup>13</sup>

WIEACKER F.: **106**<sup>9</sup>; 107<sup>11</sup>

WINDSCHEID B.: **105**<sup>8</sup>; **237**<sup>91</sup>; 237<sup>92</sup>; 237<sup>93</sup>

WINIGER B.: **118**<sup>1</sup>

WOLF M.: **79**<sup>231</sup>; 290<sup>54</sup>

WOLFF H.J.: **169**<sup>100</sup>

WOODBINE G.E.: **239**<sup>105</sup>

WUNNER S. E.: **106**<sup>10</sup>; 107<sup>11</sup>; 113<sup>39</sup>; 117<sup>1</sup>;  
152<sup>27</sup>

## X

XIA N. (夏鼐): **261**<sup>13</sup>

XIAO H. (肖洪泳): **260**<sup>8</sup>; 267<sup>53</sup>; 268<sup>60</sup>

XU G. (徐国栋): **283**<sup>25</sup>

XUE J. (薛军): **278**<sup>7</sup>; 282<sup>18</sup>

## Y

YANG L. (杨立新): **22<sup>29</sup>**; 22<sup>30</sup>; 22<sup>34</sup>; 26<sup>53</sup>;  
 29<sup>67</sup>; 63<sup>150</sup>; 63<sup>151</sup>; 64<sup>152</sup>; 64<sup>153</sup>; **73<sup>199</sup>**;  
**78<sup>223</sup>**; 78<sup>225</sup>; 79<sup>226</sup>; 80<sup>239</sup>; 82<sup>249</sup>; 88<sup>282</sup>  
 YANG X. (杨向奎): **269<sup>66</sup>**; 269<sup>68</sup>; 270<sup>70</sup>;  
 282<sup>21</sup>  
 YANG Z. (杨振山): **50<sup>67</sup>**; 52<sup>78</sup>; 52<sup>79</sup>; 52<sup>80</sup>  
 YE X. (叶孝信): **2<sup>6</sup>**; 7<sup>36</sup>  
 YI Q. (易清): **260<sup>8</sup>**; 267<sup>53</sup>; 268<sup>60</sup>  
 YIN Q. (殷秋实): **84<sup>260</sup>**; 85<sup>269</sup>  
 YIN T. (尹田): **54<sup>88</sup>**  
 YSSEL DE SCHEPPER G.A.: **104<sup>7</sup>**  
 YU J. (俞江): **11<sup>65</sup>**  
 YU Z. (余钊飞): **260<sup>8</sup>**; 267<sup>53</sup>; 268<sup>60</sup>  
 YÜ Y.: **16<sup>2</sup>**

## Z

ZABLOCKI J.: **45<sup>40</sup>**

ZACHARIADOU E.: **171<sup>111</sup>**  
 ZANNINI P. L.: **150<sup>21</sup>**  
 ZATTI P.: **249<sup>161</sup>**  
 ZHAI Y. (翟远见): **22<sup>32</sup>**; **279<sup>8</sup>**; 279<sup>10</sup>; 280<sup>13</sup>;  
 284<sup>26</sup>  
 ZHAN M. (占茂华): **1<sup>2</sup>**; 4<sup>14</sup>; 4<sup>17</sup>; 21<sup>27</sup>; 26<sup>50</sup>;  
 26<sup>52</sup>; 26<sup>54</sup>; 27<sup>55</sup>; 28<sup>60</sup>; 34<sup>95</sup>; 37<sup>2</sup>  
 ZHANG C. (张传玺): **262<sup>3</sup>**  
 ZHANG J. (张晋藩): **1<sup>2</sup>**; 2<sup>2</sup>; 2<sup>6</sup>; 4<sup>17</sup>; 4<sup>19</sup>; 5<sup>22</sup>;  
 5<sup>23</sup>; 7<sup>35</sup>; 20<sup>22</sup>; 20<sup>23</sup>  
 ZHANG M. (张萌): **268<sup>61</sup>**; 269<sup>62</sup>  
 ZHANG S. (张生): **28<sup>64</sup>**  
 ZHANG W. (张维为): **50<sup>69</sup>**; 57<sup>110</sup>  
 ZHANG Y. (张永和): **4<sup>13</sup>**; 4<sup>16</sup>  
 ZHANG Z. (张志铭): **84<sup>259</sup>**  
 ZHAO X. (赵晓耕): **2<sup>4</sup>**; **260<sup>8</sup>**; 261<sup>12</sup>; 267<sup>53</sup>;  
 268<sup>60</sup>  
 ZHAO X. (赵旭东): **21<sup>25</sup>**; 55<sup>93</sup>; 56<sup>97</sup>;  
 ZHU Q. (朱庆育): **286<sup>37</sup>**  
 ZIMMERMANN R.: **226<sup>25</sup>**; 239<sup>99</sup>; 245<sup>146</sup>

## INDICE DELLE FONTI

### I. TRADIZIONE MANOSCRITTA

#### 1. FONTI GIURIDICHE

##### A. FONTI PREGIUSTINIANEE

##### *Gai Institutiones* [FIRA. II<sup>2</sup>]

1,132: 119<sup>12</sup>

3,91: 288<sup>47</sup>

3,135: 138; 139<sup>104</sup>; 140; 140<sup>109</sup>

3,136: 139<sup>104</sup>; 140; 140<sup>109</sup>

3,139: 139<sup>104</sup>

3,141: 194<sup>5</sup>

4,17a: 123<sup>33</sup>

4,28: 120<sup>12</sup>

##### *Lex XII tabularum* [FIRA. I<sup>2</sup>]

3,5: 120<sup>12</sup>

4,2b: 119<sup>12</sup>

7,11: 119<sup>12</sup>

12,1: 120<sup>12</sup>

##### B. CORPUS IURIS CIVILIS

##### *Institutiones*

2,1,41: 119<sup>12</sup>

3,23,2: 180<sup>151</sup>

##### *Digesta*

Const. *Tanta*/Δέδωκεν 18: 150<sup>21</sup>

1,1,1pr. 250<sup>165</sup>

1,1,7,1: 85; 85<sup>269</sup>

1,2,2,41: 112<sup>35</sup>; 133<sup>76</sup>

1,2,2,42: 111<sup>33</sup>

1,2,2,43: 111<sup>33</sup>

1,2,2,44: 111<sup>33</sup>

1,2,2,47: 146<sup>2</sup>; 146<sup>6</sup>

1,5,2: XXI<sup>3</sup>

2,13,6,3: 163<sup>70</sup>

2,14,1: 196<sup>12</sup>; 196<sup>14</sup>; 196<sup>15</sup>; 199

2,14,1,3: 155<sup>43</sup>; 200<sup>33</sup>; 201<sup>35</sup>; 231

2,14,1,4: 200; 200<sup>33</sup>; 201<sup>35</sup>

2.14.2: 155<sup>43</sup>

2,14,2pr.: 155; 155<sup>44</sup>

2,14,3: 201<sup>35</sup>

2,14,4: 201<sup>35</sup>

2,14,5: 196<sup>14</sup>; 199

2,14,6: 199; 199<sup>29</sup>; 200<sup>30</sup>; 200<sup>33</sup>; 222;

222<sup>4</sup>; 230<sup>40</sup>

2,14,7: 195; 196<sup>14</sup>

2,14,7pr.: 201; 201<sup>35</sup>

2,14,7,1: 198<sup>23</sup>; 200; 201; 201<sup>35</sup>; 205;

207<sup>62</sup>; 213<sup>85</sup>; 215; 217<sup>103</sup>; 294<sup>69</sup>; 295<sup>73</sup>

2,14,7,2: 150<sup>21</sup>; 166<sup>84</sup>; 185<sup>166</sup>; 186; 190;

195<sup>2</sup>; 201; 202; 203; 204; 204<sup>47</sup>;

204<sup>48</sup>; 205; 212; 213; 215; 217

2,14,7,3: 80<sup>238</sup>; 201; 201<sup>37</sup>

2,14,7,4: 196<sup>13</sup>; 201; 204<sup>47</sup>; 205; 205<sup>55</sup>;

215; 222; 231

2,14,58: 211; 217

4,3,9,3: 181; 182<sup>158</sup>; 183<sup>160</sup>

4,3,9,4: 151<sup>24</sup>

10,3,23: 216; 216<sup>102</sup>

12,5,6: 122; 122<sup>26</sup>

13,6,3,5: 131<sup>66</sup>

15,1,36: 131<sup>66</sup>

17,1,8pr.: 160<sup>66</sup>; 173; 180<sup>151</sup>

18,1,1,1: 194<sup>5</sup>

18,1,50: 182<sup>158</sup>; 183; 183<sup>162</sup>; 186; 188

18,1,80,3: 176; 187<sup>177</sup>

19,1,50: 163<sup>73</sup>

19,4,2: 206<sup>57</sup>

19,5,1,1: 187<sup>178</sup>; 194<sup>5</sup>

19,5,1,2: 187<sup>178</sup>

19,5,4: 75; 150<sup>21</sup>; 185<sup>166</sup>; 195<sup>8</sup>; 217;

246<sup>149</sup>; 257<sup>183</sup>

19,5,5: 208<sup>64</sup>; 231  
 19,5,12: 194<sup>4</sup>  
 19,5,13pr.: 179<sup>142</sup>  
 19,5,16,1: 208; 210; 210<sup>75</sup>; 211<sup>76</sup>  
 19,5,17,1: 183; 183<sup>162</sup>; 188; 188<sup>181</sup>  
 19,5,19pr.: 176; 178; 180<sup>151</sup>; 185; 187<sup>178</sup>;  
 194<sup>5</sup>  
 19,5,20pr.: 183; 183<sup>162</sup>; 186<sup>173</sup>; 188;  
 188<sup>181</sup>  
 19,5,20,2: 183; 183<sup>162</sup>; 186<sup>173</sup>; 188; 188<sup>181</sup>  
 39,5,18: 209  
 39,5,18pr.: 210; 211<sup>76</sup>  
 39,5,18,1: 210; 211<sup>76</sup>  
 39,5,18,2: 210; 211<sup>76</sup>  
 39,5,18,3: 211<sup>76</sup>  
 39,5,19pr.: 211<sup>76</sup>  
 39,5,19,1: 211<sup>76</sup>  
 41,2,1pr.: 165<sup>78</sup>  
 43,17,3,7: 165<sup>78</sup>  
 46,3,80: 108; 111<sup>27</sup>; 112; 112<sup>36</sup>; 118;  
 118<sup>2</sup>; 133; 135<sup>81</sup>; 138; 139<sup>102</sup>; 140;  
 154; 159<sup>62</sup>; 160<sup>66</sup>; 198<sup>22</sup>  
 46,3,107: 135<sup>81</sup>  
 47,8,4,2: 165<sup>78</sup>  
 50,16,5,1: 165<sup>78</sup>  
 50,16,19: 113<sup>39</sup>; 141; 147<sup>11</sup>; 149; 149<sup>20</sup>;  
 150<sup>21</sup>; 153; 153<sup>39</sup>; 154; 155; 159;  
 160<sup>66</sup>; 162<sup>67</sup>; 165<sup>78</sup>; 166<sup>84</sup>; 168; 173;  
 173<sup>120</sup>; 175<sup>128</sup>; 176; 177; 177<sup>135</sup>; 187;  
 187<sup>177</sup>; 190; 198<sup>22</sup>; 200; 203; 207<sup>62</sup>;  
 218; 224; 231; 294<sup>69</sup>; 295<sup>73</sup>  
 50,16,20: 150<sup>21</sup>  
 50,17,73,4: 118<sup>2</sup>

*Codex Iustinianus*

3,36,15: 229<sup>34</sup>  
 8,53,1: 230<sup>40</sup>

## C. ALTRE FONTI GIURIDICHE

*Basilica* [Scheltema]

2,2,17 [BT.24,1]: 172<sup>114</sup>  
 11,1,7 [BT.626,1]: 172<sup>114</sup>  
 20,4,4 [BT.1008,12]: 195<sup>8</sup>

*Teophili Institutionum Graeca Paraphrasis* [Ferrini]

3,13,2: 172<sup>115</sup>

*Glossa ordinaria*

Gl. 'causa' a D. 2,14,7,2: 204<sup>48</sup>; 222<sup>3</sup>  
 Gl. 'causa' a D. 2,14,7,4: 222<sup>3</sup>  
 Gl. 'genus contractus' a D. 18,1,80,3:  
 177<sup>134</sup>  
 Gl. 'factam' a D. 50,16,19: 153<sup>35</sup>

## 2. FONTI LETTERARIE

## AENEAS TACTICUS

*Poliortetica*

5,1: 170<sup>106</sup>  
 5,2: 170<sup>106</sup>

## ATHENAEUS

*Deipnosophists*

5,21: 170<sup>107</sup>  
 12,65: 170<sup>107</sup>

## ARISTOTELES

*Ethica ad Eudemus*

1243a: 167<sup>92</sup>

*Ethica ad Nicomachum*

1130b: 167<sup>90</sup>; 167<sup>92</sup>; 228<sup>32</sup>  
 1131a: 167<sup>90</sup>; 167<sup>92</sup>; 228<sup>32</sup>  
 1131b: 169<sup>97</sup>  
 1132a: 169<sup>97</sup>  
 1133a: 167<sup>91</sup>; 169<sup>97</sup>; 173<sup>118</sup>  
 1135b: 167<sup>92</sup>  
 1178a: 167<sup>92</sup>

*Politica*

1300b: 167<sup>92</sup>  
 1317b: 167<sup>92</sup>  
 1322b: 167<sup>92</sup>

*Rethorica*

1354b: 167<sup>92</sup>  
 1376b: 167<sup>92</sup>

## BARNABAS

*Epistula*

3,3: 170<sup>107</sup>

## CATO

*Orationes* [Malcovati]

fr. 206: 123<sup>33</sup>

## CICERO

*Brutus*129: 123<sup>33</sup>*De officiis*

1,23: 124

3,16,65: 130<sup>63</sup>; 132<sup>67</sup>3,16,66: 130<sup>63</sup>; 132<sup>67</sup>3,16,67: 130<sup>63</sup>; 132<sup>67</sup>3,17,70: 130; 139; 139<sup>102</sup>; 139<sup>104</sup>3,19,77: 123<sup>33</sup>*Topica*1,1: 147<sup>7</sup>1,2: 147<sup>7</sup>29: 156; 156<sup>50</sup>; 157; 251<sup>169</sup>

## DEMOSTHENES

*Contro Apatourius*33,12: 170<sup>106</sup>*Contro Onetore*30,21: 170<sup>106</sup>*Contro Timocrate*24,213: 170<sup>106</sup>

## DIOGENES LAERTIUS

*Vitae et sententiae philosophorum*3,1,90: 170<sup>107</sup>3,1,91: 170<sup>107</sup>

## DIONYSIUS HALICARNASEUS

*Antiquitates Romanae*2,75,1: 170<sup>107</sup>2,75,2: 170<sup>107</sup>2,75,3: 170<sup>107</sup>2,75,4: 170<sup>107</sup>6,22: 170<sup>107</sup>6,24, 1: 170<sup>107</sup>

## FLAVIUS CLAUDIUS JULIANUS

*Epistula ad Themistium*262c: 170<sup>107</sup>

## FLAVIUS JOSEPHUS

*Antiquitates Judaicae*16,45: 170<sup>107</sup>

## GELLIUS

*Noctes Atticae*4,1,17: 111<sup>27</sup>

4,4,2: 109; 112, 165

13,10,1: 147<sup>10</sup>13,10,2: 147<sup>10</sup>13,10,3: 147<sup>10</sup>13,12,1: 146<sup>5</sup>13,12,2: 146<sup>5</sup>14,2,4: 123<sup>33</sup>14,2,6: 123<sup>33</sup>14,2,8: 123<sup>33</sup>14,2,25: 123<sup>33</sup>14,2,26: 123<sup>33</sup>20,1,41: 110<sup>25</sup>20,1,47: 120<sup>12</sup>

## POLYBIUS

*Historiae*6,17,7: 170<sup>106</sup>13,1: 170<sup>106</sup>22,4,10: 170<sup>106</sup>26,1: 170<sup>106</sup>

## PLUTARCHUS

*Brutus*12: 146<sup>1</sup>

## SENECA

*De beneficiis*7,9,5: 15<sup>1</sup>

## TACITUS

*Annales*2,33: 15<sup>1</sup>3,75: 146<sup>3</sup>

## VARRO

*De re rustica*1,68: 109<sup>20</sup>2,2,6: 141; 142<sup>111</sup>

## II. ISCRIZIONI E PAPIRI

## Papiro del Cairo

10262: 170<sup>106</sup>

## P. Eleph. [Rubenshon)

Gr. 1: 170<sup>106</sup>Gr. 2: 170<sup>106</sup>

P. Oxyrhynchus [Grenfell-Hunt]

34 verso: 170<sup>107</sup>

1626: 170<sup>107</sup>

P. Tebtunis

5: 170<sup>106</sup>

105: 128<sup>52</sup>

279: 170<sup>106</sup>

### III. CODICI CIVILI EUROPEI

*Code Napoléon* (1804)

[tra parentesi quadre gli articoli nella loro stesura vigente]:

[art. 893]: 247<sup>156</sup>

art. 894: 24; 234<sup>66</sup>

[art. 894]: 247<sup>156</sup>

art. 931: 234<sup>66</sup>

[art. 931]: 247<sup>156</sup>

[art. 953]: 248<sup>156</sup>

art. 1101: 246<sup>151</sup>

[art. 1101]: 104; 246<sup>151</sup>

art. 1108: 231<sup>44</sup>; 234; 234<sup>68</sup>; 248<sup>156</sup>

art. 1131: 234<sup>70</sup>

[art. 1169]: 248<sup>156</sup>

*Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]* (1900):

§ 90: 279<sup>11</sup>

§ 138: 32<sup>84</sup>

§ 311: 24; 24<sup>43</sup>

§ 516: 24<sup>44</sup>

§ 519: 24; 25<sup>45</sup>

§ 526: 24

§ 527: 24

§ 812: 25<sup>46</sup>; 78<sup>221</sup>

§ 1941: 90

*Codice delle obbligazioni svizzero* (1911)

art. 1: 29; 29<sup>68</sup>

art. 2: 29; 29<sup>68</sup>

art. 21: 32<sup>84</sup>

*Codice civile italiano* (1942):

art. 769: 243<sup>132</sup>

art. 1321: 243; 243<sup>131</sup>

art. 1322: 242; 242<sup>124</sup>

art. 1325: 242; 242<sup>126</sup>; 245<sup>143</sup>; 248

art. 1333: 245<sup>143</sup>; 252

*Kodeks cywilny* (1964)

art. 353<sup>1</sup>: 45

art. 355 §2: 45<sup>41</sup>

art. 357<sup>1</sup>: 45<sup>41</sup>

### IV. FONTI CINESI ANTICHE

#### 1. OGGETTI IN BRONZO

铸刑书 (*Zhuxingshu*): 4

柶生簋 (*Pengshenggui*): 262; 269

三年卫盃 (*Sannian weihe*): 262<sup>20</sup>

五祀卫鼎 (*Wusi weiding*): 262<sup>20</sup>

#### 2. FONTI LETTERARIE

班固 (BAN GU)

汉书 (*Hanshu*)

[*Libro degli Han*]

武帝纪: 261<sup>12</sup>

范曄 (FAN YE)

后汉书 (*Houhanshu*)

[*Libro degli Han posteriori*]

西域传: 15<sup>1</sup>

大秦传: 15<sup>1</sup>

戴聖 (DAI SHENG)

礼记 (*Liji*)

[*Libro dei riti*]

曲礼上: 268; 268<sup>61</sup>

曲礼下: 263<sup>26</sup>

孔子 (KONG ZI)

论语 (*Lunyu*)

[*Dialoghi di Confucio*]

12,2: 271<sup>77</sup>

15,24: 271<sup>76</sup>

许慎 (XU SHEN)

说文解字 (*Shuowen jiezi*)

[*Spiegazione delle figure e interpretazione dei caratteri*]

‘誠’: 263; 263<sup>29</sup>

‘灋’: 3; 3<sup>9</sup>; 3<sup>11</sup>; 4<sup>16</sup>

‘合’: 10; 10<sup>57</sup>

‘亼’: 10; 10<sup>59</sup>

‘豐’: 6; 6<sup>30</sup>

‘禮’: 6; 6<sup>26</sup>  
 ‘冂’: 10<sup>52</sup>  
 ‘契’: 259; 259<sup>2</sup>; 260  
 ‘梨’: 260<sup>7</sup>  
 ‘切’: 260; 260<sup>6</sup>  
 ‘任’: 265; 265<sup>41</sup>  
 ‘誓’: 262; 262<sup>22</sup>  
 ‘恕’: 271; 271<sup>75</sup>  
 ‘同’: 10; 10<sup>54</sup>  
 ‘約’: 260; 260<sup>3</sup>  
 ‘信’: 263; 263<sup>27</sup>  
 ‘廡’: 3<sup>12</sup>

### V. FONTI GIURIDICHE CINESI MODERNE

大清民律草案

*(Progetto di codice civile della dinastia  
 Qing)*

art. 1: 28<sup>63</sup>  
 art. 201: 23; 23<sup>38</sup>  
 art. 211: 23; 23<sup>39</sup>  
 art. 212: 23; 23<sup>40</sup>  
 art. 503: 23; 24<sup>42</sup>  
 art. 622: 24<sup>45</sup>  
 art. 623: 24<sup>45</sup>  
 art. 624: 24; 25<sup>45</sup>; 32; 32<sup>82</sup>; 32<sup>83</sup>  
 art. 629: 24<sup>45</sup>  
 art. 630: 25<sup>45</sup>  
 art. 631: 25<sup>45</sup>  
 art. 632: 25<sup>45</sup>  
 art. 918: 25<sup>47</sup>  
 art. 929: 25<sup>46</sup>

民国民律草案

*(Progetto di codice civile della Repubblica  
 cinese)*

art. 232: 30; 30<sup>73</sup>  
 art. 490: 32<sup>82</sup>  
 art. 491: 32<sup>82</sup>  
 art. 496: 32<sup>80</sup>  
 art. 497: 32<sup>80</sup>  
 art. 735: 30<sup>70</sup>

中华民国民法

*(Codice civile della Repubblica cinese)*  
 art. 1: 28<sup>63</sup>

art. 2: 28<sup>62</sup>  
 art. 74: 32; 32<sup>85</sup>; 60  
 art. 148: 33; 33<sup>88</sup>  
 art. 153: 29; 30<sup>69</sup>  
 art. 172: 30<sup>71</sup>  
 art. 179: 30<sup>72</sup>  
 art. 180: 30<sup>72</sup>  
 art. 255: 30; 30<sup>74</sup>  
 art. 406: 31; 31<sup>78</sup>  
 art. 408: 31; 31<sup>79</sup>  
 art. 412: 31<sup>80</sup>  
 art. 413: 31<sup>80</sup>  
 art. 414: 31<sup>80</sup>  
 art. 416: 32<sup>81</sup>  
 art. 417: 32<sup>81</sup>  
 art. 418: 32<sup>83</sup>; 93;  
 art. 435: 31<sup>75</sup>  
 art. 470: 31<sup>76</sup>

机关、国营企业合作社签订合同契约暂行办法  
*(Regolamento provvisorio per i  
 contratti stipulati tra organi, imprese  
 di stato e cooperative)*

art. 2: 43; 43<sup>34</sup>; 44; 70<sup>183</sup>  
 art. 5: 43<sup>34</sup>; 45; 45<sup>44</sup>  
 art. 7: 45; 45<sup>44</sup>  
 art. 8: 45; 45<sup>44</sup>

关于工矿产品订货合同基本条款的暂行规定  
*(Norme provvisorie circa le clau-  
 sole di base nei contratti di ordine di  
 prodotti industriali o minerari)*

art. 33: 48<sup>58</sup>

木材统一送货办法 *(Regole unificate per  
 la consegna del legname)*

art. 1: 48<sup>59</sup>  
 art. 2: 48<sup>60</sup>  
 art. 5: 48<sup>61</sup>  
 art. 13: 48<sup>58</sup>  
 art. 25: 49<sup>62</sup>  
 art. 26: 49<sup>61</sup>

中华人民共和国民法草案试拟稿 *(Proget-  
 to ‘sperimentale’ di Codice civile per  
 la RPC)*

art. 73: 41<sup>23</sup>  
 art. 78: 41<sup>23</sup>

中华人民共和国经济合同法  
(*Legge sui contratti economici della RPC*)

art. 2: 58; 58<sup>111</sup>; 66; 67<sup>172</sup>; 70; 70<sup>183</sup>  
art. 5: 58; 58<sup>115</sup>; 59<sup>127</sup>; 65<sup>162</sup>; 70<sup>183</sup>; 282<sup>20</sup>  
art. 9: 58; 58<sup>112</sup>  
art. 17: 58<sup>119</sup>; 59<sup>120</sup>; 59<sup>121</sup>

中华人民共和国继承法 (*Legge sulle successioni mortis causa della RPC*)

art. 16: 243; 243<sup>137</sup>

中华人民共和国涉外经济合同法 (*Legge sui contratti economici con elementi esteri della RPC*)

art. 2: 59<sup>126</sup>  
art. 3: 59<sup>127</sup>  
art. 5: 60<sup>128</sup>  
art. 7: 60; 60<sup>131</sup>

最高人民法院关于适用涉外经济合同法若干问题的解答 (*Interpretazione della Corte Suprema circa talune questioni riguardanti l'applicazione della Legge sui contratti economici con elementi esteri della RPC*)

art. 10: 60

中华人民共和国技术合同法 (*Legge sui contratti tecnologici della RPC*)

art. 1: 61<sup>133</sup>  
art. 2: 60<sup>133</sup>; 66  
art. 4: 61<sup>135</sup>  
art. 8: 61; 61<sup>137</sup>  
art. 9: 61<sup>136</sup>  
art. 53: 64<sup>157</sup>

中华人民共和国民法通则 (*Legge sui principi generali del diritto civile della RPC*)

art. 2: 53; 53<sup>84</sup>; 61; 61<sup>141</sup>; 62; 65; 65<sup>161</sup>  
art. 3: 65; 65<sup>161</sup>  
art. 4: 65; 65<sup>163</sup>; 269<sup>68</sup>  
art. 6: 65; 66<sup>164</sup>; 80  
art. 7: 66; 66<sup>166</sup>; 80  
art. 54: 66<sup>167</sup>; 70; 289  
art. 58: 67<sup>170</sup>  
art. 84: 62; 62<sup>144</sup>  
art. 85: 61<sup>134</sup>; 64; 65<sup>158</sup>  
art. 86: 287  
art. 87: 287

art. 92: 63<sup>145</sup>; 78<sup>222</sup>; 289

art. 93: 63; 63<sup>149</sup>; 289

art. 111: 67

art. 112: 67

art. 113: 67

art. 114: 67

art. 115: 67

art. 116: 67

中华人民共和国担保法 (*Legge sulle garanzie della RPC*)

art. 13: 87; 87<sup>282</sup>

中华人民共和国合同法 (*Legge sui contratti della RPC*)

art. 2: 69; 69<sup>180</sup>; 70; 70<sup>185</sup>; 74; 75; 98; 274<sup>91</sup>

art. 3: 70; 70<sup>185</sup>

art. 4: 70; 70<sup>184</sup>

art. 5: 70; 70<sup>186</sup>

art. 6: 70; 70<sup>187</sup>; 72

art. 7: 70; 70<sup>188</sup>; 80; 80<sup>236</sup>

art. 8: 260<sup>5</sup>

art. 10: 74; 74<sup>207</sup>

art. 11: 74<sup>207</sup>

art. 29: 82; 82<sup>245</sup>

art. 42: 72; 72<sup>194</sup>

art. 52: 80; 80<sup>237</sup>

art. 56: 260<sup>5</sup>

art. 60: 72; 72<sup>195</sup>; 81; 81<sup>242</sup>; 283<sup>25</sup>

art. 61: 81<sup>242</sup>

art. 62: 81; 81<sup>242</sup>

art. 66: 91; 91<sup>295</sup>; 98; 293<sup>67</sup>; 295

art. 67: 91; 91<sup>295</sup>; 98; 293<sup>67</sup>; 295

art. 68: 92; 92<sup>296</sup>; 98; 293<sup>67</sup>; 295

art. 69: 92; 92<sup>297</sup>; 98; 293<sup>67</sup>; 295

art. 92: 72; 72<sup>196</sup>

art. 94: 80; 81<sup>241</sup>; 86; 92; 98; 293<sup>67</sup>; 295

art. 114: 73<sup>202</sup>

art. 121: 82; 82<sup>246</sup>

art. 124: 71; 71<sup>190</sup>; 75; 75<sup>211</sup>; 77; 89; 98; 293; 295

art. 125: 71; 71<sup>189</sup>; 72; 72<sup>197</sup>; 79; 79<sup>230</sup>; 81; 290; 291; 291<sup>57</sup>

art. 148: 81; 81<sup>243</sup>

art. 166: 81; 81<sup>244</sup>

art. 174: 71; 71<sup>191</sup>; 76; 76<sup>212</sup>; 77; 98; 294; 295; 296

art. 181: 76

art. 182: 76

art. 183: 76  
 art. 184: 76  
 art. 185: 76  
 art. 186: 76; 94; 95<sup>308</sup>; 98; 294; 296  
 art. 187: 76; 95; 95<sup>308</sup>; 98; 294; 296  
 art. 188: 76; 94; 95<sup>308</sup>; 98; 294; 296  
 art. 189: 76  
 art. 190: 76  
 art. 191: 76; 94; 94<sup>303</sup>; 98; 294; 296  
 art. 192: 76; 92; 92<sup>299</sup>; 98; 294; 296  
 art. 193: 76; 92; 93<sup>299</sup>  
 art. 194: 76; 92; 93<sup>299</sup>  
 art. 195: 76; 92; 92<sup>299</sup>; 98; 294; 296  
 art. 197: 83; 83<sup>253</sup>  
 art. 210: 83; 83<sup>254</sup>  
 art. 211: 83; 83<sup>255</sup>

最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）（2<sup>a</sup>  
*Intepretazione della Corte Suprema  
 circa talune questioni riguardanti  
 l'applicazione della Legge sui contratti*)  
 art. 26: 86; 86<sup>274</sup>; 293; 294<sup>68</sup>

最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件  
 适用法律问题的解释 (*Interpretazione  
 della Corte Suprema circa talune que-  
 stioni riguardanti il diritto da applica-  
 re nell'giudicare casi relativi a dispute  
 relative a contratti di compravendita*)  
 art. 25: 86; 86<sup>276</sup>

最高人民法院关于司法解释工作的规定  
*(Regolamento della Corte Suprema sul  
 lavoro di interpretazione giudiziale)*  
 art. 1: 84; 84  
 art. 5: 84; 85<sup>265</sup>  
 art. 6: 85; 85<sup>266</sup>  
 art. 27: 85; 85<sup>267</sup>

最高人民法院关于案例指导工作的规定  
*(Regolamento della Corte Suprema  
 sul lavoro di indirizzo dei casi)*  
 art. 7: 85<sup>271</sup>

中华人民共和国立法法 (*Legge sulla legi-  
 slazione della RPC*)  
 art. 104: 85<sup>268</sup>

中华人民共和国民法典 (*Codice civile del-  
 la RPC*)  
 art. 2: 293  
 art. 4: 293  
 art. 9: 283  
 art. 67: 287; 287<sup>43</sup>  
 art. 75: 287; 287<sup>43</sup>  
 art. 118: 284; 285<sup>31</sup>; 287; 289  
 art. 119: 285<sup>32</sup>  
 art. 120: 285<sup>32</sup>  
 art. 121: 285<sup>32</sup>; 287; 289; 289<sup>48</sup>  
 art. 122: 285<sup>32</sup>; 289; 289<sup>48</sup>  
 art. 132: 284  
 art. 133: 289; 289<sup>50</sup>  
 art. 142: 79; 290<sup>53</sup>; 291  
 art. 177: 287  
 art. 178: 287  
 art. 183: 287; 287<sup>44</sup>  
 art. 185: 288; 288<sup>46</sup>  
 art. 463: 291  
 art. 464: 292; 292<sup>64</sup>  
 art. 466: 290; 290<sup>52</sup>; 291; 291<sup>57</sup>  
 art. 467: 293; 293<sup>66</sup>; 295  
 art. 468: 291; 292<sup>58</sup>  
 art. 509: 283; 283<sup>25</sup>  
 art. 514: 284<sup>28</sup>; 292  
 art. 525: 293<sup>67</sup>; 295  
 art. 526: 293<sup>67</sup>; 295  
 art. 527: 293<sup>67</sup>; 295  
 art. 528: 293<sup>67</sup>; 295  
 art. 533: 293; 294<sup>68</sup>  
 art. 563: 293<sup>67</sup>; 295  
 art. 646: 294; 294<sup>70</sup>; 295; 296  
 art. 658: 294; 294<sup>72</sup>; 296  
 art. 659: 294; 294<sup>72</sup>; 296  
 art. 660: 294; 294<sup>72</sup>; 296  
 art. 662: 294; 294<sup>71</sup>; 296  
 art. 663: 294; 294<sup>71</sup>; 296  
 art. 666: 294; 294<sup>71</sup>; 296  
 art. 681: 292<sup>59</sup>  
 art. 761: 292<sup>61</sup>  
 art. 937: 292<sup>62</sup>  
 art. 967: 292<sup>60</sup>  
 art. 979: 284<sup>28</sup>; 288<sup>45</sup>; 292<sup>63</sup>  
 art. 985: 284<sup>28</sup>; 288<sup>45</sup>; 292<sup>63</sup>  
 art. 988: 291  
 art. 1133: 243; 244<sup>139</sup>  
 art. 1260: 42<sup>29</sup>; 281<sup>17</sup>



Finito di stampare nel mese di giugno 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 PASCUCCI, *Usura e oneri eventuali*, 2019.
17. ANTONIO SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, 2020.
18. GIOVANNI TURELLI, *Transferre iudicium. Linee ricostruttive di uno strumento pretorio*, 2020.
19. ALAN SANDONÀ, *Della tutela dei diritti. Storia del VI libro del Codice civile italiano*, 2020.
20. ANTONIO SACCOCCIO-SIMONA CACACE (a cura di), *Europa e America latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, 2020.
21. IVAN LIBERO NOCERA, *La tutela dei creditori del legittimario*, 2020.
22. ALBERTO VENTURELLI, *L'indicazione falsa o erronea nell'esecuzione della volontà testamentaria*, 2020.
23. STEFANO PORCELLI, *Hetong e Contractus. Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, 2020.

### *I Quaderni*

1. ANTONELLO CALORE-FRANCESCO MEZZETTI (a cura di), *I confini mobili della cittadinanza*, 2019 (LaCIS - I).
2. ELISABETTA FUSAR POLI, *Relativo e plurale. Dinamiche, processi e fonti di diritto in Terraferma veneta (secc. XVI-XVIII)*, 2020.

### *Scritti scelti*

1. CHIARA MINELLI (a cura di), *Scuola, religione, nuove generazioni. Esperienza giuridica e risorse del futuro*, 2020.







