

Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato

Obbligazioni e diritti reali

Riccardo Cardilli Cosimo Cascione
Maria Floriana Cursi Roberto Fiori
Paola Lambrini Carla Masi Doria
Maria Salazar Revuelta Gianni Santucci

prefazione di
Luigi Capogrossi Colognesi

Estratto

Jovene Editore
2003

ROBERTO FIORI

IL PROBLEMA DELL'OGGETTO DEL CONTRATTO NELLA TRADIZIONE CIVILISTICA

1. *Le interpretazioni della dottrina civilistica italiana.*

La nozione di 'oggetto del contratto' nel diritto civile italiano è notoriamente assai discussa.

La ragione delle incertezze risiede nell'ambiguità del dettato codicistico, che in materia contrattuale utilizza l'espressione 'oggetto' per esprimere a volte la prestazione¹, altre il bene economico²; che ripete la medesima ambiguità quando parla di 'oggetto dell'obbligazione'³; e che complica ulteriormente il quadro utilizzando la nozione di 'oggetto della prestazione' per indicare a volte un bene, altre un fatto⁴.

¹ Alla nozione di prestazione parrebbe innanzitutto riconducibile il complesso degli artt. 1325, 1346-1349 (cui, dato il rinvio, può affiancarsi anche l'art. 1418). Se infatti nulla può desumersi direttamente dagli artt. 1325 e 1346, il loro confronto con i restanti articoli è a mio avviso abbastanza illuminante: l'art. 1346 parla di «oggetto possibile», ed il 1347 di «possibilità sopravvenuta dell'oggetto» e di «prestazione inizialmente impossibile» divenuta possibile; l'art. 1348 di «prestazione di cose future»; l'art. 1349 di «determinazione dell'oggetto», identificandola con la «determinazione della prestazione». Ma la nozione ricorre in molti articoli relativi a contratti specifici, talora espressamente (artt. 1469*bis*, ma cfr. il co. 4; 1568; 1677), talaltra indirettamente (art. 1378, contratto di trasporto: «trasferimento di cose determinate solo nel genere»; art. 1615, affitto: «godimento di una cosa produttiva»; art. 1722, mandato: «compimento di atti»; art. 1731, commissione: «l'acquisto o la vendita di beni»).

² Artt. 1416, 1469*bis* co. 4, 1469*ter*, 1472, 1474, 1516, 1518, 1524, 1529, 1531, 1567, 1625, 1627, 1647, 1782.

³ Prestazione: artt. 1174, 1178, 1282, 1288. Beni: artt. 1182, 1209, 1224, 1243.

⁴ Bene: artt. 1221, 1257, 1259, 1316. Fatto: art. 1316. L'espressione è utilizzata senza specificazioni all'art. 1429.

Nell'interpretazione di questi dati, alcuni studiosi si sono indirizzati senz'altro verso la nozione di 'bene'⁵ – anche se talora inteso in senso lato, come «punto di riferimento oggettivo (ad esempio, la cosa e il prezzo, nella vendita)», dell'interesse o dell'utilità delle parti⁶. Ma alla teoria sono state poste diverse obiezioni. Innanzitutto, che in taluni casi non è ravvisabile nel contratto alcun bene, ma solo diritti e rapporti, cosicché in queste ipotesi il contratto sarebbe nullo per assenza di uno dei suoi elementi essenziali. E che altre volte – anche quando nel contratto è prevista una 'cosa', come ad esempio nella compravendita – il codice indica come oggetto non il bene, ma il trasferimento dei diritti, cosicché si sarebbe costretti a distinguere tra un 'oggetto immediato' (il trasferimento del diritto) e un 'oggetto mediato' del contratto (il bene oggetto di trasferimento)⁷, sostanzialmente vanificando la coincidenza assoluta con il 'bene'. Infine, si è rilevato che l'identificazione con il bene non potrebbe spiegare l'esigenza normativa della 'liceità' dell'oggetto⁸.

Altri hanno preferito pensare alla 'prestazione'⁹. A quest'altra prospettiva è stato tuttavia opposto che nel nostro ordinamento esi-

⁵ L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. (ma 1948), 625; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, Roma, 1951, 146 (ma cfr. già, nell'imperio del vecchio codice, ID., *Appunti sulle obbligazioni*, in «Riv. dir. comm.», 1915, I, 528 ss.; ID., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale*, II, Padova, 1928, 219 ss.); M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, 63; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*³, Milano, 1952, 98 ss.; ID., *Contratto*, in «ED», IX, Milano, 1961, 836 ss.; ID., *Il contratto in genere* (Trattato Cicu-Messineo), I, Milano, 1968, 138 s.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*¹², Padova, 1960, 479 nt. 1; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 14 ss.; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*⁷, Napoli, 1987, 331; F. GALLAGNO, *Il negozio giuridico* (Trattato Cicu-Messineo), Milano, 1988, 103 ss.

⁶ G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 152 ss.; ID., *Capacità e oggetto nel negozio giuridico*, in «Quadrimestre», 1989, 11 s.

⁷ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*², Torino, 1967, 174; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, 126 ss.; G. FURGUELE, *Vendita di 'cosa futura' e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, 135; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto* (Comm. Schlesinger), Milano, 2001, 15.

⁸ G. DE NOVA, *L'oggetto del 'contratto di informatica': considerazioni di metodo*, in «Dir. inf.» 1986, 804, seguito da G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, 148.

⁹ Cfr. per tutti S. PIRAS, *Osservazioni in materia di teoria generale del contratto*. I. *La struttura*, Milano, 1952, 75; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano,

stono contratti a effetti reali, nei quali si può parlare di prestazione solo ampliando quest'ultima nozione al punto da farvi rientrare anche il trasferimento di diritti – al punto, cioè, da farle perdere ogni caratterizzazione peculiare¹⁰.

Accanto a queste letture, si colloca una dottrina secondo la quale con il termine 'oggetto' dovrebbe indicarsi non un alcunché del mondo naturale, ma la sua rappresentazione ideale, costituendo la realtà solo un termine 'esterno' del negozio, attratto all'«interno» dello stesso dalla previsione volitiva delle parti o dall'ordinamento¹¹. La proposta risponde certo ad un'esigenza di maggiore pulizia concet-

1966, 33 ss.; ID., *I contratti*, Torino, 1990, 111 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*², cit., 151 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale* (artt. 1321-1352) (Comm. Scialoja-Branca), Bologna-Roma, 1970, 351; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in «ED», XIX, Milano, 1979, 180 s.; R. SACCO, *Il contenuto*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, X (*Obbligazioni e contratti*, 2), Torino, 1982, 247; C. A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, IX (*Obbligazioni e contratti*, 1), Torino, 1984, 35; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 104; ID., *Diritto civile e commerciale*, II.1³, Padova, 1999, 211 ss. Cfr. anche, nella vigenza del vecchio codice, E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*. I. *Dei contratti in generale*, Padova, 1931, 27 (posizione poi mantenuta in ID., *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1950, 338); F. FERRARA Sr., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, 98, che identifica l'oggetto (con il contenuto e) con la prestazione.

¹⁰ IRTI, *Disposizione testamentaria*, cit., 127 s.; FURGIUELE, *Vendita di 'cosa futura'*, cit., 138 s. (con il rilievo che questa teoria, essendo nata e sviluppata sotto l'impero del vecchio codice civile, risentiva di «un clima culturale in cui la nozione di contratto, nonostante i progressi a livello definitorio, in definitiva non risultava a tal punto articolata da recepire integralmente l'ampliamento operato dall'attribuzione di efficacia reale al consenso nei contratti traslativi di proprietà o di altri diritti reali»); DE NOVA, *L'oggetto del 'contratto di informatica'*, cit., 804; GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 148; GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., 18.

¹¹ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 301 ss. (rappresentazione del bene); G. OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1948, 82 ss.; N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in «NNDI», XI, Torino, 1965, 803 ss. ('oggetto del negozio' come contenuto della volizione che designa un *quid* del mondo naturale, esterno al negozio); ID., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., 137 ss. (il bene è inteso come «paradigma dei termini esterni»); P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*. I. *La compravendita di 'cosa futura'*, Napoli, 1962, 60 ss., spec. 67 («possibilità della prestazione»); F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, 145 ss., spec. 155 («descrittiva della prestazione»); GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., 28 ss.

tuale, perché è chiaro che, essendo il contratto una realtà ideale, in esso non potrà mai entrare la *res* materialmente intesa, ma solo la sua rappresentazione. E tuttavia anche questa impostazione pone una serie di problemi. Innanzitutto, posta la scelta della maggioranza dei suoi fautori di identificare il termine esterno con la cosa o la prestazione¹², ci si potrebbe chiedere se la teoria in discorso non si limiti, sul piano giuridico, a spostare la questione: se infatti 'oggetto del contratto' è la rappresentazione del 'termine esterno', quest'ultimo deve essere identificato con il bene o la prestazione? In secondo luogo, si potrebbe ritenere che, in sede di giudizio di validità, i requisiti dell'esistenza e della possibilità debbano riferirsi all'"oggetto" (ossia alla rappresentazione) e non al 'termine esterno', rispetto al quale rileverebbero solo in termini di efficacia¹³. Ciò non solo porterebbe ad ammettere la validità di un contratto nel quale sia rappresentato un termine esterno inesistente o impossibile¹⁴, ma più in generale determinerebbe la sostanziale impossibilità di un negozio invalido. Questo perché, nell'impostazione 'volontaristica' – in cui la rappresentazione si esaurisce nella volontà delle parti – sarebbe sufficiente l'esistenza della previsione volitiva per dare validità al negozio¹⁵. E nella prospettiva 'normativistica' – secondo la quale la volontà è mera «predisposizione di alcunché all'effetto giuridico»¹⁶ – non rileverebbe né la mancata corrispondenza tra assetto fattuale (che è esterno al negozio, e come si è detto rileva solo sul piano dell'efficacia) e modello nor-

¹² Cfr. nt. prec.

¹³ IRTI, *Disposizione testamentaria*, cit., 136 e 140. Diversa era la posizione di questo a. in Id., *Oggetto del negozio giuridico*, cit., 805 s., in cui i requisiti dell'illiceità e dell'impossibilità erano riferiti direttamente al termine esterno, provocando la nullità del negozio.

¹⁴ GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 158.

¹⁵ Ed infatti OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, cit., 82, afferma che «il destinatario e l'oggetto non si riducono alla previsione volitiva, e quindi alla volontà, ma sono termini di riferimento oggettivo della volontà, della quale costituiscono l'oggetto appunto come qualcosa che ha, e deve avere, esistenza oggettiva fuori di essa. In caso contrario la previsione è irrilevante ed al contenuto della volontà fa difetto un elemento essenziale». Con il che però – come è stato esattamente notato – si esce dalla prospettiva della rappresentazione e si rientra in quella della realtà (così FURIGUELE, *Vendita di 'cosa futura'*, cit., 137).

¹⁶ IRTI, *Disposizione testamentaria*, cit., 136.

mativo; né tra quest'ultimo e la volontà delle parti (che si ritiene non incidere né sull'assetto fattuale, se non come concreta azione, né sulla sua 'veste' giuridica, che discende dall'ordinamento). Peraltro, non mi parrebbe possibile uscire dall'*impasse* riferendo le condizioni della possibilità e dell'esistenza al termine esterno, inteso non come 'elemento', ma come 'presupposto' necessario del contratto¹⁷. Infatti, così facendo, ci si troverebbe dinanzi al dilemma di ritenere che il dettato del codice sia ancora più ambiguo di quanto normalmente si presume, essendosi il legislatore riferito alla 'rappresentazione' quando parla degli elementi essenziali del contratto (art. 1325) e al 'termine esterno' quando ne fissa le condizioni (art. 1346); oppure di ammettere che la mediazione dell'oggetto-rappresentazione sia inutile, e che in entrambi i casi il legislatore si riferisca all'oggetto-realtà.

Poste simili basi di partenza, alcuni autori sono stati indotti a svincolarsi dall'alternativa bene / prestazione e – talora percorrendo strade già tracciate nella vigenza del vecchio codice – a identificare l'oggetto del contratto con il trasferimento di diritti (contratti a effetti reali) o con il vincolo obbligatorio (contratti a effetti obbligatori: eventualmente distinguendo, anche in questo caso, tra 'oggetto immediato' del contratto, identificato con l'obbligazione, e 'oggetto mediato', coincidente con la prestazione), intesi come il risultato voluto dalle parti, con l'intero programma contrattuale – in una parola, con quello che normalmente viene chiamato il suo 'contenuto'¹⁸. Tuttavia,

¹⁷ FURGUELE, *Vendita di 'cosa futura'*, cit., 158: «il presupposto consiste in un'entità dalla cui esistenza dipende la possibilità stessa che si realizzi una situazione successiva» (ma cfr., sostanzialmente, già IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, cit., 805 s.).

¹⁸ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. III. *Fonti delle obbligazioni. Contratti*, Firenze, 1877, 304 ss.; G. PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1933, 93, seguiti da G. OSTI, *Contratto*, in «NNDI», IV, Torino, 1959, 503 s.; F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in «Riv. dir. civ.», 1963, I, 365 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 352 s.; ID., *Contratti in generale*³, Milano, 1972 (rist. 1980), 133 s.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*. III. *Il contratto*, Milano, 1987 (rist.), 316 ss.; R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, 17 ss. A questi autori si potrebbe forse aggiungere GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 148 ss., che critica la ricerca di una definizione 'di essenza' della nozione, propendendo per una definizione 'stipulativa', cioè una valutazione del caso concreto ed una conseguente scelta dogmatica, che si muoverebbe nell'ambito dell'intero spettro di possibilità of-

anche questa ricostruzione può dar luogo a critiche. Se infatti si identifica l'oggetto con il contenuto, e quest'ultimo con l'insieme dei requisiti essenziali e accidentali del negozio¹⁹, si è costretti a far coincidere una 'parte' del contratto – qual è l'oggetto così come definito dagli artt. 1346 ss. c.c. – con il 'tutto'²⁰. E il quadro non cambia se si assume il contenuto come una 'parte' del contratto²¹, ad esempio identificandolo con la prestazione, perché allora si ripropongono tutti i problemi sopra discussi rispetto all'oggetto²².

Si sarebbe tentati, in un quadro del genere, di pervenire a conclusioni radicali, ossia all'inutilizzabilità di una nozione tanto ambigua e contraddittoria. È questa, notoriamente, la posizione assunta da Gino Gorla²³ ed accolta – a quanto parrebbe – dai principi del-

ferte dal contenuto del contratto: una proposta interessante e originale, che però potrebbe apparire estrema, mettendo in crisi un'unità concettuale cui parrebbe invece tendere – almeno come aspirazione – il legislatore.

¹⁹ CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 181 ss.; cfr. anche E. ROPPO, *Contratto*, in «Digesto⁴» (sez. civ.), IV, Torino, 1989, 111. Questa impostazione può condurre ad esiti che mi parrebbero contraddittori: così il CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., 150 s., definisce il contenuto come «il contratto stesso», ma nel contempo come «l'id su cui cade e si forma il consenso», nel quale confluirebbero «tutti i profili, essenziali e non, della fattispecie che le parti rappresentano»; in altre parole, l'a. afferma l'identità del contenuto con il contratto, ma poi ritiene che il requisito della volontà sia estraneo al contenuto, quando invece sia la vicenda storica degli *essentialia* (su cui cfr. *infra*), sia il dato codicistico (art. 1325 n. 1 c.c.it. 1942) includono la volontà all'interno del contratto.

²⁰ Mi sembra sia questa, sostanzialmente, la critica di IRTI, *Disposizione testamentaria*, cit., 129.

²¹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 80 s.

²² L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F. D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile*. III. *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 17 ss.

²³ Cfr. G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in «Jus», IV, 1953, 289 ss. (303: la nozione è «una delle manifestazioni dello spirito sistematico e 'logico' della civil law»); cfr. anche, adesivamente, K. ZWIEGERT - H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. II. *Institutionen*, Tübingen, 1984 = *Introduzione al diritto comparato*. II. *Istituti*, Milano, 1995, 9, e A. BARENGHI, *L'oggetto del contratto*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, Padova, 1997, 604 ss., spec. 606. La critica al concetto portata avanti da G. HARTMANN, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, spec. 20 ss., 159 ss., che considerava inutile la categoria (identificata con la 'Leistung') intendendo sostituirla la nozione di 'scopo', si indirizzava chiaramente in senso diverso (per una sua discussione, cfr. per tutti L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in «Jus», III, 1952, *passim*).

l'Unidroit e dal progetto di codice europeo dei contratti²⁴. Ma una tale prospettiva, per quanto fondata su premesse condivisibili e su una valutazione critica certo non immotivata del modo di lavorare del giurista continentale, si scontra con l'uso diffuso e ormai imprescindibile della categoria 'oggetto' (non solo del contratto) nel ragionamento giuridico. Un uso che, in realtà, va molto al di là della formula codicistica, ma investe l'intera *forma mentis* del giurista di *civil law*, ossia un atteggiamento culturale che non si deve accettare acriticamente, ma che – se non, forse, sulla lunga durata – non si può sradicare o eludere neanche con la più perfetta analisi. In questo senso, l'interprete può solo tentare di capire cosa sia successo e chiarire al meglio le aporie del sistema²⁵: un esame che a mio avviso deve partire dallo studio dei meccanismi storico-dogmatici che hanno dato vita alla nozione.

²⁴ Cfr. UNIDROIT, *Principi dei contratti commerciali internazionali*, Roma, 1994, 114 ss. (artt. 5.1 ss.), in cui si preferisce parlare di 'contenuto', inteso in senso piuttosto lato: cfr., al riguardo, G. ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, in G. ALPA - M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, III, Torino 1999, 1984 ss.; G. ALPA - R. MARTINI, *Oggetto e contenuto*, in M. BESSONE (dir.), *Trattato di diritto privato*. XIII. *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, 350 ss. nonché, sull'impatto di questa nozione sui sistemi giuridici legati alla nozione di 'oggetto' del contratto e del negozio giuridico (e in particolare sul sistema latinoamericano), A. GARRO, *El 'contenido' del contrato bajo los principios de Unidroit aplicables a los contratos comerciales internacionales: su impacto en el 'Mercosur'*, in M. J. BONELL - S. SCHIPANI, *Principi per i contratti commerciali internazionali' e il sistema giuridico latinoamericano* (Atti Roma, 1993), Padova, 1996, 169 ss. e spec. 181 ss. Negli studi preparatori al codice europeo dei contratti, l'oggetto del contratto è ricompreso tra i «main concepts used in the different legal systems which obstruct the harmonisation of contract law», ed è definito come «a mishmash of various issues»: la proposta è di sostituirlo con una nozione, alquanto lata, di 'contenuto' (M. E. STORME, *The Validity and the Content of Contracts*, in A. S. HARTKAMP - M. W. HESSELINK - E. H. HONDIUS - C. E. DU PERRON - J. B. M. VRANKEN [ed.], *Towards a European Civil Code*, Dordrecht-Boston-London, 1996, 162 ss., che cita Gorla e Zweigert - Kötz [*ibid.*, 165 nt. 12]; cfr. anche O. LANDO - H. BEALE [ed.], *The Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, Dordrecht-Boston-London, 1995, 71 nt. 1); cfr. ancora ALPA - MARTINI, *Oggetto e contenuto*, cit., 348 ss.

²⁵ Come avvertiva, più di un secolo fa, già B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandectenrechts*, II⁸, Frankfurt am Main, 1900, 11 s. nt. 1 = *Diritto delle Pandette*, II, Torino, 1925, 8 s. nt. 1 (§ 252): cfr. *infra*, nt. 227.

2. *La struttura del contratto nella prospettiva dei giuristi romani ed i suoi presupposti culturali.*

Benché sia spesso utilizzata dai romanisti, il diritto romano non conosce la nozione di 'oggetto del contratto'. E ciò non nel senso che essa non sia stata esplicitamente utilizzata dai *prudentes*, ma fosse comunque «latente» – per usare l'espressione di Emilio Betti²⁶ – nelle loro elaborazioni²⁷. Al contrario, per il suo uso e la sua nascita mancavano, nel diritto romano, tutte le premesse.

Si trovano, è vero, passi in cui si afferma che – ad esempio – non può esistere una compravendita che non abbia *res* o *pretium* (o *conventio*)²⁸. Ma con ciò i giuristi romani non intendono affatto sostenere che il contratto difetti di un elemento essenziale, bensì unicamente che senza questi due elementi le rispettive obbligazioni dell'*emptio venditio* sarebbero impossibili. I *prudentes*, infatti, non guardano al 'contratto' come a una realtà ipostatizzata composta di 'elementi', ma considerano il *contrahere* semplicemente come uno dei modi in cui può nascere l'obbligazione.

La prospettiva che identifica il contratto romano con l'accordo di volontà, portata avanti agli inizi del Novecento soprattutto da Salvatore Riccobono²⁹ e che ha riacquisito un notevole seguito in anni

²⁶ E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in «AG», XCIX, 1928 = *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, Milano, 1991, 67.

²⁷ Come ad es. parrebbe ritenere A. GUARINO, *La multiforme locatio conductio*, in «Iura», L, 1999, 3 s., secondo il quale mancherebbe nelle fonti romane una «teorizzazione esplicita» della teoria dell'oggetto del contratto, ma solo perché i giuristi romani l'avrebbero trovata tanto ovvia da non voler spendere parole al riguardo.

²⁸ Cfr. ad es. Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18, 1, 8 pr.; Ulp. 1 *ad Sab.* D. 18, 1, 2, 1; 28 *ad Sab.* D. 18, 1, 9 pr.; cfr. Inst. 3, 23, 1.

²⁹ S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10, 3, 14 (Paul 3 'ad Plautium')*, in «AUPA», III-IV, 1917 = *Scritti di diritto romano*, II, Palermo, 1964, 113 ss.; ID., *La formazione della teoria generale del 'contractus' nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi P. Bonfante*, I, Milano, 1929, 123 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta*, Milano, 1935, 262 ss.; ID., *Contratto (diritto romano)*, in «NDI», IV, Torino, 1938, 31; ID., *Der Wille als Entwicklungsfaktor im römischen Rechte*, in *Scritti C. Ferrini*, IV, Milano, 1949, 55 ss. Il Riccobono era stato seguito soprattutto da P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 7 ss., 297 ss.; ID., *La dottrina del contratto nei giuristi romani dell'età classica*, in *Scritti C. Ferrini*, Milano, 1946, 383 ss.

recenti³⁰, non trova nelle fonti alcuna giustificazione – almeno nei termini in cui è stata avanzata. Nei testi solitamente indicati al riguardo – e in questa sede non posso che limitarmi a un accenno – non si va mai al di là dell'affermazione della necessaria presenza del consenso nei contratti³¹ o della riconducibilità, all'interno del *genus 'conventio'*, degli accordi che cadono in un *nomen contractus*³², mentre si percepisce spesso, se non sempre, la centralità dell'*obligatio* rispetto al *contrahere*³³. Perciò – anche se sarebbe forse necessaria una maggiore storicizzazione rispetto alle posizioni dei singoli giuristi – mi sembrerebbe comunque preferibile riaffermare la dottrina tradizionale³⁴ secondo la quale per i *prudentes* non esiste tanto il *contractus* quanto l'*obligatio contracta*, e la tipicità di un contratto, il suo essere se stesso e non altro, è data non dai suoi elementi essenziali, ma dalla natura delle obbligazioni, ossia dai comportamenti ai quali ci si è vincolati³⁵. Un dato che peraltro si accorda con il concreto contesto ordi-

³⁰ A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli, 1971, spec. 131 s. e nt. 178; ID., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari, 1987, 240 nt. 76; ID., *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*, in N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche nella storiografia contemporanea* (Atti Siena, 1989), Napoli, 1991, 125 ss.; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo, 1983, *passim*; F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche*, cit., 3 ss.; ID., *Synallagma e conventio nel contratto*, I-II, Torino, 1992-1995, *passim*. Cfr. anche R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, 559 ss. Più cauta la posizione del BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, in «SDHI», LI, 1985, 458 ss.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in AA.VV., *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Atti Milano, 1987), I, Milano, 1988, 17; ID., *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, V, 1993 = *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, spec. 61 ss.

³¹ Ped. *ad ed. fr.* 1 LENEL = Ulp. 4 *ad ed. D.* 2, 14, 3.

³² Ulp. 4 *ad ed. D.* 2, 14, 7, 1.

³³ Q. Muc. fr. 239 LENEL = Pomp. 4 *ad Q. Muc. D.* 46, 3, 80; Lab. fr. 5 LENEL = Ulp. 11 *ad ed. D.* 50, 16, 19.

³⁴ Se si guarda agli ultimissimi sviluppi della dottrina: ma si tratta in realtà della teoria più innovativa, se ci si confronta con l'interpretazione delle fonti romane negli ultimi secoli.

³⁵ Com'è noto, il ridimensionamento dell'elemento consensuale era giunto, nelle formulazioni di A. PERNICE, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in «ZSS»,

namentale in cui si è formato il sistema contrattuale romano, che è quello della vigenza del processo formulare: a fronte di una tutela nata caso per caso, nell'alluvionale costruzione dell'editto pretorio sulla base di azioni tipiche, il sistema doveva necessariamente caratterizzarsi nel senso della tipicità, ossia attribuendo rilievo più ai tratti distintivi delle singole figure (le prestazioni) che ai tratti comuni (l'accordo) e nella direzione di porre l'accento più sul momento della tutela del vincolo che non su quello della formazione.

Se però si accetta questa prospettiva, e si considera il *contrahere* non come un'«essenza», ma solo come un modo per far nascere l'*obligatio*, l'uso della categoria «oggetto del contratto» diviene del tutto improprio e può determinare gravi fraintendimenti. Per fare un esempio, se si sostiene che nella *locatio operarum* è «oggetto del contratto» (od «oggetto della prestazione», che a sua volta rappresenterebbe l'«og-

IX, 1888 = *Parerga*, III, Weimar, 1888, 195 ss., e di S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903 = *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, 311 ss. (cfr. anche ID., *Il contratto consensuale classico*, in *Studi F. Schupfer*, Torino, 1898 = *Scritti giuridici*, cit., II, 565 ss.; ID., *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, in «Mem. Acc. Sc. Bologna (cl. sc. mor., sez. giur.)», X, 1915-16 = *Scritti giuridici*, cit., II, 443 ss.), a negare ogni valore all'elemento del *consensus*. A queste posizioni aveva reagito il Riccobono, spingendosi però forse troppo in là con la sua risposta. Le posizioni che seguirono al dibattito furono più moderate; e, pur nella diversità di singole soluzioni, mi sembra possa cogliersi una visione di fondo comune nelle opere di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. IV. *Le obbligazioni*, cit., 249 ss.; ID., *Sulla genesi e l'evoluzione del 'contractus'* in «RIL», XL, 1907 = *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1921, 107 ss.; ID., *Sul 'contractus' e sui 'pacta'*, in «Riv. dir. comm.», 1920, I = *Scritti giuridici varii*, cit., III, 135 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Milano, 1987 (rist. corr.) 327; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniiani*, in «BIDR», XXVIII, 1915, 3 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1962, 66 ss.; P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia, 1916, 321 ss.; E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile*, in «Riv. dir. comm.», 1923, I = *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 77 ss.; O. LENEL, *Interpolationen jagd*, in «ZSS», XLV, 1925, 25; F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, I, Weimar, 1936, 80 ss. (ancora piuttosto legato al Perozzi; cfr. anche ID., in «TR», XXXV, 1967, 129 ss.); M. LAURIA, in «SDHI», IV, 1938 = *Contractus, delictum, obligatio*, in *Studii e ricordi*, Napoli, 1983, 620 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963, 29 ss. (ma cfr. già la prima ed., Torino, 1945, 42 ss.); ID., *Contratto (diritto romano)*, in «ED», IX, Milano, 1961, 750 ss. Per un quadro storiografico più ampio e approfondito, cfr. ora C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 194 ss.

getto del contratto³⁶) la persona del lavoratore, si potrebbe giungere al paradosso di sostenere – come è stato, anche molto autorevolmente, affermato³⁷ – che l'uomo libero potesse, a certi fini, essere considerato *res*: il che per un giurista romano costituirebbe, a mio avviso, un assurdo. È chiaro che, in una locazione di opere, il lavoratore doveva mettersi a disposizione del datore di lavoro: non tuttavia perché egli fosse 'oggetto' del contratto, ma perché solo in questo modo poteva adempiere il vincolo assunto di attribuire al *conductor operarum* il godimento della propria attività³⁸.

Il problema, tuttavia, è più generale. Al di là dei risultati esegetici che si possa ritenere di trarre dalle fonti giurisprudenziali, occorre chiedersi previamente se nella 'Weltanschauung' dei *prudentes* siano rintracciabili addirittura le condizioni per la nascita di una concezione del contratto analoga alla moderna – di 'soggetti' che agiscono mediante la propria volontà su una realtà ridotta ad 'oggetto'.

A questo scopo è necessario, innanzitutto, interrogarsi sulle nozioni di 'soggetto' e 'oggetto', che oggi sono considerate i «due poli di ogni fenomeno giuridico»³⁹ ma che naturalmente non costituiscono categorie di pensiero ovvie e metastoriche, bensì concetti 'culturali', dunque relativi ad ambienti ed epoche determinati.

Ora, una 'cifra' antropologica del pensiero romano – che per certi versi lo avvicina più alla percezione medievale⁴⁰ che non al classicismo umanistico – è quella di considerare la realtà non come un

³⁶ Così ad es. L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in «BIDR», LII, 1959, 60 ss.; cfr. 19 s. nt. 33.

³⁷ V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 31 ss.; R. ORESTANO, *Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano*, I, Torino, 1968, 122 ss., spec. 134 ss., su cui cfr. l'opportuna critica di G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano*, Torino, 1974, 16 ss.; ed ora di P. CATALANO, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12*, in *Studi M. Talamanca*, II, Napoli, 2001, 109 ss.

³⁸ Rinvio, al riguardo, a R. FIORI, *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, spec. 291 ss.

³⁹ IRTI, *Disposizione testamentaria*, cit., 120; cfr. 124. Cfr. anche F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova, 1949, 46 («il mondo si divide ... in una moltitudine di oggetti. Oggetto è quel tanto che del mondo possiamo guardare») e le pagine di Savigny citate *infra*, § 6 e nt. 211.

⁴⁰ Cfr. *infra*, § 3 e nt. 92.

panorama da osservare da un punto di vista individuale, come qualcosa di altro da sé, bensì come un sistema complesso del quale l'osservatore è parte, in quanto *persona*, insieme ad altri elementi primi come *dii* e *res*, che si dispongono gerarchicamente fra loro e all'interno di ciascuna categoria⁴¹. È quello romano, per usare una terminologia sociologica⁴², un approccio 'olistico' alla realtà umana e cosmica, contrapposto a quello 'individualistico' proprio del pensiero moderno, che pone l'osservatore, 'soggetto', al centro del cosmo, 'oggetto' del suo sguardo. Il singolo non è portatore di diritti in quanto 'soggetto di diritto', ma in quanto parte di un sistema che gli attribuisce una posizione, un *honos*, cui corrispondono determinate prerogative⁴³. E tutto ciò non rileva solo sul piano giuridico⁴⁴, bensì anche su quello politico, etico, religioso e in senso lato culturale.

Pertanto, questa visione dell'universo assume nella prospettiva romana indubbiamente delle peculiarità, ma è comune al pensiero delle civiltà dell'antichità classica, notoriamente caratterizzate da un oggettivismo gnoseologico ed etico che prende in considerazione (quel che noi chiameremmo) il soggettivismo solo come fenomeno marginale ed in fondo come espressione di crisi, perché lo percepisce come un limite a quell'oggettività che dovrebbe fondare i valori teorici e pratici⁴⁵. In questo senso, è a mio avviso estremamente signifi-

⁴¹ Sull'importanza del concetto di *maiestas* nella cultura romana, mi sia permesso di rinviare a R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 107 ss., 307 ss., 465 ss., 507 ss.

⁴² Pur se – com'è noto – nata nella biologia: per una sua applicazione nelle scienze sociali cfr. L. DUMONT, *Homo aequalis. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris, 1977 = *Homo aequalis. I. Genesi e trionfo dell'ideologia economica*, Milano, 1984, 18 ss.

⁴³ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 144. Sulla nozione di *honos* e sul suo rapporto con quella di *maiestas* mi sia permesso di rinviare a R. FIORI, *Materfamilias*, in «BIDR», XCVI-XCVII, 1993-1994, 480 ss.

⁴⁴ Mi limito a rinviare, per quanto attiene al diritto privato – rispetto al quale si potrebbero avere le maggiori perplessità – allo studio di F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto privato romano*, in «Annuario di dir. comp. e di st. legisl.», XVI.1, 1941 = *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, 1979, 248 ss. (cfr. anche l'*Introduzione*, *ibid.*, XVII ss.).

⁴⁵ Cfr. per tutti G. CALOGERO, *Soggettivismo*, in «Enciclopedia Italiana», XXXII, Roma, 1950, 28. Un 'oggettivismo', naturalmente, assai diverso da quello che ha ca-

cativa l'assenza, nel pensiero romano, di quello schema logico-grammaticale 'soggetto-verbo-oggetto' che già nell'ottocento Siegmund Schlossmann aveva riconosciuto quale modello del negozio giuridico⁴⁶. Nelle teorie grammaticali greche e latine, infatti, le parole sono poste sullo stesso piano in quanto nomi, 'parti della frase', distinti solo dal caso e dal loro rapporto rispetto al verbo, in una prospettiva 'asoggettivistica'⁴⁷. Sono assenti – si è ipotizzato per l'influenza dello stoicismo – addirittura le nozioni aristoteliche di soggetto (ὑποκείμενον) e predicato (κατηγορέμα), che nei grammatici antichi disegnano un'opposizione più vicina a quella moderna di significante~cosa significata (intesa come referente extralinguistico distinto dal significato)⁴⁸. Ma d'altra parte – sono cose note – anche la filosofia aristotelica costruiva il rapporto soggetto-predicato in termini assai diversi da quelli moderni: l'ὑποκείμενον non è il nostro 'soggetto' ma coincide, in senso ontologico, con il substrato materiale che permane uguale a se stesso nelle trasformazioni degli esseri, e cui si riferiscono gli accidenti⁴⁹; e, in senso logico-predicativo, con ciò di cui si

ratterizzato la filosofia e la scienza giuridica tra XIX e XX secolo e che, essendo nato dalla trasformazione del 'soggettivismo' moderno, ossia tenendo sempre presente il suo (apparente) opposto, è piuttosto da considerare – come rispetto alle nostre materie ha dimostrato con grande finezza ORESTANO, *Introduzione*, cit., 325 ss. – un 'nuovo' soggettivismo

⁴⁶ S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, 133 s. Su questa intuizione, cfr. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino, 1934, 5 s. nt. 7, e P. CAPPELLINI, *Negozio giuridico (storia)*, in «Digesto⁴» (sez. civ.), XII, Torino, 1995, 106.

⁴⁷ Cfr. per tutti D. DONNET, *La place de la syntaxe dans les traités de grammaire grecque, des origines au XIIIe siècle*, in «L'antiquité classique», XXXVI, 1967, 22 ss.; M. BARATIN, *Sur l'absence de l'expression des notions de sujet et de prédicat dans la terminologie grammaticale antique*, in J. COLLART (ed.), Varron. *Grammaire antique et stylistique latine*, Paris, 1978, 205 ss.; P. MATTHEWS, *La linguistica greco-latina*, in G. C. LEPSCHY (a cura di), *Storia della linguistica*, I, Bologna, 1990, 280 e 297 s.; R. H. ROBINS, *Les grammairiens byzantins*, in S. AUROUX (dir.), *Histoire des idées linguistiques*. II. *Le développement de la grammaire occidentale*, Liège, 1992, 73; G. LEPSCHY, *Appunti sul soggetto e sull'oggetto nella storia della linguistica*, in «Biologica», V, 1991 = *Soggetto e oggetto*, in A. L. LEPSCHY - G. LEPSCHY, *L'amanuense analfabeta e altri saggi*, Firenze, 1999, 90 ss.

⁴⁸ BARATIN, *Sur l'absence*, cit., 209, seguito da LEPSCHY, *Soggetto e oggetto*, cit., 91.

⁴⁹ Cfr. Arist. *phys.* 1, 7 (190b, 20); *metaph.* 5, 28 (1024b, 9); 1, 4 (985b, 10).

discute⁵⁰. Per non parlare della nozione di ‘oggetto’, che nella grammatica moderna rientrerebbe nel predicato, e che in Aristotele esiste invece solo come ‘opposto’ al soggetto, ἀντικείμενον.

Insomma: nel pensiero antico la nozione di ‘oggetto’ non ha sostanzialmente alcun rilievo, e quella di ‘soggetto’ indica non l’individuo che guarda alla realtà, ma proprio la realtà in sé esistente.

Non solo. Nella prospettiva dei giuristi romani è assente anche quella visione sostanzialistica – che ha preso piede a partire dal Medioevo – per la quale i concetti giuridici vengono ipostatizzati e sezionati organicisticamente nei loro elementi primi, attraverso definizioni ‘sostanziali’, ‘di essenza’. Definizioni, queste ultime, che nella metodologia dei *prudentes* naturalmente non mancavano nella loro struttura formale (diairetica), ma che non hanno mai assunto la valenza ‘ontologica’ che sarà loro attribuita in seguito, essendo impiegate solo a fini di *explicatio verborum* o di costruzione sistematica⁵¹. Non a caso sono assenti, nel pensiero dei giuristi romani, non solo analisi del contratto come accordo di volontà di ‘soggetti’ su un ‘oggetto’, ma anche definizioni dello stesso come entità da scomporre: la visuale dei *prudentes*, insomma, non è statica, ‘per sostanze’, ma dinamica, ‘per attività’, nel senso che guarda più al concreto ‘farsi’ dei rapporti che non alla loro ‘essenza’⁵².

3. *La nascita della dottrina dei substantialia nell’interpretatio medievale del Corpus iuris civilis: il modello della compravendita.*

La visione ‘sostanzialistica’ del contratto emerge solo con le dottrine dei giuristi medievali.

Nello studiare il *Corpus iuris*, questi incontrarono un passo di Papiniano (10 *quaest.* D. 18, 1, 72 pr.) che apparve loro pervaso di

⁵⁰ Cfr. Arist. *cat.* 1 (1a, 20); 3 (1b, 10-11); *interpr.* 1-4 (16a, 1-17a, 7).

⁵¹ Mi sembra che ciò risulti dalle ricerche di R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, *passim*, spec. 366 ss. e di M. TALAMANCA, *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, in AA.VV., *La filosofia greca e il diritto romano* (Atti Roma, 1973), Roma, 1977, *passim*, spec. 211 ss. Cfr. anche B. ALBANESE, *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Studi G. Scaduto*, III, Padova, 1970 = *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, 718 nt. 29, 724 nt. 43.

⁵² Uso la terminologia di ORESTANO, *Introduzione*, cit., 149 ss. e spec. 151.

principi filosofici⁵³. Il giurista severiano osserva che i *pacta conventa* dopo la conclusione di una compravendita – sia quando sottraggano, sia quando aggiungano qualcosa – costituiscono *adminicula emptio-nis* (così, ad esempio, un accordo che escluda la prestazione di una *cautio duplae* o che preveda accanto ad essa la presenza di un fideius-sore), e non valgono se è l'*emptor* a promuovere l'azione, ma possono essere fatti valere da quest'ultimo a livello di *exceptio*. Non senza ragione, scrive il giurista, si discute se si possa dire lo stesso rispetto ad un patto che riguardi l'aumento o la diminuzione del prezzo: infatti nel prezzo è da ravvisare la *substantia* della compravendita. Paolo, per parte sua, supera il *quaeritur* affermando che un patto sulla diminuzione o sull'aumento del prezzo determina una *nova emptio*⁵⁴.

Queste affermazioni di Papiniano vengono riportate anche in un testo di Ulpiano (4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 5), nel quale tuttavia non si utilizza l'espressione *substantia*, ma il termine *natura*. Citando il giurista più antico, Ulpiano afferma che, se in un momento successivo alla conclusione dell'*emptio* si convenga tra le parti *aliquid extra naturam contractus*, non si potrà agire *ex empto* in virtù della regola per cui un *pactum* non può generare un'*actio*⁵⁵.

Il problema della genuinità delle espressioni *substantia emptionis* e *natura contractus* contenute nei due testi è stato discusso soprattutto in passato. Si è pensato, infatti, che esse siano state introdotte dai compilatori in omaggio alla dottrina bizantina della *natura contractus*. Ma la questione è ormai per lo più superata nel senso della ge-

⁵³ Cfr. BALDI DE UBALDIS *In secundam partem super Digesto Veteri*, ad D. 18, 1, 72 pr., ed. Venetiis, 1599, 133r: «l. constituta principis philosophicis».

⁵⁴ Pap. 10 *quaest.* D. 18, 1, 72 pr.: *pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non inesse. quod locum habet in his, quae adminicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplae praestetur aut ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. an idem dici possit aucto postea vel diminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia consistit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur.*

⁵⁵ Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 5: (...) *idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur.*

nuinità, tanto rispetto a D. 18, 1, 72 pr.⁵⁶, quanto rispetto a D. 2, 14, 7, 5⁵⁷.

⁵⁶ L'ultima parte del brano di Papiniano, che è quella che qui ci interessa, è stata ritenuta per intero compilatoria da H. SIBER, *Contrarius consensus*, in «ZSS», XLII, 1921, 86 ss., spec. 89 (*sed quo casu – ex pretio*); solo in parte interpolata dal PERROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., 321 nt. 1; B. BIONDI, *Iudicium bonae fidei*, in «AUPA», VII, 1920, 31 ntt. 2-3; H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, in «ZSS», XLIV, 1924, 66, spec. 68, e G. GROSSO, *Efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'*, *Patti e contratti*, Torino, 1928, 24 ss., spec. 28 nt. 1 (*quoniam – ex pretio*). Per lo STOLL, *loc. ult. cit.*, in particolare, l'inserimento dell'espressione *substantia contractus* deriverebbe dalla teoria bizantina della *natura contractus* (così come anche il riferimento agli *adminicula*). In realtà, però, l'espressione *substantia* ricorre con un significato simile anche in altre fonti (cfr. *infra*, nt. 59), e dunque non c'è motivo di ritenerla interpolata (cfr. in questo senso B. SANTALUCIA, *Le note pauline ed ulpianee alle 'quaestiones' ed ai 'responsa' di Papiniano*, in «BIDR», LVIII, 1965, 71, ma sembra pronunciarsi per la genuinità già P.-É. VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Paris, 1929, 127 nt. 1); d'altra parte lo stesso G. ROTONDI, *Natura contractus*, in «BIDR», XXIV, 1911, 107 ss. – il quale, insieme a Carlo Longo per il profilo processuale (C. LONGO, *Il criterio giustiniano della 'natura actionis'*, in *Studi V. Scialoja*, I, Milano, 1904, 607 ss.; ID., *'Natura actionis' nelle fonti bizantine*, in «BIDR», XVII, 1905, 34 ss.), è stato il maggior assertore di questa teoria (cfr. però anche P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, Paris, 1912, 192 ss., che ha accolto e sviluppato le teorie precedenti, e Fr. PRINGSHEIM, *'Natura contractus' und 'natura actionis'* [Ἐκάστῳ τῶν συναλλαγμάτων φύσιν ἐξ ἀρχῆς ἐπιτεθείκασιν οἱ σοφοί], in «SDHI», I, 1935, 73 ss., che ha inteso correggere l'impostazione del Longo e del Rotondi con l'attribuire la creazione della nozione alle scuole pregiustiniane anziché alla legislazione imperiale) – considerava genuina l'espressione, sottolineando la differenza con la parallela (e, sembrerebbe, interpolata: cfr. *infra*, nt. 57) espressione *natura contractus* di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 5. Sul tema, cfr. da ultimo, con particolare attenzione alla diversa valenza dell'espressione nella giurisprudenza classica, in diritto bizantino e in diritto moderno, Th. MAYER-MALY, *Natura contractus*, in *Collatio iuris Romani (Études H. Ankum)*, I, Amsterdam, 1995, 291 ss. (sui passi di Papiniano e Ulpiano, spec. 294 s.).

⁵⁷ La genuinità di questo testo è più dubbia: cfr. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 58, 107 ss.; R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in «ZSS», LXXXIV, 1967, 142; ID., *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln-Graz, 1968, 66. Ma la dottrina più recente è orientata anche in questo caso verso la genuinità: cfr. da ultimo MAYER-MALY, *Natura contractus*, cit., 291 ss., spec. 294 s., il quale ha rivolto particolare attenzione alla diversa valenza dell'espressione nella giurisprudenza classica, in diritto bizantino e in diritto moderno. D'altra parte, occorre ricordare (e lo stesso ROTONDI, *op. ult. cit.*, 51; cfr. 22, 58, 96 ss., 101 ss., lo riconosce), che il termine *natura* è usato dai classici anche in espressioni come *natura depositi* o *mandati* (Pap. 9 *quaest.* D. 16, 3, 24; Paul. 5 *quaest.* D. 19, 5, 5, 4).

Piuttosto, è necessario chiedersi che valore avevano simili espressioni per i due giuristi. A mio avviso, in entrambi i casi non si può pensare ad un uso ‘tecnico’ del vocabolario filosofico⁵⁸: l'utilizzazione di espressioni come *substantia emptionis, obligationis, cognationis, exceptionis, actionis*, assume, nei testi dei giuristi tardo-classici e nelle costituzioni del III secolo⁵⁹, il valore generico di ‘essenza, esistenza, contenuto’ (della compravendita, dei rapporti di obbligazione, ecc.). Si tratta, in questo caso, di una terminologia di origine filosofica che però non pare inserirsi – nell’uso che ne fanno i giuristi – all’interno di concezioni ben definite⁶⁰: è probabile che Papiniano, con l’opposi-

⁵⁸ Quale quello che mi è parso di poter rintracciare – rispetto al termine *substantia* – in Sabino: cfr. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 190 ss.

⁵⁹ *Substantia emptionis*: C. 4, 38, 3; C. 4, 44, 8 (a. 293); *substantia obligationis*: C. 4, 2, 6 pr. (a. 293), Scaev. 2 *quaest.* D. 14, 6, 6; Paul. 56 *ad ed.* D. 46, 3, 54 e Paul. 2 *inst.* D. 44, 7, 3 pr. (cfr. anche *Inst.* 3, 22, 1; 3, 27 pr.); *substantia cognationis*: Mod. 12 *pand.* D. 38, 10, 4, 2. Cfr. anche *substantia exceptionis*: Gai. 4, 118; *substantia actionis*: *Inst.* 4, 6, 7; 4, 6, 13.

⁶⁰ Il valore di *substantia* è stato studiato soprattutto rispetto a Paul. 2 *inst.* D. 44, 7, 3 pr. Il passo era ritenuto interpolato dal PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., 319 nt. 1, per il quale *substantia* sarebbe la traduzione letterale del termine οὐσία, così come usato da Platone e Aristotele: non sarebbe, perciò, né termine, né concetto romano, ma proverrebbe dai bizantini (interpolati sarebbero anche D. 14, 6, 6 e D. 18, 1, 72 pr.). La maggioranza degli studiosi, però, ha ammesso la classicità dell’espressione e del concetto, nel senso descritto in testo di ‘essenza, esistenza, contenuto’: cfr. (mi limito ad alcune citazioni) E. CARUSI, *Sul concetto di obbligazione*, in *Studi V. Scialoja*, I, Milano, 1905, 142; C. FADDA, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909, 30 s.; G. PACCHIONI, *Concetto e origine dell’obligatio romana*, App. I di Fr. C. VON SAVIGNY, *Le Obbligazioni*, I, Torino, 1912, 655 s.; ID., *Trattato delle obbligazioni*, Torino, 1927, 3 e nt. 3; A. MARCHI, *Le definizioni romane dell’obbligazione*, in «BIDR», XXIX, 1916, 13 s.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. IV. Le obbligazioni*, in *Opere*, VII, Milano, 1979, 18; G. SEGRÈ, ‘Obligatio, obligare, obligari’ nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, in *Studi P. Bonfante*, III, Pavia, 1929, 547 ss.; M. KASER, *Stellvertretung und ‘notwendige Entgeltlichkeit’*, in «ZSS», XCI, 1974, 172; S. WEYAND, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht*, in «TR», LI, 1983, 230; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 6; C. A. CANNATA, *Usus hodiernus pandectarum, common law, diritto romano olandese e diritto comune europeo*, in «SDHI», LVII, 1991, 393. In generale, per la genuinità, e con una analisi critica della dottrina precedente, cfr. G. SCHERILLO, *Le definizioni romane delle obbligazioni*, in *Studi G. Grosso*, IV, Torino, 1971, 102 ss.; cfr. anche L. LANTELLA, *Note semantiche sulle definizioni di ‘obligatio’*, in *Studi G. Grosso*, IV, Torino, 1971, 183 nt. 18, 186. Attribuiscono l’uso del termine ad influssi filosofici (ma senza mettere in dubbio la genuinità del testo) A. CARCATERRA, *Dialettica e giurisprudenza*,

zione tra *adminicula* e *substantia emptiois*, intendesse semplicemente significare la presenza, nel contratto, di elementi la cui mancanza non pregiudica l'esistenza stessa del negozio, e di elementi che invece devono necessariamente essere presenti perché quel negozio possa esistere. Lo stesso discorso potremmo fare per la resa ulpiana di questo pensiero: è probabile che Ulpiano utilizzi il termine *natura* nel senso, comune ai giuristi classici, di «struttura di un istituto (...) in quanto essa risulta così configurata obbiettivamente, per necessità materiale o logica»⁶¹.

Insomma: Papiniano afferma semplicemente che non è concepibile una compravendita senza *pretium*; non – come invece spesso gli si fa dire⁶² – che il prezzo è un 'elemento essenziale' della compravendita. Egli non conosce la dottrina dei *substantialia contractus*⁶³, così

in «SDHI», XXXVIII, 1972, 315 s. e M. TALAMANCA, *Obbligazioni (diritto romano)*, in «ED», XXIX, Milano, 1979, 19 nt. 130.

⁶¹ ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 51; cfr. 22, 58, 96 ss., 101 ss. Concezione, questa, che è distinta da quella propria dei bizantini, per i quali *natura contractus* è «la struttura giuridica positiva che la legge attribuisce ai singoli istituti, struttura considerata sia nel complesso sia nei singoli elementi costitutivi» (*ibid.*, 67; cfr. 51, 73).

⁶² Cfr. E. COSTA, *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, I, Bologna, 1894, 350: «elemento sostanziale»; GROSSO, *Efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'*, cit., 27: «elemento essenziale»; P. W. DUFF, *An Arrangement Concerning Shortage of Measure, and Pacts in General*, in *Studies in the Roman Law of Sale (Studies F. De Zulueta)*, Oxford, 1959, 70: «essential element»; cfr. anche STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses*, cit., 68.

⁶³ Assente anche in diritto bizantino: cfr. ancora ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 67. Ciò è d'altra parte mostrato dal fatto che in Bas. 19, 1, 72 (SCHELTEMA, A. III, 922), a commento di D. 18, 1, 72 pr., il riferimento alla *substantia* è addirittura omissa, mentre in Bas. 11, 1, 7, 5-6 (SCHELTEMA, A. II, 626 s.) e nello sch. εἰρηκομεν (13) ad loc. (SCHELTEMA, B. I, 194 ss.), a commento di D. 2, 14, 7, 5, si parla diffusamente della φύσις τοῦ συναλλάγματος. La stessa, pur nella critica alla dottrina dei Basilici, è richiamata dall'anonima *Meditatio de pactis nudis*, 4, 4; 5, 13; 6, 9; 6, 17; 6, 23 (particolarmente importante); 7, 13 (cfr. l'edizione di H. MONNIER - G. PLATON, *La 'meditatio de pactis nudis'* [Μελέτη περὶ ψιλῶν συμφωνῶν], in «NRHD», XXXVII, 1913, 158 ss., 311 ss.; cfr. 135 ss., 474 ss., 624 ss.). Secondo H. COING, *A Typical Development in the Roman Law of Sales*, in «The Jurist» (Seminar), VIII, 1950, 19 ss.; ID., *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, cit., 32 (seguito da I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, I, Torino, 1997, 58 nt. 86), la dottrina degli *essentialia*, *naturalia* e *accidentalialia negotii* sarebbe nata in età medievale attraverso una precisazione del concetto, già bizantino, di *natura contractus*; ma la materia è stata originata, come vedremo, dal passo di Papiniano su *substantia-adminicula* e dal suo legame con l'espressione ulpiana (o bi-

come Ulpiano non allude a quella dei *naturalia*⁶⁴: l'una e l'altra nozione sono il prodotto di un processo di sistematizzazione che ha inizio nell'interpretazione dei giuristi medievali.

La rilettura medievale di questi passi deve essere naturalmente valutata nel contesto delle metodologie e dello strumentario interpretativo dei glossatori. Questi, com'è noto, si sono formati ed hanno operato in una cornice culturale assai diversa da quella dei giuristi romani. I *prudentes* hanno certo subito un forte influsso della filosofia greca già a partire dalla fine della repubblica; ma le nuove concezioni si sono affiancate ad una tradizione molto radicata sin dall'epoca della giurisprudenza sacerdotale, cosicché la loro influenza è stata per lo più circoscritta all'acquisizione di tecniche logiche e argomentative, prima fra tutte quella diairetica⁶⁵, non giungendo quasi mai – tranne casi rari, e tutto sommato marginali⁶⁶ – a condizionare le scelte giuridiche dell'interprete. Il giurista medievale, invece, si trova a dover reinventare una tradizione giurisprudenziale, e lo fa attingendo agli strumenti culturali di cui dispone, che sono poi essenzialmente le scienze del *Trivium*⁶⁷ ed in particolare la dialettica⁶⁸, costruita sulle basi della logica aristotelica filtrata attraverso le opere di Boezio e l'*Isagoge*

zantina?) *natura contractus*: nell'esegesi medievale, e nella tradizione romanistica in generale, *natura contractus* ha più di un significato: cfr. *infra*, nt. 83.

⁶⁴ La concezione romana di *natura (contractus)* «non si ricollega affatto alla dottrina dei *naturalia negotii* ... *Natura* invece per i Romani è in questo campo nullo altro che struttura giuridica del rapporto, la quale talvolta è derogabile talvolta inderogabile» (C. A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, 98; cfr. 77 ss., 97 ss.; cfr. anche TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., 19 nt. 128).

⁶⁵ Basti rinviare, al riguardo, all'ormai classico studio del TALAMANCA, *Lo schema genus-species*, cit., 3 ss.

⁶⁶ Penso ad es. alle discussioni tra sabiniani e proculeiani sulla dottrina della specificazione (ed ai suoi riflessi sulla struttura della locazione: cfr., su entrambi i problemi, FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 190 ss.), o alle teorie sui *corpora* (cfr. per tutti ORESTANO, *Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano*, cit., 122 ss.).

⁶⁷ Si pensi alla tradizione di Irnerio *magister in artibus* conservata in ODOFREDI *Lectura super Digesto Veteri*, ad D. 1, 1, 6, ed. Lugduni, 1550, 7r. Cfr. per tutti, sulla questione, E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*. II. *Il basso medioevo*, Roma, 1995, 63 s. ntt. 15-16.

⁶⁸ Cfr. per tutti G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt am Main, 1971.

di Porfirio⁶⁹: il suo bagaglio culturale coincide con la filosofia, ed è da questa che deriva gran parte delle stesse categorie giurisprudenziali.

Di tutto ciò abbiamo una dimostrazione già nella fonte più antica a nostra disposizione circa l'interpretazione medievale di D. 18, 1, 72 pr., la gl. *dolia in horreis* ad D. 18, 1, 76 di Irnerio: questi sostiene che i patti possono essere inseriti rispetto alla *substantia* del contratto o (*vel*) rispetto ad *adminicula* o (*vel*) *extranea*⁷⁰. Il testo, si vede chiaramente, nasce dalla contaminazione di D. 18, 1, 72 pr. e D. 2, 14, 7, 5: dal primo è tratto il riferimento a *substantia* e *adminicula*; dal secondo il riferimento a ciò che è *extra naturam*, ossia – interpreta il giurista – *extraneum*. Le matrici culturali dell'approccio del giurista sono rese evidenti dal fatto che il commento si concentra non sul problema del *pretium* o della *cautio duplae*, ma sulle espressioni *substantia*, *adminicula*, *extra naturam*. Qui Irnerio trova un linguaggio che gli è addirittura più familiare di quello in senso stretto giurisprudenziale: ed è su di esso che egli costruisce la propria rilettura. Al riguardo, possiamo ipotizzare due soluzioni. O i due *vel* hanno valore diverso – il primo disgiuntivo, il secondo esplicativo – ed Irnerio prosegue la dicotomia papiniana ('patti sulla *substantia* del contratto oppure sugli *adminicula* del contratto, altrimenti detti *extranea*')⁷¹. Oppure hanno identico valore disgiuntivo, ed allora dovremmo pensare che già in Irnerio fossero presenti i primi segnali della tripartizione che si affermerà in seguito⁷² – essendo due elementi *in contractu*, ed uno *extra*.

⁶⁹ Mi limito a rinviare – ma sono cose note – a un'opera classica: C. PRANTL, *Geschichte der Logik im Abendlande*, II², Leipzig, 1885 = *Storia della logica in Occidente*, II, Firenze, 1937, 3 ss.

⁷⁰ Gl. *dolia in horreis* ad D. 18, 1, 76: «inseruntur pacta ut de substantia contractus vel aminicula contractus vel extranea et hoc circa rem vertentem in contractu vel extra». Cfr. E. BESTA, *L'opera d'Irnerio*. II. *Glosse inedite d'Irnerio al Digestum Vetus*, Torino, 1896, 180.

⁷¹ Così P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, in «Quaderni Fiorentini», XV, 1986, 617 s. nt. 47.

⁷² Era questa la mia opinione in FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 320 e nt. 62, che ora tenderei a ridimensionare, tenendo conto dell'esame di M. F. CURSI, *Alle origini degli accidentalia negotii. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani*, in «Index», XXIX, 2001, 316 nt. 5.

A seconda dell'una o dell'altra lettura, si disegna il rapporto tra la posizione di Irnerio e le opinioni espresse dai suoi allievi Iacopo e Martino⁷³, protagonisti di una *dissensio* circa la riconducibilità del patto di evizione alla natura *contractus*. Martino l'ammette, ma Iacopo la nega, sostenendo che riguarda la *natura*, ossia la *substantia* del contratto, quel patto senza il quale il contratto non può esistere, come il patto relativo all'aumento o alla diminuzione del prezzo; invece, il

⁷³ Dal confronto di questa glossa 'bolognese' con testi coevi provenienti da altri centri minori, sembra potersi dedurre che, almeno inizialmente, l'attenzione sul problema sia stata posta dalla scuola di Bologna: il tema sarà affrontato dai glossatori a commento di C. 2, 3 e 4, 54, ma non vi troviamo accenni né in *Summa Trecentis*, 2, 3 e 4, 54, in H. FITTING (hrsg.), *Summa codicis des Irnerius*, Berlin, 1894, 25 ss., 123 ss. (solo un riferimento ai *pacta extra naturam contractus*, ma nessuna sistematica; in 4, 45, 7, ed. cit., 119, il *pretium* è riferito alla *natura contractus*), né in *Lo Codi*, 2, 3 e 4, 64 (versione provenzale), in F. DERRER (ed.), *Lo Codi. Eine Summa Codicis in provenzalischer Sprache aus dem XII. Jahrhundert*, Zürich, 1974, 9 s. e 97 s. = 2, 3 e 4, 66 (versione latina di Riccardo Pisano), in H. FITTING (hrsg.), *Lo Codi in der lateinischen Übersetzung der Ricardus Pisanus*, Halle, 1906, 10 ss., 134 ss. Nelle Istituzioni giustiniane si fa riferimento alla *substantia obligationis* in Inst. 3, 22, 1, ma lo spunto non è sfruttato minimamente in *Summa Institutionum 'Iustiniani est in hoc opere'*, 3, 13 (ad Inst. 3, 22), in P. LEGENDRE (ed.), *Summa Institutionum 'Iustiniani est in hoc opere'* (Manuscript Pierpont Morgan 903), Frankfurt am Main, 1973, 108, come invece sarà ad es. in VACARI *Liber Pauperum*, 3. 22. B, in F. DE ZULUETA - P. STEIN (edd.), *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, London, 1990, 96. Una influenza di D. 18, 1, 72 pr. in opere non riconducibili a Bologna può cogliersi al massimo – ma in una direzione totalmente diversa – nella *Summa Vindobonensis*, ossia in un commento alle Istituzioni composto con testi attribuiti a Irnerio, Bulgaro e Martino, ma «certamente non bolognese» (CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., II, 135 nt. 90): cfr. *Summa Vindobonensis*, 3, 13 (ad Inst. 3, 13), in I. B. PALMERIUS (ed.), *Wernerii Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumve*, in *Scripta anecdota glossatorum* (BIMAE, I), Bononiae, 1914, 374 s., nella quale si trova un riferimento alla *substantia obligationis* rispetto alla *summa divisio* delle obbligazioni in *civiles et praetoriae*, e agli *adminicula*, intesi però nel senso che, nelle *obligationes re, verbis aut litteris contractae*, deve sommarsi al semplice consenso anche un «adminiculum, vel rei, vel verborum, seu litterarum» (*Summa Vindobonensis*, 3, 22 [ad Inst. 3, 22], in BIMAE, I, 392]). Ma la linea non è senza seguito: nello stesso senso si pronuncia anche Giovanni Bassiano (Ioh. BASSIANI *de ordine iudiciorum*, § 474, in I. TAMASSIA - I. B. PALMERIUS [ed.], *Iohannis Bassiani libellus de ordine iudiciorum*, in *Scripta anecdota glossatorum* [BIMAE, II], Bononiae, 1892, 239), che fu forse allievo di Guglielmo da Cabriano (H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, 206) e che insegnò a Bologna avendo come allievo Azzone, ma la cui opera non è collocabile sulla linea dei maestri bolognesi (CORTESE, *op. cit.*, II, 120).

patto relativo alla prestazione dell'evizione rientrerebbe non nella *substantia contractus*, ma negli *adminicula*⁷⁴. Anche qui, l'interpretazione non è agevole. È possibile che per entrambi i giuristi la *natura* coincidesse con la *substantia*, opponendosi agli *adminicula*, e che la discussione riguardasse solo la collocazione del *pactum de evictione* nell'una (Martino) o negli altri (Iacopo): in tal caso, i due giuristi avrebbero discusso entrambi in termini di bipartizione – come voleva il Kantorowicz⁷⁵ – ed allora sarebbe probabile l'ipotesi della bipartizione anche in Irnerio. Ma è anche possibile che solo Iacopo identificasse *natura* e *substantia*, e che invece Martino distinguesse tra le due nozioni, forse – secondo una suggestiva ipotesi⁷⁶ – in consonanza con le proposizioni della dottrina cattolica, che separava appunto la φύσις dalla οὐσία (identificate in Aristotele e ancora in sant'Agostino) come reazione all'eresia nestoriana – una dottrina, questa, tradotta nel linguaggio metafisico da Boezio nel *contra Eutychen et Nestorium* e poi ripresa nel XII secolo da Gilbert de la Porrée nel suo commento allo scrittore romano. In tal caso, occorrerebbe interrogarsi sul rapporto tra *natura* e *adminicula* nel pensiero di Martino: egli potrebbe aver identificato le due nozioni, riconducendovi il *pactum de evictione*, oppure aver distinto tre figure. Ancora, immaginando una tripartizione in Irnerio, potrebbe immaginarsi che Martino identificasse *natura* e *adminicula* ma seguendo il maestro li distinguesse dagli *extranea*.

In ogni caso, si giungerà ben presto ad una sistemazione definitiva dello schema⁷⁷. In Rogerio troviamo una distinzione tra *pacta de*

⁷⁴ G. HAENEL (ed.), *Dissensiones dominorum*, Lipsiae, 1834, 37 ss. (vetus collectio § 52): «in eo etiam dissentiunt: utrum pactum de evictione sit de natura contractus; et dicit Martinus, esse. Iacobus contra: nam dicit, id pactum de natura, id est, de substantia contractus esse, sine quo contractus esse non possit, veluti pactum de augendo, vel diminuendo pretio; ut evictio praestetur, de adminiculis esse dicit et non de substantia contractus ...». cfr. anche *Rogerus*, § 21, ed. cit., 85, che riporta una versione in cui manca il riferimento a Iacopo.

⁷⁵ KANTOROWICZ, *Glossators*, cit., 211.

⁷⁶ GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., 593 ss., spec. 613 ss. (seguito da BIRROCCI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., I, 59 nt. 87).

⁷⁷ Sull'evoluzione, nel pensiero dei glossatori, del rapporto tra le varie categorie, cfr. di recente, R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano, 2001, spec. 332 ss.

*substantia, de natura o extra naturam*⁷⁸: i primi si hanno, ad esempio, «in venditionibus, si pactus sum de augendo pretio vel diminuendo»; i secondi, quando «caveatur de evictione cum fideiussore»; i terzi, quando si sia venduta una casa «hac lege ut habitare liceret»⁷⁹. E in Piacentino – giurista particolarmente propenso alle concettualizzazioni filosofiche⁸⁰ – si abbandonerà la terminologia delle fonti romane a vantaggio di espressioni maggiormente legata alla tradizione aristotelico-scolastica: *substantia, natura, accidentalia*⁸¹. Dopodiché Azzone parlerà senz'altro di *substantialia, naturalia e accidentalia*⁸², e la tripartizione non subirà per secoli trasformazioni⁸³.

⁷⁸ Nel *Codex manuscriptus bibliothecae Laurentianae florentinae*: Plut. V. sin., Cod. 10, si legge *extranea*.

⁷⁹ Cfr. ROGERII *Summa Codicis*, 2, 3, 20-21; 4, 54, in I. B. PALMERIUS (ed.), *Rogerii Summa Codicis*, in *Scripta anecdota glossatorum* (BIMae, I), Bononiae, 1914, 65 e 129.

⁸⁰ Mi limito a rinviare a CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., II, 141 s.

⁸¹ PLACENTINI *Summa Codicis*, ad 4, 54 (ed. Moguntiae 1536, 182): «et quidem pactorum, quae cum emptoribus fiunt, quaedam sunt de substantia negotii, quaedam de natura, quaedam prorsus extra sive accidentalia. De substantia negotii sunt, quae de augendo sive diminuendo pretio fiunt ... De natura negotii pactum est quod pro evictione fit. Prorsus accidentale est, puta ut Codex venditus ad exemplum detur». Cfr. anche PLACENTINI *Summa Codicis*, ad C. 2, 3 (ed. cit., 43): «(pacta) accessoria alia sunt de natura negotii ut de evictione, alia sunt de substantia ut de agendo precio, alia sunt accidentalia: puta ut Codex venditus detur ad exemplum».

⁸² AZONIS *Summa*, ad C. 4, 54 n. 2 (ed. cit., 434).

⁸³ Ad essa parrebbe invece sottrarsi Accursio che, rifacendosi – nella sostanza – alle posizioni di Iacopo, fa coincidere *naturalia* e *accidentalialia*, identificando entrambi con gli *adminicula* e opponendoli ai *substantialia*: cfr. gl. *adminicula* ad D. 18, 1, 72 pr.: «id est, accidentalialia sive naturalia contractus, non autem substantialia»; ACCURSIUS, gl. *an idem* ad D. 18, 1, 72 pr.: «supra, dixit de naturalibus vel accidentalibus pactis: nunc de substantialibus». Naturalmente, Accursio si rende conto del fatto che nel *Corpus iuris* il '*substantia*' di Papiniano era reso in D. 2, 14, 7, 5 con '*natura*', e spiega *natura(m)* con «id est, substantiam». Ma poi, continuando nella propria peculiare lettura, avverte che «alii dicunt id naturale, quod nos substantialia» (gl. *extra naturam* ad D. 2, 14, 7, 5). Cfr. anche gl. *nova emptio* ad D. 18, 1, 72 pr.: «ut plane habeas, dic pactorum quaedam sunt de substantia contractus: ut de augendo vel diminuendo pretio. quaedam accidentalialia, sive extranea: ut de dando Codicem exemplaris loco, vel quid simile, non attingens emptioni. Quae de substantia contractus dicimus esse, eadem quidem vocant de natura: ut supra de pact. l. *iurisdictionum*. §. *idem responsum scio* (D. 2, 14, 7, 5). Sed nos pactum de natura dicimus esse, quod fit super id, quod est naturale: ut de evictione praestanda. Quod autem in accidentalibus dixero, idem in iis quae fiunt, super naturalibus contractibus intelligas».

Ma con Accursio, nelle pieghe di questo schema, si inserisce una novità di grande importanza, che non sappiamo quanto attribuire a una consapevole scelta di cambiamento, o semplicemente alla naturale maturazione ed esplicitazione di concezioni già acquisite, pur se non dichiarate nelle fonti precedenti. Fino alla *magna glossa*, infatti, le discussioni riguardano solo la materia sulla quale incidono i *pacta*, e non escono dai luoghi della compilazione in cui si discute dei patti e in particolare dei patti aggiunti alla compravendita⁸⁴, cosicché nei glossatori pre-accursiani non troviamo mai indicati i *substantialia* del contratto. Con Accursio, invece, per la prima volta la categoria cessa di essere un generico insieme di tutto ciò che i *pacta* non possono mutare, e viene riempita con quelli che d'ora innanzi saranno indicati come gli 'elementi essenziali' della compravendita – *consensus*, *pretium* e *res*⁸⁵. Questa teorizzazione, che apparentemente non modifica

Accursio è seguito, da VIVIANI *casus* ad D. 2, 14, 7: «lex ista facit differentiam inter pacta quae sunt de substantia contractus, et ea quae sunt de natura contractus». In aggiunta a quanto detto, è bene rilevare un valore anomalo di *natura contractus*, intesa come l'assetto contrattuale derivante dall'esplicita previsione delle parti. Si distingue, infatti, tra ciò che può chiedersi in giudizio *ex natura contractus*, ossia «id ... quod convenit», «quod nominatim inter contrahentes convenerunt» (ROGERII *Summa codicis*, 4, 24; 4, 39; 4, 40; 4, 41; 4, 49 e 4, 62 [ed. cit., 112, 120 ss.; 127; 133]; ma cfr. anche *Summa Trecensis* 4, 23; 4, 45, 7; 4, 57, 4 [ed. cit., 95, 119 e 130]), e cioè, innanzitutto, la prestazione del *pretium* e la *traditio* della *res*, nella compravendita; la prestazione della *merces* e l'attribuzione dell'*uti frui* al conduttore nella locazione; ma anche gli eventuali *pacta* aggiuntivi); ciò che può chiedersi *ex natura actionis*, ossia «que neque sunt dicta neque cogitata» (per esempio, le spese sopportate dal venditore, o l'evizione; il dolo, la colpa, la custodia); e ciò che si ottiene *officio iudicis* (per esempio, gli interessi moratorii). Ma non si arriva mai ad indicare gli elementi costitutivi del contratto: anzi, il fatto stesso che in questa prospettiva il *pretium* sia ricondotto alla *natura contractus* anche da giuristi come Rogerio, che conoscono i *substantialia* come distinti dai *naturalia*, mostra chiaramente che la tripartizione degli elementi del contratto è cosa diversa da questa accezione di *natura contractus*.

⁸⁴ Fino a Piacentino, il tema dei *substantialia-naturalia-accidentalialia* è trattato nell'ambito del commento a D. 2, 14, 7, 5, D. 18, 1, 72 pr., C. 2, 3 (*de pactis*) e C. 4, 54 (*de pactis inter emptorem et venditorem compositis*), ossia in generale rispetto ai *pacta* e in particolare rispetto ai *pacta* inerenti alla compravendita (cfr. PLACENTINI *Summa Codicis*, ad C. 2, 3; 4, 54 [ed. cit., 41 e 182]); con Azzone l'attenzione dei giuristi comincia a concentrarsi sulla compravendita, e il problema viene discusso esclusivamente rispetto ai *pacta* inerenti alla compravendita (AZONIS *Summa Codicis*, ad C. 4, 54 n. 2, [ed. cit., 434]).

⁸⁵ ACCURSIUS, gl. *ex pretio* ad D. 18, 1, 72 pr.: «quia sine pretio esse venditio non potest: ut *supra* eodem l. ii § i (D. 18, 1, 2, 1). Idem si fiat super re vendita augenda

nulla, in realtà è di fondamentale rilevanza: fino ad Accursio il contratto di compravendita si ha quando due parti si accordano circa la trasmissione di una *res* dietro il pagamento di un *pretium*; e non si può avere compravendita senza che ricorra un consenso, un prezzo e una cosa. Da Accursio in poi la compravendita è quel contratto costituito da tre elementi essenziali: *consensus*, *pretium* e *res*. Nell'apparente rispetto delle forme, da un punto di vista dogmatico questa è un completo capovolgimento di prospettive, che non sarà senza effetti nel futuro.

Occorre però rilevare che nel pensiero medievale si fa strada la dottrina degli 'elementi essenziali', ma non quella dell'oggetto del contratto'. Il *pretium* e la *res* non vengono inseriti in una categoria logica superiore, ma rimangono distinti ed indicano concretamente il denaro e la cosa compravenduta. Ciò perché non si è ancora affermata una filosofia 'soggettivistica'⁸⁶, ed anzi – in linea di continuità con il pensiero antico, ed in perfetta antitesi con quello moderno – per i medievali l'*esse subjective* indica l'essere della realtà in sé esistente, mentre l'*esse obiective* è pertinente alle rappresentazioni della coscienza⁸⁷. Così come, nelle teorie grammaticali, anche se si mutuano dalla logica aristotelica le nozioni di soggetto e predicato (esprese per lo più come *suppositum* e *appositum*)⁸⁸, il primo conti-

vel minuenda: ut *supra de pact. l. iurisgentium § adeo* (D. 2, 14, 7, 6). cum res similiter sit de substantia emptionis, nec sine ea esse possit: ut *supra eodem l. nec emptio* (D. 18, 1, 8). Item consensus est de substantia: ut *supra, eodem l. ii et iii* (D. 18, 1, 2-3). Alia vero quae ibi dicuntur et fiunt, non sunt substantialia, cum sine eis possit contractus consistere».

⁸⁶ Pur se, dal Trecento in poi, è dato cogliere un mutamento di prospettive in senso individualistico: ma cfr. *infra*, nt. 142.

⁸⁷ G. CALOGERO, *Oggetto*, in «Enciclopedia Italiana», XXV, Roma, 1949, 194; ID., *Soggetto*, in «Enciclopedia Italiana», XXXII, Roma, 1950, 28.

⁸⁸ Cfr. L. M. DE RIJK, *Logica Modernorum. A Contribution to the History of Early Terminist Logic*, II.1, Assen, 1967, 180 s., 516 ss.; G. L. BURSILL-HALL, *Speculative Grammar of the Middle Ages. The Doctrines of the Partes Oratoris in the Modistae*, The Hague, 1971; R. PFISTER, *Zur Geschichte der Begriffe Subjekt und Prädikat*, in «Münchener Studien zur Sprachwissenschaft», XXXV, 1976, 105 ss.; R. H. ROBINS, *Functional Syntax in Medieval Europe*, in «HL», VII, 1980, 231 ss.; A. MAIERÜ, *La linguistica medievale (Filosofia del linguaggio)*, in G. C. LEPSCHY (a cura di), *Storia della linguistica*, II, Bologna, 1990, 128 ss.; LEPSCHY, *Soggetto e oggetto*, cit., 92 ss.

nua ad essere percepito essenzialmente come ‘ciò di cui si predica’⁸⁹, ossia come la materia del discorso, ed il secondo – anche se talora viene esteso a ricomprendere espressioni avverbiali o nominali seguenti al verbo⁹⁰: quel che oggi chiameremmo ‘sintagma verbale’⁹¹ – manca del tutto la nozione di ‘oggetto’. D’altronde, vale la pena di sottolinearlo, in quest’epoca la stessa percezione del giuridico è ‘a-soggettivistica’, nel senso che, analogamente a quanto si riscontra nella prospettiva romana, essa presuppone l’esistenza di un ordine naturale soggiacente alla realtà, nel quale la dimensione comunitaria e naturale è preminente su quella individuale⁹².

4. *Gli umanisti: Doneau e l’applicazione dei substantialia a contratti diversi dalla compravendita.*

La Glossa accursiana ha trasportato la trattazione dei *substantialia contractus* dalla sfera dei *pacta* all’ambito della compravendita, ma i giuristi successivi – postaccursiani e commentatori – tendono a non uscire dall’ormai tralatizia applicazione dei *substantialia* a questo contratto⁹³. Così, ad esempio, viene richiamata continuamente la fa-

⁸⁹ Anche se secondo alcuni il pensiero medievale avrebbe già distinto il soggetto logico (tema del discorso) dal soggetto grammaticale (della frase): cfr. A. DE LIBERA - I. ROSIER, *Construction et correction des énoncés*, in AUROUX (dir.), *Histoire des idées linguistiques*, cit., II, 170.

⁹⁰ LEPSCHY, *Soggetto e oggetto*, cit., 95.

⁹¹ Cfr. per tutti N. CHOMSKY, *Language and Problems of Knowledge. The Managua Lectures*, Cambridge (Mass.), 1988 = *Linguaggio e problemi della conoscenza*, Bologna, 1991, 48 ss., con espresso riferimento alla logica aristotelica.

⁹² Sull’idea di ‘ordine’ nel pensiero giuridico medievale cfr. soprattutto P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, 13 ss., 80 ss., 135 ss.; cfr. anche *ibid.*, 57 ss., 61 ss. sul ‘naturalismo’ di tale concezione (cfr. anche 175 ss.), e *ibid.*, 75 ss., 195 ss., sul rapporto individuo-comunità.

⁹³ Cfr. ODOFREDI *Lectura super Digesto Veteri*, ad D. 18, 1, 72 pr. (ed. cit., 99v); IACOBI DE RAVANIS *Lectura super Codice* = PETRI DE BELLA PERTICA *Lectura super Codice*, ad C. 4, 38, 13, ed. Parisiis, 1519, 199v (l’opera è stata erroneamente attribuita a Pierre de Belleperche: cfr. E. M. MEIJERS, *L’Université d’Orléans au XIII siècle*, in *Études d’histoire du droit*, III, Leyde, 1959, 72 ss.; CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, 398 nt. 21); PETRI A BELLA PERTICA *In aliquot Digesti veteris leges*, ad D. 2, 14, 7, 5, in *In Digestum Novum... item: Explicationes singulares, sive ... Repetitiones ... in aliquot Digesti Veteris et Codicis Iustiniani ...*, ed. Francofurti ad Moenum, 1571, 48 n. 4; CYNII PISTORIENSIS *Lectura in Codicem*, ad C. 4, 38, 13, ed. Francofurti

miliaritas dell'*emptio venditio* con la *locatio conductio*, ma non troviamo ancora una chiara applicazione dei *substantialia* anche ad essa, se non nei termini di una certa analogia tra i singoli elementi dei due contratti⁹⁴.

Le ragioni di una simile difficoltà di andare oltre l'*emptio venditio* sono probabilmente da ricercare nel fatto che le interpretazioni dei commentatori, nonostante le novità metodologiche rispetto all'epoca dei glossatori⁹⁵, si esprimono ancora in maniera molto dipendente dai testi. L'adesione degli interpreti medievali all'ordine legale giustiniano era infatti strettamente connessa – si tratta di cose note – alla convinzione che le leggi romane costituissero un *donum Dei*, e che attraverso di esse parlasse addirittura lo Spirito Santo: l'autorità del testo era l'autorità di Giustiniano, del papa e dell'imperatore⁹⁶. Ciò

ad Moenum, 1578, 258v; IACOBI BUTRIGARII *In primam et secundam Veteris Digesti partem*, ad D. 18, 1, 72 pr., ed. Romae, 1606, II, 227 ss., dove il discorso sui *substantialia* non è più limitato alla spiegazione di D. 18, 1, 72 pr., ma viene esteso a tutto il contratto e utilizzato a commento anche di altri passi, come ad esempio D. 18, 1, 59, o D. 18, 1, 79; ID., *Lectura super Codice*, ad C. 4, 38, 3, ed. Parisiis, 1516, 137v; ALBERICI DE ROSATE *In secundam Digesti Veteris partem*, ad D. 18, 1, 72 pr., ed. Venetiis, 1585, 135v ss.; BARTOLI A SAXOFERRATO *In primam Digesti Veteris partem*, ad D. 2, 14, 7, 5, ed. Venetiis, 1615, 82r; ID., *In secundam Digesti Veteris partem*, ad D. 18, 1, 72 pr., ed. cit., 113r; ID., *In primam Codicis partem*, ad C. 2, 3, 13, ed. cit., 44v; BARTHOLOMEI A SALYCETO *In iii. et iiii. Codicis libros*, ad C. 4, 38, 13, in *vendentis*, n. 2, ed. Venetiis, 1586, 201r; PAULI CASTRENSIS *In primam Digesti Veteris partem*, ad D. 2, 14, 7, 5, n. 4, ed. Venetiis, 1575, 55r; ID., *In primam Codicis partem*, ad C. 4, 38, 13 nn. 2-3, ed. cit., 1575, 225v; IASONIS MAYNI *In primam Digesti Veteris partem*, ad D. 2, 14, 7, 5, ed. Venetiis, 1622, 149r.

⁹⁴ Ad esempio, in Baldo leggiamo che «sicut emptio et venditio consensu contrahit, ita locatio et conductio non procedit sine mercede. (...) quod in contractu locationis requiritur precium .i. merces, quae praestatur pro usu rei, sed in emptione requiritur precium, quod praestatur pro ipsa re» (BALDI DE UBALDIS *In secundam partem super Digesto Veteri*, ad D. 19, 2, 1 [ed. cit., 145r]).

⁹⁵ Oltre a quanto già rilevato circa l'attenzione di Baldo alle implicazioni filosofiche dell'interpretazione medievale di D. 18, 1, 72 pr. (*supra*, nt. 53), possiamo aggiungere che egli per primo sostituisce alla tradizionale espressione '*substantialia*' l'alternativa '*essentialia*', completamente staccata dalla terminologia di D. 18, 1, 72 pr., e ormai pienamente 'filosofica': cfr. BALDI DE UBALDIS *In primam partem super Digesto Veteri*, ad D. 2, 14, 7, 7, ed. Lugduni, 1558, 129v: «essentialia sive substantialia»; cfr. ID., *In secundam partem super Digesto Veteri*, ad D. 18, 1, 9 (ed. cit., 128v): «essentialia»; ad D. 18, 1, 72 pr. (ed. cit., 132r): «essentialia sive substantialia».

⁹⁶ Mi limito a richiamare gli studi di un autore particolarmente sensibile a queste tematiche come V. PIANO MORTARI, *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero*

escludeva, naturalmente, non solo la critica, ma anche la semplice modificazione dell'ordine delle *leges*, cosicché le esigenze sistematiche, pur presenti, si realizzavano nelle forme, per così dire, 'metatestuali' del reticolo di rinvii⁹⁷.

Le cose cambiano – ancora una volta – quando muta il contesto ideologico entro cui operano i giuristi. L'umanesimo, con le sue istanze di storicizzazione, e dunque di relativizzazione, dei testi antichi, mette in crisi il principio di autorità e trasmette fiducia in ideali di razionalità e libertà della scienza; l'emergere degli stati nazionali ridimensiona, in campo politico, la visione universalistica imperiale; la riforma religiosa scardina l'unicità del Papato e consente di liberarsi dagli schemi autoritativi tralatizi. Si tratta di vicende tanto note da non dover essere discusse ulteriormente. È utile però esaminare più da vicino le pagine dell'autore che esprime in modo più radicale le istanze di abbandono dell'ordine legale giustiniano, Hugues Doneau.

Calvinista, attivo nelle lotte religiose del suo tempo, Doneau porta a compimento un processo certo non nuovo, parzialmente anticipato dal suo maestro François Duaren, soprattutto nella celebre lettera ad Andrea Guillart, *De ratione docendi descendique iuris* (1544)⁹⁸ e dai *Commentarii iuris civilis* di François Connan (1553), nei quali la griglia sistematica delle Istituzioni giustiniane viene assunta come contenitore per la trattazione di tutto il *Corpus iuris*⁹⁹. Ma

dei giuristi medievali, in «RISG», XC, 1953-1954 = *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, 1976, 77 ss.; ID., *Cultura medievale e principio sistematico nella dottrina esegetica accursiana*, in «Studi medievali», s. III, VI, 1965 = *Dogmatica e interpretazione*, cit., 95 ss.; ID., *Il problema dell'interpretatio iuris nei Commentatori*, in «Annali di storia del diritto», II, 1958 = *Dogmatica e interpretazione*, cit., 155 ss. Altra bibliografia in A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, 631 s.

⁹⁷ È un dato espresso molto chiaramente da PIANO MORTARI, *Cultura medievale e principio sistematico nella dottrina esegetica accursiana*, cit., 95 ss.; ID., *Il problema dell'interpretatio iuris nei Commentatori*, cit., 214 ss.; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., I, 115 s.

⁹⁸ Mi limito a rinviare a V. PIANO MORTARI, *Razionalismo e filologia nella metodologia giuridica di Baron e di Duaren*, in «Labeo», XV, 1969 = *Diritto logico metodo nel secolo XVI*, Napoli, 1978, 392 ss.; ID., *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli, 1980, 325 ss.; ID., *Cinquecento giuridico francese*, Napoli, 1990, 252 ss.

⁹⁹ Cfr. ancora V. PIANO MORTARI, *La sistematica come ideale umanistico nell'opera di Francesco Connano*, in AA.VV., *La storia del diritto nel quadro delle scienze*

è nelle pagine di Doneau che si trova la massima attuazione del distacco: l'*auctoritas* di Giustiniano o di Salvio Giuliano – egli scrive – non possono condizionare il giurista, che deve ordinare la propria analisi secondo il significato delle espressioni linguistiche (che nessun principe, e nemmeno Giustiniano, può mutare, in quanto espressione dell'*usus populi*), della natura stessa delle cose e della loro organica connessione¹⁰⁰. Ne discende una completa libertà dagli schemi romanistici, che – pur continuando a mantenere il loro valore sostanziale, in quanto essi stessi espressione di razionalità giuridica – divengono solo il punto di partenza per le costruzioni intellettuali del giurista culto¹⁰¹. E già cominciano a cogliersi, pur se solo *in nuce*, le prime tracce della concezione 'soggettivistica' che, di lì a poco, avrebbe trasformato l'approccio del giurista moderno¹⁰².

È appena il caso di dire che tutto ciò non attiene semplicemente ad una diversa disposizione delle materie nei trattati, ma influenza fortemente, e nella sostanza, i metodi e le scelte dogmatiche del giurista. Un esempio abbastanza eloquente di ciò è nel fatto che, a differenza dei suoi predecessori, e distinguendosi anche da umanisti suoi contemporanei¹⁰³, Doneau non si limita ad enumerare gli elementi

storiche, Firenze 1966 = *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, cit., 301 ss.; ID., *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, cit., 319 ss.; ID., *Cinquecento giuridico francese*, cit., 233 ss.

¹⁰⁰ H. DONELLI *Commentaria de iure civili*, I, 1, 12, in *Opera omnia*, I, Lucae, 1762, 10: la mia parafrasi tiene conto di quella di ORESTANO, *Introduzione*, cit., 640 s.

¹⁰¹ Cfr. per tutti PIANO MORTARI, *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, cit., 355 ss.; ID., *Cinquecento giuridico francese*, cit., 368 ss.; ID., *L'ordo iuris nel pensiero dei giuristi francesi del secolo XVI*, in AA.VV., *La sistematica giuridica*, Firenze, 1991, 277 ss.

¹⁰² ORESTANO, *Introduzione*, cit., 168.

¹⁰³ Cfr. A. ALCIATI *In Digesta*, ad D. 50, 16, 13, n. 6, in *Opera*, I, Basileae, 1571, 143; ID., *In Codicem*, ad C. 2, 3 *in bonae fidei contractibus ita demum*, in *Opera*, III, Basileae, 1591, 357; ID., *Paradoxorum libri*, 5, 16, in *Opera*, cit., III, 149 ss.; F. CONNAN, *Commentarii Juris civilis*, V, 2, 6, ed. Neapoli, 1724, I, 328; F. HOTMAN, *In LXX titulos Digestorum et Codicis*, ad D. 2, 14, 7, 5, in *Opera*, II, 2, s.l. 1600, 16 ss. François Duaren e Jacques Cujas, da un lato, sono assillati da preoccupazioni filologiche che li inducono a sostenere un ritorno alla lettera di Papiniano abolendo la distinzione tra *substantialia* e *naturalia*, e chiamando *adminicula* gli *accidentalialia*: cfr. F. DUARENI *Commentaria, in tit. De pactis*, ad D. 2, 14, 7, 5, in *Opera omnia*, Francofurti, 1607, 58, per il quale il *natura* di Ulpiano va letto come *substantia* in Papiniano, e che nota come «adminicula emptionis, barbari interpretes accidentalialia et naturalia appella-

costitutivi del contratto di compravendita¹⁰⁴ e a ripetere che, essendo la locazione *proxima* all'*emptio*, essa è retta dalle medesime *regulae iuris*¹⁰⁵. Egli giunge ad applicare espressamente la concettualizzazione dei *substantialia* alla *locatio conductio*: anche questa, come la compravendita, è costituita da *merces, res e conventio*¹⁰⁶.

La struttura interna della locazione, per la prima volta¹⁰⁷, viene perciò disegnata compiutamente nei suoi elementi essenziali. Ma la

runt»; J. CUIACII *In libros quaestionum Papiniani*, ad lib. X, ad D. 18, 1, 72 pr., in *Opera*, IV, Neapoli, 1758, 247 ss., contro il quale si scontrano giuristi più tradizionalisti, come Ioh. d'AVEZAN *Contractuum liber prior*, in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus iuris civilis et canonici*, IV, Hagae-Comitum, 1752, 12 ss. Dall'altro, non esitano a riconoscere nella *substantia* di Papiniano un richiamo dei *substantialia* romanistici: cfr. DUARENI *Commentaria, in tit. De contrahenda emptione*, cap. I, ed. cit., 1017: «...ad substantiam huius contractus (sc. emptionis) tria necessaria esse. In primis necessaria est res quae veneat, deinde definiri certum pretium debet. Tertio consensus contrahentium intervenire debet»; CUIACII *In libros quaestionum Papiniani*, ad lib. X, ad D. 18, 1, 72 pr., in *Opera*, cit., IV, 251.C: la *substantia emptionis* «consistit ex re, pretio et consensu. Extra haec tria, quae accedunt, adminicula sunt contractus»; cfr. anche ID., *Ad titulum de pactis*, ad D. 2, 14, 7. 5, in *Opera*, cit., I, 927.D; ID., *Recitationes solemnes in tit. I de reb. cred. lib. XII Digestorum*, ad D. 12, 1, 19, in *Opera*, cit., VII, 676.B; ID., *Recitationes solemnes in tit. VII de obl. et act. lib. XLIV Digestorum*, ad D. 44, 7, 3, in *Opera*, cit., VIII, 326.D. Una posizione simile sarà assunta anche da G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus*, in *Opera omnia*, I^a, Lugduni Batavorum, 1735, 509 ss., spec. 511, e ID., *Commentarius ad Digesta*, ad D. 18, 1, in *Opera omnia*, cit., II², 386.

¹⁰⁴ H. DONELLI *Commentaria de iure civili*, XII, 1, 5 ss., in *Opera omnia*, III, Lucae, 1763, 763 ss.

¹⁰⁵ DONELLI *De iure civili*, XIII, 6, 1, in *Opera*, cit., III, 814.

¹⁰⁶ Cfr. DONELLI *De iure civili*, XIII, 6, 6, in *Opera*, cit., III, 820 s.: «ut emptio sine re; ita sine re locatio et conductio nulla est»; «ut in emptione pro re pretium; sic in locatione pro usu rei vel operae intervenire oportet mercedem»; infine, anche nella locazione è richiesta una «conventio».

¹⁰⁷ Per la verità, non saprei se riconoscere nell'opera di Doneau, apparsa tra il 1589 e il 1590, un contributo assolutamente nuovo, oppure semplicemente la sede in cui – riterrei, come detto, per ragioni di struttura dell'opera – meglio può esplicitarsi una dottrina già affermata nella tradizione anteriore che egli, più di altri, sviluppa. Anche in opere più o meno contemporanee, come il commento al Digesto di Denis Godefroy (prima ed., priva della Glossa, 1583), seguito da Antonio Favre (prima ed. 1605-1624), troviamo infatti l'applicazione dei *substantialia* alla locazione (D. GOTHOFREDI *Corpus iuris civilis*, ad D. 19, 2, 2 pr., ed. Amstelodami - Lugduni Batavorum 1763, 281: «tria sunt substantialia huius contractus: consensus [...], merces seu pensio, res quae locatur»; A. FABRI *Rationalia in Pandectas*, ad D. 19, 2, 2, 1, ed. Aurelianae, 1626, V, 541: «sunt igitur tria substantialia huius contractus quae hic

trasposizione dei *substantialia* in un contratto diverso dall'*emptio* introduce già nelle pagine di Doneau il germe di un'aporia.

Nella compravendita, scrive il giurista francese, il *pretium* si dà per la *res*. Ma non avviene lo stesso nella locazione: in questa, la *merces* viene data *pro usu rei aut operae*¹⁰⁸. Esistono dunque due *res locatae*? E conseguentemente, continua a chiedersi Doneau, esistono due¹⁰⁹ locazioni?

Per comprendere il valore di questo interrogativo, occorre ricordare che nella concezione romana – non posta in discussione per gran parte della tradizione romanistica – la *locatio conductio* è un tipo contrattuale unitario, in quanto tutti i concreti modelli negoziali in cui esso si manifesta non sono che differenti espressioni del medesimo sinallagma obbligatorio: la prestazione di *merces* contro *uti frui*. Poiché, come si è detto, per i giuristi romani l'unità di un contratto è data non dall'identità di elementi essenziali, ma dalla coincidenza delle obbligazioni, i *prudentes* – pur avendo chiara consapevolezza della distinzione dei vari modelli negoziali – non hanno mai posto in discussione l'unità del tipo, nel senso che tutte le fattispecie rientravano nella tutela delle *actiones locati e conducti*¹¹⁰. È chiaro, però, che se si abbandona questa logica e si ragiona in termini di elementi essenziali, una duplicità di *res* dovrebbe condurre verso una duplicazione del contratto – ed il problema, come si vede, è colto da Doneau con grande lucidità sin dal suo primo porsi.

Tuttavia il giurista francese non giunge a frantumare la *locatio conductio*. Egli non intende stravolgere la struttura del contratto, ma

Gothofredus notat, consensus, merces, quam ille pensionem vocat, et id quod sive res sit aliqua corporalis, ut fundus, sive factum»). Tuttavia, il problema di una paternità, ai nostri fini, riveste un'importanza relativa; possiamo, almeno, prendere Doneau a modello di un atteggiamento mentale nuovo anche rispetto a giuristi della sua stessa epoca.

¹⁰⁸ DONELLI *De iure civili*, XIII, 6, 2, in *Opera*, cit., III, 814.

¹⁰⁹ O addirittura tre: nella *locatio factorum* l'*opera* può essere valutata in due modi: può aversi una locazione di un *opus faciendum* «nostro sumptu», per cui il lavoratore «solam operam nobis praestat» e per il committente si parla di *conducere operas*; e «suo sumptu», per cui il lavoratore è tenuto a garantire il risultato della sua *opera*, e per il committente si parla di *locare opus* (DONELLI *De iure civili*, XIII, 6, 5, in *Opera*, cit., III, 818 s.). Ma non è ancora una tripartizione della locazione.

¹¹⁰ La mia visione sul punto è esposta in FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., *passim* e spec. 285 ss.

semplicemente sviluppare, in tutte le sue implicazioni logiche, il portato della tradizione. E, allora, da un lato mantiene unita la locazione; dall'altro, porta alle estreme conseguenze la *veterum regula* della corrispondenza tra locazione e compravendita, applicando i *substantialia* anche alla prima; infine, per superare la rilevata aporia, 'smaterializza' l'elemento essenziale *res*, affermando che *res locata* è non semplicemente la 'cosa' (come nella compravendita), ma l'*usus* della *res corporalis* e la *praestatio* dell'*opera*¹¹¹ – *praestatio* che, essendo l'*opera* intesa come *res*¹¹², essa stessa «quasi usus est operae»¹¹³. In tal modo, l'*uti frui* dei giuristi romani viene versato nella *res* dei *substantialia* romanistici. E tuttavia l'operazione non è indolore. L'elemento essenziale 'res', per accogliere le figure dell'*usus rei* e della *praestatio operae*, dovrebbe perdere completamente le proprie caratteristiche originarie di 'cosa' della compravendita. Ma un simile processo – come vedremo – non giungerà mai a compimento.

5. *Il giusnaturalismo: dall'elemento essenziale 'res' all'elemento essenziale 'oggetto'.*

Dal XVI secolo in poi, l'applicazione dei *substantialia* alla locazione – e occasionalmente ad altri contratti¹¹⁴ – può dirsi acquisita. Oltre che in Francia¹¹⁵, la ritroviamo nelle opere dei trattatisti ita-

¹¹¹ Naturalmente, già nelle fonti romane l'espressione *res locata* aveva talvolta un significato 'immateriale', potendo indicare l'intero negozio di locazione (cfr., ad es., i rilievi di A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.2.1², Halle, 1900, 98 nt. 2; H. H. PELÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in «ZSS», LXV, 1947, 197 ss.; BETTI, *Istituzioni*, cit., II.1, 220 e 222). Ma, innanzitutto, con essa si indicava – appunto – l'intero rapporto, e non soltanto un suo elemento; in secondo luogo, è chiaro che nella ricostruzione di Doneau c'è un salto logico nel raffronto tra la *res* della compravendita – che è solo 'cosa' – e la *res* della locazione – che può indicare tanto la 'cosa', quanto il suo uso.

¹¹² DONELLI, *De iure civili*, XIII, 6, 5, in *Opera*, cit., III, 819: «est enim opera res».

¹¹³ DONELLI, *De iure civili*, XIII, 6, 6, in *Opera*, cit., III, 820.

¹¹⁴ Così ad esempio, in U. ZASII *Singularium responsorum libri*, I, 12, 1-6, in *Opera*, V, Lugduni, 1550, 72 s.; EIUSD., *In Digestum Vetus*, ad D. 2, 14, 43, in *Opera*, cit., I, 610, viene applicata al contratto di società.

¹¹⁵ Oltre agli autori già ricordati, mi limito a richiamare D'AVEZAN *Contractuum liber alter*, ed. cit., 97: «estque istud negotium emptioni venditioni proximum, et vicinum, iisdemque juris regulis consistit, id est, substantiam capit (...). Nam, ut

liani¹¹⁶, nella cd. giurisprudenza elegante dei Paesi Bassi¹¹⁷, nei giuristi tedeschi dell'*usus modernus Pandectarum*¹¹⁸.

emptio et venditio contrahitur solo consensu, statim atque de certa re, certoque pretio convenerit, nulla conditione injecta (...) sic locatio et conductio intelligitur sola convenientia, simul atque de re certa locanda convenerit, et certa constituta fuerit merces, nulla inserta conditione» (cfr. 78 sulla *substantia emptionis*).

¹¹⁶ Cfr., ad esempio, F. MANTICAE *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, V, 1, 4, ed. Romae, 1613, I, 317; cfr. I. 12, 18 (ed. cit., I, 27; sull'opera del Mantica in relazione ai *substantialia*, cfr. U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, Torino, 1984, 172 ss.); V. CAROCCI *Tractatus locati et conducti*⁴, I, 1, 7, ed. Venetiis 1675, 1, per il quale «locatio est contractus bonae fidei, ultro citroque obligatorius, qui consensu, re et mercede certa perficitur»; *ibid.*, I, 4, 1 (ed. cit., I, 9): la *substantia locationis* è costituita da «res, merces et consensus» (al riguardo, il Carocci cita Ioh. CEPHALI *Consilia*, cons. 626 n. 58, ed. Venetiis, 1582, V, 73, che però non parla dei *substantialia locationis*, ma solo del fatto che non può esservi *locatio* senza *pecunia*); P. PACIONI *De locatione et conductione*, I, 1, 2, ed. Coloniae Allobrogum, 1689, 2, il quale definisce la locazione come «personae, reive ad usum facta concessio mercede in pecunia numeranda conventa», seguendo Azzone, ma aggiunge (n. 10) che l'attribuzione del mero *usus rei* «est de substantia hujus contractus» e (n. 11) che «merces est de substantia locationis».

¹¹⁷ Mi limito solo ad alcuni richiami: A. VINNII *In quatuor libros Institutionum imperialium Commentarius*, III, 25, ed. Venetiis 1783, 179: «ut emptio solo communi consensu de re pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, si de usu rei et mercede convenerit»; U. HUBERI *Praelectiones iuris civilis*, III, 25, 2, ed. Neapoli, 1784, I, 325: le *regulae* della locazione sono le stesse della compravendita, e «vel circa conventionem versantur, vel circa rem, vel circa pretium» (cfr. III, 24, 2 [ed. cit., I, 319]: «substantialia hujus contractus [sc. emptionis] vulgo tria esse dicuntur, consensus, merx et pretium»); NOODT, *Commentarius ad Digesta*, ad D. 19, 2, in *Opera*, cit., II², 421: «... locationem et conductionem consistere ex tribus: nempe ex consensu, mercede, item usu rei aut opera»; cfr. anche ad D. 18, 1 (ed. cit., 386), rispetto alla compravendita: «... ejus (sc. contractus emptionis venditionis) substantia consistere ex his tribus: consensu, pretio, et merce»; Joh. VOETHI *Commentarius ad Pandectas*, ad D. 19, 2, n. 1, ed. Coloniae Allobrogum, 1769, I, 667: la locazione, *proxima* all'*emptio venditio*, è «contractus bonae fidei, consensu constans, de usu vel opera cum mercede commutanda». Per ulteriori indicazioni sulla locazione nel 'diritto romano-olandese', cfr. E. SCHRAGE, *Locatio conductio*, in R. FEENSTRA - R. ZIMMERMANN (hrsg.), *Das römisch-holländische Recht*, Berlin, 1992, 245 ss., dove peraltro si commenta ampiamente la definizione di locazione fornita da U. HUBER, *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt, Soo elders als in Frieslandt gebrukelyk*, III, 8, ed. Amsterdam, 1768.

¹¹⁸ Anche qui, mi limito a citare alcuni giuristi, ben sapendo di compiere una scelta assai drastica: J. H. BOEHMERI *Introductio in ius digestorum*, I, Halae Magdeburgicae, 1773, 450 s. (§§ 4, 6 e 9): nella locazione «requiritur, ut in emtione (...): (I) consensus ab utraque parte; (...) (II) usus rei vel facta locari solita; (...) (III) merces»; G. A. STRUVII *Syntagma iuris civilis [cum additionibus P. Mülleri]*, exerc.

Nel Seicento, però, si compie un ulteriore passaggio sulla strada dell'astrazione della *res* come elemento essenziale. Ce ne accorgiamo scorrendo – a titolo esemplificativo – un trattato sulla locazione della fine del secolo (1696), redatto da un giurista minore, Andreas Wege. I primi due capitoli dell'opera trattano della definizione¹¹⁹ e delle partizioni¹²⁰ della locazione, senza distaccarsi, né nella sostanza né nella forma, dalle trattazioni tradizionali. Ma poi, descrivendo i 'tipi' di locazione, Wege aggiunge che una tale distinzione è desunta «ab objecto»¹²¹; e più avanti – nel cap. IV, *De objecto, seu rebus, quae locari*

XXIV ad D. 19, 2 *locati conducti*, § 7, ed. Francofurti-Lipsiae, 1738, I, 1675: «forma itaque locationis conductionis consistit in consensu de rei usu concedendo: aut opera personae praestanda opereve faciendo pro certa mercede». Nella nota (α) di P. MÜLLER si legge (ed. cit., I, 1676): «quemadmodum emptio et venditio tribus substantialibus consensu, re et pretio (...) ita locatio et conductio consensu, rei usu et mercede absolvitur». Cfr. *ibid.*, exerc. VI ad D. 2, 14 *de pactis*, § 24, ed. cit., I, 288: «sunt itaque substantialia contractus, quae ad ipsius essentiam spectant, ac sine quibus is subsistere non nequit» (segue l'esempio dell'*emptio venditio*); e la nota (ζ) di MÜLLER: «caeteri quoque contractus habent sua substantialia: sic contractus consensualis *locationis conductionis* substantialia requisita praeter consensum (...), consistunt in re (...) vel opera (...) et merces in pecunia numerata» (seguono altri contratti); S. STRYKII *Tractatus de cautelis contractuum necessariis*, sect. II caput IX *de locatione et emphyteusi*, in *Supplementum dissertationum et operum*, XIII, ed. Francofurti-Lipsiae, 1752, 107 ss., il quale inizia col ricordare la *proximitas* tra locazione e compravendita (107, § 1), e avverte che «circa consensum, rem et mercedem nihil est, quod moneamus; coincidunt enim illa cum materia emptionis» (108, § 4); Io. G. HEINECCI *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum et Pandectarum*, in *Opera*, V, Genevae, 1748, 329 (§ 318): «tria itaque et huius contractus (*sc. locationis*) substantiam ingrediuntur, consensus, res et operae, et merces» (cfr. *ibid.*, 310 [§ 253], sulla compravendita); Chr. Fr. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, XVII, Erlangen, 1815, 265 ss. e 269 = *Commentario alle Pandette*, XIX, Milano, 1891, 35 s. e 41 (§ 1044): esistono «drey wesentliche Stücke: 1) Einwilligung der Contrahenten. 2) Ein bestimmtes Object. ... 3) merces».

¹¹⁹ A. WEGENS *De locatione et conductione*, ed. Lipsiae-Islebiae, 1696: cap. I, *De definitione nominali et reali*, § 28 (ed. cit., 1 ss. spec. 8): la locazione è un «contractus juris gentium, nominatus, bonae fidei, solo constans consensu, de rei cuiusdam usu fructive aut hominis opera pro mercede certa illico constituta».

¹²⁰ WEGENS *De locatione et conductione*, cap. II (ed. cit., 9 ss.): *De locationis conductionis divisionibus et distinctionibus*, nel quale si distingue tra *locatio rei* e *locatio facti sive operae*.

¹²¹ WEGENS *De locatione et conductione*, II, 2 (ed. cit., 9 ss., spec. 13): «Locatio conductio autem est vel rei vel facti sive operae. Illa est, qua usus rei (non res ipsa aut dominium [...]) pro mercede conceditur (...). Haec distinctio, cum ab objecto sit desumta, infra cap. 3. [ma 4.] plenius explicabitur».

et conducere possunt, che segue ad un capitolo *De subjecto*¹²² –, scrive esplicitamente che «objectum locationis conductionis» sono *res* e *operae*¹²³. Ancora una volta, un mutamento apparentemente poco significativo è indice di una diversa concezione del contratto. Doneau, legato alla terminologia della compravendita, parlava di *res locata* anche per le *operae*, ed era costretto a smaterializzare il concetto di *res* per porre sullo stesso piano *usus rei* e *praestatio (quasi usus) operae*. Wege mostra di essere su posizioni ancora più radicali: non parla più di *res*, ma di *obiectum locationis*¹²⁴.

Se dai testi dei pratici ci rivolgiamo ai grandi teorici di quest'epoca, comprendiamo il senso di questa trasformazione¹²⁵. Com'è noto, l'introduzione dell'opposizione 'soggetto-oggetto' nel vocabolario concettuale dei giuristi è dovuto a Leibniz. Nella *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* (1667) egli critica la sistematica giustinianea di *personae*, *res*, *actiones*, sostenendo, in primo luogo, che la categoria delle *actiones* è superflua, facendo essa riferimento sempre a *personae* o a *res*; e, in secondo luogo, che una simile *methodus* è tratta non «ex juris, sed facti visceribus»: «personae enim et res sunt facti, potestas et obligatio etc. sunt juris termini»¹²⁶. Al posto di

¹²² WEGENS *De locatione et conductione*, cap. III (ed. cit., 37 ss).

¹²³ WEGENS *De locatione et conductione*, cap. IV (ed. cit., 97 ss.), spec. IV, 48 (ed. cit., 115 s.): «non tantum res, sed etiam operae officiales et artificiales, quae honestae et locari solitae sunt, recte objectum locationis conductionis constituunt».

¹²⁴ Per la verità, di *obiectum locationis* parla anche Johannes Voet nei suoi *Commentaria ad Pandectas*, apparsi per la prima volta nel 1680 (cfr. VOETH *Commentarius ad Pandectas*, ad 19, 2, n. 33 [ed. cit., I, 679]), ma l'uso dell'espressione non è, nella sua opera, fondante come nella sistematica del Wege.

¹²⁵ Il rapporto tra Wege e le teorie giusnaturalistiche può essere desunto dal fatto che egli, ad esempio, cita Grozio rispetto al consenso (WEGENS *De locatione et conductione*, V, 16 [ed. cit., 133]); oltre che autori spagnoli della Seconda scolastica, come F. Suarez, L. de Molina, D. Perez (ad es. II, 23 [ed. cit., 49]; III, 46 e 49 [ed. cit. 58 s.]; III, 66-67 [ed. cit., 64], ecc.). Ma non ho trovato notizie su di lui né in F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*², Göttingen, 1967 = *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980, né in R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I-III.2, Leipzig-München-Berlin, 1880-1910. L'opera è utilizzata, ma senza dare indicazioni sull'autore, da K. GENIUS, *Der Bestandschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskodifikationen*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1972, 140 ss.

¹²⁶ G. G. LEIBNITZII *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*, II, 10, in *Variorum opuscula*, Pisis, 1799, 195.

personae e *res* – terminologia che ancora Althausen nel 1617, pur distinguendo tra piano del *factum* e piano dello *ius*, continuava ad usare¹²⁷ –, Leibniz proponeva di adottare le nozioni più ‘logiche’ di soggetto e oggetto¹²⁸.

Anche in questo caso, naturalmente, non si tratta di una mera sostituzione di termini. Le nozioni romane di (*homo*-)*persona*¹²⁹ e *res* non erano semplicemente il criterio ordinante primario delle Istituzioni di Gaio e Giustiniano, ma avevano una storia antichissima, risalente con ogni probabilità alla giurisprudenza sacerdotale. Ed erano espressione di quella prospettiva oggettivistica che abbiamo descritto sopra, per la quale anche la realtà fisica è ordinata giuridicamente, in

¹²⁷ J. ALTHUSII *Dicaeologicae libri tres totum et universum ius, quo utimur, methodice complectens*, ed. Francofurti, 1649 (prima ed. 1617), richiamata da LEIBNITZII *Nova methodus*, II, 13 (ed. cit., 198); sull’opera dell’Althausen, cfr. O. VON GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie*³, Breslaw, 1913 = *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino, 1974, 54 ss.; e, sul rapporto con Leibniz, CAPPELLINI, *Negoziio giuridico*, cit., 107.

¹²⁸ Nozioni che oltretutto egli non fa corrispondere a quelle di *persona-res*: ‘soggetto’ e ‘oggetto’ possono essere, a seconda dei casi, una *persona* o una *res*, essendo concetti meramente logici: cfr. LEIBNITZII *Nova methodus*, II, 16-17 (ed. cit., 200 s.), e il commento di C. VASOLI, *Enciclopedismo, pansofia e riforma ‘metodica’ del diritto nella «Nova methodus» di Leibniz*, in «Quaderni Fiorentini», II, 1973, 73 ss. Su questa innovazione cfr. soprattutto G. HARTMANN, *Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph*, in *Festgabe R. von Jhering (Juristenfakultät Tübingen)*, Tübingen, 1892, 26 ss. Cfr. anche G. ACETI *Sulla ‘Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae’ di Goffredo Guglielmo Leibniz*, in «Jus», VIII, 1957, 12 ss., 21 ss.; T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in T. ASCARELLI (a cura di), *Th. Hobbes, A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England - G.W. Leibniz, Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum - De casibus perplexis - Doctrina condictionum - De legum interpretatione*, Milano, 1960, 41 s.; K. LUIG, *Leibniz als Dogmatiker des Privatrechts*, in O. BEHREND - M. DIESELHORST - W. E. VOSS (hrsg.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition (Symposion F. Wieacker)*, Ebel-sbach am Main, 1985, 226 ss.; CAPPELLINI, *Negoziio giuridico*, cit., 95 ss., spec. 107 ss. In generale, sul pensiero giuridico di Leibniz, cfr. la bibliografia citata da VASOLI, *op. cit.*, 37 s. ntt. 1-2, cui *adde*, con particolare riferimento al diritto romano, Fr. STURM, *Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz*, Tübingen, 1968 (Recht und Staat, Heft. 348/349).

¹²⁹ Sull’emergere della nozione più recente di *persona* rispetto a quella più arcaica di *homo*, basti rinviare, per tutti, a B. ALBANESE, *Persona (storia)*, in «ED», XXXIII, Milano, 1983, 169.

virtù di una «percezione ... realistico-normativa della natura e del mondo»¹³⁰. In questa visuale, le nozioni giuridiche non aspirano ad essere astratte e logiche, ma costituiscono piuttosto concetti concreti, naturali e giuridici a un tempo¹³¹. La critica di Leibniz alle nozioni romane, in altri termini, è storicamente errata¹³². E tuttavia è non solo legittima, ma anche altamente significativa, se la si considera nel contesto storico-culturale in cui è stata avanzata.

Nel XVII secolo infatti – so di parlare di cose note, e perciò mi limiterò ad accennarvi – era mutato profondamente l'atteggiamento filosofico nei confronti del pensiero soggettivo. Se, come si è detto, la cultura antica e medievale aveva assunto posizioni di sostanziale scetticismo verso un soggettivismo inteso quale limite alla conoscenza del vero, il quadro viene capovolto allorché, con il *cogito ergo sum* cartesiano, la coscienza soggettiva del pensiero si manifesta come l'unico stabile punto di partenza per ogni conoscenza – ossia per il superamento dello scetticismo¹³³. Per la verità, nonostante il rilievo del suo pensiero sul piano dell'ideologia e delle mentalità, Cartesio continua ad utilizzare l'espressione *subiectum* nel significato antico e medievale. Ma con Hobbes e Leibniz si affermerà, per la prima volta, un'accezione volta a designare il soggetto dell'attività senziente: inizialmente, secondo le regole della logica classica, qualificando la percezione come attributo del 'soggetto' corporeo cui inerisce; ma passando ben presto a capovolgere la prospettiva precedente e a designare il *subiectum* come entità cui riferire la coscienza e il pensiero, contestual-

¹³⁰ A. SCHIAVONE, *I saperi della città*, in A. MOMIGLIANO - A. SCHIAVONE (dir.), *Storia di Roma. I. Roma in Italia*, Torino, 1988, 552.

¹³¹ Sulla 'concretezza' e 'giuridicità' delle concezioni romane cfr. soprattutto ORESTANO, *Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano*, cit., 105 ss., sulla nozione di *res*, e P. CATALANO, *Diritto e persone*, Torino, 1990, XII; 167 s., sulla nozione di *persona*.

¹³² Questa consapevolezza, sia chiaro, non implica un giudizio complessivo dell'approccio di Leibniz alla storia del diritto: sulla avvertita necessità, per il giurista, di conoscere tanto la «historia interna» del diritto, quanto la «historia externa», ossia il contesto storico generale entro cui si colloca il diritto romano, nonché la «historia media», ossia la storia dei tempi moderni, cfr. VASOLI, «*Nova methodus*» di Leibniz, cit., 84 ss.

¹³³ CALOGERO, *Soggettivismo*, cit., 28.

mente ad un uso di *obiectum* per indicare il suo opposto, la realtà circostante¹³⁴.

Lo sforzo di Leibniz, tuttavia, non si comprenderebbe se non si tenessero presenti anche altri fattori. I progressi, soprattutto metodologici, delle scienze naturali ed esatte si saldano in quest'epoca con una serie di ricerche nel campo della logica e della linguistica. Quest'ultima, in particolare, alla confluenza delle più disparate pulsioni intellettuali¹³⁵, si indirizza sia verso la creazione di lingue universali, 'matematiche', tali da esprimere esattamente la realtà e di costruire ragionamenti scientificamente corretti, sia verso la costruzione 'razionale' delle lingue naturali.

In entrambi gli ambiti Leibniz ha giocato un ruolo di primo piano: e si noti che il testo in cui più si esplicano gli interessi del filosofo per una *characteristica* universale, la *Dissertatio de arte combinatoria*, precede di un anno la *Nova methodus*¹³⁶. Ma è importante anche ricordare la direzione fortemente logica e soggettivistica assunta dallo studio grammaticale delle lingue naturali. In questo senso, un compito fondamentale è stato svolto dalla *Grammaire générale et raisonnée* di Port-Royal (1660) che, insieme alla *Logique* di due anni suc-

¹³⁴ CALOGERO, *Soggetto*, cit., 28 s.; cfr. anche ID., *Oggetto*, cit., 194.

¹³⁵ L'ermetismo rinascimentale, la tradizione cabalistica, la scoperta degli ideogrammi cinesi, l'egittologia kircheriana, la cd. linguistica rosacroiana, il simbolismo alchemico, ecc. Su tutto ciò, cfr. per tutti P. ROSSI, *Clavis universalis. Arte della memoria e logica combinatoria da Lullo a Leibniz*², Bologna, 1983, 221; R. PELLERÉY, *Le lingue perfette nel secolo dell'utopia*, Roma-Bari, 1992, 51 ss.; U. ECO, *La ricerca della lingua perfetta nella cultura europea*, Roma-Bari, 1993, 129 ss.

¹³⁶ Testo in C. I. GERHARDT [hrsg.], *Die philosophische Schriften von G. W. Leibniz*, Berlin, 1875, IV, 63 ss. Leibniz si è dedicato soprattutto (ma non esclusivamente) negli anni giovanili al problema della lingua universale; su questi interessi cfr. A. HEINEKAMP, *Ars characteristica und natürliche Sprache bei Leibniz*, in «Tijdschrift voor Filosofie», XXXIV, 1972, 446 ss.; ID., *Natürliche Sprache und Allgemeine Charakteristik bei Leibniz*, in *Leibniz' Logik und Metaphysik*, Darmstadt, 1975, 349 ss.; ROSSI, *Clavis universalis*, cit., 259 ss.; PELLERÉY, *Le lingue perfette*, cit., 77 ss.; ECO, *La ricerca della lingua perfetta*, cit., 289 ss.; M. MUGNAI, *Introduzione alla filosofia di Leibniz*, Torino, 2001, 245 ss. Le lingue naturali parrebbero interessarlo più tardi, dapprima rispetto alla loro costruzione razionale e poi rispetto alla loro genesi, ma spesso ritornano le tematiche giovanili (ad es. gli interessi per la Cina): cfr. S. GEN-SINI, *Leibniz e le lingue storico-naturali*, in ID. (a cura di), *Leibniz. L'armonia delle lingue*, Roma-Bari, 1995, 3 ss. (con bibliografia); MUGNAI, *op. cit.*, 239 ss.

cessiva, ha portato a compiuta formulazione quel «parallelismo logico-grammaticale»¹³⁷ già presente alla speculazione medievale, ma che adesso viene riletto in una chiave profondamente nuova. La *Grammaire*, infatti, distingue le parti della frase in due gruppi: parti che indicano gli oggetti del nostro pensiero (nomi, articoli, pronomi, participi, preposizioni, avverbi); e parti che indicano le forme o i modi del nostro pensiero (verbi, congiunzioni, interiezioni). Di questa impostazione è impossibile non rilevare la matrice ‘soggettivistica’: non è ancora, certo, l’affermazione della teoria moderna di un ‘soggetto dell’enunciazione’ (ossia del soggetto-parlante)¹³⁸ distinto da quello ‘grammaticale’ (della frase) e da quello ‘logico’ (il tema del discorso), ma la premessa della nuova dicotomia tra le parti del discorso è chiaramente l’intento di distinguere il soggetto pensante dall’oggetto e dalle forme dei suoi pensieri. E una simile sistematica non può non avere una forte ricaduta sulla teoria della struttura sintattica. Lo schema tradizionale soggetto-predicato è infatti abbandonato, perché tra queste due nozioni, che esprimono gli ‘oggetti’ del pensiero, viene sempre presupposta una terza componente, la copula, che indica la ‘forma’ del pensiero: «è lo stesso dire ‘Pietro vive’ e ‘Pietro è vivente’»¹³⁹. Dall’incontro tra le teorie di Port-Royal e la tendenza dei linguisti francesi, già a partire dal XVI secolo, di esaltare la ‘logicità’ dell’ordine delle parole nella propria lingua – naturalmente perfetta – e in particolare della costruzione diretta della frase, che corrisponderebbe all’ordine naturale del pensiero umano. Nasce così lo schema logico-grammaticale ‘soggetto-verbo-oggetto’¹⁴⁰. Un modello, questo, che per l’influenza avuta dalle teorie di Port-Royal anche sull’insegna-

¹³⁷ Per la nozione, C. SERRUS, *Le parallélisme logico-grammatical*, Paris, 1933.

¹³⁸ La teoria, com’è noto, è stata formulata in numerosi scritti da Emile Benveniste (cfr. per tutti E. BENVENISTE, *De la subjectivité dans le langage*, in «Journal de Psychologie», 1958, ora in *Problèmes de linguistique générale*, I, Paris, 1966 = *Problèmes de linguistique générale*, I, Milano, 1971, 310 ss.), trovando sviluppo soprattutto nella semiologia francese: cfr. per tutti G. BASILE, *Significato e uso. La dimensione sociale del significare*, in D. GAMBARARA (a cura di), *Semantica. Teorie, tendenze e problemi contemporanei*, Roma, 1999, 51 ss.

¹³⁹ C. LANCELOT - A. ARNAULD, *Grammaire générale et raisonnée contenant les fondemens de l’art de parler*³, Paris, 1676, tradotta in R. SIMONE (a cura di), *Grammatica e Logica di Port-Royal*, Roma, 1969, 16, 49 ss., 170 ss.

¹⁴⁰ Cfr. PELLERÉY, *Le lingue perfette*, cit., 141 ss., spec. 149 ss., con bibliografia.

mento della grammatica nelle scuole occidentali fino ad oggi¹⁴¹, è divenuto uno schema logico di riferimento molto al di là della cerchia degli specialisti.

La logica e la linguistica hanno avuto dunque un peso notevole nella formazione dei concetti e degli usi terminologici. Tuttavia, anche riconoscendo un simile ruolo, non appare comunque possibile seguire lo Schlossmann nel ricondurre interamente la struttura 'soggetto-attività (volontà)-oggetto' del negozio giuridico alle influenze della grammatica: la 'rivoluzione' del XVII secolo è un generale movimento di pensiero, che passa – talora coinvolgendo i medesimi protagonisti – per le scienze esatte, la filosofia e la linguistica, ma anche per il pensiero politico, la teologia e il diritto.

In questo senso, hanno svolto un ruolo primario sia l'emersione di uno dei tratti maggiormente distintivi del giusnaturalismo, e cioè l'affermazione dell'esistenza di diritti innati, che spettano all'individuo non in quanto parte di un sistema, ma in assoluto, in quanto uomo¹⁴². Sia la valorizzazione dell'elemento della volontà, che – in ambito filosofico e giuridico – certamente si lega a spunti già presenti nel pensiero medievale, ma che viene ridiscusso in chiave fortemente soggettivistica¹⁴³. Così, se è vero che la dottrina canonistica medievale

¹⁴¹ Cfr. SIMONE, *Introduzione a Grammatica e Logica di Port-Royal*, cit., VIII.

¹⁴² Per questa vicenda, cfr. per tutti B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta, 1997 = *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna, 2002.

¹⁴³ Sulle pulsioni individualistiche del francescanesimo e sui suoi riflessi giuridici cfr. per tutti P. GROSSI, *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in «Quaderni Fiorentini», I, 1972 = *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, 141 ss., 150 ss., il quale però rileva che «la sistemazione francescana non merita di essere qualificata puramente e semplicemente individualistica, perché non riesce a rinunciare ad un sottofondo universalista di marca mistica e teocratica da cui è costantemente impregnata» (*ibid.*, 149); cfr. anche ID., *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Atti Firenze, 1972), Milano, 1973 = *Il dominio e le cose*, cit., spec. 305, ove si traccia il rapporto di continuità ma anche di forte differenziazione tra la visione individualistica francescana e quella della Seconda scolastica. Cfr. anche M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975 = *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1986, 195 ss., 207 ss.

aveva già affermato – in senso opposto alle regole del diritto civile di derivazione romanistica¹⁴⁴ – che *ex nudo pacto oritur actio*¹⁴⁵, ciò si giustificava con la regola dell'ordinamento canonico secondo la quale il mancato adempimento di una promessa è *peccatum*. Al contrario, l'approccio dei teologi-giuristi della Seconda scolastica spagnola al problema della vincolatività della promessa unilaterale¹⁴⁶ – che naturalmente non può essere visto come un blocco unitario, ma che risponde a logiche condivise¹⁴⁷ – si appoggia ad una nozione, molto più moderna, della volontà come dominio sui propri atti e come potere efficiente di trasferire il diritto¹⁴⁸. Una visione, questa, che certo dipende dalla tradizione canonistica¹⁴⁹, ma che si lega soprattutto ad una nuova concezione della proprietà come affermazione dello spazio dell'individuo anziché come ripartizione dello spazio della comunità: la volontà viene percepita quale espressione della libertà del singolo, della quale la proprietà costituisce la garanzia¹⁵⁰.

Si pongono così alcune fra le premesse più importanti per i successivi sviluppi ideologici e normativi del diritto privato: l'esperazione, in chiave soggettivistica, del principio cristiano della strumentalità delle cose all'uomo¹⁵¹, che 'oggettivizza' la realtà naturale

¹⁴⁴ Salvo eccezioni che comunque saranno ricondotte alla regola: cfr. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, cit., 157 ss.

¹⁴⁵ Cfr. gl. *distantiam* ad can. *Iuramenti*, c. 12, causa XXII, quaestio 5: «item hic est argumentum quod ex nudo pacto actio oritur», su cui cfr. per tutti F. CALASSO, *Il negozio giuridico*², Milano, 1967, 267 ss.

¹⁴⁶ Basti rinviare a CALASSO, *Il negozio giuridico*², cit., 334 ss.; WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., I, 445 s.; ID., 'Contractus' und 'obligatio' im *Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, in AA.VV., *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Atti Firenze, 1972), Milano, 1973, 223 ss.; CAPPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 104 ss., nonché, per un maggior approfondimento, a M. DIESSELHORST, *Die Lehre des Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz, 1959, spec. 4 ss. sui precedenti di Grozio.

¹⁴⁷ Si pensi alla polemica tra L. de Molina, e L. Lessius evidenziata da CAPPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 104.

¹⁴⁸ CAPPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 104.

¹⁴⁹ E che verisimilmente è debitrice anche della normativa castigliana, che sin dal XIV secolo aveva riconosciuto efficacia obbligatoria al semplice accordo: cfr. I. BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus*, in J. BARTON (ed.), *Towards a General Law of Contract*, Berlin, 1990, 145.

¹⁵⁰ GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., 281 ss.

¹⁵¹ GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., 317.

sottomettendola alla volontà del soggetto; e l'attribuzione – che coinvolge anche la struttura del contratto – di un ruolo centrale alla proprietà come mezzo di appropriazione della realtà e di affermazione della libertà individuale.

Questo lascito ideologico viene trasmesso al giusnaturalismo settecentesco, particolarmente in area olandese e tedesca – forse anche grazie alla comune appartenenza all'impero asburgico¹⁵² – dove svolge la sua influenza sulla speculazione di Grozio e Pufendorf circa il valore della *promissio*¹⁵³. E si lega a vari e diversi fattori – il rilievo attribuito al *consensus* negoziale da una parte del pensiero medievale¹⁵⁴, ma anche le esigenze della prassi di riconoscere efficacia obbligatoria ai *pacta* e la rivalutazione dell'antica *fides* germanica, contrapposta alla *subtilitas* romana¹⁵⁵ – componendo una trama complessa, nella quale è difficile distinguere le cause dagli effetti, ma che ha l'esito di far tornare allo schema contrattuale la discussione sulla volontà, soprattutto attraverso la rielaborazione di Thomasius e Wolff¹⁵⁶.

In tutto ciò, la veste giuridica del 'movimento' che lega il soggetto all'oggetto-realtà ridotta a suo attributo, a suo predicato – il 'verbo', per proseguire la metafora grammaticale, del rapporto giuridico – è offerta ancora una volta da Leibniz¹⁵⁷ il quale, dopo aver sostituito *personae* e *res* con 'soggetti' e 'oggetti', rielabora anche la nozione sistematica di *actio*, trasformandola in 'atto' (*actus*), inteso già

¹⁵² La notazione è di BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus*, cit., 143.

¹⁵³ Oltre che sulle sistematiche delle opere dei due autori e dei cd. codici giusnaturalistici, che oppongono il diritto delle persone (comprensivo della famiglia) ai diritti patrimoniali (diritti reali; obbligazioni e successioni come modi di acquisto della proprietà): su Grozio, Pufendorf, l'ALR, l'ABGB e il *code civil*, cfr. per tutti WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., I, 441 ss., 472 ss., 507 ss., 515 ss., 523 (com'è noto, il CMBC segue ancora l'impianto sistematico delle Istituzioni giustiniane: cfr. WIEACKER, *op. cit.*, I, 499).

¹⁵⁴ DIESELHORST, *Die Lehre des Grotius vom Versprechen*, cit., 4 ss., 34 ss.

¹⁵⁵ BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus*, cit., 147 ss. (Paesi Bassi) e 158 ss. (Germania).

¹⁵⁶ Cfr. per tutti K.-P. NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München, 1985, 135 ss., spec. 156 ss.

¹⁵⁷ LEIBNITZII *Nova methodus*, II, 18 (ed. cit., 201 s.). Ma è importante – lo evidenzia CAPPELLINI, *Negoziio giuridico*, cit., 107 s. – anche il ruolo di Althausen e la sua rielaborazione del concetto di *negotium*.

– seppur in scritti che non avranno un’influenza diretta sulle elaborazioni successive, perché rimasti inediti – come *declaratio voluntatis*¹⁵⁸.

Di qui in poi si tratta di vicende note. In Germania la dottrina del negozio giuridico, incentrata sulla ‘Willenserklärung’, parrebbe aver trovato il suo ‘creatore’ in Daniel Nettelbladt¹⁵⁹ – allievo di Christian Wolff, e dunque legato alla filosofia di Leibniz¹⁶⁰ –, il quale non si limita a tratteggiare la categoria generale dell’*actus iuridicus* (detto anche *negotium iuridicum*)¹⁶¹, ma trasporta i *substantialia* (così come i *naturalia* e gli *accidentalìa*) dal contratto al negozio, scrivendo che «substantialia actuum iuridicorum dicuntur quae falso actu abesse nequeunt»¹⁶²: il *consensus*, cardine degli *essentialia contractus*, diviene dunque *declaratio voluntatis*, centro degli *essentialia negotii*¹⁶³. Ed anche in Francia, dove pure la dottrina rimane sostanzialmente estranea alla categoria del negozio giuridico¹⁶⁴, le nozioni romane di *persona* e *res* vengono proiettate nei concetti più ‘logici’ di soggetto e oggetto, e si costruisce una nozione di contratto in molti punti coincidente con quella di ‘Rechtsgeschäft’, perché dipendente dai medesimi presupposti ideologici: in altre parole, in Francia si continua a parlare di *essen-*

¹⁵⁸ G. W. LEIBNIZ, *Ad elementa iuris civilis* (1668-1671?), in G. GRUA (ed.), G. W. Leibniz. *Textes inédits d’après les manuscrits de la Bibliothèque provinciale de Hanovre*, II, Paris, 1948, 705 s., 710 s., ricordato da CAPPELLINI, *Negozi giuridico*, cit., 110 e 113 nt. 105.

¹⁵⁹ Così PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il negozio giuridico*, cit., 78 s., e CALASSO, *Il negozio giuridico*², cit., 340 s.; cfr., per una recente, diversamente orientata prospettiva, CAPPELLINI, *Negozi giuridico*, cit., 116.

¹⁶⁰ Sul rapporto tra Leibniz e Wolff rinvio per tutti a P. CAPPELLINI, *Systema iuris*. I. *Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, Milano, 1984, 513 ss., con bibliografia.

¹⁶¹ Cfr. D. NETTELBLADT, *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae*², I, 1, 5, § 63 ss., ed. Halae Magdeburgicae, 1762, 71 ss., spec. § 64 (ed. cit., 72), sull’*actus iuridicus*; l’espressione *negotium iuridicum* ricorre *ibid.*, III, 1 § 1 (ed. cit., 761).

¹⁶² NETTELBLADT, *Systema elementare*², I, 1, 5 § 68 (ed. cit., 72 s.).

¹⁶³ Sugli *essentialia negotii* nella dottrina contemporanea, mi limito a richiamare poche opere classiche: V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1933 (rist.), 94 s.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Napoli, 1994 (rist. dell’ed. Torino, 1960), 182 s. (cfr. anche 102); W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. II. *Das Rechtsgeschäft*², Berlin-Heidelberg-New York, 1992, 80 s. (cfr. anche 611, 627 s., 635 s.).

¹⁶⁴ Cfr. per tutti R. SACCO, *Negozi giuridico (circolazione del modello)*, in «Digesto⁴» (sez. civ.), XII, Torino, 1995, 89 s.

tialia contractus come nella tradizione del diritto comune, ma in una direzione molto più sistematizzante e di chiara matrice soggettivistica e volontaristica.

6. *Il modello francese: l' 'objet du contrat'.*

Possiamo adesso comprendere meglio lo sforzo di generalizzazione compiuto da Robert-Joseph Pothier. Si tratta, com'è stato notato, della prima elaborazione compiuta di una teoria dell'oggetto del contratto¹⁶⁵, ma questo dato non deve essere sopravvalutato. «Pothier è l'ultimo dei giuristi vecchi, non il primo dei giuristi nuovi»: il merito della sua opera deve essere ravvisato più nella sistemazione dell'esistente, che nella creazione di nuove teorie¹⁶⁶. E anche nel nostro ambito egli non fa altro che riversare l'elaborazione (prima medievale e poi) culta dei *substantialia contractus* nei contenitori dogmatici offerti dalla cultura del suo tempo, ed in particolare nelle nozioni di 'soggetto' e 'oggetto'. Se un dato nuovo emerge, è piuttosto nella circostanza che l'impostazione dell'opera di Pothier doveva necessariamente portare alla luce le aporie e le contraddizioni insite nell'operazione – necessaria, date le sue premesse ideologiche già medievali; ma impossibile, considerata la sua vicenda storica – di estendere i *substantialia* a contratti diversi dalla compravendita. Già Doneau si era trovato dinanzi al problema, allorché aveva applicato la teoria degli elementi essenziali alla locazione, e lo aveva risolto smaterializzando la nozione di *res*, nella quale ricomprendeva sia le cose, sia le attività, sia il godimento su di esse realizzato¹⁶⁷. Adesso Pothier mira addirittura ad applicare la teorica dei *substantialia* a tutti i contratti, e di qui – posto che il contratto rappresenta per lui l'archetipo delle obbligazioni – a tutte le obbligazioni.

Nel *Traité des obligations* (1761), il giurista francese coglie l' 'essence' dell'obbligazione nelle sue fonti, nelle persone tra le quali essa nasce, nelle 'choses' che ne possono costituire l' 'objet'¹⁶⁸.

¹⁶⁵ C. A. CANNATA, *Oggetto del contratto*, in «ED» XXIX, Milano, 1979, 827.

¹⁶⁶ P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')*, in «Quaderni Fiorentini», XIV, 1985 = *Il dominio e le cose*, cit., 390 ss. (citazione *ibid.*, 391).

¹⁶⁷ Cfr. *supra*, § 4.

¹⁶⁸ R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Oeuvres*, II, Paris, 1848, 3.

Posto questo schema generale, è naturale attendersi che gli elementi strutturali ‘soggetto’ e ‘oggetto’ si ritrovino in ogni specie di obbligazione, ed anche nel contratto: quest’ultimo viene costruito come accordo (*consensus*)¹⁶⁹ di ‘soggetti’ su un certo ‘oggetto’ (nell’esempio tradizionale della compravendita, *pretium* e *res*)¹⁷⁰. In tal modo, la tradizionale categoria dei *substantialia* viene riversata nella sistematica giusnaturalistica; e la proiezione della nozione di *res* in quella, così logica e astratta, di ‘oggetto’, consente di estendere i *substantialia* ad ogni contratto¹⁷¹.

L’operazione, tuttavia, non riesce pienamente. L’origine ‘materiale’ dell’elemento essenziale ‘objet’ – nato dalla *res* della compravendita¹⁷²

¹⁶⁹ Anche se il consenso nel *code civil* parrebbe essere concepito – in accordo con il pensiero del primo giusnaturalismo, di Grozio e Pufendorf – come consenso unilaterale di colui che si obbliga: cfr. B. SCHMIDLIN, *La causa del contratto nel codice civile francese. Qualche osservazione sul consenso unilaterale e la causa lecita nell’obbligazione secondo l’art. 1108 del codice civile*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Atti Palermo, 1995), Torino, 1997, 283 ss.

¹⁷⁰ POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 6 ss. (nn. 6-8)

¹⁷¹ Il punto è, come è evidente, di estrema importanza, e non senza conseguenze. Il sistema dei *substantialia* è nato – lo abbiamo visto – rispetto alla compravendita, i cui elementi essenziali sono consenso, prezzo e cosa. Dall’umanesimo in poi, la categoria era stata talora applicata anche ad altri contratti ma non era stata creata una sistematica generale. L’unica eccezione in tal senso può essere vista in MANTICAE *Vaticanae lucubrationes*, cit., I-II, nel quale l’analisi dei singoli contratti è preceduta da una sorta di ‘parte generale’ (capp. I-III) in cui si tracciano le linee dogmatiche generali dei *substantialia*: la *substantia contractus* è, per Mantica come per i suoi predecessori (e infatti egli cita a più riprese Baldo), la «*principalis ipsius (sc. contractus) essentia, qua submoti contractus nullius est momenti, ut est pretium in contractu emptionis*» (*ibid.*, I, 12, 2 [ed. cit., I, 26]). Ma il giurista friulano si limita ad individuare nel *consensus* la *substantia communis* ad ogni contratto (*ibid.*, I, 12, 3-4 [ed. cit., I, 26]; l’a. richiama Paul. 2 *inst.* D. 44, 7, 3 pr. e Inst. 3, 22 per sostenere che il consenso è «*substantia omnium obligationum*»), distinguendo poi in ciascun tipo contrattuale una *substantia propria*, come ad esempio, nella compravendita, *pretium* e *res* (*ibid.*, I, 12, 6 [ed. cit., I, 26]). Cosicché, in realtà, solo il consenso viene generalizzato, non ogni elemento ‘essenziale’; e ciò deriva chiaramente dal fatto che per il Mantica il modello è ancora la compravendita, e se il consenso è ravvisabile in ogni contratto, lo stesso non può dirsi per *pretium* e *res*. Pothier va oltre. Anche per lui, naturalmente, il consenso è elemento comune ad ogni contratto (POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 4 s. [n. 3]), e anche per lui, come per tutta la tradizione precedente, il modello è la compravendita. Ma la nozione di ‘oggetto’ permette di superare le differenze contingenti tra i singoli contratti in un ulteriore sforzo di astrazione.

¹⁷² L’elemento essenziale *pretium* ha scarsa rilevanza autonoma, in quanto rientra nella nozione di *res*: ci sono peraltro contratti – Pothier fa l’esempio di mutuo,

– continua a pesare, ed è continua causa di confusione e ambiguità¹⁷³.

‘Objet des contrats’, scrive il giurista francese, è una ‘chose’ che il debitore si obbliga a dare, a fare o a non fare¹⁷⁴. Una ‘cosa’ in senso materiale, parrebbe; tant’è che rispetto a tutti quei contratti in cui non è ravvisabile una ‘chose’, Pothier tende ad utilizzare l’espressione solo apparentemente sinonimica di ‘matière du contrat’¹⁷⁵. Per maggiori chiarimenti in ordine al concetto, tuttavia, egli rinvia alla trattazione circa l’oggetto dell’obbligazione – che costituisce evidentemente una nozione, se non coincidente, almeno legata alle medesime regole¹⁷⁶.

La nozione di ‘objet des obligations’, tuttavia, è estremamente equivoca. Per un verso, Pothier afferma che oggetto dell’obbligazione può essere non solo una ‘chose’ che il debitore si obbliga a dare, ma anche un ‘fait’ che egli si obbliga a fare o a non fare – e, coerentemente, distingue la trattazione delle ‘choses’ e dei ‘faits’¹⁷⁷. Per un altro verso, afferma che non può esservi alcuna obbligazione che non preveda una ‘chose’ che sia dovuta, la quale ne costituisca «l’objet et la matière»¹⁷⁸ – cosicché egli sembra affermare che anche un ‘fait’ debba comunque prevedere una ‘chose’. Per un altro verso ancora, sostiene che ‘oggetto

mandato e deposito – la cui ‘essence’ è «qu’ils soient gratuits» (POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 7 [n. 6]).

¹⁷³ Sull’equivocità della dottrina del Pothier sul punto, cfr. anche CANNATA, *Oggetto del contratto*, cit., 830.

¹⁷⁴ POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 32 (n. 53): «les contrats ont pour objet, ou des choses que l’une des parties contractantes stipule qu’on lui donnera, et que l’autre partie promet de lui donner; ou quelque choses que l’une des parties contractantes stipule qu’on lui fera, ou qu’on ne fera pas, et que l’autre partie promet de faire, ou de ne pas faire».

¹⁷⁵ L’espressione è data come sinonimica solo nei titoli di paragrafi e capitoli, ma mai nelle vere e proprie trattazioni: a volte, come nella definizione di ‘objet et matière des obligations’, il termine ‘matière’ è nel titolo, ma nella definizione è solo l’‘objet’ (POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 61 ss. [nn. 129 ss.]); altre volte, quando manca una ‘chose’, nella trattazione si parla solo di ‘matière’ (come ad es. per il mandato: cfr. R. J. POTHIER, *Traité du contrat de mandat*, in *Oeuvres*, V, Paris, 1847, 173 ss. [nn. 6 ss.]).

¹⁷⁶ Contrariamente a quanto affermato da MESSINEO, *Contratto*, cit., 837; ID., *Il contratto in genere*, cit., I, 137: POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 32 (n. 53), relativo all’oggetto del contratto, contiene un preciso rinvio all’oggetto dell’obbligazione. Cfr. nel senso qui proposto CANNATA, *Oggetto del contratto*, cit., 827 s.

¹⁷⁷ POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 61 ss. (n. 131-135; 136-140).

¹⁷⁸ POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 61 (n. 129).

dell'obbligazione' possono essere non soltanto le cose, ma anche il semplice uso o possesso delle stesse – per esempio, se si loca una cosa, oggetto dell'obbligazione è piuttosto l'uso della cosa, che non la cosa stessa¹⁷⁹.

Insomma: la nozione di 'objet des contrats' coincide ancora, senza dubbio, con la figura che l'ha generata, e cioè con la *res* della compravendita (almeno nelle definizioni: quando si scende ai singoli contratti, ci si rifugia nella 'matière du contrat'). Ma neanche la nozione di 'objet des obligations' riesce a liberarsi del tutto dal significato 'cosale' originario – perché, a questo punto è chiaro, la figura 'oggetto dell'obbligazione' non è che una proiezione a tutta la categoria 'obbligazioni' della figura 'oggetto del contratto'.

Volgendoci ancora una volta al 'laboratorio' offertoci dalla locazione per esaminare gli esiti di queste innovazioni dogmatiche, dobbiamo preliminarmente ricordare che la materia della cd. *locatio operarum* era nel diritto francese sostanzialmente sottratta all'ambito civilistico, per essere disciplinata dai regolamenti delle corporazioni dei mestieri e dalle 'ordonnances' reali. Il fatto che nel *Corpus iuris* si cercasse unicamente la materia della cd. *locatio rei* e *operis*, ha indubbiamente favorito il rilevato valore 'cosale' della nozione di 'oggetto del contratto'.

Pothier, nel *Traité du contrat de louage*, definisce il 'louage des choses' come un contratto in cui una parte si obbliga ad attribuire all'altra l'uso o il godimento di una cosa per un tempo determinato dietro pagamento di un prezzo¹⁸⁰, e il 'louage des ouvrages' come un contratto in cui una parte assegna all'altra un'opera (nel senso di

¹⁷⁹ POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 61 (n. 130): «L'objet d'une obligation peut être ou une chose proprement dit (*res*), que le débiteur s'oblige de donner; ou un fait (*factum*) que le débiteur s'oblige de faire ou de ne pas faire (...). Non-seulement les choses mêmes (*res*) peuvent être l'objet d'une obligation; le simple usage d'une chose, ou la simple possession de la chose, en peut être l'objet. Par exemple, lorsque quelqu'un loue sa chose, c'est l'usage de sa chose, plutôt que la chose même, qui est l'objet de l'obligation qu'il contracte». Cfr. anche POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit., 11 (n. 22)

¹⁸⁰ POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit., 2 (n. 1): «un contrat par lequel l'un des deux contractans s'oblige de faire jouir ou user l'autre d'une chose pendant le temps convenu, et moyennant un certain prix que l'autre, de son côté, s'oblige de lui payer».

opus) da compiere dietro pagamento di un compenso¹⁸¹. In entrambi i casi, la ‘substance’ della locazione è costituita da tre elementi: consenso, prezzo e una cosa¹⁸²; solo che, nella locazione di cose, la ‘matière’ è data dall’«usage d’une chose» (*res utenda datur*), mentre, nella locazione d’opera, la ‘matière’ è data da «un ouvrage donné à faire» (*res facienda datur*).

Come si vede, si corre sul filo dell’equivoco: nel raccordo di tutte queste definizioni, l’‘oggetto’ è identificato con la *res*, ma questa *res* ha almeno tre significati, e cioè: ‘bene’ sul quale si realizza il godimento; il ‘godimento’ stesso; l’‘opera’ derivante dall’attività. E, nonostante ciò, si continua a sostenere che il raccordo tra le tutte le figure è nella *res*¹⁸³, ossia nell’‘objet’ – con la prevedibile confusione che ne consegue.

Il *code civil* segue la definizione di ‘objet du contrat’ disegnata da Pothier – dopo un tentativo, in sede di lavori preparatori, di seguire piuttosto la definizione di ‘objet des obligations’¹⁸⁴ –, e afferma che è oggetto del contratto quella ‘chose’ che una parte si obbliga a dare, a fare o a non fare¹⁸⁵.

¹⁸¹ POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit., 133 (n. 392): «le contrat de louage d’ouvrage est un contrat par lequel l’une des parties contractantes donne un certain ouvrage à faire à l’autre, qui s’oblige envers elle de le faire pour le prix convenu entre elles, que celle qui lui a donné l’ouvrage à faire, s’oblige de son côté de lui payer».

¹⁸² Per la locazione di cose, cfr. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit., 6; per quella d’opera, *ibid.*, 134 (cfr. anche ID., *Pandectae Iustinianae in novum ordinem digestae*, ad D. 19. 2, n. 2, ed. Lugduni, 1782, I, 533).

¹⁸³ Cfr. la definizione di locazione in POTHIER, *Pandectae Iustinianae*, ad D. 19, 2, n. 1 (ed. cit., I, 533): «locatio conductio est contractus quo de re fruenda vel facienda pro certo pretio convenit».

¹⁸⁴ Cfr. *Projet du Code civil*, art. 23: «Tout contrat a pour objet une chose qu’une partie s’oblige de donner, ou un fait que l’une des parties s’oblige de faire ou de ne pas faire» (cfr. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIII, Paris, 1827, 7; cfr. anche 227). Tuttavia, la redazione definitiva dell’art. 1126 c.c.fr. (cfr. *infra*, nt. 185) segue la definizione del Pothier di ‘objet des contrats’ (mi sembra che la ragione della modificazione sia da rintracciare in questa preferenza, e non – come voleva C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, in *Cours de Code Napoléon*, XXIV, Paris, 1877, 284 – nel fatto che il Tribunale volesse evitare il bisticcio «faire un fait», e dunque, ritenendo superflua l’espressione ‘fait’, l’abbia soppressa; cfr. in questo senso anche CANNATA, *Oggetto del contratto*, cit., 828). La nozione di ‘objet des obligations’ del Pothier parrebbe invece essere stata accolta dal *código civil* spagnolo, nel quale si afferma che possono essere ‘objeto de contrato’ sia «las cosas», sia «los servicios» (art. 1271).

¹⁸⁵ Art. 1126 c.c.fr.: «tout contrat a pour objet une chose qu’une partie s’oblige

Il valore 'cosale' della nozione di 'objet du contrat' non viene dunque meno. Ad esempio, al centro di ogni forma di locazione viene posta sempre una *res*: nel 'louage des choses', ci si obbliga «à faire jouir ... d'une chose»¹⁸⁶; nel 'louage des ouvrages', ci si obbliga «à faire quelque chose»¹⁸⁷. Ma poiché esistono contratti in cui è assente una 'cosa', già la dottrina ottocentesca si è trovata a dover distinguere tra una «signification générale» di 'chose' (comprensiva del 'fait') e una «signification spéciale» (esclusiva di 'chose')¹⁸⁸. Più di recente, si è affermato addirittura che il contratto non avrebbe, propriamente, alcun oggetto, nel senso che ha solamente degli effetti, che si identificano con la nascita di una o più obbligazioni¹⁸⁹. Il valore 'cosale' dell'oggetto nell'art. 1128 c.c. fr. costituirebbe in realtà «une ellipse»: 'oggetto del contratto' sarebbe sempre una situazione giuridica (ad es., il diritto di proprietà in una compravendita)¹⁹⁰, e nella definizione codicistica sarebbero ravvisabili diverse nozioni. L'oggetto dell'obbligazione, che coincide con la prestazione: ad es., nella vendita, «la délivrance de la chose vendue». L'oggetto della prestazione, che nell'esempio della vendita coincide con la cosa, ma che può consistere anche in un bene immateriale, come ad es. in un credito – anzi, è stato notato che oggetto della prestazione è a stretto rigore non la cosa, ma il diritto su di essa, ossia la proprietà, l'uso, il possesso, ecc. E infine

à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire». Cfr. anche gli artt. 1128-1130 c.c.fr.

¹⁸⁶ Art. 1709 c.c.fr.: «Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et, moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer».

¹⁸⁷ Art. 1710 c.c.fr.: «Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles».

¹⁸⁸ Per la distinzione, cfr. DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, cit., 284 s.; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI³, Bruxelles, 1878, 103 ss. Un'applicazione concreta della differenza può trovarsi ad esempio in M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1909, 58: «on appelle 'objet' de l'obligation la chose qui peut être exigée du débiteur par le créancier. Cet objet peut être un fait positif, comme l'exécution d'un travail ou un versement d'argent: on l'appelle alors 'prestation'; ce peut être aussi un fait négatif, c'est à dire une abstention».

¹⁸⁹ Cfr. per tutti J. GHESTIN, *La formation du contrat*, Paris, 1993, 654; B. STARCK - H. ROLAND - L. BOYER, *Obligations. II. Contrat*⁵, Paris, 1995, 210.

¹⁹⁰ GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 655; STARCK - ROLAND - BOYER, *Obligations. II. Contrat*⁵, cit., 210.

l'oggetto del contratto, che viene definito da alcuni come l'operazione giuridica che le parti cercano di realizzare, ma che viene fatto coincidere, dalla dottrina dominante, con l'oggetto dell'obbligazione¹⁹¹.

Ma occorre riconoscere che la tematica dell'objet, nel dibattito dottrinale sulla struttura del contratto, ha sempre avuto un ruolo marginale. Ciò è dovuto verisimilmente, a diversi fattori. In primo luogo, al fatto che il 'modello', pur con tutte le sue incongruenze, è relativamente coerente, essendo univocamente 'cosale': a seconda della struttura del contratto, si potrà mantenere il valore di cosa oppure 'smaterializzarla', percorrendo la via tracciata da Doneau. In secondo luogo, alla concezione unitaria del contratto nel diritto francese, che ha solo e sempre effetti obbligatori¹⁹². Infine, alla rilevanza ben maggiore assunta, nelle discussioni della dottrina francese, dalla nozione di 'cause', se possibile ancora più ambigua di quella di 'objet'¹⁹³. Piuttosto, sono nate difficoltà nel coordinamento tra le due nozioni. Se infatti si dice in genere che l'oggetto riguarda il *quid debetur* e la causa il *cur debetur*¹⁹⁴, d'altra parte la distinzione tra i rispettivi ambiti non è sempre agevole: quando nei contratti a titolo oneroso manchi una contropartita, è arduo stabilire se si tratti di assenza di oggetto o di causa, perché la 'lésion', intesa come squilibrio tra le prestazioni, attiene all'oggetto, ma determina un'assenza parziale di causa; e lo stesso è a dirsi quando vi siano ipotesi di illiceità o immoralità¹⁹⁵.

7. Il modello tedesco: il 'Gegenstand des Vertrages'.

Anche se nel BGB mancano paragrafi analoghi agli artt. 1108 e 1126 c.c. fr., 1104 e 1116-1118 c.c. it. (1865), 1325 e 1346 c.c. it.

¹⁹¹ Cfr. per tutti GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 654 ss., con bibliografia.

¹⁹² Cfr. *infra*, § 7.

¹⁹³ Una notevole panoramica delle posizioni della dottrina in GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 821 ss.

¹⁹⁴ STARCK - ROLAND - BOYER, *Obligations. II. Contrat*⁵, cit., 310; cfr. anche GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 819.

¹⁹⁵ GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 819 s. E infatti la dottrina tende a discutere di illiceità dell'oggetto anche in assenza di una espressa previsione normativa, rispetto ad ipotesi di causa illecita o di contrarietà all'ordine pubblico: cfr. *ibid.*, 801 ss.

(1942), un esame, anche veloce, delle opere di codificazione e di dottrina che ne hanno costituito le premesse, mostra chiaramente che la nozione di 'oggetto del contratto' ha avuto rilievo pure nell'esperienza tedesca. Anche in questa, infatti, si coglie una forte dipendenza dalle proposizioni del giusnaturalismo.

Per quanto attiene ai codici, se non troviamo sostanziali novità nel CMBC (ma nelle *Anmerkungen* del Kreittmayr si parla chiaramente di *objectum* con riferimento a contratti specifici¹⁹⁶), nell'ALR il 'Gegenstand des Vertrages' viene fatto coincidere con il 'Gegenstand der Willenserklärung'¹⁹⁷, identificato in cose e atti¹⁹⁸; e nell'ABGB i requisiti di possibilità e liceità dell'oggetto sono posti a condizione della validità del contratto¹⁹⁹.

In dottrina, l'influenza della rivoluzione sistematica leibniziana si rinvieni naturalmente in tardi giusnaturalisti come Darjes²⁰⁰, Pütter²⁰¹

¹⁹⁶ W. X. A. VON KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem*, München, 1765, 1540 (locazione).

¹⁹⁷ ALR, I, 5 § 39: «Ueber alles, was der Gegenstand einer rechtsgültigen Willenserklärung seyn kann, können auch Verträge geschlossen werden».

¹⁹⁸ ALR, I, 4 § 5: «Alle Sachen und Handlungen, auf welche ein Recht erworben, oder Andern übertragen werden kan, können Gegenstände der Willenserklärungen seyn». La prima parte del codice è tutta impostata sulla distinzione tra *personae*, *res* e *facta* (tit. I: *Personen*; tit. II: *Sachen*; tit. III: *Handlungen*), che sono rispettivamente soggetto e oggetto della dichiarazione di volontà (tit. IV: *Willenserklärungen*).

¹⁹⁹ «Möglichkeit und Erlaubtheit» del 'Gegenstand des Vertrages' (§§ 878-882 ABGB) costituiscono requisiti di validità del contratto insieme a capacità e volontà non viziata del soggetto-persona (*Fähigkeiten der Personen*, §§ 865-868; *Wahre Einwilligung*, §§ 869-877). Nell'ABGB, l'influsso del giusnaturalismo si coglie anche a livello sistematico: dopo una prima parte dedicata al *Personenrecht*, troviamo una seconda parte relativa al *Sachenrecht*, a sua volta divisa in un primo titolo relativo ai diritti reali (*Von den dinglichen Rechten*) e un secondo titolo relativo ai diritti patrimoniali personali (*Von den persönlichen Sachenrechten*), fra i quali sono ricompresi i contratti. In particolare, a contratti e negozi giuridici è dedicata la sezione diciassettesima (*Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt*).

²⁰⁰ J. G. DARJES, *Institutiones iurisprudentiae privatae Romano-Germanicae*, Jena, 1749, che intitola il primo capitolo della parte generale *De iurium atque obligationum obiecto*. Sull'opera e sul problematico rapporto dell'autore con la scuola di Wolff, cfr. R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III.1, München-Leipzig, 1898, 284 s.

²⁰¹ J. S. PÜTTER, *Elementa iuris Germanici privati hodierni in usum auditorum*³, Gottingae, 1776, che intitola la prima parte della sua opera *De varietate subiectorum et obiectorum iuris*.

e i suoi allievi Habernikkel e Hofacker²⁰², o nelle opere di Madihn, allievo del Nettelblatt²⁰³ – per fare solo alcuni esempi. Il Thibaut, in particolare, criticava, come Leibniz, l'illogicità della sistematica giustiniana – «die Römer haben für eine logische Systematisierung fast nichts gethan»²⁰⁴ –, e pertanto sostituiva le nozioni di 'soggetto' e 'oggetto di diritti' a quelle 'fisiche' e non 'giuridiche' di *persona* e *res*²⁰⁵.

Ma il modello giusnaturalistico 'soggetto-oggetto', ormai considerato imprescindibile strumento logico-sistematico, viene accolto anche dai seguaci della Scuola storica – Hugo, Savigny e Puchta – e, attraverso questi ultimi, giunge alla Pandettistica, che sublimerà lo schema facendo ruotare, intorno al perno del soggetto e della sua vo-

²⁰² E. HABERNIKKEL, *Institutiones iuris Romani*², Gottingae, 1776, e C. Cr. HOFACKER, *Institutiones iuris Romani methodo systematica adornatae*, Tubingae, 1773, ID., *Principia iuris civilis Romano-Germanici*, I², Tubingae, 1800, dove *personae*, *res* e *facta* sono assunti come *obiectum legis* o *iuris*. Ma si noti che, ad esempio, in HOFACKER, *Principia iuris civilis Romano-Germanici*, cit., III, il termine *obiectum* viene riutilizzato, nelle obbligazioni, per indicare l'oggetto della *conventio* (*op. cit.*, 45 ss.: *res* o *factum*) e della prestazione (*op. cit.*, 47 ss., inteso essenzialmente come «id quod debetur»), e poi essere utilizzato nei singoli contratti (mutuo: 114; comodato: 126; deposito: 130; locazione, il cui oggetto sono *res*, *factum* e *opus*: 224 ss., ecc.), salvo che per l'*emptio venditio*, per la quale si continua ad utilizzare il termine *res* (150 ss.): qui, naturalmente, non è necessario un concetto astratto. Su questi autori, entrambi seguaci di Johann Stephan Pütter, cfr. STINTZING - LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III.1, 358 ss.

²⁰³ L. G. MADIHN, *Principia iuris Romani, systematicae in usum praelectionum disposita*, Francofurti, 1785, il cui primo capitolo della parte generale è dedicato a *De iuribus et obligationibus eorumque subiecto et obiecto*. Sull'autore, cfr. STINTZING - LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III. 1, 440 s.

²⁰⁴ A. Fr. J. THIBAUT, *System des Pandecten-Rechts*, I⁸, Jena, 1834, 6 s. (§ 6).

²⁰⁵ Le *personae* sono rappresentate come 'Rechtssubjecte' (THIBAUT, *System*, cit., I⁸, 48 [§ 57]; 97 ss. [§§ 118 ss.], e le *res* come «alles, was kein Rechtssubject ist» (*ibid.*, I⁸, 7 [§ 6]). Oggetto immediato del diritto ('Gegenstand der Gesetze') sono 'Rechte' e 'Verbindlichkeiten' (intesi come comportamenti rimessi alla volontà del titolare, oppure necessitati), dei quali è fonte (al di là della legge) il negozio giuridico (*ibid.*, I⁸, 90 [§ 104]), e che hanno come oggetto (*ibid.*, I⁸, 48 [§ 57]; 125 ss. [§§ 158 ss.]) l'*actus* ('Handlung': *ibid.*, I⁸, 97 [§ 118]). La *res*, in quanto 'Object der Handlungen' (*loc. ult. cit.*), è dunque oggetto (due volte) mediato del diritto (*ibid.*, I⁸, 133 [§ 167]: «... mittelbar Gegenstand der Rechte»). In questa sistematica, il contratto è naturalmente disegnato come il risultato della volontà dei contraenti, 'soggetti' (*ibid.*, II⁸, 4 [§ 444]), esercitata su un 'oggetto' costituito da cose corporali o incorporali (*ibid.*, II⁸, 15 [§ 457]) che, nel caso della locazione, sono 'Sachen' e 'Dienste' (*ibid.*, II⁸, 59 [§ 511]).

lontà, l'intero sistema, distinto nei suoi diversi àmbiti sulla base dell'infinito variare degli 'oggetti'.

Hugo – il cui principale referente dal punto di vista della metodologia giuridica era Leibniz²⁰⁶ – scriveva che, per la validità di una 'Willenserklärung', è necessario che vi siano, «wesentlich», «1) eine Person (...) 2) ein Gegenstand (...) 3) eine Willensäußerung über diesen Gegenstand»²⁰⁷; e che 'Gegenstand einer Forderung' può essere «eine Sache, an welcher ein Recht gegen Jeden erworben werden soll (*dare*), oder eine Handlung ohne alle nähere Beziehung auf eine Sache (*facere*), oder das Gestatten des Gebrauchs einer Sache (*prae-stare*)»²⁰⁸

Nell'opera di Savigny – sia stato o meno l'influsso del giusnaturalismo mediato da Heise²⁰⁹ – le tematiche giusnaturalistiche si scorrono su diversi piani. Innanzitutto nella distinzione, nell'ambito dei 'Privatrechtsverhältnissen', tra realtà di fatto e realtà di diritto²¹⁰. Poi nella contrapposizione tra uomo e mondo esteriore, quest'ultimo percepito come oggetto ('Gegenstand') di dominio della volontà indi-

²⁰⁶ Mi limito a rinviare a M. HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1981, 356 ss.; cfr. anche R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III.2, München-Berlin, 1910, 11 (*Text*) e 4 nt. 21 (*Noten*). Naturalmente, ciò senza negare i numerosi motivi di distacco tra la dottrina di Hugo e il giusnaturalismo, su cui cfr. G. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, 1968, *passim*.

²⁰⁷ G. HUGO, *Lehrbuch der Pandekten oder des heutigen römischen Rechtes*³, Berlin, 1805, § 33.

²⁰⁸ G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, II, Berlin, 1819, 450 (§ 332); cfr. IV, Berlin, 1820, 207 s. (§ 223).

²⁰⁹ G. A. HEISE, *Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, Heidelberg, 1807. Su questa influenza, cfr. per tutti A. B. SCHWARTZ, *Zur Entstehung des modernen Pandectensystems*, in «ZSS», XLII, 1921, 578 ss., spec. 582; P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*², München-Berlin, 1947, 279 = *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, 1962, 473; F. WIEACKER, *Friedrich Carl von Savigny*, in «ZSS», LXXII, 1955, 26 ss.; Id., *Vom römischen Recht*², Stuttgart, 1961, 300 ss.; G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966, 130 ss.; L. BJÖRNE, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, Ebelsbach am Main, 1984, 141 ss.; l'epistolario tra Savigny e Heise è stato pubblicato da O. LENEL, *Briefe Savignys an Georg Arnold Heise*, in «ZSS», XXXVI, 1915, 96 ss.

²¹⁰ FR. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, 333 (§ 52).

viduale – dominio che è considerato l'essenza del rapporto giuridico²¹¹. Infine, nell'adozione della partizione giusnaturalistica dei rapporti giuridici nelle due sfere del diritto di famiglia ('Familienrecht') e dei diritti patrimoniali ('Vermögensrecht'), fra i quali sono compresi diritti reali e obbligazioni²¹². E lo stesso deve dirsi per la costruzione delle obbligazioni: la 'Natur der Obligationen' viene trattata distinguendo tra soggetto(-persona) e oggetto ('Gegenstand') dell'obbligazione – quest'ultimo detto anche 'contenuto' ('Inhalt') e identificato con la prestazione ('Leistung', 'Handlung')²¹³ – e si noti che, come già Pothier, Savigny identifica il 'Gegenstand der Obligation' con il 'Gegenstand des Vertrages'²¹⁴.

Per Puchta, infine, ogni diritto consiste nel rapporto tra la volontà e un oggetto ('Gegenstand'), e un tale rapporto si realizza come sottomissione dell'oggetto stesso²¹⁵. Individuato questo schema, egli pone l'oggetto a misura dell'intero sistema giuridico. Poiché la volontà del soggetto è elemento costante in ogni sfera del diritto²¹⁶, la classificazione dei diritti può infatti realizzarsi solo sulla base dei loro

²¹¹ SAVIGNY, *System*, cit., I, 333 s. (§§ 52-3); 386 (§ 58). In questo senso, peraltro, è interessante notare che il progetto iniziale del primo libro del *System* era stato concepito dal Savigny come *Allgemeiner Theil* suddiviso in sei capitoli, dei quali il primo sulle fonti del diritto, il secondo sugli oggetti e sulle tipologie – che dagli oggetti derivano: cfr. *ibid.*, I, 334 –, il terzo sulle persone, intese come 'Subjecte der Rechtsverhältnissen', e i restanti sulle vicende e sulla tutela del rapporto. Per queste notizie sulla redazione del *System*, e in generale sulla vicenda compositiva del § 52, cfr. H. KIEFNER, *Das Rechtsverhältnis. Zu Savignys System des heutigen Römischen Rechts: Die Entstehungsgeschichte des § 52 über das 'Wesen der Rechtsverhältnisse'*, in N. HORN (hrsg.), *Europäische Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart (Festschrift H. Coing)*, I, München, 1982, 149 ss., spec. 151 s.

²¹² Cfr. SAVIGNY, *System*, cit., I, 334 ss. (§ 53); 367 (§ 56).

²¹³ Cfr. Fr. C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1851, 4 ss. (§§ 2 ss.); in particolare, sul 'Gegenstand der Obligation', cfr. 295 ss. (§§ 28 ss.).

²¹⁴ SAVIGNY, *Obligationenrecht*, cit., II, 2 ss (§ 52).

²¹⁵ Cfr. G. F. PUCHTA, *Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme*, in «RhM», III, 1829 = *Kleine zivilistische Schriften*, Leipzig, 1851, 230. Naturalmente, la critica del Puchta alla distinzione soggetto-oggetto su un piano gnoseologico, al seguito delle dottrine di Schelling (su cui cfr. per tutti J. BOHNERT, *Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas [1798-1846]*, Karlsruhe, 1975, 147 ss.; HERBERGER, *Dogmatik*, cit., 399 ss.), si colloca su un piano diverso.

²¹⁶ Sul soggetto, cfr. PUCHTA, *Pandekten*⁷, cit., 36 ss. (§§ 32 ss.); 49 ss. (§§ 33 ss.).

differenti oggetti: ‘Sachen’, ‘Handlungen’, ‘Personen’ (da cui avremo rispettivamente diritti reali; obbligazioni; diritti della personalità, possesso, diritto di famiglia, successioni)²¹⁷. E, naturalmente, anche le obbligazioni e il contratto²¹⁸ si strutturano in termini di ‘Subject’²¹⁹ e ‘Gegenstand’²²⁰.

Per quanto riguarda la Pandettistica, trattare dei singoli autori sarebbe inutile e ripetitivo. Basti ricordare che tutto il diritto privato viene costruito sulle nozioni di ‘Rechtssubjekt’, ‘Rechtsobjekt’ e ‘Rechtsgeschäft’, che sui primi due si fonda²²¹. D’altra parte, la sistematica si è in quell’epoca trasmessa anche agli autori che studiano il

²¹⁷ PUCHTA, *Betrachtungen*, cit., 230 ss.; ID., *Pandekten*⁷, cit., 69 s. (§ 46).

²¹⁸ Definito come ‘Geschäftsobligation’: cfr. PUCHTA, *Pandekten*⁷, cit., 448 (§ 303).

²¹⁹ Cfr. PUCHTA, *Pandekten*⁷, cit., 348 ss. (§§ 232 ss.); 449 ss. (§§ 304 ss.); ID., *System und Geschichte des römischen Privatrechts*, II^o, Leipzig, 1881, 315 ss. (§ 262).

²²⁰ Cfr. PUCHTA, *Pandekten*⁷, cit., 328 ss. (§§ 220 ss.); 449 ss. (§§ 304 ss.); ID., *System und Geschichte*, cit., II^o, 298 ss. (§ 258).

²²¹ Mi limito ad richiamare brevemente, a titolo di esempio, le sistematiche di alcuni autori. F. MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*³, Gießen, 1820, legge senz’altro la *persona* come ‘Subjekt’ (117 [§ 108]); la *res* come ‘Objekt’ (141 [§ 134]); il ‘Rechtsgeschäft’ come rapporto tra soggetto e oggetto (152 ss., spec. 154 s. [§§ 150-151]). Così anche J. Fr. GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, I-III.2, Göttingen 1838-1840: I, 116 (§ 32: *persona* come soggetto), 216 (§ 68: cosa come oggetto), 264 ss. (‘Rechtsgeschäft’: spec. 267 ss. [§ 91], sul soggetto, e 269 ss. [§ 92], sull’oggetto); cfr. II.2, 7 ss. (§§ 372 ss.) sui soggetti dell’obbligazione; 40 ss. (§§ 383 ss.) sull’oggetto. Chr. Fr. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandecten-Rechts*, I-III⁴, Halle, 1844, particolarmente attento ai profili di interpretazione grammaticale e logica della legge (I, 136 ss. [§§ 58 ss.]), rinviene il «wesentlicher Charakter» del diritto privato nelle nozioni di ‘Rechtssubjekt’ (*persona*), ‘Rechtsobject’ (*res*), ‘Forderungsverhältnisse’ (*obligationes*) (I, 170 s. [§ 78]); struttura la trattazione delle obbligazioni in *Begriff und Eintheilungen* (II, 250 ss. [§ 322]), *Subject* (II, 252 s. [§ 323]), *Gegenstand* (II, 253 ss. [§ 324 ss.]), *Wirkung* (II, 258 ss. [§§ 327 ss.]) *der Obligation*; e sullo stesso schema ordina i contratti (II, 266 ss. [§§ 331 ss.]) (si noti che tanto l’oggetto dell’obbligazione quanto quello del contratto sono fatti coincidere con il vincolo, con la cosa o con il comportamento). E. BÖCKING, *Einleitung in die Pandekten des gemeinen Civilrechts*², Bonn, 1853, costruisce il sistema del diritto privato sulla base delle nozioni di *Rechtssubjekte* (135 ss.), *Rechtsobjekte* (243 ss.), *Recht* (rapporto tra volontà del soggetto e volontà comune: 307 ss.); K. L. ARNDTS, *Pandette* (tr. it.), I. 1⁴, Bologna, 1882, divide il diritto secondo il contenuto, citando Puchta (101 s. [§ 22]); identifica *persona* con soggetto (105 [§ 24]), e *res* con oggetto (155 [§ 48]); struttura il negozio giuridico secondo lo schema soggetto-volontà-oggetto (197 [§ 64]); II³, cit.: coglie l’‘essenza’ delle obbligazioni nello schema ‘concetto-oggetto-

diritto romano in una prospettiva maggiormente storica²²², e non verrà meno neanche nelle sistematiche attuali del diritto privato romano.

soggetto-efficacia' (9 ss.); l'oggetto dell'obbligazione è la prestazione (11 [§ 202]), e nel contratto il contenuto è identificato con la causa (108 s. [§ 233]), ma rispetto ai singoli contratti torna talvolta il concetto di 'oggetto' (cfr. *infra*). K. A. VON VANGERO, *Lehrbuch der Pandekten*, I-III⁷, Marburg, 1875-1876, identifica *persona* e 'Subjekt' (I, 64 ss.), *res* e 'Objekt' (I, 102 ss.); costruisce l'*obligatio* (III, 16 ss.) e il contratto (III, 248 ss.) sulla scorta delle nozioni di soggetto e oggetto. J. A. VON SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, I-III⁴, Würzburg, 1860-72, intitola senz'altro *Subject und Object* un paragrafo del capitolo dedicato al 'Rechtsgeschäft' (I, 89 s. [§ 74]), dedica un capitolo al *Gegenstand der Obligation* (II, 11 ss.), e due paragrafi al *Gegenstand des Vertrages* (II, 67 ss. [§§ 258-259]). A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II², Erlangen, 1879, 3, parla di 'Gegenstand der Haftung' (intesa come effetto dell'*obligatio*: cfr. *ibid.*, 1). E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Weimar, 1886, spec. 45 ss., costruisce tutto il 'Rechtverhältniss' sulle nozioni di 'Subjekte' e 'Objekte'. J. BARON, *Pandekten*⁸, Leipzig, 1893, identifica *persona* con soggetto (37 [§ 17]) e cosa con oggetto (70 [§ 37]); richiama i concetti di 'oggetto dell'obbligazione' (394 ss. [§ 225]), e di 'oggetto del contratto'. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, utilizza le nozioni di 'Rechtssubjekt' (77 ss. [§ 15], 234 ss. [§ 56]) e di 'Rechtsobjekt' (357 ss. [§§ 94 ss.]). C. G. VON WÄCHTER, *Pandekten*, I-II, Leipzig, 1880-1881, costruisce, sullo schema 'soggetto-oggetto', l'intero diritto privato (I, 172 ss. [§§ 35 ss.]; 255 ss. [§§ 59 ss.]), le obbligazioni (II, 275 ss. [§§ 167 ss.]; 304 ss. [§§ 176 ss.]), il contratto (II, 356 ss. [§ 185]). C. FR. F. SENTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, I-III³, Leipzig, 1868-1869, ordina, sulla base dei diversi 'Gegenstände', il *Rechtssystem* (I, 83 ss. [§ 11]) e le obbligazioni (II, 20 ss. [§ 83]); poi parla di *Gegenstand der Leistung* (II, 57 ss. [§§ 85 ss.]), fa sostanzialmente coincidere l'oggetto del contratto con l'oggetto dell'obbligazione (II, 284 ss. [§ 97]). H. DERNBURG, *System des römischen Rechts (Pandecten)*, I-II⁸, Berlin 1912: l'*allgemeiner Theil* è sostanzialmente strutturato su 'Rechtssubjekt' (I⁸, 78 ss.), 'Rechtsobjekt' (I⁸, 113 ss.), 'Rechtsgeschäft' (I⁸, 157 ss.) (è da notare che gli *essentialia negotii* continuano ad essere esemplificati sulla compravendita: I⁸, 163 [§ 81]); si utilizza ampiamente il concetto di 'Gegenstand der Obligation' (II⁸, 589 ss.) e, pur ripetendo le osservazioni del Windscheid (cfr. *infra*, nt. 227) sulla ambiguità della nozione e identificandola nella 'Leistung' (II⁸, 590 [§ 280]), la si impiega nei singoli contratti ad indicare anche i beni economici. Fra i giuristi italiani maggiormente legati alla Pandettistica tedesca, è impossibile non menzionare almeno F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, I-II⁷, Modena, 1899, il quale ordina la sua trattazione delle *Teorie generali* essenzialmente sullo schema 'soggetto(persona)-oggetto(cosa)' (I⁷, 115 ss. [§§ 3 ss.]; 176 ss. [§§ 12 ss.]), identifica l'oggetto dell'obbligazione nella prestazione (II⁷, 3 s. [§ 100]) e fa coincidere con essa l'oggetto del contratto (II⁷, 14 [§ 104]).

²²² Cfr. ad es. A. GÜNTHER, *Principia iuris privati Romani novissimi*, Ienae, 1805, 688 (§ 982): *objectum locationis*; Th. M. ZACHARIAE, *Institutionen des römischen Rechts*, Breslau, 1816, 743: 'Gegenstand' della locazione; L. A. WARKÖNIG, *Commenta-*

Pur in un simile contesto, tuttavia, il concetto di ‘oggetto del contratto’ resta ambiguo. Puchta, ad esempio, identifica a volte il ‘Gegenstand des Vertrages’ con la prestazione (come nel mandato, dove manca una *res* e l’oggetto è il ‘Geschäft’²²³) e allora la nozione coincide con quella di ‘Gegenstand der Obligation’²²⁴; altre volte, con un bene economico (una *res*, come nella compravendita²²⁵); e, coerentemente – come la maggioranza dei pandettisti – ravvisa l’oggetto della locazione non nell’uso della cosa o nella prestazione delle opere, ma senz’altro nella *res* o nelle *operae*²²⁶.

L’ambiguità, esplicitamente denunciata in tutta la sua gravità da Windscheid²²⁷, sembra essere superata – ma solo apparentemente –

rii juris Romani privati, II, Leodii, 1829, 2 s.: *objectum obligationis*; A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts*, III, Leipzig, 1846, 15 ss. (§ 227): ‘Gegenstand und Inhalt der Obligation’; 442 (§ 302) ‘Gegenstand’ della locazione.

²²³ PUCHTA, *Pandekten*⁷, cit., 474 (§ 323).

²²⁴ Cfr. PUCHTA, *Pandekten*⁷, cit., 328 ss. (§ 220).

²²⁵ PUCHTA, *Pandekten*⁷, cit., 514 (§ 360).

²²⁶ PUCHTA, *Pandekten*⁷, cit., 524 s. (§ 365): «Der Gegenstand, dessen Gebrauch überlassen wird, können Sachen und Rechte seyn (*locatio conductio rerum*), oder Kräfte, und diese entweder unmittelbar, so daß zu leistende Dienste der Gegenstand sind (*l. c. operarum*), oder mittelbar, so daß die dadurch hervorzubringende Wirkung z. B. eine zu verfertigende Sache, Transport einer Sache etc. Gegenstand ist (*l. c. operis*)». L’ambiguità è tale che nella stessa frase si oscilla tra un uso di ‘oggetto’ ad indicare la prestazione delle *operae* o dell’*opus* (non dell’*usus rei*), e un uso ad indicare le *res*, le *operae* o l’*opus*, che tuttavia mi sembra preminente (e sicuro, al di là di ogni dubbio, in ID., *System und Geschichte*, cit., II⁹, 360 [§ 275]). Nella stessa direzione del Puchta, cfr. GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, cit., II, 2, 370 s. (§ 507); MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandecten-Rechts*, cit., II, 428 s. [§ 408]; cfr. 431 s. (§ 411), 439 (§ 414); ARNDTS, *Pandette*, cit., II³, 324 ss. (§ 309 ss.); SEUFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, cit., II, 223 (§ 326), 235 (§ 332); BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., II², 751 s.; BARON, *Pandekten*⁸, cit., 523 (§ 292); SENTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, cit., II, 660 s. (§ 118), 677 ss. (§ 118), 689 ss. (§ 119); DERNBURG, *Pandekten*, cit., II⁸, 782 (§ 368), 787 ss. (§§ 369-370); cfr. 780 (367); cfr. anche SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., II⁷, 136 ss. (§ 137). Si distingue dalla maggioranza F. L. VON KELLER, *Pandekten*, Leipzig, 1861, I², 75 s. (§ 334), il quale considera ‘Object’ della locazione l’uso o il godimento di *res* e *operae*.

²²⁷ WINDSCHEID, *Pandectenrecht*, cit., II⁸, 11 s. nt. 1 = *Pandette*, cit., II, 8 s. nt. 1 (§ 252): con ‘Gegenstand des Forderungsrechts’ si può indicare la prestazione che può venire richiesta in virtù del diritto di credito; oppure la persona dell’obbligato – per quanti ritengono inesattamente che sia questa ad essere sottoposta al creditore –; oppure, altrettanto inesattamente, la cosa prestata. In mancanza di espressioni sostit-

nel BGB. Essa continua nel non limpidissimo rapporto tra ‘oggetto’ (‘Gegenstand’) e ‘contenuto’ (‘Inhalt’) dell’obbligazione e del contratto – che tuttavia non sembra aver suscitato problemi alla dottrina tedesca²²⁸. Solo il contenuto è disciplinato nel BGB, e identificato con la prestazione (‘Leistung’)²²⁹, ma non si comprende se sia qualcosa di diverso o di identico all’oggetto, anche tenendo conto del fatto che l’espressione ‘Inhalt’ è stata inserita nei *Protokolle* della seconda commissione in sostituzione di ‘Gegenstand’, ancora presente nei *Motive* della prima²³⁰, e che la nozione di ‘Gegenstand des Vertrages’ è tuttora presente nel dettato del codice, indicando per lo più la prestazione, ma in alcuni casi anche la cosa²³¹. E ciò determina una certa confusione: per fare solo un esempio, il ‘Wesen’ del ‘Dienstvertrag’ è ravvisato nella ‘Leistung (= contenuto) der Dienste’ (= oggetto) (§ 611)²³²;

tuttive, la locuzione deve essere conservata – scrive l’a. –; ma occorre stare in guardia, per non utilizzare inconsciamente l’espressione a volte nell’uno, a volte nell’altro senso. E, infatti, coerentemente con la propria affermazione, il Windscheid individua come ‘Gegenstand’ della locazione non la *res* o le *operae*, ma l’*usus* della *res* o delle *operae*: WINDSCHEID, *Pandectenrecht*, cit., II⁸, 671 = *Pandette*, cit., II, 539 (§ 399): «die Miethe, welche den Gebrauch einer Sache zum Gegenstand hat, heißt Sachmiethe; die Miethe, welche den Gebrauch einer Arbeitskraft zum Gegenstand hat, heißt Dienstmiethe».

²²⁸ Mi limito a richiamare E. A. KRAMER (§ 241), in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁴. IIa. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil.* §§ 241-432, München, 2003, 55 ss., e V. EMMERICH, (§§ 311 ss.), *ibid.*, 1475 ss.

²²⁹ Cfr. §§ 241 ss. BGB (*Inhalt der Schuldverhältnisse*); §§ 306 ss. (*Inhalt des Vertrages*) nella prima redazione, §§ 311 ss. dopo la riforma.

²³⁰ Cfr. B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. II. *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899, 3 ss., 500 ss., 97 ss., 614 ss.

²³¹ Per limitare i richiami all’*Allgemeiner Teil* (libro I, §§ 1-240) ed al *Recht der Schuldverhältnisse* (libro II, §§ 241-853), il termine ‘Gegenstand’ è usato nel senso di oggetto del contratto, oltre ai paragrafi indicati in testo, per lo più per designare la prestazione (§§ 312, 312b, 499, 505, 651, 651l, 675, 676), e solo in un caso la cosa (§§ 468). Ma la nozione ‘cosale’ è sempre presente negli usi generali dell’espressione: §§ 185, 216, 256, 268, 273, 285, 292, 326, 346, 347, 418, 450, 457, 458, 459, 460, 463, 467, 584b, 732, 747, 752, 753, 755, 757, 816 (altre volte è usata in senso meramente logico: §§ 32, 194, 309; per indicare l’oggetto di diritti: § 93; l’oggetto del negozio: §§ 135, 161, 184; l’oggetto dell’accordo: § 611a; l’oggetto dell’offerta al pubblico: § 661; l’oggetto della prestazione: § 387).

²³² Cfr. § 611 BGB: «(1) Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewäh-

ma, nel 'Werkvertrag', il 'Wesen' del contratto, ossia la realizzazione ('Herstellung') dell'*opus*, che dovrebbe corrispondere soltanto all'Inhalt', coincide con il 'Gegenstand' che non è, come invece ci si potrebbe aspettare, l'*opus* realizzato (§ 631)²³³. Ma a complicare le cose è anche il fatto che la nozione di 'Inhalt' è più ampia di quella di 'oggetto', perché svolge in ambito tedesco il ruolo che nel diritto francese viene rivestito dalla 'causa', e cioè il controllo della validità del contratto²³⁴.

8. *L'imperfetta sintesi dell'esperienza italiana.*

Il codice civile italiano del 1865 recepisce, qui come altrove, il modello francese²³⁵, e pur se manca un articolo espressamente dedicato ad una definizione dell'oggetto del contratto, la nozione è ancora, indubbiamente, 'cosale'²³⁶. Ma anche qui sopravvivono forti ambiguità. Ad esempio, l'art. 1125 c.c. it. (1865), definisce senz'altro 'oggetto del contratto' il «trasferimento della proprietà o di altro di-

rung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (2) Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein». Nei paragrafi dedicati al 'Wesen' di 'Miete' e 'Pacht' (§§ 535 e 581) l'essenza dei contratti è ravvisata ancora nell'*uti* e nel *frui*, ma talvolta si parla di 'Gegenstand' nel senso di *res*: cfr., ad es., § 581: «... den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes».

²³³ Cfr. § 631 BGB: «(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein». Più corretti i *Motive* della prima commissione: il 'Werkvertrag' «ein Werk (im engeren oder weiteren Sinne) oder das Erzeugniß der Dienste oder der Arbeit zum Gegenstande hat» (cfr. MUGDAN, *Materialien*, II, cit., 254; cfr. 262).

²³⁴ G. HOHLOCH, *Causa e contratto. Riflessioni relative all'attuale fase del diritto tedesco*, in VACCA (a cura di), *Causa e contratto*, cit., 363. Cfr. *infra*, § 8.

²³⁵ Ma cfr. anche *Codice civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, artt. 1080, 1083 e 1084; *Codice civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, artt. 1069, 1096-1099, 1101-1102; *Codice civile del Regno di Sardegna*, artt. 1195 e 1216; *Codice civile del Ducato di Modena*, art. 1147.

²³⁶ Art. 1116 c.c.it. (1865): «le sole cose che sono in commercio, possono formare oggetto di contratto»; art. 1117 c.c.it. (1865): «la cosa che forma l'oggetto del contratto, debb'essere determinata almeno nella sua specie. 2. La quantità della cosa può essere incerta, purché si possa determinare»; art. 1118 c.c.it. (1865): «le cose future possono formare oggetto di contratto».

ritto»²³⁷. E la definizione della locazione, già ambigua nel codice francese, diviene ancora più incoerente: infatti il codice del 1865, se rispetto alle singole figure riproduce i paralleli articoli del *code civil* (per cui si afferma che nella locazione di cose ci si obbliga a far godere all'altra parte una cosa, e nella locazione di opere a fare per l'altra una cosa²³⁸), tuttavia premette un articolo – assente nel codice francese e che potrebbe trovare una premessa nei codici italiani preunitari²³⁹ – con il quale in qualche modo si recupera la definizione di 'oggetto dell'obbligazione' di Pothier, attribuendo nuovamente rilevanza al 'fait', ossia alle opere²⁴⁰. Si afferma, infatti, che «il contratto di locazione ha per oggetto le cose o le opere» (art. 1568 c.c. it. [1865]), e con ciò si realizza una vera e propria contraddizione: 'oggetto' della locazione di opere sono la cosa prodotta, oppure le opere dirette a produrla?

Tutto ciò, però, non è nulla rispetto a quanto avviene nel codice del 1942. Questo è, come si ripete spesso, il risultato della contaminazione tra il modello francese e il modello tedesco. Ma è anche, attraverso questi, il precipitato di tutta la tradizione precedente, anche di quella che non ha trovato espressa formalizzazione nei modelli originali, pur avendo contribuito alla loro formazione.

²³⁷ FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., 146; ID., *Capacità e oggetto nel negozio giuridico*, cit., 10; CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., 132. L'ambiguità della nozione nella vigenza del vecchio codice era stata notata già da V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Verona-Padova, 1898, 94 s.

²³⁸ Art. 1569 c.c.it. (1865): «La locazione delle cose è un contratto, col quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere l'altra di una cosa per un determinato tempo, e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga a pagarle»; art. 1570: «La locazione delle opere è un contratto, per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede». È da notare che nel codice civile italiano del 1865 manca un articolo corrispondente all'art. 1126 c.c.fr., pur essendo l'art. 1104 c.c.it. (1865) relativo agli requisiti essenziali del contratto l'esatta traduzione dell'art. 1108 c.c.fr. Sono invece tradotti gli artt. 1128-1130 c.c.fr. (cfr. artt. 1116-1118 c.c.it. [1865]). Cfr. anche *Codice del Regno delle Due Sicilie*. I. *Leggi civili*, artt. 1555-1556; *Codice civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, artt. 1626 e 1689; *Codice civile del Regno di Sardegna*, artt. 1715-1716; *Codice civile del Ducato di Modena*, artt. 1642-1643.

²³⁹ Cfr. *Codice del Regno delle Due Sicilie*. I. *Leggi civili*, art. 1554; *Codice civile del Regno di Sardegna*, art. 1714; *Codice civile del Ducato di Modena*, art. 1641.

²⁴⁰ Su questo articolo cfr. per tutti PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle locazioni*, cit., 338 (§ 269).

L'art. 1325 sui 'requisiti' del contratto e gli artt. 1346-1349, che trattano specificamente dell'«oggetto», derivano chiaramente, nella concezione sistematica, dal modello francese, rappresentando l'ultima propaggine della dottrina dei *substantialia contractus* che, come si è detto, si è formata a partire da testi romani in cui si trattava dei patti aggiunti alla compravendita e che perciò si è inizialmente strutturata sullo schema di questo contratto. Di qui il valore eminentemente «co-sale» della nozione di oggetto nella tradizione francese, che non si è distaccata più di tanto dagli schemi medievali, giungendo al massimo a smaterializzare la *res* fino a farvi rientrare, ma solo laddove inevitabile, la prestazione: la giurisprudenza culta non rinnega la dottrina tradizionale dei *substantialia*, limitandosi ad applicarla esplicitamente a contratti diversi dalla vendita; Pothier si pone in stretta continuità con la tradizione culta, sostituendo soltanto la nozione di *res* (ormai smaterializzata) con quella più «moderna» di oggetto; e il *code civil* accoglie questa impostazione. La dottrina italiana che legge in senso «co-sale» la nozione di «oggetto del contratto» appare dunque pienamente giustificata: la formulazione codicistica non è né casuale né ellittica, come talora si afferma, ma anzi carica di significato e di storia.

A questo valore, però, se n'è accompagnato un altro, altrettanto rilevante nella costruzione della nozione, che va rintracciato nella tradizione di area germanica. Qui la dottrina dei *substantialia* ha avuto un peso relativo rispetto all'affermazione della volontà individuale. Il consenso contrattuale in Francia ha subito indubbiamente una trasformazione in senso giusnaturalistico, ma è sempre rimasto imbrigliato nella sistematica tradizionale degli elementi essenziali, perché come si è detto la sistemazione di Pothier è ancora fortemente dipendente dalla dottrina culta, nella quale peraltro si erano manifestate le maggiori resistenze ad una costruzione del contratto in senso puramente volontaristico²⁴¹. In Germania, invece, la costruzione giusnatu-

²⁴¹ Basti considerare, ancora nel Cinquecento, le discussioni di Alciato e Connan sulla definizione labeoniana di *contractum* come *συνάλλαγμα*, nelle quali il dato consensuale appare del tutto secondario (U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, in BARTON [ed.], *Towards a General Law of Contract*, cit., 215 ss.; cfr. anche BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 116 ss.). E che la «teoria generale del contratto» espressa da Doneau nel suo *Commentarius de iure civili*, riproduca esattamente – pur se in un

ralistica del negozio giuridico è stata maggiormente libera dalla tradizione medievale. Più che al consenso contrattuale, la *declaratio voluntatis* ha attinto allo schema della promessa unilaterale, posto in termini nuovi dalla Seconda scolastica – certo, recependo esigenze già emerse anche in ambito contrattuale nel diritto canonico – ed accolto in area germanica attraverso la mediazione di Grozio e Pufendorf. Quando questa ‘volontà’ è tornata al contratto nel tardo giusnaturalismo, aveva già trovato la sua veste dogmatica e sistematica nella rielaborazione leibniziana della nozione romana di *actio* nel senso di ‘atto’, e dunque aveva ormai una sua forte caratterizzazione. È verisimile che proprio questa autonomia della ‘Willenserklärung’ dal *consensus* abbia permesso all’oggetto della volontà di essere meno condizionato dall’oggetto del consenso – ossia dalla *res dei substantialia*. E qui deve essere entrata in gioco, al di là della sovrastruttura degli schemi concettuali, la concreta operatività del sistema contrattuale romano, effettivamente vigente in Germania fino alla fine dell’Ottocento, che continua ad essere impostato in modo tale da porre in primo piano la prestazione: è con quest’ultima che – pur se con qualche esitazione in senso ‘cosale’ – si fa coincidere il ‘Gegenstand der Willenserklärung’ in ambito obbligatorio, e questa è la nozione che attraverso la Pandettistica viene recepita – come si è visto, non senza qualche ambiguità – nel BGB. Da questo modello trae origine l’identificazione dell’oggetto del contratto con la prestazione in alcuni articoli del codice civile italiano del 1942 – identificazione che non a caso compare in quella parte che costituisce l’*allgemeiner Teil* delle obbligazioni (artt. 1173-1320), assente nel *code civil* e nel codice civile del 1865²⁴², e nelle definizioni del contratto, certo più dipendenti dalla parte generale (artt. 1174 e 1346 ss.). Cosicché occorre riconoscere che non è nel torto neanche quella parte della dottrina che identifica l’oggetto del con-

diverso contesto ideologico, e salvo il riferimento all’*approbatio*, che porta il giurista francese anche ad una critica di Teofilo: ma è chiaro che nel modello romano questa funzione era svolta dal *nomen contractus* civilistico e dall’editto del pretore – la trattazione delle *conventiones iuris gentium* contenuta nei *libri ad edictum* di Ulpiano (DONELLI *De iure civili*, XII, 6, in *Opera*, cit., III, 471 ss.; sulla teoria contrattuale di Doneau cfr. ancora BIROCCHI, *op. ult. cit.*, 178 ss.).

²⁴² Cfr. per tutti A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale* (artt. 1173-1176) (Comm. Scialoja-Branca), Bologna-Roma, 1988, 77 s.

tratto' nella prestazione: anche questa accezione ha infatti contribuito – ed in modo rilevante – alla costruzione dogmatica della nozione.

Il volto del contratto è però fortemente cambiato, nel sistema italiano, allorché è stata recepita – e reinterpretata – la novità francese del consenso traslativo²⁴³. Com'è noto, infatti, il *code civil* ha stabilito che il semplice consenso può trasferire la proprietà di una cosa, e questa regola è stata ripetuta sia dal codice civile italiano del 1865, sia da quello del 1942, differenziandosi fortemente dal modello romanistico perpetuatosi in ambito germanico – pur se in forme diverse in Austria e Germania. Occorre tuttavia ricordare che in diritto francese il contratto è sempre obbligatorio, nel senso che il consenso determina un'obbligazione di dare coincidente con quella di «livrer la chose» che però fa divenire proprietario il creditore anche prima della trasmissione della cosa²⁴⁴; e coerentemente, nel contratto di compravendita, il venditore si obbliga a consegnare una cosa, ma la proprietà si trasmette al momento del consenso²⁴⁵. Pur essendo scomparsa la *traditio*, insomma, nel diritto francese tra il consenso ed il passaggio di proprietà è sempre presente il filtro della prestazione. Ed il quadro non era differente nel codice italiano del 1865: il contratto era sempre concepito in funzione del vincolo²⁴⁶, anche se il semplice consenso poteva trasmettere la proprietà o altro diritto²⁴⁷; e perciò nella vendita si parlava di obbligazione di dare la cosa, pur aggiungendosi che la proprietà si acquista con il consenso²⁴⁸. Nei primi trent'anni dopo l'entrata di vigore del vecchio codice, la dottrina italiana non si è distaccata da questi schemi. Ma con il tempo, dapprima inavvertitamente, poi con consapevolezza, è stata abbandonata la prospettiva puramente obbligatoria del contratto e si è ammessa la possibilità di un contratto ad effetti reali: una svolta che si è riflettuta significativamente sulla riscrittura della definizione di contratto compiuta dal codice del 1942, nel quale è stato soppresso il richiamo al «vincolo giuridico», preferendosi parlare di «rapporto giuridico patrimo-

²⁴³ Il quadro più chiaro ed acuto di questa vicenda resta quello tracciato da M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in «ED», VI, Milano, 1960, 548 ss., che seguo da vicino.

²⁴⁴ Artt. 1036 e 1038 c.c.fr.

²⁴⁵ Artt. 1582 e 1583 c.c.fr.

²⁴⁶ Art. 1098 c.c.it. (1865).

²⁴⁷ Art. 1125 c.c.it. (1865).

²⁴⁸ Artt. 1447 e 1448 c.c.it. (1865).

niale»²⁴⁹. Questa vicenda ha avuto notevoli esiti sul concetto di ‘oggetto del contratto’. Se già la nozione oscillava tra il valore di cosa e quello di prestazione, una volta ammessa la possibilità di un contratto che talora elide la prestazione e determina direttamente l’acquisto di un diritto su una cosa, l’ambiguità della figura viene enfatizzata. Infatti, in un sistema come il nostro, in cui le definizioni generali risentono dell’influenza tedesca e identificano l’oggetto con la prestazione, le sopravvivenze del valore ‘cosale’ nei restanti articoli sarebbero state interpretabili come in Francia – pur se, lo si è visto, senza fondamento storico – come espressioni ellittiche, relative propriamente all’oggetto della prestazione. Ma se esiste un contratto senza prestazione, il valore ‘cosale’ non può che recuperare vitalità e pregnanza di significato, si riferisca direttamente ad una cosa materiale o al diritto sulla cosa.

In realtà – come mostra l’analisi storica – non solo la nozione di oggetto del contratto è debitrice, nel nostro ordinamento, sia del valore ‘cosale’ sia del significato di ‘prestazione’, ma addirittura questi due valori non sono pienamente alternativi tra loro. Da un lato, il significato di oggetto come *res* è nato e si è sviluppato in contesti ordinamentali che non avevano assolutamente messo da parte le concezioni romane del contratto come mera fonte di obbligazione e di un ruolo tutto sommato secondario del consenso, e che perciò, pur se in funzione sussidiaria, hanno sempre dovuto tener presente la prestazione. Dall’altro, l’identificazione con la prestazione, se è stata favorita dalla vigenza, in Germania, del diritto romano, e dunque si è alimentata alla concreta struttura dei rapporti, tuttavia si è compiuta all’interno di prospettive culturali in cui lo schema ‘soggetto-volontà-oggetto’ – inteso come modello di appropriazione del mondo delle cose da parte dell’uomo – era da tempo assorbente, cosicché non era possibile sfuggire ad una sia pur secondaria visione ‘cosale’ dell’oggetto.

Ma non basta. Come si è visto, la nozione di ‘oggetto del contratto’ si è formata attraverso la rilettura in chiave soggettivistica della ‘cosa’ e della ‘prestazione’; e l’emersione del soggettivismo come valore positivo si è realizzato innanzitutto sul piano gnoseologico. Perciò, nella sostanza, anche la teoria della ‘descrittiva negoziale’ evidenzia uno dei fattori – e fra i più importanti – di formazione della nozione.

²⁴⁹ Art. 1321 c.c.it. (1942). Cfr. GIORGIANNI, *Causa*, cit., 548 ss., 561 ss.

In altre parole, sia la teoria del bene economico, sia quella della prestazione, sia quella della rappresentazione, colgono aspetti rilevanti del problema, ma sempre in maniera parziale – e nella assolutizzazione di una prospettiva a scapito delle altre consiste il loro limite principale. Acquisita questa consapevolezza, tentiamo di trarre qualche conclusione.

9. *Il ruolo dell'oggetto nella struttura del contratto e la necessaria distinzione tra 'elementi' e 'condizioni' del negozio.*

La categoria 'oggetto del contratto' è un prodotto storico, formatosi nella confluenza di fattori di natura e provenienza diverse. L'uso pratico delle regole e dei modelli del diritto romano al di fuori dei loro contesti ordinamentali, la rilettura secolare di questi modelli con lenti sempre diverse, la memoria delle trasformazioni che spesso scompare e genera confusioni e astrazioni indebite: tutto ciò ha contribuito a formare la nozione e, in qualche modo, ne ha tracciato il codice genetico, ne ha individuato – verrebbe da dire – l'«essenza». Un impiego della categoria che prescindendo dalla sua storia è dunque impensabile. Non solo nel senso che essa è nata in contesti precisi e non deve essere utilizzata al di fuori di tali contesti, pena gravi fenomeni di autoproiezione. Ma anche nella direzione di una definizione dogmatica, perché una corretta determinazione della sua struttura non può prescindere dalle componenti che hanno contribuito a crearla, e che sono ancora al suo interno vitali.

Queste componenti sono essenzialmente tre: l'originario e persistente valore 'cosale'; l'eredità romana della centralità della prestazione; e l'approccio soggettivistico che caratterizza la cultura giuridica moderna.

In sede di definizione, occorre innanzitutto tener conto dello schema 'ideologico' entro cui la nozione si colloca ('soggetto'-'oggetto'), che non è stato abbandonato neanche a seguito della svalutazione dell'elemento della volontà nelle più recenti letture del negozio giuridico²⁵⁰. Si tratta di un modello antropologico che certo si può – e, in certa misura, si deve – mettere in discussione, ma da cui non si può prescindere nell'interpretazione dell'ordinamento vigente.

²⁵⁰ Cfr. per tutti FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., 31 ss.

Ora, a me sembra che, quando si tenga conto della pervasività di un simile schema in ogni aspetto dell'immaginario giuridico, e particolarmente nella concezione moderna del contratto, non potrà che attribuirsi all'oggetto del contratto una valenza assai lata, nel senso che esso dovrà indicare tutto ciò che nel negozio è diverso dal soggetto.

Con ciò potrebbe sembrare che le posizioni più vicine alla logica dell'istituto siano quelle che identificano l'oggetto con l'intero programma contrattuale – o, secondo una terminologia invalsa, con il suo 'contenuto'. Ma al riguardo è bene avvertire che tali teorie non possono essere accolte nelle formulazioni generalmente proposte dalla dottrina. Da un lato, infatti, non si può far coincidere l'oggetto con l'insieme dei requisiti essenziali e accidentali del negozio: l'oggetto è contrapposto al soggetto e al suo agire, ma l'accordo delle parti è, storicamente e dogmaticamente, uno dei *substantialia contractus*; dunque l'oggetto può coincidere solo con una 'parte' del negozio. Dall'altro, è necessario chiarire che questa 'parte' non potrà essere fatta coincidere con la sola prestazione, perché altrimenti si manifesterebbe nuovamente l'insufficienza di quest'ultima nozione a riassumere l'intero programma contrattuale²⁵¹. Piuttosto, il contenuto dovrà essere identificato con la struttura precettiva del contratto, con la descrizione degli effetti voluti dalle parti – ossia, secondo il dettato codicistico, la costituzione, regolamentazione o estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale.

In tal modo, sarà possibile recuperare le altre due componenti della nozione, e cioè i valori dell'oggetto come 'cosa' (anche se non nel senso riduttivo di bene economico, ma in quello più lato, già emerso nella tradizione, di 'situazione giuridica sulla cosa') o come 'prestazione', che verranno assorbite all'interno del programma contrattuale come alcune possibilità – le più significative – di articolazione del contenuto. Possibilità che non si escludono a vicenda – come vorrebbero i fautori delle teorie del 'bene economico' e della 'prestazione' – ma evidenziano di volta in volta, sulla scorta del singolo assetto di interessi, la configurazione del 'progetto' delle parti. Si potrebbe così conservare unità alla nozione, ma anche renderla flessibile rispetto alla molteplicità delle sue applicazioni.

²⁵¹ Cfr. *supra*, § 1.

Peraltro, la matrice soggettivistica rileva anche in un'altra direzione, e cioè nel ricondurre costantemente la nozione di 'oggetto' ad un relativismo gnoseologico che impone di tener conto anche di quelle impostazioni secondo le quali l'oggetto del contratto non può coincidere con un alcunché della realtà oggettiva, ma deve corrispondere ad una realtà meramente ideale. Anche in questo caso, però, l'adesione alle dottrine sopra discusse (§ 1) non potrà essere completa. In particolare, si dovrà chiarire che se il 'progetto' si identifica con l'oggetto del contratto, dovrà essere esso stesso diretto destinatario dei requisiti di possibilità, liceità e determinatezza o determinabilità richiesti dal codice; ma che, per un altro verso, non potrà essere astratto dalla realtà economico-sociale su cui ricadono gli effetti giuridici, che ne dovrà condividere le caratteristiche. Non sarà cioè possibile né attribuire le condizioni di validità al solo oggetto-rappresentazione, ritenendo che le qualità dell'oggetto-realtà incidano solo sull'efficacia, perché ciò – come abbiamo visto – potrebbe indurre a ritenere valido un negozio relativo ad una realtà inesistente o impossibile, purché rappresentata dalle parti, o addirittura vanificherebbe in assoluto la categoria del negozio invalido. Né riferirle al solo oggetto-realtà, perché ciò renderebbe sostanzialmente inutile la categoria dell'oggetto-rappresentazione.

Naturalmente, è impossibile nascondersi che questa identificazione dell'oggetto con tutto ciò che nel negozio è altro dai soggetti e dalla loro volontà pone un problema costruttivo rispetto all'art. 1325. Qui, infatti, sono menzionati fra i 'requisiti' del contratto, oltre all'accordo delle parti e all'oggetto, anche la causa e la forma. Dovremo allora intendere l'oggetto come comprensivo di causa e forma? Il problema richiederebbe un'analisi storico-dogmatica a sé stante, che non può certo essere compiuta in questa sede. Ma credo sia possibile avanzare almeno qualche considerazione.

Innanzitutto, aiutati dalla vicenda storica dei *substantialia*, possiamo sgombrare il campo da un equivoco. Come abbiamo visto, gli elementi essenziali del contratto (e poi del negozio) sono sempre stati il consenso e l'oggetto (sintesi di *pretium* e *res* della compravendita): né la causa né la forma vi sono mai stati ricompresi, fino alla scelta del *code civil* prima (rispetto alla causa) e del codice civile italiano del 1942 poi (rispetto alla forma), di aggiungerli alla lista, parlando ri-

spettivamente di 'conditions essentielles' e di 'requisiti' (nel codice del 1865, 'requisiti essenziali'). Forse condizionata dalla dottrina dei *substantialia*, la dottrina ha spesso tradotto le 'conditions' ed i 'requisiti' come 'elementi (essenziali)'. Ma si tratta di espressioni fra loro ben diverse.

La causa e la forma sono necessarie all'esistenza del contratto, ma non sono suoi 'elementi', nel senso che non partecipano della sua sostanza strutturale²⁵². Sono piuttosto, per usare la terminologia francese, 'condizioni' della sua esistenza come contratto, nel senso che si aggiungono agli elementi strutturali del negozio (soggetti-volontà-oggetto) per determinarne la riconducibilità alla figura del contratto²⁵³. E ciò si comprende quando si rifletta sulla loro funzione: si tratta di parametri che permettono all'ordinamento di distinguere tra il consenso comunque prestato e gli accordi giuridicamente rilevanti – cosa che peraltro dovrebbe far riflettere sulla reale affermazione, al di là dei proclami ideologici, del principio consensualistico nella *civil law*²⁵⁴. La causa in particolare, nel diritto italiano e francese, ha la funzione di giustificare il negozio sul piano dell'attribuzione patrimoniale (problema dell'assenza di causa) e della conformità a norme imperative, al buon costume o all'ordine pubblico (problema della liceità della causa)²⁵⁵, assolvendo ad un'esigenza che nella storia è stata

²⁵² Naturalmente, si allude in testo alla forma come requisito speciale di taluni negozi, e non al valore lato di forma come condizione di riconoscibilità dell'atto rispetto agli altri, che in questo senso la potrebbe far intendere come elemento di struttura del negozio (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., 125 ss.)

²⁵³ Ma cfr. anche, rispetto al diritto inglese, G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, 303 (dopo aver premesso di usare la nozione di 'oggetto del contratto' nel senso di «*quid* in ordine al quale le parti creano il vincolo contrattuale»: *ibid.*, 285): «ogni prestazione dedotta in *contract* rileva sotto un duplice profilo: a) a livello strutturale come componente dell'oggetto del *contract*; b) in senso funzionale, ... come *consideration* giustificativa dell'impegnatività del rapporto».

²⁵⁴ Sto naturalmente seguendo, in ciò, la prospettiva di G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*. I. *Lineamenti generali*, Milano, 1954, 81 ss., 196 ss., 322 ss. (che pure appare talora discutibile sul piano della ricostruzione storica). Cfr. anche, più di recente, P. G. MONATERI - R. SACCO, *Contratto in diritto comparato*, in «Digesto⁴» (sez. civ.), IV, Torino, 1989, 145 ss. Nella definizione della causa come 'indice significativo dell'intento di vincolarsi' di ZWEIGERT - KÖTZ, *Introduzione*, cit., II, 89 ss., mi sembra sia eccessivamente enfatizzato il profilo soggettivistico e volontaristico della nozione.

²⁵⁵ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 306; cfr. anche *ibid.*, 312:

di volta in volta soddisfatta da una serie di indici (che tuttavia talora operano in positivo, e non in negativo come i caratteri della causa nel nostro ordinamento). Nel diritto romano, dal *nomen contractus* o dalla *causa* (intesa, nei contratti innominati, come controprestazione già eseguita); nell'esperienza medievale, dalla dottrina dei *vestimenta*²⁵⁶, ed in particolare nella *causa* della riflessione canonistica, che tempera l'assolutezza del principio *ex nudo pacto oritur actio*²⁵⁷ e che si ritrova nelle dottrine dei giuristi cinquecenteschi, assumendo vesti nuove che preludono alla formazione della nozione moderna²⁵⁸; nella *common law*, dal *deed* e dalla *consideration*²⁵⁹ (che non a caso, secondo diversi autori, potrebbe essersi formata a partire dalla figura elaborata dal diritto canonico²⁶⁰); nel diritto tedesco, dalla forma²⁶¹ e dall'«Inhalt»²⁶². Un'esigenza che è talmente radicata nel piano 'oggettivo' dei sistemi, da sopravvivere anche quando ne vengono formalmente rigettati i parametri, com'è avvenuto rispetto alla causa nel nuovo 'Burgerlijk Wetboek' olandese del 1992²⁶³.

Certo, occorre riconoscere che la distinzione tra elementi 'strutturali' ed elementi 'funzionali' (o 'condizioni'), ed in particolare tra

nel nostro diritto manca una norma sull'assenza di causa, ma la regola si desume dal combinato disposto degli artt. 1325 (requisiti), e 1418 c.c.it. (1942) (nullità per mancanza di uno dei requisiti).

²⁵⁶ Cfr., da ultimi, VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune*, cit., 99 ss., e – con particolare riferimento alla causa – BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 45 ss.

²⁵⁷ Cfr. per tutti R. H. HELMHOLZ, *Contracts and the Canon Law*, in BARTON (ed.), *Towards a General Law of Contract*, cit., 51.

²⁵⁸ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento*, in VACCA (a cura di), *Causa e contratto*, cit., 189 ss.; ID., *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 137 ss., 254 ss.

²⁵⁹ Su questa funzione in relazione a causa e forma, pur con le dovute distinzioni, cfr. per tutti CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 25 ss.; in particolare, sulla *consideration* come strumento di selezione degli interessi meritevoli di tutela, cfr. M. SERIO, *Note su consideration e causa*, in VACCA (a cura di), *Causa e contratto*, cit., 385 ss., spec. 395.

²⁶⁰ Cfr. per tutti ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 554 ss.

²⁶¹ Che, secondo quanto insegnava BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., 197 ss., nei negozi astratti fa le veci della causa, che pure non scompare davvero, ma assume una rilevanza indiretta.

²⁶² HOHLOCH, *Causa e contratto*, cit., 363.

²⁶³ H. ANKUM, *La causa del contratto nello sviluppo del diritto olandese fino al nuovo codice civile del 1992*, in VACCA (a cura di), *Causa e contratto*, cit., 405.

‘oggetto’ e ‘causa’, è nel diritto italiano particolarmente difficoltosa, soprattutto per l’incoerente dettato codicistico. Ad esempio, è stata di sicuro fonte di confusione la contaminazione tra le due figure perseguita – innovando, rispetto al codice del 1865 – dal legislatore del 1942 allorché è stata inserita, tra i requisiti dell’oggetto, anche la liceità, con l’intento di armonizzare la materia dell’oggetto con quella della causa²⁶⁴. Si tratta, in tutta evidenza, di un’inutile duplicazione: è vero che può darsi un’illiceità della causa anche quando l’oggetto sia lecito, ma non può aversi il contrario²⁶⁵ – tanto che, in concreto, la giurisprudenza configura per lo più tali ipotesi come ‘illiceità dell’oggetto e della causa’²⁶⁶. Ma quando si guardi alla storia e alla comparazione, anche simili disarmonie vengono ridimensionate, ed anzi contribuiscono a far comprendere meglio la stretta connessione tra i due requisiti del contratto. Mostrando che la causa non è altro che l’oggetto (contenuto) visto da una prospettiva dinamica o funzionale, e l’oggetto (contenuto) è la causa vista nella sua dimensione inerte o strutturale²⁶⁷.

²⁶⁴ Cfr. *Atti della Commissione delle assemblee legislative*, Roma, 1940, 143 (ad art. 211): il relatore G. Anselmi rileva come nel Progetto preliminare si parli di possibilità e liceità dell’oggetto (in sostituzione del requisito della commerciabilità richiesto dall’art. 1116 c.c.it. [1865]) per armonizzare la materia con quella della causa. Cfr. *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-1941). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro. II. Progetto preliminare del libro delle obbligazioni*, Roma, 1942, 63 (art. 211: la *Relazione* di Dino Grandi al progetto contenuta *ibid.*, I, 97 ss., non fornisce spiegazioni al riguardo, così come la *Relazione al Re* sul testo finale pubblicata in *Codice civile. Testo e relazione*, Roma, 1943, 133 [n. 616]). Ma la formulazione era già nel progetto della Commissione D’Amelio (cfr. *Codice civile, quarto libro, Obbligazioni e contratti. Progetto e relazione*, Roma, 1936, 6, art. 23) e nel *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti* del 1927 (Paris, 1929, 180-181, art. 23, che nella *Relazione* non offre lumi al riguardo: cfr. *ibid.*, 42 ss.). In realtà, si tratta di una caratteristica che la dottrina aveva già tratto dalla condizione della commerciabilità posto dal codice del 1865 (cfr. per tutti GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., III, 308, 340 ss.), così come è avvenuto anche in Francia (cfr. *supra*, nt. 195).

²⁶⁵ Cfr. per tutti GABRIELLI, *L’oggetto del contratto*, cit., 81 ss., con bibliografia.

²⁶⁶ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, in G. ALPA - M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, III, Torino, 1991, 730 s.

²⁶⁷ Che non significa annullare la causa nell’oggetto, come sostanzialmente proponeva, nell’impero del vecchio codice, GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., III, 510 ss., ma distinguere il ruolo di ciascun requisito.