

# LA NEGOZIALITÀ ROMANA: FENOMENO STORICO E MODELLO METASTORICO. NOTE SULLA CAUSA CONTRACTUS

ANTONIO PALMA

*Università degli Studi di Napoli Federico II*

## I.- PREMESSA

La negozialità romana può, certo suggestivamente, essere definita, rinviando all'ambientazione fantastica del ben noto romanzo di J.M. Barrie<sup>1</sup>, come “l'isola che non c'è”, un non luogo teorico che le tradizioni giuridiche, nei diversi contesti storici, hanno configurato con differenti e a volte divergenti modalità, fino alla sintesi teoricamente coerente delineata dalla dottrina dei concetti<sup>2</sup>, così profilando quei lineamenti di teoria generale che sono stati dominanti fino alla contemporaneità.

In realtà – com'è noto – le fonti romane offrono le linee di un sistema largamente destrutturato, in cui si rinvencono tentativi di classificazione e di teorizzazione prevalentemente di livello topico, soprattutto a partire dal primo secolo dopo Cristo.

La delineata caratteristica, tuttavia, lungi dal rappresentare una grave aporia costituisse, al contrario, una grande opportunità epistemologica, poiché consente di sperimentare *in vitro*, per il tramite dello studio storico-giuridico degli strumenti della negozialità romana, la fenomenologia di un sistema negoziale parimenti destrutturato

---

<sup>1</sup> J.M. BARRIE, *Peter and Wendy*, London 1911, 54.

<sup>2</sup> Il processo storico è tra gli altri nella sintesi di G. HAMZA, *Le développement du droit privé européen*, Budapest 2005, 20 ss.; ID., *Armonizzazione del diritto privato in Europa e tradizione romanistica*, in *AUF* (Scienze Giuridiche - Nuova Serie) XXIII (2009), 1 ss.; cfr., ancora, J. BASEDOW, *Grundlagen des europäischen Privatrechts*, *Juristische Schulung* 44 (2004), 89 ss.; M. BUSSANI, *Libertà contrattuale e diritto europeo*, Torino 2005, *passim*; AA.VV., *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, *passim*. Sulla dottrina dei concetti giuridici v. V. ITALIA, *Lo spazio delle leggi*, Milano 2011, 3 ss.; ID., *Gli ingranaggi delle leggi*, Milano 2013, 19 ss.

come quello della modernità, soprattutto del nostro mondo occidentale, ma con riflessi sul piano globale, essendo quel modello destrutturato e, per alcuni aspetti, decontestualizzato dai propri riferimenti socio-economici assurti a parametro generale di regolazione dei rapporti di scambio.

Di qui l'importanza di ogni ulteriore approfondimento della materia negoziale romana, a partire dagli importanti risultati conseguiti da studi secolari e che oggi hanno ricevuto ulteriori impulsi significativi, secondo metodi e sintassi tematiche che tengano conto da una parte delle specialità e specificità dell'esperienza romana e dall'altra del suo rilevante valore euristico.

Ancora una volta, la potente metafora dell'*Angelus novus*, che nella visione di Walter Benjamin<sup>3</sup> vola all'indietro sovrastando le rovine della storia, appare altamente rappresentativa della metodologia che si dimostra come la più feconda per attualizzare, a partire da un presente che sembra reincarnare nella crisi delle teorie sistemiche un passato immerso vitalmente in un lungo tempo continuo, riflessioni, decisioni ed argomentazioni che emergono dalla lettura delle nostre fonti.

Il *contractus*, peraltro, nella sua funzione come nella sua struttura, i *pacta*<sup>4</sup> e le altre figure negoziali possono forse essere unitariamente considerati come figure simboliche<sup>5</sup> dell'umana aspirazione alla libertà, come segni di uno sviluppo oggettivo dello spirito umano, che però si realizza dialetticamente nell'io e nel me, figure che si frangono nello specchio, nel riflesso uguale-diseguale<sup>6</sup>.

Altra proposta tematica, tra le tante legittimamente possibili, concerne le parole della negozialità romana, che sono notoriamente importanti come valori di senso comune e componenti della lingua specializzata dei giuristi. Emerge con particolare forza la dialettica tra lingua, come tradizione comunitaria, e parole, come narrazione individuale, che la linguistica moderna ha da lungo tempo disvelato<sup>7</sup>, anche se la linguistica decostruzionista ha poi privilegiato la coerenza interna dell'enunciato verbale contro ogni fondazionalismo<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia*, Torino 1966, 35 ss., rinvia ad una celebre metafora ispirata da un acquerello di Paul Klee

<sup>4</sup> Specificamente sul *pactum v. R.* KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in L. VACCA (cur.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparativistica. Il Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo 7, 8 giugno 1995*, Torino 1997, 131 ss.

<sup>5</sup> Il richiamo è a E. CASSIRER, *Filosofia delle forme simboliche*, Firenze 1961-1966, *passim*; ID., *Freiheit Und Form. Studien Zur Deutschen Geistesgeschichte*, Berlin 1918, 3 ss.

<sup>6</sup> La metafora dello specchio, alla base del mito di Narciso, è centrale nella riflessione di J. LACAN, *Scritti*, Torino 2002, *passim*; su tale metafora nella storia della letteratura v. il bel saggio di M. BETTINI – E. PELLIZER, *Il mito di Narciso. Immagini e racconti dalla Grecia ad oggi*, Torino 2003, 50 ss.

<sup>7</sup> Inevitabile il rinvio a F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, Bari 1970, *passim*, sulla riflessione del quale v. M. PRAMPOLINI, *Ferdinand de Saussure*<sup>2</sup>, Roma 2006, 30 ss.

<sup>8</sup> Amplessima la bibliografia addensatasi sulle teorie decostruzioniste; di particolare interesse per la riflessione giuridica J.-L. NANCY, *L'imperativo categorico*, Nardo 1982, in part. 43 ss.

Si ripropone, dunque, dal punto di vista della teoria del linguaggio, come pure nel sovrapporsi dei diversi strumenti della negozialità romana, la tensione tra prassi collettive, consolidate dalla tradizione interpretativa, e bisogni individuali che necessitano di risposte innovative e che rompono il tessuto coerente di quelle prassi, proprio approfittando dell'assenza di vincoli normativi che quei bisogni tendono a contenere.

Le riflessioni che precedono, così cursorie, sono comunque premessa delle brevi note che seguono nelle quali si affronta nuovamente il tema della causa negoziale, dal così sfuggente statuto teorico, nel tentativo di verificare sul campo concreto della ricerca storico-giuridica le esigenze di rinnovamento metodologico che tanto sinteticamente abbiamo rappresentato.

## II. - IL PROBLEMA DELLA CAUSA

Non sembra, infatti, possibile affrontare il tema della negozialità senza compiere un'approfondita riflessione sul concetto di causa del negozio. Ed invero, nonostante che da parte di alcuni studiosi si sia addirittura contestata la ragion d'essere e la stessa esistenza del concetto di causa<sup>9</sup>, che si vorrebbe limitata ad ambiti ristretti (ad es. causa dell'obbligazione), ritengo sicuramente condivisibile l'opinione, tuttora maggioritaria, secondo la quale la causa è un elemento del negozio giuridico che, seppure dal contenuto incerto, rimane tuttavia centrale per la comprensione delle effettive dinamiche entro le quali l'autonomia dei privati riceve concreto riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico.

Com'è noto, nell'esperienza giuridica romana, non fu mai elaborata una teoria generale della causa, ma si studiarono e analizzarono singole cause negoziali, in un lento, tortuoso e complesso processo di emersione dell'elemento causale.

---

<sup>9</sup> Sul tema cfr. P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.* 6 (1908), 1 (= *Scritti giuridici vari*, III, Torino 1926, 26 ss.); G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, 3, Torino 1963, *passim*. Per uno studio filologico cfr. V. GEORGESCU, *Le mot "causa" dans le latin juridique. Introduction à la théorie générale de la cause en droit romain*, in *Études de philologie juridique et de droit romain*, I, *Les rapports de la philologie classique et du droit romain*, Bucarest-Paris 1940, 129 ss.; G. MANCINETTI, *'Et ideo nec volens quis reddere potest'*. Osservazioni sulla *'causa operarum'*, in *BIDR. CIII-CIV* (2009), 397-447; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Torino 1946, *passim*; G. BROGGINI, *Causa e contratto*, in VACCA (cur.), *Causa e contratto* cit. 9 ss. Sulla causa nei negozi atipici, cfr., per tutti, A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris 1958, *passim*; G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino 1970, 380 ss., 408 ss.; R. SANTORO, *La causa nelle convenzioni atipiche*, in *Causa e contratto* cit. 85 ss.; A. PALMA, *Vicende della res e permanenza della causa*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, III, Napoli 1984, 1489 ss. Per una accurata rassegna bibliografica cfr. C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in L. VACCA (cur.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1997, 59 nt. 34 (= in L. VACCA (cur.), *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, 301 ss.); C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano 2001, *passim*; A. PALMA, *Note critiche sul concetto di causa in Roma e America diritto romano comune* 12 (2001), 321 ss.; F. RANIERI, *Die causa des Vertrages und die Entsicklung des Europäischen Vertragsrechts. Ein Beitrag zur historischen rechtsvergleichung*, in (hrsg., W. WIEGAND, Th. KOLLER, H. P. WALTER), *Festschrift für Eugen Bucher zum 80 Geburtstag*, Bern 2009, 637 ss.

Con i *contractus*, dominati dalla tipicità, venne a consolidarsi una sistematica imperniata sullo specifico elemento perfezionativo delle diverse tipologie (*verbis, litteris, consensu, re*)<sup>10</sup>, caratterizzate dalla funzione che assolveva il contratto, considerato come uno schema tipico la cui finalità costituiva la ragione e lo scopo pratico per cui il negozio giuridico nasceva.

In altre parole, questi contratti venivano ad esistere giuridicamente attraverso la tipizzazione di un elemento causale che, al contempo, costituiva un elemento obiettivo, esprimente la funzione economico- sociale del contratto stesso, ed altresì era una caratteristica espressione della volontà delle parti<sup>11</sup>.

La causa del contratto, pur nelle diverse proiezioni di un nucleo sostanzialmente unitario, svolge pertanto una funzione prettamente identificativa e, al tempo stesso, generativa dell'effetto o, in altre parole dell'obbligazione. Nella consapevolezza che la causa è «il problema più discusso e indecifrabile della dottrina moderna del diritto, il campo preferito delle elucubrazioni metafisiche e della psicologia giuridica»<sup>12</sup>, che si risolve – a detta di Monateri<sup>13</sup> – in un «concetto misterioso», e pertanto appare necessario cercare di orientarsi nel complesso mosaico delle fonti in cui i giuristi romani discutono ed elaborano il concetto di causa, peraltro utilizzando il termine in senso chiaramente polisemico.

Interessante, a tale proposito, risulta ripercorrere le posizioni maggiormente significative sulla causa del contratto assunte dalla romanistica dalla fine dell'Ottocento in poi.

Negli anni che corrono tra gli ultimi decenni dell'Ottocento e i primi trent'anni del Novecento, infatti, il tema della causa contrattuale fu al centro di un ampio dibattito tra civilisti e romanisti.

---

<sup>10</sup> Sulla distinzione contrattuale v. C.A. CANNATA, *La 'distinction' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique* (Études sur les obligations I), in *Sein und Werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow*, Berlin 1970, 448; ID., *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris Romani. Études H. Ankum*, I, Amsterdam 1995, 59 ss.

<sup>11</sup> Cfr. G. GROSSO, sv. *Causa del negozio* (*Diritto Romano*), in ED. VI (1960), 532 ss. (= *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto privato Persone Obbligazioni Successioni*, Torino 2001, 684).

<sup>12</sup> BONFANTE, *Il contratto e la causa* cit. 125. L'osservazione bonfantiana era, in diverso modo, condivisa da alcuni dei più autorevoli civilisti della prima metà del Novecento da F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli 1940, 127, ad E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile* 4 (1950), 894 ss. (= *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, II, *Intorno al diritto sostanziale*, Milano 1962, 69 ss.) e S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, in *In memoria di Giacomo Venezian*, Messina 1934, 187 ss. (= *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano 1951, 75 ss.). Tra questi studiosi è possibile registrare un certo scetticismo sulla utilità reale e sulla precisazione scientifica del concetto di causa come si evidenzia in M. BESSONE – E. ROPPO, *La causa nei suoi profili attuali*. (*Materiali per una discussione*), in G. ALPA – M. BESSONE, *Causa e "consideration"*, Bologna 1985, 27 ss.

<sup>13</sup> P.G. MONATERI, *L'accordo nudo*, in *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano 1994, 1976 nt. 42.

Studiosi del calibro di Accarias, Pernice, Vangerow, Savigny, Glück, Cuq<sup>14</sup>, partendo dai frammenti labeoniani, focalizzarono la loro attenzione sui contratti innominati e la relativa tutelabilità; altri, ritenendo spuri tutti i passi su cui si fondavano le teorie precedenti, ribaltarono i risultati conseguiti<sup>15</sup>.

In Italia, se Bonfante<sup>16</sup> affrontava il tema della causa nell'ambito dei contratti innominati, affermando l'identificazione della causa con il negozio, altri<sup>17</sup> giungevano ad identificare la causa in un vantaggio attuale e concreto del promittente.

Di causa intesa come funzione in senso oggettivo accanto ad una diversa connotazione soggettiva, parlava a sua volta Vittorio Scialoja<sup>18</sup>, le cui idee, come vedremo, sarebbero poi state riprese dal Betti. In quel mentre, in Francia spiccava invece la posizione anti-causalista di Capitant<sup>19</sup>, la cui critica, assai serrata nei confronti della causa del contratto, lasciava indenne la causa dell'obbligazione e riconosceva ai giuristi romani di aver portato a maturazione l'idea di uno scopo economico perseguito dai contraenti.

Con Grosso, intorno alla metà del Novecento<sup>20</sup>, la causa si pone come «la ragione intrinseca e immediata e insieme lo scopo pratico per cui quel contratto si configurava nella vita sociale ed era attuato»<sup>21</sup>.

Nel prosieguo del ventesimo secolo, pur con varietà di sfumature, andava consolidandosi l'idea che il termine *causa* nelle fonti giuridiche romane assumesse il signifi-

---

<sup>14</sup> C. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre "de praescriptis verbis" au Digeste*, Paris 1866, 23 ss., 51 ss., 123 ss.; A. PERNICE, *Parerga*, III. *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in ZSS. 9 (1888), 195 ss.; F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, 307 ss. (cfr. *Sistema del diritto romano attuale. Traduzione dall'originale tedesco*, III, Torino 1900, 404 ss.); C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, II, Milano 5119 ss.; G. ALPA, *Causa e contratto: profili attuali*, in AA.VV., *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica II Congresso Internazionale ARISTEC Palermo 7-8 giugno 1995*, Palermo 1996, 257 ss. il quale registra nei confronti del concetto di causa sia «venerazione» che «sconcerto»; una «venerazione, come tutti gli istituti che vantano una storia tanto risalente, sconcerto per l'impossibilità di ridurlo ad una soglia di intelligibilità e fruibilità accettabile, per la difficoltà di individuare un comune denominatore di significati, per l'ambiguità degli usi promossi in dottrina e giurisprudenza»; P.P. ONIDA, *La causa della societas fra diritto romano e diritto europeo*, in *Diritto@Storia* 5 (2006), *passim*.

<sup>15</sup> O. LENEL, recensione a O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin, 1887, in ZSS. 45 (1925), 17 ss.; F. KNIEP, *Präscriptio und pactum*, Jena 1891, *passim*; C. APPLETON, *Le fragment 16, D., XII, 4, l'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine et cause déterminante dans les contrats*, in *Rev. gen. du droit de la legis. et de la jurispr.*, 36 (1912), 481 ss.; A. AUDIBERT, *Sur les différents noms de l'"actio praescriptis verbis"*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, *passim*; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit roman*<sup>8</sup>, Paris 1929, 484 ss.

<sup>16</sup> P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1946, 449 ss.

<sup>17</sup> G. VENEZIAN, *La causa nei contratti*, Roma 1892, in ALPA – BESSONE (cur.), *Causa e "consideration"* cit. 27 ss.

<sup>18</sup> V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella Regia Università di Roma nell'anno accademico 1892-93 raccolto dai dottori Mapei e Giannini*, Roma 1893, (rist. 1933), 89 ss.

<sup>19</sup> H. CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs)*, 2, Paris 1924, 17 ss.

<sup>20</sup> GROSSO, *Il sistema romano* cit. 184 ss.

<sup>21</sup> GROSSO, sv. *Causa del negozio giuridico* cit., 532 ss. (= *Scritti storico giuridici* cit. 684).

cato di *datio*, cioè di avvenuta prestazione: opinione, peraltro, non nuova se si pensa alla lunga stagione del diritto intermedio nel corso della quale i contratti innominati erano equiparati a quelli reali.

Contemporaneamente si andava profilando una dottrina che avrebbe inciso in maniera decisiva nel panorama degli studi giuridici in materia di causa, quella del Betti<sup>22</sup>, il quale, prendendo le mosse da uno studio sul *contrahere*<sup>23</sup> in epoca classica, nel quale alla *causa* era attribuito il significato di *conventio*, proponeva<sup>24</sup> la celebre definizione della causa quale funzione economico-sociale, intorno alla quale sarebbe stata elaborata la teoria del negozio giuridico poi recepita nell'art. 1322 del codice civile del 1942. Negli anni sessanta, la romanistica, specialmente quella tedesca, tornava a riportare la sua attenzione sul tema dei contratti innominati, ripensando profondamente le posizioni tradizionali, facendo emergere una causa che s'identifica nella funzione materiale concordata tra le parti<sup>25</sup>.

Estremamente variegato il quadro risultante dalle concezioni moderne sulla causa, unite solo dalla convinzione che i passi dei giuristi romani a questa riferiti siano sostanzialmente genuini<sup>26</sup>.

Per Santoro, dalla combinazione delle due definizioni di Labeone ed Aristone contenute, rispettivamente, in D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*) e in D. 2.14.7.2 (Ulp. 14 *ad ed.*) emergerebbe un significato di causa identificabile nello scopo negoziale: in particolare, quella citata da Aristone andrebbe cercata nella funzione realizzata dal negozio.

Secondo Burdese<sup>27</sup> che ha dedicato particolare attenzione ai contratti innominati, la *causa* di Aristone, citata in D. 39.5.18 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*), consisterebbe nella funzione meritevole di tutela così come si rivela nel sinallagma.

<sup>22</sup> E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in *BIDR.* 28 (1915), 3 ss.

<sup>23</sup> Sull'attività del *contrahere* v. R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, III, Napoli 2007, 1955-1974; ID., *'Contrahere' in Labeone*, in E. CHEVREAU - D. KREMER - A. LAQUIÈRE-LACROIX (cur.), *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Paris 2012, 311-331.

<sup>24</sup> E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova 1942, 100 ss.

<sup>25</sup> Cfr. J.G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln - Wien 1970, 24 ss.

<sup>26</sup> Cfr. P. CERAMI, D. 2.14.5 (Ulp. 4 *ad ed.*). *Congetture sulle "tres species conventionum"*, in *AUPA.* 36 (1976), 123 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani "nova negotia" e "transactio" da Labeone ad Ulpiano*, Napoli 1971, 37 ss.; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA.* 37 (1983), 5 ss.

<sup>27</sup> A. BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone (a proposito del volume di Raimondo Santoro)*, in *SDHI.* 51 (1985), 458 ss. Sulla intensa produzione scientifica dello studioso in materia contrattuale v., altresì, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura* 36 (1985), 14 ss.; *Ancora in tema di contratti innominati*, in *SDHI.* 52 (1986), 442 ss.; *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati*, in *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)*, I, Madrid 1988, 127 ss.; *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *Labeo* 38 (1992), 200 ss.; *I contratti innominati*, in J. PARICIO (cur.), *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener (coordinación e presentación)*, Madrid 1994, 63 ss.; *Contrahere pacisci transigere*, in *Labeo* 41 (1995), 101 ss.; *In margine a D. 4.3.9.3*, in *Seminarios Complutenses* 7 (1995), 27 ss.; *Contratto e convenzioni atipiche da Labeone a Papiniano*, in *SDHI.* 62 (1996), 515 ss.; *Tra causa e tipo negoziale dal diritto clas-*



Per Mac Cormack<sup>28</sup>, la causa, invece, esprimerebbe per un verso il fatto che una parte esegua la propria prestazione e per altro verso il presupposto per la tutelabilità dell'obbligazione sorta sulla base della *conventio*.

Filippo Gallo<sup>29</sup>, d'altro canto, parla di una *causa* aristoniana identificata con l'avvenuta prestazione (*datio*), che è ragione giustificatrice delle pretese alla controprestazione. Secondo Gallo, Aristone avrebbe adottato una soluzione diversa da quell'espressa da Labeone in D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*): l'azionabilità della pretesa, condizionata all'avvenuta prestazione, troverebbe il suo fondamento nel sinallagma quale principio di riequilibrio delle posizioni delle parti.

Per il Sargenti<sup>30</sup> nelle fonti labeoniane e aristoniane, non vi sarebbe alcuna apertura al consensualismo: la causa sarebbe solo nella *datio*, fatto che genera l'obbligazione della controparte, secondo uno schema che ricorre nelle *obligationes re contractae*.

Il Cannata<sup>31</sup>, a sua volta, ritiene che la giurisprudenza classica avrebbe riconosciuto nella pienezza dei suoi effetti civili lo schema obbligatorio voluto dalle parti.

Secondo Schiavone<sup>32</sup>, la causa viene a significare “*un centro di imputazione normativa in grado di consentire la qualificazione giuridica di un contratto privo di nomen*”.

Ancora, è opinione del Mantello<sup>33</sup> che la causa debba intendersi quale scopo negoziale sostanziato da una concreta dazione diretta alla controprestazione; secondo il

---

sico al postclassico in tema di transazione, in *Seminarios Complutenses*, 9-10 (1997-1998), 45 ss.; *Su alcune testimonianze celsine*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich 1999, 3 ss.; *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in Aa.Vv., 'Iuris vincula'. Studi in onore di Mario Talamanca, Napoli 2001, 315 ss.

<sup>28</sup> G. MAC CORMACK, *Contractual Theory and the innominate Contracts*, in *SDHI*. 51 (1985), 131 ss.

<sup>29</sup> F. GALLO, *L'eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Torino 1988, 15 ss.; ID., “Synallagma” e “conventio” nel contratto. *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino 1992, *passim*; ID., “Agere praescriptis verbis” e editto alla luce di testimonianze celsine, in *Labeo* 44 (1998), 7 ss. (= *Atti del II convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano cit.*, 35 ss.) Con riferimento alle problematiche contrattuali dell'illustre romanista torinese cfr. *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *SDHI*. 55 (1989), 41 (= N. BELLOCCI [cur.], *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano, Siena, 14-15 aprile 1989* Napoli 1991, 3 ss.); *Ai primordi del passaggio della sillagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in VACCA, *Causa e contratto cit.* 63 ss.; *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 7, 1999, 17. Sul punto trattato cfr. A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano in Seminarios Complutenses* 5 (1993), 41 (= *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, 263 ss.).

<sup>30</sup> M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 38 (1987), 25 ss.

<sup>31</sup> CANNATA, *Contratto e causa cit.* 35 ss. (= *Scritti scelti cit.* 301 ss.)

<sup>32</sup> A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del IV libro “ad edictum”*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano*, Siena 1989, 125 ss.

<sup>33</sup> A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990 83 ss.; ID., “Le classi nominali” per i giuristi romani. *Il caso d’Ulpiano*, in *SDHI*. 61 (1995), 2117 ss.

parere del Tondo<sup>34</sup>, per Aristone la causa esisterebbe solo in presenza dell'esecuzione di una prestazione qualificata dallo scopo di una controprestazione.

Il Guzmán Brito, più di recente<sup>35</sup>, ha proposto una ricostruzione generale del tema contrattuale incentrata sul significato di causa efficiente, che conferirebbe senso sia alla *condictio* rivolta alla ripetizione della cosa, sia al riconoscimento civile delle *conventiones* atipiche nell'ambito delle vicende del negozio giuridico.

Infine, dal mio punto di osservazione<sup>36</sup>, ho ritenuto di poter evidenziare la continuità tra l'intuizione romana della causa contrattuale, nella quale vi sarebbe l'espressione degli interessi realizzati dalle parti e l'idea della dottrina civilistica di una causa in concreto.

La questione risulta ancora più complessa per la già accennata polisemia<sup>37</sup> del segno "causa", il cui ambito semantico corrispondeva probabilmente a quello del greco *αἰτία*.

Secondo il Georgescu<sup>38</sup>, nelle fonti letterarie più risalenti, le caratterizzazioni semantiche della parola *causa* sarebbero state due e si sarebbero mantenute a lungo nella lingua latina e nelle lingue romanze: da un lato, il significato di causa volgerebbe al senso di "efficiente"; dall'altro, alla valenza di "finale".

<sup>34</sup> S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica editale per i "pacta conventa"*, in *SDHI*. 64 (1998), 441 ss.

<sup>35</sup> A. GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la Codificación europea y americana*, in *Roma e America*, 12 (2001), 167 ss.

<sup>36</sup> PALMA, *Note critiche sul concetto di "causa"* cit. 322 ss., dove si evidenzia come la causa sia un concetto inutile se astrattamente riferita al contratto perché il giudizio di ragionevolezza, nel quale si concentra in fondo l'essenza del concetto, viene già svolto dal «parametro di liceità che è normativamente imposto» e ambiguo perché di esso si fa applicazione in modo assai difforme. Sul punto v. A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli 2001, 366 ss. e nt. 23.1, il quale reputando non opportuno fare riferimento alla terminologia per ricostruire il significato romano di causa, propone di prestare attenzione «al rilievo concretamente attribuito alla funzione dell'atto»

<sup>37</sup> La polisemia del termine è stata oggetto di studio in più epoche storiche. Sulle diverse accezioni del termine causa nel linguaggio giuridico romano v., per tutti, GROSSO, sv. *Causa del negozio (Diritto Romano)* cit. 532 ss. (= *Scritti storico giuridici* cit. 684); B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 243 ss.; BROGGINI, *Causa e contratto* cit. 11 ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazioni di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004, 41 ss.; per l'utilizzo nel diritto intermedio v. E. CORTESE, sv. *Causa (Diritto Intermedio)*, in *ED*. VI, Milano 1960, 535 ss., il quale osserva: «Nei primi secoli l'accezione del termine *causa* appare ondeggiante e rivela la fluidità del concetto ... Se da una parte tale polivalenza del termine palesa la suggestione chessa dovette esercitare così da rendere possibili le applicazioni più varie, dall'altra occorre mettere in rilievo che il fenomeno fu certo facilitato da un uso non tecnico della parola *causa*, la quale nel linguaggio parlato volgarmente tendeva ormai a sostituire il vocabolo latino *res* e preparava l'italiano *cosa*: voci, appunto, generiche e ambigue». Per l'utilizzo moderno del termine v., per tutti, M. GIORGIANNI, sv. *Causa (Diritto privato)*, in *ED*., VI (1960), 547 ss., con ampi ragguagli bibliografici, il quale rileva: «chi si soffermi ad esaminare il panorama offerto dalla dottrina italiana contemporanea della causa, ne ricava l'impressione di un cantiere in fecondo movimento, nel quale nuovi materiali affluiscono incessantemente per alimentare lo sforzo di costruzione di un edificio, che, pur poggiando su vetuste e solide fondamenta, non riesce ad assumere ancora un netto contorno, malgrado la maestria degli architetti e la pregiatezza dei materiali».

<sup>38</sup> GEORGESCU, *Le mot* cit. 134 ss., 235 ss.



Il Miniconi<sup>39</sup>, correggendo in parte l'impostazione critica del Georgescu, notava che il termine *causa* presso una popolazione essenzialmente rurale doveva esprimere una nozione immediatamente percepibile e cioè quella di "interesse, guadagno che si ricava da qualcosa".

Se è condivisibile l'ipotesi che contempla il significato di interesse, ma non in senso astratto bensì nel significato del "tornare utile"<sup>40</sup>, ciò non contrasta tuttavia con l'ipotesi che dall'originario nucleo semantico così possa essersi sviluppata una valenza di causa in senso efficiente e finale.

Nelle XII Tavole, il segno *causa* compare entro il sintagma "*ante meridiem causam coiciunto*" in cui è riconoscibile un significato processuale. In senso analogo, la celebre definizione di Cicerone contenuta in *de orat.* 2.19.78:

*dividunt enim totam rem in duas partis, in causae controversiam et in quaestionis: causam appellant rem positam in disceptatione reorum et controversia; quaestionem autem rem positam in infinita dubitatione; de causa praecepta dant; de altera parte dicendi mirum silentium est.*

Dunque, il significato di causa sarebbe riferito al processo, ma è plausibile che il significato di affare, interesse, sia stato congiunto ad esso, sebbene in questa evoluzione parallela di termini, il senso processuale sia più preciso e tecnico.

Una delle menzioni più antiche di *causa* è contenuta nella formula vindicatoria della *legis actio sacramento in rem* descritta da Gaio in 4.16:

*aio ... secundum suam causam.*

Secondo il Santoro<sup>41</sup>, qui il termine *causa* è riferito ad *ius* e farebbe riferimento ad un elemento rituale e legittimante, cioè, l'*impositio* della *vindicta* del *dominus ex iure Quiritium* sull'uomo oggetto della controversia: *causa* conterrebbe il riferimento alla forza legittimante del rituale e il suo significato sarebbe di causa sia in senso di efficiente sia nel senso di valore modale (causa come condizione)<sup>42</sup>.

Dunque, in origine il termine *causa* ebbe il significato generale di interesse, mentre appare possibile che vi sia stato un significato di causa in senso efficiente e finale.

<sup>39</sup> J.P. MINICONI, "Causa", *et ses dérivés. Contribution à l'étude historique du vocabulaire latin*, Paris 1951, 121 ss.

<sup>40</sup> Da ultimo, in tal senso, DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto* cit. 46 ss.

<sup>41</sup> R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*. 30 (1967), 273; per maggiore chiarezza del lettore, si preferisce citare la fonte per intero. Gai. 4.16: *Si in rem agebatur, mobilia quidam et moventia, quae modo in ius ad ferri adducive possent, in iure vindicabantur ad huncmodum: qui vindicavit, festuca tenebat; deinde ipsam rem ad prehendebat, velut hominem, et ita dicebat: hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio secundum suam causam etc...*

<sup>42</sup> In Isidoro si trovano le accezioni di causa nei suoi vari aspetti: cfr. Is., *Orig.* 18.15.2. La fantasiosa derivazione da *casus* per cui *Causa vocata a casu quo evenit*, contenuta nel brano mette in luce l'aspetto naturalistico del termine che conserva il suo valore per tutto l'arco dell'evoluzione semantica della parola.

Vi è poi il significato di condizione<sup>43</sup> con riferimento ai modi attraverso i quali un fatto produce i suoi effetti; parallelamente, si profila in maniera sensibile il significato di processo<sup>44</sup>, riscontrabile lungo tutta l'esperienza giuridica-romana.

Infine, il significato di fondamento di effetti giuridici della fattispecie derivanti dal nucleo generale di interesse: a questo si ricollega quello di fondamento della domanda giudiziale (*causa petendi*)<sup>45</sup>.

### III.- LE ORIGINI DEL CONCETTO

Secondo qualche autore<sup>46</sup> vi sarebbe, oltre ad un secondo livello di polisemia ristretto al linguaggio tecnico (basti osservare, a tale riguardo, il precisarsi dei diversi e specifici valori semantici di *causa* nell'ambito dei diritti *in rem*, in quello della circolazione della proprietà, dei negozi traslativi, in campo successorio e in quello autonomo delle *causae donationis*) anche un terzo livello individuante una polarizzazione di accezioni nel ristretto cerchio di "*causa*" del contratto<sup>47</sup>.

Nel titolo *De pactis* (2.14) del Digesto, e precisamente nei frammenti 1.5.7, tratti dal libro IV di commento all'editto di Ulpiano, è contenuta una serie di elaborazioni sul concetto di *pactum*, *pactio*, *conventio*, *cantrahere*, *contractus* in cui si trova concentrato, esposto in coerente trattazione, il materiale giuridico riguardante la causa. Il brano fondamentale da cui partire è il notissimo D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*):

*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristotelo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συναλλαγµα 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 actio-*

<sup>43</sup> H.G. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1926, sv. *Causa*, 60, sub 3.

<sup>44</sup> MINICONI, *Causa* cit. 152 ss.; GEORGESCU, *Le mot* cit. 210 ss.; E. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, II, Roma 1900, parte I, sv. *Causa*, 147 ss.

<sup>45</sup> Cfr., in particolare, BETTI, sv. *Causa*, cit. 31, 148 ss.

<sup>46</sup> DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto* cit. 63 ss.

<sup>47</sup> Sempre in merito alla portata semantica variabile del termine *causa* cfr. G. NICOSIA, *Institutiones. Profili di diritto privato romano*, Catania 1999, 245, il quale rileva che la dottrina ha tentato di «costruire un concetto unitario di 'causa', quale elemento essenziale appunto del negozio giuridico, ma con risultati assai problematici». Sempre secondo il Nicosia, la nozione di *causa*, alla quale si fa ad esempio riferimento nell'art. 1325 del codice civile italiano, come requisito del contratto, vale a dire come elemento essenziale la cui assenza provoca nullità (ex art. 1418, comma II, c.c.), non può essere posta sullo stesso piano della nozione di *causa* alla quale si fa richiamo nell'art. 2041 c.c. in materia di arricchimento ingiustificato. Così il Di Majo rileva come il termine *causa* sia «un modo per guardare complessivamente al ruolo degli atti di privata autonomia (contratti e negozi) e al loro rapporto complessivo con gli interessi (individuali) delle parti e con l'ordinamento»: A. DI MAJO, "Causa del negozio giuridico", in *EG*. VI (1988), 2; sul punto v., inoltre, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano 1974, 91 ss.; I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il Cinquecento*, Torino 1997, 24 ss.

*nem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum quod Aristo συναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*

Nel passo Ulpiano riporta la decisione di Aristone, il quale afferma che, in un contratto atipico, il riconoscimento del sussistere della causa fonda il sorgere di effetti obbligatori civili; di seguito, il giurista severiano riporta il dibattito che vede Celso contrapposto ad Aristone e Giuliano a Mauriciano.

Naturalmente, ponendosi in una prospettiva storica la risposta di Aristone costituisce l'avvio del dibattito successivo ed è indicativo delle stesse posizioni di Ulpiano sull'argomento.

Strettamente collegato con D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*) è D. 2.14.1 pr.-4 (Ulp. 4 *ad ed.*):

*Huius edicti aequitas naturalis est... Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est). Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt... 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. Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.*

Il passo si apre con un richiamo alla *naturalis aequitas*, dalla quale discende la necessità di salvaguardare ciò che le parti hanno pattuito.

I termini intorno ai quali è impostato il discorso sono *pactum* e *conventio*. La parola *pactum* viene da *pactio*, da *pax* e *pactio* deriva il *consensus in idem placitum* di due o più soggetti che contraggono tra loro.

*Conventio* è presentato come termine generale dotato d'ampia valenza, ma con un nucleo unitario di significato che fa riferimento in ogni caso al consenso. È proprio nella definizione di *conventio* che appare per la prima volta il segno *causa* a proposito del termine *negotium...contrahendi, transigendi*, vale a dire con i negozi volti a realizzare nuovi interessi, quelli indirizzati a comporre una controversia<sup>48</sup>.

Nel prosieguo del discorso, il giurista paragona il *convenire*, nel senso materiale del "venire con", ed il *consentire* cui si ricollega l'opinione di Pedio, sempre incentrata sulla *conventio*.

Il primo, infatti, afferma "elegantemente", come dice Ulpiano, che non esiste contratto od obbligazione, nascente da contratto che non presupponga una *conventio*, sia la medesima perfezionata con una *datio* o con le parole: infatti, la *stipulatio*, che è contratto verbale, è nulla se alla base non vi è consenso. Si precisa, poi, che la maggior parte del-

<sup>48</sup> Sul punto cfr. l'interessante lavoro di F. FASOLINO, *Il fenomeno transattivo nell'esperienza giuridica romana*, Salerno 2007, part. 179 ss.

le convenzioni passano dal *nomen* generale a quello specifico, come l'*emptio venditio*, la *locatio conductio*, il *pignus*, la *stipulatio et similia*.

Pur trattandosi di una testimonianza molto discussa<sup>49</sup>, nondimeno il frammento in esame è un punto di riferimento fondamentale per ogni tentativo che voglia approfondire la nozione di causa contrattuale. Ulpiano riporta nel brano in questione una notevole quantità di informazioni: dall'attenzione agli aspetti dogmatici si passa alla dinamica di un dibattito che, come si è detto sopra, nella sequenza dei richiami ad Aristone, Celso, Giuliano, Mauriciano, si dipana dall'età traianea fino a quella dei Severi.

Per Ulpiano, le *conventiones iuris gentium*, producono talvolta azioni talvolta eccezioni: quelle che creano azioni non mantengono il nome di *conventio*, ma acquistano il nome di un contratto tipico come l'*emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas*, il *commodatum* ed altri *ceteri similes contractus*. Il termine *nomen contractus* è da leggersi nel senso che un certo numero di *conventiones* trova riconoscimento in una formula edittale: esiste, pertanto, una corrispondenza tra *nomen contractus* e la formula dell'editto; il riferimento al *nomen* si deve interpretare secondo il punto di vista di Ulpiano, che è quello "specializzante" dei singoli *nomina* contrattuali.

Nominato è, quindi, quel contratto che non solo ha una propria denominazione nella prassi giuridica, ma anche gode di una particolare disciplina per la sua tutela.

Dunque l'attenzione del giurista pare concentrata sulla riconducibilità delle *conventiones* alle formule edittali previste, in una prospettiva evidentemente di tipo processualista.

Se, invece, si sposta lo sguardo sul *nomen contractus*, vale a dire su quello dell'intera categoria, si vede che le *conventiones* transitanti in *proprium nomen contractus* appartengono tutte alla comune idea di contratto, idea che ne travalica i tipi, in un'ottica che chiaramente diventa di tipo sostanzialistico.

È evidente che il problema che Ulpiano si pone è preminentemente di tipo processuale: si tratta, infatti, di stabilire se sono tutelabili o meno le *conventiones* che non passano in un *nomen* specifico; la soluzione, tuttavia, necessariamente presuppone uno sviluppo sul piano sostanziale che a sua volta prevede ed elabora un'idea generale di contratto.

Dunque, per Ulpiano, l'insieme delle *conventiones* si divide in una parte che è costituita da quelle che passano nel *nomen contractus* ed in un'altra costituita dalle *conventiones* che non assumono una struttura specifica: la bipartizione corrisponderebbe alla differenza che c'è tra contratti che producono azioni e patti che producono eccezioni.

---

<sup>49</sup> Sulla genuinità del testo, cfr. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto* cit. 77, con bibliografia aggiornata. Cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra "conventio et stipulatio" fino a Labeone*, in "Contractus" e "Pactum". Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti Copanello, 1990, 101, n. 254; GALLO, "Synallagma" e "conventio" nel contratto cit. 94.

I contratti tutelati da azioni dovrebbero essere rappresentati soltanto dalle *conventiones* che passano nel *nomen contractus* e, tuttavia, il testo continua dicendo che vi sono *conventiones* prive di *nomen* che si appellano parimenti contratto e sono tutelate da azioni.

l'elenco delle *conventiones* che passano in *proprium nomen contractus*, accomuna contratti rientranti nella tipicità in senso edittale<sup>50</sup>, cioè con una formula *ad hoc* che li tutela, ma la scelta cade su tipi di contratto che presentano tutti una caratteristica: la causalità; sono contratti tipici caratterizzati da una causa determinata *a priori* e quindi, alla presenza di una *conventio*, che realizzi una causa tipicamente riconosciuta, si avrà un contratto.

Per Ulpiano<sup>51</sup> la *stipulatio* rappresentava senza dubbio una figura contrattuale: in D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed.*) egli riporta il parere di Pedio, che ha individuato nel consenso il nucleo essenziale del contratto, necessario all'esistenza giuridica anche di un negozio unilateralmente obbligatorio, almeno sul piano genetico ma non sempre ovviamente sul piano funzionale, come la *stipulatio*.

Gli altri contratti causali, come il mutuo, il mandato, il pegno, non figurano in D. 2.14.7.1 (Ulp. 4 *ad ed.*): nella prospettiva ulpiana non c'è dubbio che essi risultino assorbiti tra i *ceteri similes contractus*, perché essi erano senza dubbio *conventiones iuris gentium* e rientravano nella tipicità causale.

In D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*), Ulpiano afferma che l'affare (*res*), pur non passando in alcun contratto e, cioè, per quanto si è detto prima, non fosse quindi oggetto di contratto tipico, avesse comunque una causa economicamente riconoscibile, costituisce comunque fonte di una obbligazione civile. In questo modo, il giurista severiano introduce nel suo discorso il *responsum* di Aristone, affermando il necessario sussistere della causa affinché un contratto atipico ottenga il riconoscimento giuridico.

Il termine 'res' - se la cosa non passi in altro contratto - va interpretato nel senso di "affare" voluto dalle parti, senza nessuna valenza specifica di natura giuridica. *Res* viene a giustapporsi al termine *causa* (se subentra una causa), il cui significato esprime un valore giuridicamente qualificato. In questa ipotesi, la causa è ciò che consente di identificare come contratto, ancorché innominato, una *res*, contratto innominato che il Blackstone definirà, alla luce della sua natura di *res* meritevole di tutela, come «an agreement upon sufficient consideration»<sup>52</sup>

<sup>50</sup> A. BURDESE, *Considerazioni preliminari allo studio del diritto romano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, IV, Milano 1956, 350.

<sup>51</sup> Cfr. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto* cit. 88; A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione, contratto, in diritto romano*, in *Seminario Complutense*, 5, 1993, 64.

<sup>52</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, II, London 1765 - 1769, 30.9. Sul tema della 'consideration' anglosassone che ha influenzato nel passato la dottrina civilistica italiana si rinvia a G. GORLA, *Il contratto*, Milano 1954, 345 ss.; ID., *Consideration*, in *ED. IX* (1964), 176 ss.; G. ALPA, *Contratto nei sistemi di common law*, in *Dig. (Discipline Privatistiche, Sezione Civile)* IV (1989), 169 ss.

Tra *res* e *causa* vi è un nesso: la *res* è l'affare, che sussunto in uno schema contrattuale allorché sussista una causa.

Esso, logicamente antecedente ad ogni qualificazione giuridica, diventa così un contratto.

#### IV.- IL DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE

Come si è visto, in D. 2.14.7.2 (Ulp. 14 *ad ed.*), Ulpiano asserisce che qualora l'affare non passi in nessuno dei contratti tipici, tuttavia, se vi è una causa, si genera una civile obbligazione, introducendo così, nel suo discorso, il responso di Aristone.

Con l'affermazione del necessario sussistere della causa affinché un contratto atipico ottenga il riconoscimento civile, si giunge al punto nodale del responso. Il testo è stato analizzato nei suoi singoli elementi iniziali: *res* e *causa*.

Dopo l'asserzione del subentrare della causa, Ulpiano usa il termine '*elegantèr*'<sup>53</sup> a denotare il *responsum* d'Aristone, come in D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed.*) aveva qualificato la celebre citazione di Pedio, secondo cui, non vi è contratto senza *conventio*.

La scelta di quest'aggettivo, che com'è noto non significa elegantemente ma acutamente, non sta solo ad indicare l'apprezzamento di Ulpiano per l'argomentazione di Aristone, ma segnala la presenza di una citazione fedele, della quale occorre presumere l'autenticità anche nella scelta delle singole parole.

A sua volta, la fedeltà nel riportare le argomentazioni dei due giuristi denuncia un'affinità, un comune "sentire" il diritto che travalica il tempo che separa i tre.

All'opinione di Celso si oppone quella d'Aristone, che nell'ipotesi del passaggio della *res in alium contractum* non vede il sorgere dell'obbligazione civile, che invece Aristone contempla nel caso che sussista una causa.

Il periodo successivo del brano, è introdotto da un'ipotesi, chiaramente di scuola, in cui è Aristone che parla: «se io ti ho dato una cosa affinché tu me ne dessi un'altra o ti ho dato affinché tu faccia qualcosa: *questo è un sinallagma* e di qui nasce una civile obbligazione»: D. 2.14.7 pr.-2 (Ulp. 4 *ad ed.*):

*Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, elegantèr Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συναλλαγμα esse et hinc nasci civilem*

<sup>53</sup> Sulla "eleganza" delle espressioni dei giuristi romani e di Ulpiano in particolare cfr. F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano 1973, 129; T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford 1972, 80; G. SCIASCIA, *Elegantiae iuris*, in *BIDR.* 10-11 (1948), 372; P. STEIN, *Elegance in Law*, in *LQR.* 77 (1961), 242 ss.; L. GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova 2008, *passim*.



*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 pretore dandam: ille ait civilem incerti actionem id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*

Nel seguito del passo, in cui parla nuovamente Ulpiano, si affaccia un'ipotesi di “*do ut facias*” (diedi Stico, affinché tu manomettessi Panfilo), in cui però alla manomissione di Panfilo aveva fatto seguito l'evizione di Stico, cosicché la fattispecie si sarebbe risolta poi in un “*facio ut des*” (la *datio* di Stico, non traslativa della proprietà).

Nel caso in questione, Mauriciano, riprendendo Giuliano, il quale riconosceva solo la possibilità di esprimere un'*actio in factum*, a sua volta riteneva preferibile l'*actio civilis incerti* di Aristone, cioè l'*actio praescriptis verbis*<sup>54</sup>.

Il paragrafo due si chiude con la constatazione, sempre riferita a Mauriciano, del sussistere della causa del contratto in quella relazione di scambio che Aristone chiama *sinallagma* e che genera poi l'azione. L'opinione tradizionale secondo cui il termine causa indicherebbe l'avvenuta esecuzione della prima prestazione, denominata *datio*, non è accolta da molti interpreti.

Sempre sulla scorta del dato testuale offerto da D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad. ed.*), si afferma che ad un'accurata interpretazione fa riscontro la rilevanza data alla causa come elemento funzionale del ragionamento del giurista: sul sussistere della stessa, Aristone fonda il riconoscimento degli effetti civili obbligatori per le convenzioni atipiche.

L'opinione tradizionale sottovaluta questa considerazione e al fine di ottenere un fondamento genetico al nascere del contratto, accanto al requisito materiale della *datio*, deve presupporre quello spirituale della *conventio*.

Con questo, secondo Dalla Massara<sup>55</sup>, si realizza una duplice forzatura del testo: dove c'è un segno (*causa*) se ne cerca altrove il significato, dove manca – non c'è, infatti, nessun riferimento alla *conventio* – lo si deve ritenere presupposto.

Contro la riduzione del senso di causa a *datio* depongono, inoltre, alcune ragioni d'ordine ricostruttivo-testuale.

---

<sup>54</sup> Sulla natura dell'*actio praescriptis verbis* cfr., tra gli altri, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Palermo 1994, 503 ss. LA. puntualizza i rapporti in epoca classica tra le *actiones civiles* e l'*agere praescriptis verbis*, divenuta poi in epoca giustiniana un'azione generale adatta ad ogni tipo di convenzione. In questo testo i giuristi in questione proposero l'adozione di formule che ebbero *intentio* con *oportere* preceduta da una *praescriptio* che facesse riferimento al fatto che aveva dato causa alla pretesa dell'attore. L'*actio praescriptis verbis* e le *actiones* pretorie *in factum* con funzione analoga erano volte all'adempimento: perciò i negozi in questione poterono essere qualificati *contractus* in quanto le parti creditrici avevano azione per per essere soddisfatte. Cfr. ancora E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani. 1. Contributi alla teoria classica del negozio giuridico dell'actio praescriptis verbis e della conductio incerti*, Roma 1915, *passim*.

<sup>55</sup> DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto* cit. 129 ss.: *contra* GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática* cit. 167 ss.

Ciò che si è detto a proposito dell'affermazione di Aristone sulla tutelabilità delle *conventiones* atipiche suggerisce che essa trovi fondamento in una prospettiva contrattuale.

Orbene, se il significato di causa fosse quello di *datio*, Aristone sarebbe uscito da tale schema e si sarebbe avvicinato alla *condictio* rivolta alla ripetizione. Al contrario, per giustificare la pretesa all'adempimento della controprestazione occorre porre l'attenzione non sulle singole posizioni dei soggetti, ma sull'obiettivo comune che essi intendono realizzare.

Da quanto detto, appare chiara l'estraneità della *datio* rispetto a questa prospettiva e quindi riduttiva la considerazione di *causa* come *datio*<sup>56</sup>. In ogni caso, qualsiasi sia la posizione assunta rispetto al problema "causa", il significato attribuito da Aristone sembra essere quello di "funzione", scopo giuridicamente rilevante, che il contratto è volto a realizzare.

Il giurista traiano attribuiva in tal modo al segno *causa* un valore innovativo a proposito degli effetti del regime giuridico ad esso connesso: la presenza di una direzione univoca verso un fine unico e comune alle parti, giustificava l'estensione della tutela contrattuale alle convenzioni atipiche e fondava, con ciò, la facoltà di perseguire l'adempimento della controprestazione.

## V.- CAUSA E SINALLAGMA

La costruzione dogmatica alla base del responso di Aristone<sup>57</sup>, con le successive elaborazioni di Mauriciano ed Ulpiano, si profila sufficientemente chiara.

Se di fronte ad un contratto atipico, si richiede il sussistere di una causa, si rileva altresì, sempre in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad. ed.*) il necessario ricorrere del sinallagma: ne deriva il riconoscimento del prodursi degli effetti civili obbligatori.

Dunque, sinallagma e causa sono concetti fondamentali, i quali però non si sovrappongono, ma si integrano.

Mentre il requisito della causa corrisponde all'esigenza che il contratto abbia una funzione riconoscibile, il sinallagma coglie l'aspetto strutturale della fattispecie: con il richiamo al sinallagma, invero, si richiede che esista un rapporto di scambio tra pre-

---

<sup>56</sup> Sulla scorta di tali osservazioni, si possono superare anche le obiezioni sollevate da Guzmán Brito, secondo cui la causa s'identificherebbe con la *causa obligationis*. Orbene, ciò significherebbe sostenere che la causa presenti caratteristiche tali da differire dalla *datio*; con la conseguenza che, *in primis*, la causa si connetta all'obiettivo che s'intende realizzare attraverso il contratto; che, inoltre, si debba supporre che la stessa sia in grado di giustificare uno spostamento patrimoniale ancora da attuarsi. Ciò detto, è chiaro che la causa è "unica", nel senso che essa permane la medesima per entrambi le parti; che, inoltre, occorre considerare la necessità che essa abbia una connotazione "dinamica".

<sup>57</sup> T. DALLA MASSARA, *La causa del contratto nel pensiero di Aristone*, in L. GAROFALO (cur.), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova, 2011, 175.

stazioni – *do ut des, facio ut des*<sup>58</sup> – qualificato dall'avvenuta esecuzione della prima, affinché sia fondata la pretesa diretta ad ottenere la seconda.

Volendo ripercorrere il ragionamento d'Aristone, si dovrebbe fare notare sia l'esistenza di una causa, giudicata funzione meritevole di tutela, sia che tale funzione è l'obiettivo per cui i soggetti si sono impegnati, sia infine che esso si realizza solo se ciascuno esegue la propria prestazione.

Inoltre è assicurata tutela civile alla parte che adempie, purché sussista un vincolo strutturale di scambio che leghi l'una prestazione all'altra: appunto il sinallagma.

Per il giurista traiano, non ogni funzione è idonea ad essere tutelata: in particolare, al di fuori della tipicità, si richiede il sussistere del sinallagma a tutela della funzione di scambio.

Proprio l'idea di scambio rappresenta quindi il punto di contatto tra causa e sinallagma: l'una si trasfonde nell'altro, nel senso che la funzione si realizza attraverso una certa struttura e quest'ultima determina la funzione<sup>59</sup>.

In un sistema dominato dalla tipicità, le cause cui in astratto si riconosce il produrre effetti civilmente tutelati sono tutte quelle edittalmente previste, intendendosi per tipicità edittale, come si accennava sopra, quella consistente nella presenza di un certo numero di formule specificamente riconducibili a singole cause contrattuali in astratto considerate, e quella che ricorre ove vi sia in ogni caso una formula, anche non specifica, in grado di tutelare una causa valutata in astratto (*condictio*).

Altre volte, le fonti ammettono invece l'esistenza di cause anche al di fuori della tipicità edittale, nelle ipotesi di contratto che non trovino tutela nell'editto. In questi casi si parla di tipicità sostanziale, perché cause hanno nella prassi una propria denominazione: è il caso della *permutatio*, come in D. 19.4.2 (Paul. 5 *ad ed.*).

Vero è che il problema della causa fu visto in prospettive non univoche dai giuristi romani.

Alcuni brani, come D. 19.5.2 (Cels. 8 *dig.*), propongono l'idea, sicuramente fondata su dati testuali, che il terreno dogmatico su cui nasce la causa fu quello della *condictio*, in altre parole un'azione personale volta alla ripetizione di quanto dato<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> C. PELLOSO, *Do ut des e do ut facias. Archetipi labeoniani e tutele acontrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d.C.*, in GAROFALO (cur.), *Scambio e gratuità*. cit. 89 ss. Per il diritto moderno circa la tutelabilità dei contratti atipici maggiormente diffusi v. A. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. Dir. Civ.* II (2012), 573 ss.

<sup>59</sup> DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto* cit. 138; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico. Ristampa corretta della II edizione*, Napoli 1994, 126, 170 ss.; G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in *Causa e contratto* cit. 249 ss.; A. BURDESE, *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, in *Atti del II convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano*, 1995. In onore di A. Dell'Oro, Milano 1998, 33 ss.; L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)* Torino 1975, 31; Id., *Lavorare con le regole*, Torino 2009, *passim*; L. LANTELLA - E. STOLFI - M. DEGANELLO, *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, Torino 2007, *passim*.

<sup>60</sup> F. CHAUDET, "Condictio causa data causa non secuta". *Critique historique de l'action en enrichissement illégitime de l'art. 62 al 2 CO*, Lausanne 1973, 75 ss.; CANNATA, *Contratto e causa* cit. 48 ss. (= *Scritti scelti*

Si potrebbe quindi affermare che l'acquisizione concettuale avvenuta al tempo d'Aristone (II sec. d.C.) consistette sostanzialmente nella proposizione in ambito contrattuale di una nozione, quella di causa, che in precedenza era stata usata solo in relazione a trasferimenti patrimoniali di cui era consentita la ripetibilità: utilizzando il linguaggio del Betti, si passa dalla prospettiva della tutelabilità dell'interesse negativo a quella della protezione dell'interesse positivo.

Il ruolo della causa nel sistema della *condictio* riceve conferma da un noto passo, D. 12.5.6 (Ulp. 18 *ad ed.*), nel quale, a detta di Ulpiano, Sabino si sarebbe conformato all'*opinio dei veteres*<sup>61</sup>, secondo i quali ciò che era presso qualcuno *ex iniusta causa*, poteva essere reso oggetto di *condictio*: opinione a cui avrebbe più tardi aderito anche Celso.

Dalla lettura del brano si può evincere che nell'opinione degli antichi giuristi in materia di *condictio*, la *causa* non coincide con la *datio*; per *causa* s'intende il fondamento giustificativo di una certa situazione patrimoniale. Qui si ritrova *causa* nel senso d'interesse: *causa* è la ragione giustificativa della disponibilità di un bene presso un soggetto. L'assenza di questa ragione giustificativa di una certa situazione patrimoniale avrebbe aperto la strada alla proponibilità dalla *condictio*. Stando, ad esempio, a D.12.5.6 (Ulp. 18 *ad ed.*)<sup>62</sup>, bisogna domandarsi se vi è una ragione valida per la quale un soggetto attua, al momento dato, il diritto di tenere la *res* presso di sé; in caso di risposta negativa si esperisce la *condictio*.

Applicata la *condictio* all'ambito contrattuale, la causa non rappresenta più la ragione giustificativa delle attribuzioni patrimoniali, ma viene ad essere la funzione del contratto che sta alla base della pretesa di garantire, dopo l'esecuzione della prima prestazione, l'adempimento della seconda.

Da fondamento della conservazione di una certa situazione patrimoniale, la causa arriva a sanzionare l'azionabilità del contratto atipico; dalla tutela dell'interesse negativo si passa a quella dell'interesse positivo.

Lo spostamento di significato slitta dall'ambito genericamente negoziale a quello eminentemente contrattuale.

I rimedi per l'adempimento sono pertanto due: da un lato la *condictio*, volta alla ripetizione di quanto dato e, dall'altro, l'azione contrattuale tesa all'adempimento, cioè l'*actio civilis incerti*.

Analoghe considerazioni possono formularsi in ordine al concetto di *iusta causa*. Il significato del sintagma è riferibile ad una circostanza oggettiva, nella quale il comportamento del soggetto s'inquadra e dalla quale attinge una giustificazione sia negativa che positiva.

---

cit. 301 ss.); BURDESE, *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma* cit. 333 ss.; A. D'ORS, "Creditum" und "contractus", in ZSS. 74 (1957), 73 ss.

<sup>61</sup> DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto* cit. 246 ss.

<sup>62</sup> D. 12.5.6 (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Perpetuo Sabinus probabit opinionem existimantium id quod ex iniusta causa apud aliquem sit posse condici in qua sententia etiam Celsus est.*

Nel senso negativo esclude la responsabilità dell'interessato verso un altro soggetto, di fronte al quale il comportamento in questione rivestirebbe il carattere di torto o di un'omissione di un onere.

Così ad esempio, in D. 26.7.1.1 (Ulp. 35 *ad ed.*), si presenta il caso del rispetto della regola che fa ricadere sul tutore cessante le conseguenze, pregiudizievoli per il pupillo, di una consapevole inerzia nell'esecuzione della tutela.

Di fronte a questa situazione, si diceva, è data al tutore la possibilità di eccepire una *iusta causa cessationis*, richiamandosi ad una situazione che giustifichi la sua inerzia<sup>63</sup>.

In senso positivo, la *iusta causa* è considerata<sup>64</sup> quale rapporto idoneo a legittimare un dato effetto giuridico, che può essere ostacolato in concreto dal concorso di altre circostanze (senso questo che, secondo il Betti, è il più vicino a quella nozione di causa del negozio poi recepita per effetto della tradizione romanistica nei codici di tipo latino).

Nella *traditio*, negozio causale unilaterale, le parti devono avere come obiettivo un assetto d'interessi idoneo a giustificare in astratto l'acquisto della cosa. Tale composizione d'interessi si chiama con il termine tecnico di *causa traditionis*<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Così in altri passi: D. 46.2.12 (Paul. 31 *ad ad.*); D. 26.7.7 pr. (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 46.3.7 pr. (Ulp. 43 *ad Sab.*); D. 19.2.15.9 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 3.3.45 pr. (Paul. 39 *ad ed.*).

<sup>64</sup> Sull'argomento si sofferma DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto* cit. 344 ss., commentando la definizione di Stefano in *sch. 1 ad. Bas. 11.1.7* (Heimb. I.559; Schelt. BI.188). Cannata circa il commento di Stefano sulla formula dell'azione, traduce: «Dunque io accordo un'azione *incerta*, vale a dire *praescriptis verbis*, la quale reca il fatto nel luogo proprio della *demonstratio*, passa poi ad un'*intentio incerta*, per concludere poi nel modo solito, cioè con l'usuale *condemnatio*», in *Contratto e causa* cit. 310

<sup>65</sup> La tesi della *traditio* come negozio causale è stata affermata da Betti in base al rilievo per cui «la causa è un momento organico della sua struttura ... ed è quindi necessariamente contestuale al trasferimento della "*possessio*". Isolata dalla tradizione e considerata in sé e per sé, la "*iusta causa*" consiste, bensì, in un determinato tipo di rapporto economico sociale (rapporto causale) fra due parti (es.: pagamento di debito, mutuo, donazione, vendita, costituzione di dote etc.) idoneo a giustificare, secondo la valutazione del diritto, la perdita in capo all'una ed il corrispondente acquisto in capo all'altra: rapporto causale che si tratta per l'appunto di attuare con la tradizione. Ma in quanto elemento necessario di questa, la causa è qualcosa di pensato e di voluto attualmente – come scopo pratico tipico del negozio –; e, trattandosi di negozio bilaterale, è uno scopo che dev'essere tenuto presente e voluto concordemente da entrambe le parti all'atto stesso della tradizione»: E. BETTI, *Sul carattere causale della "traditio" classica. A proposito di studi recenti*, Palermo 1934, 117 che in polemica con A. EHRHARDT, *Iusta causa traditionis. Eine untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischen Recht*, Berlin 1930, 128 ss., sulla quale lo studioso italiano afferma: «la tradizione ... in diritto classico, è bensì un negozio causale, ma non già nel senso che essa sia un puro atto materiale, un atto meramente esecutivo di un valido contratto causale, nel quale sarebbe già implicito un "*consensus de domino transferendo*" che sarebbe superfluo innovare allorché si trade: costruzione, codesta, escogitata dallo Ehrhardt ma evidentemente barocca ed estranea al pensiero classico», *ibidem* 117. Sul punto, da ultimo, v. l'accurato volume di S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano 2010, 304 ss. Cfr. M. KASER, *Zur iusta causa traditionis*, in *BIDR.* 64 (1961), 61 ss.; Id., *Das römischen Privatrecht*, P., München 1971, 416 ss.; C.A. CANNATA, "*Traditio*" causale e "*Traditio*" astratta: una precisazione storico-comparatistica, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano 1994, 156, il quale in contrapposizione alla *mancipatio* e alla *in iure cessio*, ritiene la natura causale della *traditio* perché chiaramente affermata in D. 41.1.31 pr. (Paul. 31 *ad ed.*); da ultimo v. R. LAMBERTINI, *In tema di iusta causa traditionis*, in C. CASCIONE – C. MASI DORIA (cur.), *Fides Humanitas Ius. Scritti in onore di Luigi Labruna*, IV, Napoli 2007, 2745 ss.

Nell'*usucapio* si tratta invece di valutare, in ordine all'acquisto, la posizione oggettiva e soggettiva del possessore, cioè di un solo soggetto.

I classici ritennero che, coerentemente all'esigenza di una giustificazione oggettiva del possesso, fosse indispensabile una *iusta causa* effettiva, e non solo un titolo putativo come poi fu nel diritto giustiniano. In questa situazione, *causa* designa il titolo giuridico di un'attribuzione patrimoniale, ne caratterizza le modalità ed i limiti: *causa debendi, fiducia causa, donum cum causa* in D. 50.16.194 (Ulp. 43 *ad ed.*)<sup>66</sup>.

## VI.- CONSIDERAZIONI FINALI

Di recente – come già detto – vi è stato un ripensamento della romanistica sulle antiche posizioni dottrinali, che avevano caratterizzato l'“anticausalismo”.

Una parte della dottrina moderna sostiene che quello di *causa* sia un concetto d'incerto statuto scientifico<sup>67</sup>, nonostante il suo permanere nel diritto europeo attraverso i secoli.

Altrove io ho ritenuto che esso sia un concetto inutile<sup>68</sup>, perché il vaglio della ragionevolezza sulle convenzioni dei privati, al fine di concedere loro tutela, può essere realizzato con l'utilizzazione di diversi parametri normativi ed in particolare quello della liceità che è tra l'altro imposto dall'ordinamento.

Esaminando l'uso giurisprudenziale della *causa*, emerge una diffusa ambiguità: i giudici ne fanno una difforme applicazione nel giudizio, partendo da impostazioni diverse. La selezione della meritevolezza della tutela è impostata su criteri, che solo poi sono rielaborati e sussunti come *causa*.

A Roma la negoziabilità era connotata di strutture tipiche segnate dal sedimentarsi storico di una forma, ragione per cui i *contractus* erano definiti come negozi giuridici a forma tipica, piuttosto che essere ritenuti schemi caratterizzati dalla tipicità della *causa*.

Era diffuso l'uso dei contratti a *causa* multipla attraverso i quali, tramite l'inserimento delle *nuncupationes* delle parti, emergeva l'interesse per il quale le parti sceglievano un *contractus*. Il percorso evolutivo della *causa* non è dunque lineare, subisce una serie di battute d'arresto soprattutto nella stessa giurisprudenza classica. La *causa* diviene rilevante con il consensualismo, dato il valore obbligante della *nuda pactio*.

---

<sup>66</sup> Quest'ultimo brano allude implicitamente alla ripetibilità conseguente al venir meno della *causa* o alla sua inesistenza: *condictio causa data causa non secuta* in D. 12.1.4 (Ulp. 44 *ad Sab.*). Saranno poi i glossatori ad estendere il concetto di *causa*, in funzione positiva, alla nozione di *causa remota* intesa come presupposto oggettivo o scopo ulteriore.

<sup>67</sup> M. BESSONE - E. ROPPO, *Il controllo sociale delle attività private*, Genova 1972, 231 ss.: gli autori in questione avevano riportato oltre cento opinioni diverse sulla *causa*, numero che poi è sicuramente aumentato. Cfr., inoltre, P. MONATERI e R. SACCO, sv. *Contratto in diritto comparato*, in *Dig. (Discipline Privatistiche, Sezione Civile)* IV (1989), 145 ss. Di fondamentale importanza ancora oggi lo studio del già ricordato GORLA, *Il contratto cit. passim*.

<sup>68</sup> PALMA, *Note critiche cit.* 322.



Occorre che vi sia una “causa onesta” per dirla con il Pothier, giungendo poi alla formulazione del Betti della causa come funzione economico sociale<sup>69</sup>.

Le critiche al Betti hanno poi portato ad un superamento della teoria “funzionalista” e ad una riaffermazione della causa come interesse.

Così Bianca<sup>70</sup>, Sacco<sup>71</sup> ed altri per i quali la causa è l'interesse concretamente perseguito dalle parti nella struttura contrattuale scelta, anche se si intravede una certa difficoltà nel comporre l'interesse oggettivo con quello individuale realmente voluto dai contraenti.

La composizione tra la nozione di causa in senso astratto oggettivo e causa in senso concreto individuale è stata attuata separando la causa contrattuale dalla causa riferita al tipo astratto riproponendo così la nozione romanistica di causa come interesse dichiarato a livello di *nuncupatio*, nell'ambito di strutture negoziali astratte (*stipulatio, in iure cessio*) e considerando rilevante la nozione di causa al livello processuale, come *causa petendi*, ragione reale e concreta per la quale viene chiesta ed accordata la tutela giurisdizionale<sup>72</sup>. Tuttavia, non se ne deve trarre la conseguenza di arrivare ad identificare motivi e causa.

Se l'ordinamento concede tutela ad un determinato interesse occorre che questo, benché concreto ed individuale, sia commisurabile a criteri esterni alle parti stesse, e nel contempo conforme al diritto oggettivo (per es. la liceità): invero, la giurisprudenza romana si occupava della causa solo al fine di valutare se gli interessi perseguiti fossero concretamente meritevoli di tutela<sup>73</sup>.

In conclusione, la dottrina ‘anticausalista’ sostiene che nelle fonti romane<sup>74</sup> *causa* significhi prevalentemente accordo avente ad oggetto un qualche affare d'interesse delle parti. Nella moderna teoria generale, in particolare dalla metà del Novecento in poi, causa è un termine giuridico che si è arricchito di nuovi significati, ed in particolare di una valenza ideologica, secondo la quale essa non sarebbe tanto un elemento del contratto, quanto un modo di valutare il rapporto complessivo degli interessi individuali nel contesto degli atti d'autonomia privata ed in relazione all'ordinamento giuridico.

Essa, quindi, si trasforma in un efficace ‘fattore’<sup>75</sup> delle finalità latamente politiche che orientano il diritto privato<sup>76</sup>: più che strumento di selezione dell'autonomia contrattuale, la causa diviene dunque strumento di controllo della stessa.

<sup>69</sup> E. BETTI, sv. *Causa del negozio giuridico*, in *NNDI*, 3 (1959), 32 ss.

<sup>70</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano 1974, (rist. 1987), 419 ss.

<sup>71</sup> R. SACCO, *Il contratto*, Torino 1975, 820 ss.

<sup>72</sup> V. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln - Wien 1970, 8 ss.; P. STEIN, *Regulae iuris*, Edinburgh 1966, 158 ss.

<sup>73</sup> Tra gli altri, GROSSO, sv. *Causa del negozio* cit. 532 ss. (= *Scritti storico giuridici* cit. 684).

<sup>74</sup> Cfr. GIORGIANNI, sv. *Causa* cit. 547 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto* cit. 458 ss.; FERRI, *Causa* cit. 105 ss.; Id., *Tradizione e novità nella disciplina del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.* 84 (1986), 127; G. DATTILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.* 30 (1984), 795 ss.

<sup>75</sup> DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto* cit. 386.

<sup>76</sup> L. RAISER, *Die Aufgabedes Privatrechts*, Kronberg 1977, *passim*; M. GRAZIADEI, *Il compito del diritto privato*, Milano 1990, 215 ss.; E. EICHENHOFER, *L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale*, in *Riv. dir. civ.* 43 (1997), 193 ss.

Nel dibattito che seguì l'entrata del Codice civile, non a caso l'attenzione dei giuristi gravitò sull'art. 1322, in tema di autonomia contrattuale. La norma contenuta nell'articolo citato non menzionava il termine *causa*, tuttavia, al paragrafo 2, consentendo che le parti concludessero contratti atipici, purché realizzanti interessi meritevoli di tutela, sembrava alludere in modo esplicito ad essa. Il riferimento agli interessi che le parti perseguono echeggia peraltro e chiaramente uno dei significati più risalenti del latino *causa*.

In effetti, durante i lavori preparatori del Codice civile del '42 si decise di definire il concetto di *causa* nell'accezione, la cui paternità è consueto attribuire al Betti, di *causa* intesa come “funzione economico sociale”.

Nella prospettiva bettiana l'autonomia contrattuale sarebbe funzionale ad un disegno generale d'utilità sociale ed economica: la selezione in ordine alla meritevolezza della tutela opererebbe quindi sulla base della capacità dei soggetti a realizzare interessi superindividuali.

Il Ferri<sup>77</sup>, criticando sul punto le posizioni del Betti, sosteneva che la *causa* era sì una funzione, ma “economico-individuale”; la *causa* non sarebbe più, così, uno strumento da valutare dall'esterno ma, bensì, dal punto di vista dei privati. Poiché, però, appare ineludibile una valutazione dell'ordinamento giuridico, il Ferri suggeriva come criteri indicativi i valori della Costituzione.

In definitiva, anche la formula “economico-individuale” lascia trasparire una scelta chiaramente ideologica, sia pure non in senso limitativo della libertà dei soggetti.

Per Aristone, invece, la costruzione del concetto di *causa* era sostanzialmente neutro dal punto di vista ideologico.

Alla *causa*, come scopo giuridico che le parti con il contratto volevano perseguire, si collegava il legame sinallagmatico con il quale, sotto il profilo strutturale, s'identificava lo scambio tra una prestazione già eseguita e quella di cui chiedere l'adempimento.

Il vaglio sulla tutelabilità di atti dell'autonomia contrattuale non era impostata alla luce di una scelta ideologica, ma operata in base ad un modello d'utilità economica, ciò anche perché nella Roma dell'età classica vi era un sistema di valori condiviso da una collettività culturalmente piuttosto omogenea: vale a dire che la distribuzione dei sacrifici delle parti secondo un vincolo di scambio, costituiva un archetipo giuridico-economico della cultura romana fin dalle sue origini. Frutto della cultura giuridica moderna è invece l'aver collegato l'operatività della *causa* ad una consapevole riflessione sull'autonomia privata e ciò sulla scorta delle indicazioni dei criteri in base ai quali essa è chiamata a svolgere il proprio ruolo di selezione degli ambiti nei quali i soggetti possono liberamente e lecitamente agire.

---

<sup>77</sup> FERRI, *La causa* cit. 124 ss.