

Adolfo Wegmann Stockebrand, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im Römischen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, pp. XIII-329, ISBN: 9783161544941.

1. È comparso nel 2017, per i tipi della Mohr Siebeck, un denso e approfondito lavoro a firma di Adolfo Wegmann Stockebrand avente ad oggetto lo studio della categoria dei contratti reali in diritto romano.

Si tratta del quarto volume della collana *Ius Romanum*, edita da Martin Avenarius, Christian Baldus, Richard Böhr, Wojciech Dajczak, Massimo Miglietta e José-Domingo Rodríguez Martín, e corrisponde nell'essenziale alla dissertazione dottorale, che l'autore ha difeso presso l'Università di Heidelberg nell'anno accademico 2014-2015.

Scritta in lingua tedesca, la monografia consta di sei capitoli e si conclude con un'utile sintesi in lingua castigliana e italiana, cui seguono indice bibliografico e *Quellenregister*. Dei quattro capitoli centrali, che costituiscono il vero e proprio nucleo del lavoro, i primi tre riguardano rispettivamente la suddivisione delle obbligazioni e l'obbligazione reale nel diritto romano di età preclassica, nella tradizione gaiana e giustiniana, nel diritto romano di età classica, mentre il quarto affronta la problematica dell'esistenza delle diverse figure di *obligationes re contractae*.

Il lavoro mira essenzialmente a dimostrare che la categoria dei contratti reali nel diritto romano, formata secondo l'opinione prevalente dal mutuo, dal comodato, dal deposito e dal pegno, costituisca un costrutto falso in senso retrospettivo, in quanto la giurisprudenza romana avrebbe conosciuto solo una *obligatio re contracta*, ovverosia quella derivante dalla *mutui datio* e per conseguenza solo un contratto reale, il *mutuum*.

2. Le argomentazioni principali sviluppate dall'autore e poste a sostegno della propria tesi possono essere riassunte come segue. Nel capitolo introduttivo (pp. 9-24) Wegmann delinea chiaramente l'oggetto della ricerca, lo stato della dottrina e l'obiettivo del lavoro. Al centro dell'indagine è la nozione di contratto reale, ossia di quella figura contrattuale che richiede, ai fini del suo perfezionamento, la consegna di una cosa, a prescindere dal fatto che essa comporti anche il trasferimento della proprietà, come avviene nel mutuo. In altri termini, in questo contesto il 'momento reale' non presuppone l'adempimento di un'obbligazione preesistente, bensì fa sorgere quella principale di restituzione della *res ipsa* o di una corrispondente quantità di cose dello stesso genere, nel caso del mutuo. Così configurata la categoria comprende, oltre a quest'ultimo contratto, il comodato, il deposito e, in taluni casi, il pegno, e così essa è stata accolta negli ordinamenti europei continentali ad eccezione di quelli di area germanica, i quali nelle proprie codificazioni (BGB, OR-ZGB, nonché, ma solo relativamente al mutuo, ABGB) la hanno soppressa e, di conseguenza, hanno considerato i suddetti contratti come contratti di carattere consensuale. È proprio l'indubbio influsso del diritto privato romano sugli ordinamenti moderni ad offrire all'autore l'occasione di porre alla base del lavoro la domanda centrale, ossia se e in che misura la categoria dei contratti reali, per come la conosciamo oggi, sia attribuibile al diritto degli antichi Romani. Come egli stesso rileva, in dottrina si è generalmente considerata non controversa la risposta

affermativa. Nel diritto romano *mutuum*, *comodatum*, *depositum* e *pignus* avrebbero formato la categoria dei contratti reali, la cui struttura fondamentale sarebbe stata costituita dalla consegna della cosa per il perfezionamento del contratto e l'insorgere dell'obbligazione di restituzione¹. L'obiettivo che Wegmann si propone di perseguire è essenzialmente quello di indagare la struttura dell'*obligatio re contracta* romana, analizzando le fonti a livello metodologico in maniera libera da pregiudizi dogmatici o dogmatizzanti, per evitare il rilevante pericolo che la mancata considerazione del contesto storico comporta². Il capitolo introduttivo rappresenta una parte estremamente significativa dell'opera, in quanto in esso l'autore presenta anche le proprie idee sul tema. Invero, apprendiamo immediatamente che, all'avviso di quest'ultimo, il diritto romano non avrebbe conosciuto la categoria dei contratti reali. Essa sarebbe il frutto dell'opera di costruzione dogmatica della scienza giuridica europea del *ius commune*, la quale a partire da una particolare lettura di un frammento delle *Res cottidianae* contenuto nel Digesto³ e di un passo delle Istituzioni di Giustiniano⁴, avrebbe dedotto che il diritto romano conoscesse quattro tipi di *obligationes re contractae*, corrispondenti alle suddette quattro figure. La giurisprudenza medievale avrebbe dunque sviluppato la nozione di *contractus re* applicandola a queste ultime, nonostante il concetto non emergesse dalle fonti giuridiche romane, men che meno dalle Istituzioni di Gaio, che, peraltro, non furono a disposizione della scienza del *ius commune* in via diretta. Tutte le fonti romane nelle quali si allude alla costituzione *re* di un'obbligazione contrattuale si riferirebbero a una *datio rei* in senso proprio, ossia a una consegna avente effetti traslativi della proprietà. In altri termini il diritto romano avrebbe conosciuto la figura dell'*obligatio re contracta*, ma essa, lungi dal rispecchiare la moderna categoria dei contratti reali, sarebbe da identificarsi essenzialmente con il *mutuum*.

Le fonti sono analizzate da Wegmann in maniera diacronica a partire da quelle del diritto romano preclassico e primo classico, al cui esame è dedicato il secondo capitolo (pp. 25-63). Qui l'autore in primo luogo rileva che il punto di partenza per l'individuazione delle fattispecie dalle quali sorgevano le obbligazioni fu costituito dall'introduzione dell'*agere per conductionem* nel processo per *legis actiones* da parte delle *leges Silia* e *Calpurnia*, grazie alle quali si ebbe il riconoscimento giuridico della *mutui datio* a forma libera. In questo contesto, perché l'azione potesse essere esercitata efficacemente, si dovevano circoscrivere i motivi del *certum dare oportere*. A tal proposito Wegmann prende in esame dapprima un frammento del commentario di Pomponio ai libri *ius civilis* di Quinto Mucio Scevola⁵, da cui evince che, all'av-

¹ L'autore si riferisce in particolare e soprattutto a C.A. Maschi, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano 1973, part. 74 ss., ma cita anche A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 2001¹², 855 ss. e M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 547 ss.

² Wegmann, *Obligatio re contracta* cit. 23.

³ D. 44.7.1.2-6 (Gai. 2 *res cott.*).

⁴ I. 3.14 pr.-4.

⁵ D. 46.3.80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

viso di quest'ultimo giurista, le obbligazioni si sciolgono nello stesso modo in cui si contraggono, ponendo altresì in evidenza che l'obbligazione contratta *re* si estingue con la restituzione della cosa e dunque nel caso del mutuo con la restituzione della stessa quantità di cose. A partire dalla considerazione della circostanza che il contesto originale della fonte riguardava le cause del *certum dare oportere*, ossia i presupposti della *condictio*, poiché il *mutuum* rappresenta l'unico caso di *certum dare oportere*, anche in considerazione dei complessi problemi connessi alla presenza di più stratificazioni testuali, l'autore evince dal frammento, con ragionevole certezza, che il giurista tardorepubblicano possa aver fatto riferimento unicamente al mutuo. Vengono poi analizzati due passi della *Pro Roscio Comoedo* di Cicerone⁶, in cui l'Arpinate cerca di dimostrare l'infondatezza dell'*actio certae creditae pecuniae* mossa contro il suo cliente. L'autore rileva che anche in questo caso a essere considerato, seppur a scopi quasi esclusivamente pratici, è il *certam pecuniam dare oportere*, alla cui base sta una *datio rei*. Il capitolo si conclude con la disamina di D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*)⁷, in cui è riferita la ben nota idea di Labeone, secondo la quale un contratto sussiste quando sono presenti obbligazioni reciproche (*ultra citroque obligatio*), ossia quando sia presente un sinallagma secondo la concezione greca. Dunque, all'avviso del giurista di età augustea, non rientrerebbero nel concetto il *mutuum* e la *stipulatio*, poiché comporterebbero obbligazioni solamente a carico di una delle due parti. Ne deriva che, qualora si tratti di *mutui datio*, non sarebbe possibile parlare di *re contrahere*, bensì di *re agere*. Altri due testi del Digesto, inoltre, dimostrerebbero che per Labeone il deposito⁸ e il pegno⁹ al contrario sarebbero dei veri e propri contratti e sarebbe dunque verosimile per l'autore che il giurista considerasse alla stessa stregua anche il comodato. In altri termini per Labeone la categoria dei contratti reali, intesa in senso moderno, non esisterebbe e sarebbe, altresì, inutile cercarla nel suo pensiero, in quanto egli riconoscerebbe una sola causa di obbligazione nascente *re*, ossia il mutuo, che, tuttavia, non rappresenterebbe un contratto, mentre il deposito, il pegno e il comodato lo sarebbero, ma a questi ultimi non sarebbe applicabile la forma modale *re* (attraverso la *datio rei*). Più in generale, in nessuna delle fonti esaminate nel capitolo, si potrebbe ravvisare traccia della considerazione della categoria dei contratti reali, ma solo l'identificazione del fondamento di un'obbligazione reale con la *mutui datio*. A fondamento dell'*obligatio re contracta* starebbe sempre il trasferimento delle cose date (*datio rei*) e non la mera consegna delle stesse. I rapporti obbligatori, che non vengono contratti per il tramite di una consegna traslativa della proprietà, come il comodato, il deposito e il pegno non sarebbero e non dovrebbero essere considerati come obbligazioni reali contrattuali.

⁶ Cic. *Pro Rosc. Comoed.* 4.13-5.14.

⁷ Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptio-nem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.

⁸ D. 17.1. 8pr. (Ulp. 31 *ad ed.*).

⁹ D. 42.8.6.6 (Ulp. 66 *ad ed.*).

Nel terzo capitolo (pp. 64-114) l'autore prende in considerazione la tradizione gaiana e giustiniana ponendo immediatamente in luce come la scienza giuridica dell'Europa continentale abbia ereditato la classificazione delle obbligazioni (*divisiones obligatum*) solamente dallo stadio più tardo della suddetta tradizione, vale a dire dalle Istituzioni di Giustiniano. In particolare, la moderna teoria dei contratti avrebbe mutuato da queste ultime il concetto di contratto come *conventio*, ossia accordo, tra le parti. Nelle Istituzioni di Gaio, al contrario, tale concetto non si riscontrerebbe, in quanto qui il contratto costituirebbe meramente la fattispecie conforme al diritto, contrapposta, in quanto tale, al delitto, ossia all'azione contraria al diritto, nella *magna divisio*, non esaustiva perché operata a fini didattici, tra obbligazioni *ex contractu* ed *ex delicto*¹⁰. In questo contesto il concetto di contratto ricomprenderebbe dunque anche fattispecie non fondate sull'accordo, purché conformi al diritto. In tale forma il concetto si ritroverebbe e sarebbe confermato anche in altri frammenti della giurisprudenza di età severiana¹¹, oltre a trovare applicazione in altri passi delle Istituzioni di Gaio relativi alla tutela¹², alla dote¹³, alla *negotiorum gestio*¹⁴, alla *solutio indebiti*¹⁵. Come è noto, le obbligazioni da contratto in Gaio si distinguono tra *obligationes re, verbis, litteris et consensu contractae*¹⁶. Ebbene, quanto all'*obligatio re contracta* Gaio effettuerebbe un'assimilazione con il *mutuum*, menzionando solo quest'ultimo come caso di obbligazione reale nata da contratto¹⁷. In altri termini l'obbligazione si contrae attraverso una *datio rei*, intesa in senso tecnico, ossia il trasferimento del dominio, che costituisce altresì il fondamento dell'obbligo della restituzione, che il mutuante potrà ottenere attraverso l'esperimento della *condictio (actio certae creditae pecuniae* per la somma di denaro, *condictio certae rei* per le altre cose fungibili). Passando all'analisi delle *Res cottidianae*, l'autore rileva che qui, accanto alle obbligazioni da contratto e da delitto, si riscontra un'ulteriore, residuale, categoria, quella delle cosiddette *variae causarum figurae*¹⁸, che ricomprenderebbe quei rapporti obbligatori alla cui base non sta un accordo, vale a dire la *negotiorum gestio*, la tutela, il *legatum per damnationem* e la *solutio indebiti*. Si avrebbe dunque una riduzione dell'ambito delle obbligazioni *ex contractu*. Con ciò il giurista si sarebbe adeguato al concetto di contratto come fattispecie generativa di obbligazioni fondata sul consenso delle parti, che gradualmente si stava affermando. Al contempo la quadripartizione delle *causae obligationis*, a causa della scomparsa dell'*obligatio litteris contracta*,

¹⁰ Gai 3.88.

¹¹ D. 5.3.14 (Paul. 20 *ad ed.*); D. 5.1.57 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 44.7.25.1 (Ulp. *l. s. reg.*).

¹² Gai 4.182.

¹³ Gai 3.95a.

¹⁴ Gai 4.10; 4.33; 4.62.

¹⁵ Gai 3.91.

¹⁶ Gai 3.89.

¹⁷ Gai 3.90: *Re contrahitur obligatio vel mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae [res] pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*

¹⁸ D. 44.7.1 pr. (Gai. 2 *res cott.*): *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

diviene una tripartizione¹⁹. Non cambierebbe dunque il regime dell'*obligatio re contracta*, la quale continuerebbe ad essere assimilata solo al mutuo. La grossa novità sarebbe costituita dal fatto che i contratti di comodato, deposito e pegno sono trattati subito dopo e dunque insieme al mutuo, ma da ciò non discenderebbe secondo l'autore la conseguenza che ad essi sia ascrivibile quel carattere di contratto reale, che altre fonti di età classica, ivi comprese le Istituzioni di Gaio, avevano attribuito solo al mutuo. Il fatto che nelle *Res cottidianae* in relazione al comodato, al deposito e al pegno siano impiegate le espressioni *re obligatur* e *re tenetur* si giustifica in ragione del fatto che una parte risulta obbligata alla restituzione «in virtù di una cosa». Non a caso, rileva Wegmann, Gaio usa qui le stesse parole che aveva impiegato in relazione alla *solutio indebiti* nelle Istituzioni al fine di distinguere l'obbligazione a restituire dell'*accipiens* di un *indebitum*²⁰ dalla obbligazione reale contrattuale che nasce dal mutuo²¹. *Re obligatur* e *re tenetur* sarebbero, all'avviso dell'autore, espressioni ben più generiche rispetto a *re contrahitur obligatio*, che sola indicherebbe in senso tecnico la costituzione di un contratto 'per il tramite di una cosa'. In un confronto tra le *Res cottidianae* e le Istituzioni di Gaio emergerebbero, quindi, solamente differenze nella sistematica esterna e non nel sistema interno, in quanto la struttura e l'essenza delle obbligazioni da contratto resterebbe immutata. L'equiparazione tra *contractus* e *conventio*, infatti, si raggiungerebbe solo nelle Istituzioni di Giustiniano, dove il contrarre *re, verbis, litteris* e *consensu* costituirebbero solamente diversi modi di realizzazione dell'incontro delle volontà delle parti, ossia *species* di un unico *genus* rappresentato dal *contractus*. Altrettanto significativamente in Giustiniano si potrebbe tutt'al più ravvisare un'estensione del carattere reale ai contratti di comodato, deposito e pegno, anche se ciò più che da I. 3.14 sarebbe maggiormente percepibile nella dottrina bizantina, dove ogni contratto è essenzialmente un accordo, con la conseguenza che l'espressione *re contrahere* può assumere il nuovo significato di particolare tipo di manifestazione del consenso effettuato tramite la consegna di una cosa. A ogni buon conto, ed è ciò che più rileva nella trattazione di Wegmann, ad un tale mutamento di carattere sistematico non corrisponderebbe alcun cambiamento nella tradizionale rappresentazione dell'*obligatio re contracta*, che continuerebbe, anche in Giustiniano, ad essere identificata essenzialmente e solo con la *mutui datio*.

Nel quarto capitolo (pp. 115-182) l'autore si propone di operare la ricostruzione della struttura dell'*obligatio re contracta* nel diritto romano di età classica. Oggetto di studio sono essenzialmente i passi che Gaio nelle Istituzioni dedica al tema dell'obbligazione reale e dei suoi presupposti. Tra questi ultimi particolare rilievo assume il concetto di *dare rem*, vale a dire, nell'ottica dell'autore, non la semplice consegna, bensì il trasferimento della cosa consegnata nella proprietà del destinatario²². Così configurata, la *datio rei* compare anche in altri frammenti di altri giuristi di età classica conservati nel Digesto²³. *Re contrahitur obligatio* significherebbe nelle Istituzioni

¹⁹ D. 44.7.1.1 (Gai. 2 *res cott.*): *Obligaciones ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*.

²⁰ Gai 3.91.

²¹ Gai 3.90.

²² Gai 4.4; 2.204.

²³ D. 17.1.47.1 (Pomp. 3 *ex Plaut.*); D. 22.1.4pr. (Pap. 27 *quaest.*); D. 32.29.3 (Lab. 2 *post. a Iav. epit.*); D. 45.1.75.10 (Ulp. 22 *ad ed.*); D. 50.17.167pr. (Paul. 49 *ad ed.*).

di Gaio per l'appunto contrarre un'obbligazione tramite una *datio rei*. Ebbene, come anticipato nel capitolo precedente, l'autore sostiene che, così intesa, l'*obligatio re contracta* coinciderebbe nell'opera istituzionale gaiana essenzialmente e solo con il mutuo (cfr. Gai 3.90: *re contrahitur obligatio velut mutui datione*). Solo la *mutui datio* realizzerebbe il trasferimento di cose (fungibili) nella proprietà del destinatario²⁴. Con il termine *velut* Gaio intenderebbe qui non esemplificativamente «per esempio», quanto piuttosto, in senso tassativo, «infatti». Sarebbe altresì possibile inferire che in seguito il destinatario del mutuo dovesse restituire non la stessa cosa, bensì altre cose per lo stesso valore, come si ricaverebbe da un passo del giurista Paolo conservato in D. 2.14.17pr. (Paul. 3 *ad ed.*)²⁵, in cui, sebbene non espressamente, si farebbe riferimento solo al mutuo nel senso inteso da Gaio, ossia come unico caso di *obligatio re contracta*²⁶. Paolo afferma che era possibile contrarre un'obbligazione per mezzo della cosa solo nella misura in cui qualcosa fosse stato dato nel senso tecnico della *datio rei* e dunque del trasferimento della proprietà (*re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*). Il riferimento al mutuo sarebbe certo, in quanto il giurista subito prima si esprime nei seguenti termini: *si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem*. L'obbligazione che sorge è unilaterale e può esser fatta valere tramite l'esperimento di una *condictio*. Il fatto che Gaio in 3.90 indichi nel mutuo l'unico caso di *obligatio re contracta*, intesa come obbligazione nata dalla consegna traslativa del dominio con le caratteristiche appena delineate sarebbe confermato dalla circostanza che immediatamente dopo averla descritta il giurista passi a trattare della *solutio indebiti* come causa costitutiva di un'obbligazione anch'essa reale, ma non contrattuale, per l'*accipiens*. Passando all'esame di Gai 3.91²⁷, l'autore rileva, infatti, che esattamente come nel mutuo nella *solutio indebiti* Gaio riferisce di una obbligazione di dare in senso stretto (... *nam proinde ei condici potest si pareteum dare oportere, ac si mutuum accepisset*). Anche contro l'*accipiens* viene, infatti, concessa la *condictio*, come se avesse contratto un mutuo. Su di lui grava un'obbligazione, quella alla restituzione, che può essere qualificata come reale, la quale però deriva dal pagamento dell'indebito effettuato al fine di estinguere un'obbligazione (*distrahere*) e non appunto da una sua volontaria contrazione. Per questo motivo Gaio in questo caso non impiegherebbe l'espressione *re contrahitur obligatio*, ma quella più generica *re obligatur* in relazione al creditore putativo (*Is quoque, qui non a debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur*). Tale differenziazione terminologica troverebbe conferma in relazione alla *solutio indebiti*

²⁴ Cfr. anche D. 12.1.2.2 (Paul. 28 *ad ed.*).

²⁵ *Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.*

²⁶ Cfr. anche D. 12.1.2.1 (Ulp. 26 *ad ed.*).

²⁷ *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

anche nelle *Res cottidianae*²⁸ e, successivamente, nelle Istituzioni di Giustiniano²⁹, dove il destinatario ha un'obbligazione negoziale ma non contrattuale alla restituzione della cosa e contro di lui può essere esperita una *condictio*, per il fatto che ormai la *solutio indebiti* è considerata come un quasi-contratto (di mutuo)³⁰. Il mutuo sarebbe dunque l'unica fattispecie ad essere qualificata come *obligatio re contracta* e in questo senso solo del *mutuum* si potrebbe parlare come di un 'contratto reale'. Quest'ultima qualifica invece non potrebbe essere riservata al *comodatum*, al *depositum* e al *pignus*, di cui Gaio in 3.90 nulla dice, nonostante dimostri in altre parti dell'opera di conoscere queste altre figure contrattuali³¹. Ciò sarebbe altresì confermato per l'epoca tardoantica da un passo dell'Epitome Gai³², in cui è solo la *mutui datio* ad essere trattata come fattispecie generativa di un'obbligazione reale contrattuale. Passando all'analisi dell'*obligatio re contracta* nelle altre fonti classiche l'autore riprende incidentalmente i già esaminati D. 46.3.80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*), D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*) e D. 2.14.17 pr. (Paul. 3 *ad ed.*). Queste fonti dimostrerebbero, infatti, che nel pensiero di Quinto Mucio, Labeone e Paolo la struttura dell'obbligazione reale sarebbe identica a quella descritta da Gaio sinora illustrata. Tutti questi giuristi, in altri termini, identificherebbero il *re contrahere* con il mutuo, sia esso accompagnato o meno da una *stipulatio*. Il dato troverebbe altresì una conferma in quelle fonti di età classica in cui viene presa in considerazione la questione del negozio *re et verbis*, nelle quali allo stesso modo il rapporto obbligatorio reale è sempre presentato in riferimento al mutuo³³. Per l'autore non vi sarebbero più dubbi: il diritto romano classico ha conosciuto solo un contratto reale, il mutuo, mentre comodato, deposito e pegno non furono mai considerati come tali.

Il quinto capitolo (pp. 183-240), è diviso in tre parti. Nella prima Wegmann effettua un'analisi tassonomica dei frammenti delle *Res cottidianae*, contenuti nel Digesto, in cui si tratta del mutuo, del comodato, del deposito e del pegno³⁴. Nella seconda parte viene esaminato il pensiero del giurista Erennio Modestino con riguardo all'*obligatio re contracta*³⁵. La terza è dedicata all'analisi di quest'ultima nelle Istituzioni di Giustiniano³⁶. L'autore rileva preliminarmente che nelle *Res cottidianae* comodato, deposito e pegno sono trattati subito dopo il mutuo. Questa scelta da parte Gaio non sarebbe,

²⁸ D. 44.7.5.3 (Gai. 3 *res cott.*).

²⁹ I. 3.14.1 e 3.27.6.

³⁰ Nelle *Res cottidianae* la *solutio indebiti* è invece ricompresa nelle *variae causarum figurae*. Cfr. Wegmann, *Obligatio re contracta* cit. 174.

³¹ Gai 2.50; 3.196-7; 3.200; 3.204; 3.206-7; 4.33; 4.47.

³² Gai Ep. 2.9.1.

³³ D. 46.2.6.1 (Ulp. 46 *ad ed.*); D. 46.2.7 (Pomp. 24 *ad Sab.*); D. 45.1.126.2 (Paul. 3 *quaest.*).

³⁴ D. 44.7.1.2-6 (Gai. 2 *res cott.*): *Re contrahitur obligatio mutui datione. Mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis. 3. Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur (...). 5. Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur (...). 6. Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur (...).*

³⁵ D. 44.7.52 (Mod. 2 *reg.*).

³⁶ I. 3.14 pr.-4.

tuttavia, da considerare come prova del fatto che i primi tre contratti al pari dell'ultimo comportino *obligationes re contractae*. Invero, quanto al *mutuum*, la struttura presente nelle Istituzioni viene sostanzialmente mantenuta per come la si è descritta (*re contrahitur obligatio mutui datione*)³⁷, ma altrettanto non potrebbe dirsi degli altri tre contratti. Nel comodato la consegna della cosa non costituirebbe una *datio rei* in senso tecnico traslativa della proprietà³⁸. Le fonti in cui compare il verbo *dare* in relazione al *comodatum* ne farebbero un impiego in senso atecnico³⁹. Il momento reale comporterebbe dunque soltanto una detenzione *alieno nomine*. Parimenti nel contratto di deposito non si avrebbe una *datio rei* in senso tecnico, ma solo la consegna di una cosa, su cui il depositario ha una *possessio naturalis*⁴⁰. Anche in questo caso le fonti, nelle quali in relazione al deposito compare il verbo *dare*, alluderebbero a una mera consegna⁴¹. Il pegno, infine, comporterebbe una *traditio possessionis*, non assistita, tuttavia, da una *iusta causa usucapionis*, per cui si tratterebbe di una *possessio pro alieno*⁴² e dunque, ancora una volta, non di una *datio rei* in senso tecnico⁴³. Per questi motivi Gaio nelle *Res cottidianae* impiegherebbe l'espressione *re obligatur* (che si ritrova anche in Gai 3.91 a proposito della *solutio indebiti*) per il comodato e *re tenetur* per il deposito e il pegno⁴⁴. Tali espressioni, soprattutto, sarebbero impiegate per il fatto che comodato, deposito e pegno erano comunque garantiti da *actiones in factum*. Il fatto che a proposito di tali figure Gaio non impieghi il verbo *contrahere* non comporta che esse non siano classificabili come figure contrattuali, bensì solo che non configurino ipotesi di *obligatio re contracta*. Gaio le avrebbe trattate nelle *Res cottidianae* di seguito al mutuo, essenzialmente per assenza di spazio, ovvero perché esse non sarebbero state classificabili come obbligazioni *verbis, litteris* o *consensu*. Comodato, deposito e pegno avrebbero comportato obbligazioni sorte «in virtù della consegna di una cosa» in capo al debitore e come tali sarebbero state figure vicine all'obbligazione reale, anche perché, come quest'ultima, erano tutelabili con mezzi diversi ma assimilabili al modello della *condictio*, ossia per il tramite di *actiones in factum*. Solo in questo senso, squisitamente processuale (e al contempo fondamentale), comodato, deposito e pegno, costituirebbero figure vicine all'unica *obligatio re contracta*, ossia al mutuo, che tuttavia a livello strutturale ne resterebbe ben distinto. Altrettanto sarebbe possibile inferire dal pensiero di Erennio Modestino, *rectius* dalla definizione di obbligazione reale fornita da quest'ultimo⁴⁵. All'avviso del giurista tardoclassico ci si obbliga «attraverso una cosa» quando essa interviene al momento della

³⁷ D. 44.7.1.2 (Gai. 2 *res cott.*).

³⁸ Cfr. D. 13.6.9 (Ulp. 2 *ad ed.*).

³⁹ D. 6.2.9.1 (Ulp. 16 *ad ed.*); D. 13.6.1.1 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 13.6.5.3 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 34.3.8.7 (Pomp. 6 *ad Sab.*).

⁴⁰ Cfr. per esempio D. 10.3.7.11 (Ulp. 20 *ad ed.*).

⁴¹ D. 4.8.11.2 (Ulp. 13 *ad ed.*); D. 16.3.1pr. e 8 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 24.1.52pr. (Ulp. 20 *ad ed.*).

⁴² D. 43.2.13pr. (Paul. 5 *ad Plaut.*); D. 47.2.12.2 (Ulp. 29 *ad Sab.*).

⁴³ Anche in questo caso, in relazione al pegno, il verbo *dare* sarebbe usato in senso atecnico in D. 6.2.9.1 (Ulp. 16 *ad ed.*); D. 13.7.11 (Ulp. 40 *ad Sab.*); D. 13.7.2 (Pomp. 6 *ad Sab.*); D. 13.7.6 (Pomp. 35 *ad Sab.*); D. 13.7.31 (Afr. 8 *quaest.*); D. 34.3.8.7 (Pomp. 6 *ad Sab.*).

⁴⁴ D. 44.7.1.3, 5 e 6.

⁴⁵ Cfr. *supra* nt. 35.

costituzione del rapporto obbligatorio (*re obligamur, cum res ipsa intercedit*). Wegmann rileva che, a prima vista, la definizione di Modestino sembrerebbe coincidere con l'idea moderna di contratto reale come contratto che si perfeziona attraverso la consegna di una cosa. Nondimeno, una più attenta lettura della fonte condurrebbe a ravvisarvi quella stessa idea di *re contrahere/obligari* presente nelle fonti del diritto romano classico esaminate dall'autore nel capitolo precedente, in cui la costituzione dell'obbligazione reale è identificata solo e unicamente con la *mutui datio*. Invero, poco dopo Modestino, nello spiegare in cosa consista il negozio *re et verbis*, ossia nell'affrontare il rilevante problema del *mutuum cum stipulatione*, avverte che ci si obbliga «per il tramite di una cosa» (*re*) e «attraverso le parole» (*verbis*), se alla domanda dello stipulante si aggiunga una cosa (*re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit*)⁴⁶. Poiché il giurista sta parlando del mutuo accompagnato da una promessa verbale e formale di una quantità di denaro, se escludiamo dall'intera locuzione le parole relative alla *stipulatio* (ovvero *et verbis pariter, et ... interrogationi*) quel che resta non può che riferirsi al mutuo e, soprattutto coincide con il *re obligamur, cum res ipsa intercedit* del primo paragrafo del frammento, ossia con la definizione di obbligazione reale. In questo contesto Wegmann rileva altresì che quello del *mutuum cum stipulatione* costituisce l'unico caso attestato di applicazione, da parte di Modestino, della suddetta nozione. Secondo quello che è considerato come l'ultimo giurista classico dunque si contrarrebbe un'obbligazione reale solo e unicamente attraverso la dazione in mutuo. Anche nelle Istituzioni di Giustiniano il mutuo costituisce, all'avviso dell'autore, l'unica fattispecie di *obligatio re contracta*, configurando il comodato, il deposito e il pegno solo obbligazioni alla restituzione della cosa in virtù della consegna della stessa (*re obligari*)⁴⁷. Nondimeno alla struttura classica dell'obbligazione reale le Istituzioni di Giustiniano sarebbero rimaste fedeli solo in senso formale, in quanto l'avvenuta evoluzione dogmatica dell'idea di contratto come *conventio*, che ormai ispirava i Bizantini, comportò la conseguenza che non solo il mutuo, ma anche il comodato, il deposito e il pegno fossero concepiti all'interno del manuale come contratti reali, ossia come contratti che si perfezionano con la consegna della cosa, sebbene forieri di effetti diversi⁴⁸. Ciò era potuto avvenire perché in un contesto in cui tutti i contratti essenzialmente erano costituiti da una convenzione, il *re contrahere* venne a perdere la sua autonomia strutturale in sede di interpretazione, ancorché nel testo della fonte giustiniana, proprio come nei passi dei giuristi classici, la dazione in mutuo continuasse a costituire l'unica fattispecie menzionata di *obligatio*

⁴⁶ D. 44.7.52 pr.-3 (Mod. 3 reg.): *Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato*. 1. *Re obligamur, cum res ipsa intercedit*. 2. *Verbis, cum praecedat interrogatio et sequitur congruens responsio*. 3. *Re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam rem*.

⁴⁷ I. 3.14: *Re contrahitur obligatio veluti mutui datione (...)* 2. *Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur (...)* 3. *Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur (...)* 4. *Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia*.

⁴⁸ Cfr. in tal senso la rubrica di I. 3.14: *Quibus modis re contrahitur obligatio*.

re contracta. L'origine della moderna categoria dei contratti reali sarebbe dunque da rinvenire solo nelle Istituzioni di Giustiniano e in nessun modo potrebbe essere fatta risalire al diritto romano classico.

Nel capitolo conclusivo (pp. 241-246) l'autore riassume ed enuclea i risultati conseguiti nel corso della propria indagine, fornendo una risposta alla questione attorno alla quale ruota l'intera opera, ossia se e in che misura la categoria dei contratti reali, per come la conosciamo oggi, sia attribuibile al diritto degli antichi Romani, questione esaminata allo scopo di delineare la struttura della *obligatio re contracta*. Ebbene, come sarà ormai chiaro, l'autore conclude che la categoria dei contratti reali nel diritto romano, formata secondo l'opinione prevalente dal mutuo, dal comodato, dal deposito e dal pegno, costituirebbe un costrutto falso in senso retrospettivo. La giurisprudenza romana conobbe solo una *obligatio re contracta*, ovverosia quella derivante dalla *mutui datio* e per conseguenza solo un contratto reale, il *mutuum*. Questo dovette rappresentare nel VI secolo d.C. niente più che un'ombra, per cui se intendessimo attribuire agli antichi romani la paternità della odierna categoria dei contratti reali, non potremmo comunque ricercarne l'origine in un'epoca anteriore a quella di Giustiniano.

3. Il denso e approfondito lavoro di Adolfo Wegmann Stockebrand riveste un grande interesse per lo studioso del diritto romano.

In primo luogo esso, affrontando la questione dell'esistenza effettiva della categoria dei contratti reali intesa in senso moderno nel diritto romano, mira a colmare una lacuna esistente in dottrina. Se, infatti, da un lato, nella manualistica tedesca e italiana è sempre stata presente una parte relativa a tali contratti⁴⁹, l'unica monografia dedicata al tema risale al 1973⁵⁰. In realtà, che i modi in cui la suddetta categoria si sviluppò fossero difficili da decifrare in certi manuali era stato rilevato⁵¹. Si è, infatti, sostenuto che comodato, deposito e pegno differissero dal mutuo e costituissero a differenza di quest'ultimo contratti reali in senso improprio⁵² o che fossero da considerare come contratti reali di *ius gentium*⁵³. Nondimeno, seppur con le suddette cautele e precisazioni, il dato secondo il quale, insieme al mutuo, gli altri contratti citati formassero già nel diritto romano classico, almeno a partire da un determinato periodo, la categoria dei contratti reali, o quantomeno tutti configuressero ipotesi di *obligationes re contractae*, sostanzialmente era dato per acquisito⁵⁴. La monografia di Adolfo Wegmann Stockebrand, che oltretutto è scritta in un tedesco impeccabile, mira a riconsiderare la questione a partire dall'analisi delle fonti pervenute sul tema, dalle quali, al contrario, sarebbe possibile ricavare che la suddetta categoria nel diritto romano classico non esistesse.

In secondo luogo il lavoro si fa apprezzare per il metodo adottato. In conformità al

⁴⁹ Per quanto concerne l'area germanica per tutti si può citare M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*²⁰, München 2014, 228 ss., per quella italiana Talamanca, *Istituzioni di diritto romano* cit. 547 ss.

⁵⁰ Maschi, *La categoria dei contratti reali* cit.

⁵¹ Si veda, per esempio, R. Martini, *Appunti di diritto romano privato*, Padova 2012², 113 s. e part. nt. 50.

⁵² Guarino, *Diritto privato romano* cit. 856.

⁵³ Talamanca, *Istituzioni di diritto romano* cit. 540 s.

⁵⁴ G. Pugliese, F. Sitzia, L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 2012, 315.

requisito richiesto dalla collana *Ius Romanum*, le cui opere si contraddistinguono per la rilevanza metodologica delle pubblicazioni accolte, l'autore analizza le fonti con rigore critico, analizzando le stesse in maniera libera da condizionamenti e pregiudizi dogmatici. Nell'affrontare un tema dai forti risvolti sistematici, Wegmann tiene sempre in debito conto il contesto storico in cui le fonti sono inserite, non lasciandosi condizionare dagli effetti della lente talora deformante della tradizione romanistica ed evitando il rischio di una rappresentazione anacronistica⁵⁵. Lo studio è, infatti, sviluppato in maniera diacronica e ciò rende giustizia dell'evoluzione storica dell'obbligazione reale e del *modus operandi* della giurisprudenza romana e del suo procedere per via controversiale⁵⁶. Grande attenzione è altresì dedicata ai complessi aspetti di critica testuale connessi all'esame delle fonti e alle stratificazioni testuali che esse talora presentano⁵⁷. L'impianto bibliografico è completo e le opinioni espresse in dottrina e contrarie a quelle dell'autore vengono debitamente considerate e discusse.

Il lavoro è, infine, interessante nel merito per il quadro, assai originale, che dipinge. Negare l'esistenza di altre *obligationes re contractae* nel diritto romano classico (e almeno a livello formale anche in quello giustiniano) accanto a quella che sorge dalla dazione in mutuo e dunque l'esistenza stessa della categoria dei contratti reali, per come la conosciamo oggi, rappresenta, a quanto mi consta, una soluzione inedita nel panorama dottrinale sviluppatosi sul tema. Se si escludono alcune opinioni avanzate nel contesto della corrente interpolazionistica, l'omessa menzione in Gai 3.90 da parte del giurista del comodato, del deposito e del pegno tra il novero delle obbligazioni contratte *re* è sempre stata per lo più spiegata con la circostanza che in questi ultimi contratti il *re contrahere obligationem* non si fondasse sul trasferimento della proprietà, quando non si è considerato che il *velut* gaiano avesse carattere esemplificativo e non tassativo⁵⁸. Originale e plausibile, perché fondata su argomenti di carattere terminologico, per quanto tuttavia resti opinabile, è l'interpretazione di D. 44.7.1.2-6 (Gai. 2 *res cott.*), dalla quale secondo l'autore, che al pari della dottrina più recente ritiene le *Res cottidianae* opera autenticamente gaiana⁵⁹, non sarebbe ricavabile un arricchimento della categoria dei contratti reali tramite l'inclusione in essa del comodato, del deposito e del pegno,

⁵⁵ Cfr. R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 420. M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli 1982, IX; M. Avenarius, *Tradition, Vorverständnis und Wirkungsgeschichte der Quellen. Vom Einfluß der geistesgeschichtlichen Hermeneutik auf das romanistische Verstehen*, in Id. (a c. di), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Baden Baden 2008, 10; M. Schermaier, *Anachronistische Begriffe, oder: ‚Nichtrömisches‘ im römischen Irrtumsrecht*, in P. Pichonnaz (a c. di), *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe*, Zürich-Basel 2009, 51; Ch. Baldus, *Zum Begriff des debitum bei Cervidius Scaevola. Schuldrecht, Erbrecht und Prozessrecht zwischen Hochklassik und Spätklassik*, in J.D. Harke (a c. di), *Facetten des römischen Pfandrechts. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin-Heidelberg 2012, 34.

⁵⁶ Sul punto si veda M. Miglietta, *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della 'regula iuris'*, in *SCDR*, XXV, 2012, 220 ss.

⁵⁷ Cfr., per tutti, F. Wieacker, *Textstufen klassiker Juristen*, Göttingen 1975².

⁵⁸ Posizione quest'ultima sostenuta con valide argomentazioni da G. Falcone, *La definizione di obligatio, tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino 2017, 117 ss., part. 120 s. nt. 168.

⁵⁹ Wegmann, *Obligatio re contracta* cit. 101.

dovuto a un'evoluzione del pensiero di Gaio sul tema⁶⁰. Del resto si può legittimamente non essere d'accordo con l'idea che l'autore con coraggio sviluppa nelle sue meticolose pagine, ma è certo che non sarà possibile a chi in futuro affronterà gli stessi argomenti non misurarsi con il suo lavoro. È, infatti, innegabile, e con ciò concludiamo, il fatto che Adolfo Wegmann Stockebrand conduca la sua analisi in maniera estremamente coerente e logica, affrontando con uno stile assai tecnico, ma al contempo elegante, la complessa tematica dell'obbligazione reale.

Filippo Bonin
Universität zu Köln
filippobonin82@gmail.com

⁶⁰ Wegmann, *Obligatio re contracta* cit. 218 ss.