

ANTONIO PALMA

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

1. *Premessa.* – La negozialità romana può, certo suggestivamente, essere definita 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 concetti¹, così profilando quei lineamenti di teoria generale che sono stati dominanti fino alla contemporaneità.

In realtà, come è noto, le fonti romane offrono le linee di un sistema largamente destrutturato, in cui certo 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 costituisce invece 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 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 assunto a parametro generale di regolazione dei rapporti di scambio.

Di qui l'importanza di ogni ulteriore approfondimento della materia negoziale romana, a partire di certo 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.

¹ Il processo storico è tra gli altri nella sintesi di G. HAMZA, *Le développement du droit privé européen*, Budapest, 2005, 20 ss.

Ancora una volta, la potente metafora dell'Angelus novus, che nella visione di Walter Benjamin² vola all'indietro sovrastando le rovine della storia, appare altamente rappresentativa della metodologia che ci appare 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* e le altre figure negoziali possono forse essere unitariamente considerati come figure simboliche³ 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 fronteggiano nello specchio, nel riflesso uguale- diseguale⁴.

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 disvelato⁵, anche se la linguistica decostruzionista ha poi privilegiato la coerenza interna dell'enunciato verbale contro ogni fondazionalismo⁶.

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.

Gli studi, raccolti in questo volume, e di cui sono autori oltre a me stesso amici ed allievi che con me condividono l'interesse per metodi ed oggetti rappresentativi della tematica negoziale, tentano con diversi ap-

² W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia*, tr. it. Torino, 1966, 35 ss., una celebre metafora ispirata da un'acquerello di Paul Klee.

³ Il rinvio è trasparentemente a E. CASSIRER, *Filosofia delle forme simboliche*, tr. it. 1961-1966, *passim*.

⁴ La metafora dello specchio, alla base del mito di Narciso, è centrale nella riflessione di J. LACAN, *Scritti*, tr. it. Torino, 2002.

⁵ Inevitabile il rinvio a F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, tr. it. Bari, 1970.

⁶ Amplessima la bibliografia addensatasi sulle teorie decostruzioniste; di particolare interesse per la riflessione giuridica J.-L. NANCY, *L'imperativo categorico*, tr. it. Nardò, 1982, in part. 43 ss.

procci e risultati, di affrontare aspetti specifici senza pretesa di sistematicità e senza coordinamento metodologico, nella più ampia libertà.

Tuttavia, il volume è rappresentativo di un interesse condiviso e comune a studiosi giovani e meno giovani.

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.

2. *Il problema della causa.* – Non sembra infatti possibile affrontare il tema della negozialità senza effettuare una 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 causa⁷, 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.

Come è noto, nell'esperienza giuridica romana, non fu mai elaborata una teoria generale della causa, ma si studiarono e analizzarono sin-

⁷ Sul tema cfr.: P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 6, 1908, I (ora in *Scritti giuridici vari* III, Torino, 1926); G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti* 3, Torino, 1963. 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.; P. VOGLI, *La dottrina romana del contratto*, Torino, 1946; G. BROGGINI, *Causa e contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparativistica. II Congresso Internazionale ARISTEC*, Palermo, 7, 8 giugno 1995, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 9 ss. Sulla causa nei negozi atipici cfr. per tutti, A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris, 1958; 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*, in *Causa e contratto cit.*, 59 nt. 34.

gole cause negoziali, in un lento, tortuoso e complesso processo di emersione dell'elemento causale.

Con i *contractus*, dominati dalla tipicità, venne a consolidarsi una sistematica imperniata sullo specifico elemento perfezionativo delle diverse tipologie (*verbis, litteris, consensu, re*), 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 parole⁸, questi contratti venivano ad esistere giuridicamente attraverso la tipizzazione di un elemento causale che, al contempo, costituiva un elemento obiettivo, esprime la funzione economico-sociale del contratto stesso, ed altresì era una caratteristica espressione della volontà delle parti. 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”⁹, appare pertanto 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, appare ripercorrere le posizioni maggiormente significative sulla causa del contratto assunte dalla romanistica dalla fine dell'800 in poi.

Negli anni che corrono tra gli ultimi decenni dell'800 e i primi trent'anni del '900, il tema della causa contrattuale fu al centro di un ampio dibattito tra civilisti e romanisti. Studiosi del calibro di Accarias, Pernice, Vangerow, Savigny, Glück, Cuq¹⁰, 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 conseguiti¹¹.

⁸ Cfr. G. GROSSO, sv. *Causa*, cit., 532.

⁹ P. BONFANTE, *Il contratto e la causa* cit., 125.

¹⁰ 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. RA.* 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*, tr. it. a cura di Vittorio Scialoja, III, Torino, 1900, 404 ss.); C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, tr. it. a cura di G. De Marinis, II, Milano, 5119 ss.; É. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains* 2, II, Paris, 444 ss.

¹¹ O. LENEL, *Recensione a O. GRADENWITZ, Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin, 1887, in *ZSS. RA.* 45, 1925, 17 ss.; O. GRADENWITZ, *Interpolationen*

In Italia, se Bonfante¹² affrontava il tema della causa nell'ambito dei contratti innominati, affermando l'identificazione della causa con il negozio, altri¹³ 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 Scialoja¹⁴, le cui idee, come vedremo, sarebbero poi state riprese dal Betti. In quel mentre, in Francia spiccava invece la posizione anti-causalista di Capitant¹⁵, 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 '900¹⁶, 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"¹⁷.

Nel prosieguo del ventesimo secolo, pur con varietà di sfumature, andava consolidandosi l'idea che il termine *causa* nelle fonti giuridiche romane assumesse il significato 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 Betti¹⁸, il quale, prendendo le mosse da uno studio sul *contrahere* in epoca classica, nel quale alla *causa* era attribuito il significato di *conventio*, proponeva¹⁹ la celebre definizione della

cit., 123 ss.; F. KNIEP, *Präscriptio und pactum*, Jena, 1891; 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 législ. et de la jurispr.*, 36, 1912, 481 ss.; A. AUDIBERT, *Sur les différents noms de l'actio praescriptis verbis*, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit roman*, 8^a ed. a cura di F. Senn, Paris, 1929, 484 ss.

¹² P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* 10, Torino, 1946, 449 ss.

¹³ G. VENEZIAN, *La causa nei contratti*, Roma, 1892, in *Causa e "consideration"*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Padova, 1984, 27 ss.

¹⁴ V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella r. Università di Roma nell'anno accademico 1892-93 raccolto dai dottori Mapei e Giannini*, Roma, 1893 (rist. 1933) 89 ss.

¹⁵ H. CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs)*, 2, Paris, 1924, 17 ss.

¹⁶ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, 3, Torino, 1963, 184 ss.

¹⁷ G. GROSSO, sv. *Causa cit.*, 532 ss.

¹⁸ E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in *BIDR.* 28, 1915, 3 ss.

¹⁹ E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, 2, Padova, 1942, 100 ss.

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 '60, 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 si identifica nella funzione materiale concordata tra le parti²⁰.

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 genuini²¹.

Per Santoro, combinando le due celebri definizioni di Labeone ed Aristone, contenute in D. 50.16.19 e D. 2.14.7.2, la causa sarebbe lo scopo negoziale: in particolare, quella citata da Aristone andrebbe cercata nella funzione realizzata dal negozio. Secondo Burdese²² 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. Per Mac Cormack²³, 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 Gallo²⁴ 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: l'azionabilità della pretesa, condizionata all'avvenuta prestazione, troverebbe il suo fondamento nel sinallagma quale principio di riequilibrio delle posizioni delle parti.

²⁰ Così WUNNER, con riferimento al *contractus*; BENHÖR, al sinallagma; WOLF, alla *stipulatio*; J.G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970, 24 ss.

²¹ 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.

²² A. BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone (a proposito del volume di Raimondo Santoro)*, in SDHI. 51, 1985, 458 ss.

²³ G. MAC CORMACK, *Contractual Theory and the innominate Contracts*, in SDHI. 51, 1985, 131 ss.

²⁴ F. GALLO, *L'eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, 1988, 15 ss.; F. GALLO, *"Synallagma" e "conventio" nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino, 1992; F. GALLO, *"Agere prae-scriptis verbis" e editto alla luce di testimonianze celsine*, in *Labeo*, 44, 1998, 7 ss.

Per il Sargenti²⁵ 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 Cannata²⁶, a sua volta, ritiene che la giurisprudenza classica avrebbe riconosciuto nella pienezza dei suoi effetti civili lo schema obbligatorio voluto dalle parti. Secondo Schiavone²⁷, 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 Mantello²⁸ che la causa debba intendersi quale scopo negoziale sostanziato da una concreta dazione diretta alla controprestazione; secondo il parere del Tondo²⁹, per Aristone la causa esisterebbe solo in presenza dell'esecuzione di una prestazione qualificata dallo scopo di una controprestazione.

Il Guzmán Brito, più di recente³⁰, 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 osservazione³¹, 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 polsemia del segno “causa”, il cui ambito semantico corrispondeva probabilmente a quello del greco *αἰτία*.

²⁵ M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 38, 1987, 25 ss.

²⁶ C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 35 ss.

²⁷ A. SCHAVONE, *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.

²⁸ A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, 83 ss.; A. MANTELLO, “*Le classi nominali*” per i giuristi romani. Il caso d'Ulpiano, in *SDHI*. 61, 1995, 2117 ss.

²⁹ S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica edittale per i “pacta conventa”*, in *SDHI*. 64, 1998, 441 ss.

³⁰ 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.

³¹ A. PALMA, *Note critiche sul concetto di “causa”*, in *Roma e America* cit., 322 ss.

Secondo il Georgescu³², 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”. Il Miniconi³³, 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”³⁴, 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 Cicerone³⁵: ... *causam appellant rem positam in disceptationem reorum et controversia*. 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 Santoro³⁶, 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

³² V. GEORGESCU, *Le mot cit.*, 134 ss., 235 ss.

³³ J.P. MINICONI, “*Causa*”, *et ses dérivés. Contribution à l’étude historique du vocabulaire latin*, Paris, 1951, 121 ss. Secondo questo A. la parola non sarebbe indoeuropea ma di origine etrusca: cfr. ID., cit., 26.

³⁴ Da ultimo, in tal senso, T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazioni di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 46 ss.

³⁵ Cic., *Orat.* 2.19.78.

³⁶ 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 QUIRITUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM ETC...*

in senso di efficiente sia nel senso di valore modale (causa come condizione).³⁷

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. Vi è poi il significato di condizione³⁸ con riferimento ai modi attraverso i quali un fatto produce i suoi effetti; parallelamente, si profila in maniera sensibile il significato di processo³⁹, 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*)⁴⁰.

3. *Le origini del concetto.* – Secondo qualche autore⁴¹ vi sarebbe, oltre ad un secondo livello di polisemia ristretto al linguaggio tecnico (basta 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.

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

³⁷ In Isidoro si trovano le accezioni di causa nei suoi vari aspetti: cfr. Is. Or. 18.15.2. La fantasiosa derivazione da *casus* (*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.

³⁸ H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1926, sv. *Causa*, 60, sub 3.

³⁹ P.J. MINICONI, *Causa cit.*, 152 ss.; V. GEORGESCU, *Le mot cit.*, 210 ss.; E. DE RUGIERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, II, Roma, 1900, parte I, sv. *Causa*, 147 ss.

⁴⁰ Cfr. in particolare E. BETTI, sv. *Causa*, cit., 31, 148 ss.

⁴¹ T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 63 ss.

in hoc: dedi tibi Stichum, ut Phampilum manumittas: manumisisti evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a pretore dandam: ille ait civilem incerti actiones id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum quod Aristo σύνάλλάγμα 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 è D. 2.14.1 pr.-4 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Huius edictia equitas naturalis est...1. Pactum autem a pactio 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...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 conventionem 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 controversia⁴².

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 "eleganter", come dice Ulpiano, che non esiste contratto od

⁴² Sul punto, cfr. l'interessante lavoro di F. FASOLINO, *Il fenomeno transattivo nell'esperienza giuridica romana*, Salerno, 2007, in part. 179 ss.

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 delle 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 discussa⁴³, 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 proces-

⁴³ Sulla genuinità del testo, cfr. T. DALLA MASSARA, *op. cit.*, 77, con bibliografia aggiornata. Cfr. anche, H.P. BENÖHR, *Dassogenannte Synallagma* cit., 14; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra "conventio e stipulatio" fino a Labeone*, in "Contractus" e "Pactum". *Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*. Atti Copanello, 1990, 101, n. 254; F. GALLO, *Synallagma*, II, cit. 94.

suale: 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. 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 editale⁴⁴, 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 Ulpiano⁴⁵ la *stipulatio* rappresentava senza dubbio una figura contrattuale: in D. 2.14.1.3. 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: 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, 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.

⁴⁴ A. BURDESE, *Considerazioni preliminari allo studio del diritto romano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, IV, Milano, 1956, 350.

⁴⁵ Cfr. DALLA MASSARA, *op. cit.* 88; A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione, contratto, in diritto romano*, in *Sen. Compl.*, 5, 1993, 64.

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*. 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.

4. *Il dibattito giurisprudenziale.* – Come si è visto, in D. 2.14.7.2.1, 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 “*eleganter*”⁴⁶ a denotare il *responsum* d'Aristone, come in D. 2.14.1.3 aveva qualificato la celebre citazione di Pedio, secondo cui, non vi è contratto senza *conventio*. La scelta di quest'aggettivo, che come 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

⁴⁶ 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.

pr.-2 (Ulp. 4 ad. ed.): *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt quaedam exceptiones. 1. Quae pariunt actiones in suo nomine non stant sed transeunt in proprium nomen contractus ut emptio venditio, locatio conductio, et ceteri similes contractus. 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsittamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias hoc σύνάλλάγμα esse et hinc nasci civilem obligationem et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Phampilum manumittas: manumisisti evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a pretore dandam: ille ait civilem incerti actiones id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum quod Aristo σύνάλλάγμα 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*⁴⁷. 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, 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 re-

⁴⁷ Sulla natura dell'*actio praescriptis verbis* cfr., tra gli altri, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 1994, II ed., Palermo, 503 ss. L'A. 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.

quisito materiale della *datio*, deve presupporre quello spirituale della *conventio*. Con questo, secondo Dalla Massara⁴⁸, 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. 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*⁴⁹.

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 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.

5. *Causa e sinallagma*. – La costruzione dogmatica alla base del responso di Aristone, 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

⁴⁸ T. DALLA MASSARA, *op. cit.*, 129 ss.: *contra* A. GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, 167 ss.

⁴⁹ 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".

D. 2.14.7.2 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 prestazioni (*do ut des, facio ut des*) 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 funzione⁵⁰.

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

⁵⁰ T. DALLA MASSARA, *op. cit.*, 138; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico. Ri-stampa corretta della II edizione*, a cura di G. Crifò, 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.

queste 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 dato⁵¹. 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*⁵², 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.12.5.6⁵³, 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

⁵¹ 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.; C.A. CANNATA, *Contratto cit.*, 48 ss.; A. BURDESE, *Divagazioni cit.*, 333 ss.; A. D'ORS, "Creditum" "und contractus", in *ZSS. RA.*, 74, 1957, 73 ss.

⁵² T. DALLA MASSARA, *op. cit.*, 246 ss.

⁵³ 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.*

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. 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, 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 inerzia⁵⁴.

In senso positivo, la *iusta causa* è considerata⁵⁵ 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*.

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 pa-

⁵⁴ Così in altri passi: D. 46.2.12; D. 26.7.7 pr.; D. 46.3.7 pr.; D. 19.2.15.9; D. 3.3.45 pr.

⁵⁵ Sull'argomento si sofferma DALLA MASSARA, *op. cit.*, 344 ss., commentando la definizione di Stefano in *sch. 1 ad. Bas.* 11.

trimoniaie, ne caratterizza le modalità ed i limiti: *causa debendi, fiduciaie causa, donum cum causa* in D. 50.16.194 (Ulp. 43 *ad ed.*)⁵⁶.

5. *Considerazioni finali.* – Di recente, come già prima 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 scientifico⁵⁷, nonostante il suo permanere nel diritto europeo attraverso i secoli. Altrove io ho ritenuto che esso sia un concetto inutile⁵⁸, 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 negozialità 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*. Occorre che vi sia una “causa onesta” per dirla

⁵⁶ 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.

⁵⁷ M. BESSONE ed E. ROPPO, in *Il controllo sociale delle attività private*, a cura di G. AMATO, S. CASSESE, S. RODOTÀ, 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. it.*, IV, *Disc. Priv.*, IV, Torino, 1989, 145 ss. Di fondamentale importanza ancora oggi lo studio di G. GORLA, *Il contratto* (2 voll.), Milano, 1954.

⁵⁸ A. PALMA, *Note critiche cit.*, 322.

con il Pothier⁵⁹, giungendo poi alla formulazione del Betti della causa come funzione economico sociale⁶⁰.

Le critiche al Betti hanno poi portato ad un superamento della teoria “funzionalista” e ad una riaffermazione della causa come interesse. Così Bianca⁶¹, Sacco⁶² 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 giurisdizionale⁶³.

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 tutela⁶⁴.

In conclusione, la dottrina “anticausalista” sostiene che nelle fonti romane⁶⁵ *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

⁵⁹ Sul pensiero di Pothier cfr., tra la vasta bibliografia: A. GAZZANIGA, *Domat et Pothier: le contrat à la fin de l’Ancien Règime*, in *Droits*, 12, *Le contrat*, Paris, 1990, 39 ss.

⁶⁰ E. BETTI, sv. *Causa del negozio giuridico*, in *NNDI*, 3, Torino, 1959, 32 ss.

⁶¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1974, rist. 1987, 419 ss.

⁶² R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, 820 ss.

⁶³ V. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln-Wien, 1970, 8 ss.; P. STEIN, *Regulae iuris*, Edinburgh, 1966, 158 ss.

⁶⁴ Tra gli altri, G. GROSSO, sv. *Causa del negozio cit.*, in *ED*, VI, Milano, 1960, 532 ss.

⁶⁵ Cfr. M. GIORGIANNI, sv. *Causa*, cit., 567; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto cit.*, 458 ss.; G.B. FERRI, *Causa cit.*, 105 ss.; G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 84, 1986, 127; G. DATTOLO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 30, 1984, 795 ss.

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"⁶⁶ delle finalità latamente politiche che orientano il diritto privato⁶⁷: più che strumento di selezione dell'autonomia contrattuale, la causa diviene dunque strumento di controllo della stessa.

Nel dibattito che seguì l'entrata del Codice, 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 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 Ferri⁶⁸, criticando sul punto le posizioni del Betti, sosteneva che la causa era sì una funzione, ma "economico-individuale". La causa non sarebbe più uno strumento da valutare dall'esterno, ma dal punto di vista dei privati. Ma poiché 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'autono-

⁶⁶ T. DALLA MASSARA, *op. cit.*, 386.

⁶⁷ L. RAISER, *Die Aufgabedes Privatrechts*, Kronberg, 1977 tr. it., 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, I, 193 ss.

⁶⁸ G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in *Causa e contratto cit.*, 124 ss.

mia 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.