

## *Sulle tracce del synallagma Riflessioni su D. 2.14.7.2 e D. 50.16.19\**

Come è noto, il termine greco συνάλλαγμα compare nel Digesto per due volte, e cioè in D. 2.14.7.2 (Ulpiano / Aristone) e D. 50.16.19 (Ulpiano / Labeone). In questa sede si intende indagare le ragioni per le quali i giuristi romani Labeone e Aristone fecero ricorso, nelle loro opere, ad una parola greca. Soprattutto si cercherà di rispondere alla domanda se si sia di fronte, per entrambi questi giuristi, ad una prospettiva comparatistica.

### *I.- Stato della dottrina*

#### *1.- Il significato del termine greco συνάλλαγμα*

Gran parte dell'odierna dottrina romanistica ritiene che il termine greco συνάλλαγμα significhi semplicemente 'accordo', ovvero 'contratto'<sup>1</sup>. Si legge,

\* Questo contributo risale a una conferenza tenuta nell'ambito del seminario Diritto romano e modernità, svoltosi dal 25 al 30 ottobre 2007 a Borovetz/Sofia (Bulgaria), ed è la versione italiana di *Auf den Spuren des Synallagma – Überlegungen zu D. 2.14.7.2 und D. 50.16.19*, in *Antike – Recht – Geschichte, Symposion zu Ehren von Peter E. Pieler*, 2009, 51-72. La traduzione italiana è del Dr. Pierangelo Buongiorno. Ad aggiornamento della bibliografia, si segnalano le seguenti pubblicazioni apparse successivamente alla stesura del contributo che qui si pubblica: C.A. Cannata, *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*, in P. Pichonnaz (a c. di), *Autour du droit des contrats, Contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe*, Zürich 2009, 19-48; T. Dalla Massara, *Ancora sul valore del richiamo al synallagma in Labeone e in Aristone*, in *Studi in onore di Remo Martini*, I, Milano 2008, 827-853; Id., *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto*, in *SCDR*, 22, 2009, 251-292; G. Falcone, *Postilla sulla definizione teofilina di συνάλλαγμα*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, III, Torino 2007, 269-282; L. Garofalo, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova 2008, 104-109; P. Lambrini, *Actio de dolo malo e accordi privi di tutela contrattuale*, in *SCDR*, 22, 2009, 225-249; J. Paricio, *Contrato, La formación de un concepto*, Pamplona 2008; Id., *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, in *AUPA*, 53, 2009, 71-114; Id., *Celso contra Neracio*, in *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, 849-854; E. Sciandrello, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento 2011, 223-273; R. Scevola, *Negotium mixtum cum donatione, Origini terminologiche e concettuali*, 2008, Padova 122-131; B. Schmidlin, *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die actio praescriptis verbis, Zum aktionenrechtlichen Aufbau der römischen Konsensualverträge*, in *ZSS*, 124, 2007, 53-93 (part. 83 ss.).

<sup>1</sup> Cfr. P. De Francisci, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ, Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati II*, Pavia 1916, 500; J. Partsch, *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Recht*,

"  
"  
"  
"

ad esempio, in Kaser: «συνάλλαγμα drückt dem Wortsinn nach nicht mehr aus als den formfrei geschlossenen Schuldvertrag»<sup>2</sup>. Questo livellamento di *συνάλλαγμα* e contratto nel senso di un accordo tra le parti sarà, tuttavia, meglio verificato in seguito.

Per quanto attiene al diritto civile vigente, invece, il termine ‘sinallagma’ non è liberamente adoperato per tutti i contratti, ma esclusivamente per quelli a prestazioni corrispettive, in quei casi, cioè, nei quali le parti contraenti compiano la propria prestazione ai fini della controprestazione corrispettiva (come avviene, ad es., nel caso del contratto di compravendita).

Normalmente, tale rapporto di reciprocità è espresso con l’espressione *do ut des*, che dà quantomeno l’impressione di un’origine romana del nostro concetto di sinallagma<sup>3</sup>.

Se si parte invece dal presupposto che *συνάλλαγμα* significhi semplicemente ‘accordo’ oppure ‘contratto’, allora il termine greco non avrebbe nulla a che vedere con la nostra attuale concezione di ‘sinallagma’. Il termine greco non è infatti limitato ai rapporti di reciprocità, ma comprende anche contratti a titolo gratuito, come il mutuo, il comodato e il deposito.

Un ancor più ampio uso concettuale del termine *συνάλλαγμα* si riscontra invece nell’*Etica Nicomachea* di Aristotele:

(Arist. *Eth. Nic.* 5.5 [Bekker 1130b 33 - 1131a 9]<sup>4</sup>)

in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin 1931, 3, 11; S.E. Wunner, *Contractus, Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln 1964, 38; B. Albanese, ‘Agere’ ‘gerere’ e ‘contrahere’ in *D.* 50,16,19, *Congetture su una definizione di Labeone*, in *SDHI.* 38, 1972, 189, 236; A. Biscardi, *Quod Graeci synallagma vocant*, in *Labeo* 29, 1983, 127, 135; R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA.* 37, 1983, 5, 37 s., 58; T. Dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto*, Padova 2004, 299. Sull’uso, nei papiri, di *συνάλλαγμα* nel senso di ‘contratto’ e anche di ‘documento contrattuale’, vd. F.G. Preisigke, E. Kießling, *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden* II, Berlin 1927, 524 s.; E. Seidl, s.v. *Συνάλλαγμα*, in *PWRE.* IV.A.2, Stuttgart 1932, 1322 s.; R. Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, New York 1955, 292 s.; H.G. Liddell, R. Scott et alii, *A Greek-English Lexicon. With a revised supplement*, 1996, s.v. *συνάλλαγμα*, 1694.

<sup>2</sup> M. Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, München 1971<sup>2</sup>, 529; vgl. auch M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, München 2008<sup>19</sup>, 212 (§ 38 Rn. 24).

<sup>3</sup> Vd. soprattutto K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München 1987, 202 (§ 15 I): «Das Grundprinzip des gegenseitigen Vertrages ist somit das uralte ‘do ut des’: jeder gibt, damit der andere gibt». Ph. Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen 1929, 126 (§ 42, 2). In L. Enneccerus, H. Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen 1958<sup>15</sup>, 139 nt. 2 (§ 32 II), si accenna al « nicht erklärende, sondern verdunkelnde Fremdwort ‘synallagmatische’ Verträge ».

<sup>4</sup> Aristotele tratta qui della *iustitia commutativa* o *correctiva* come forma particolare della ‘giustizia speciale’. Sulla ripartizione della giustizia in Aristotele vd. U. Manthe, *Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes I. Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles*, in *ZSS.* 113, 1996, 1 ss., 4 ss.; vd. anche A. Maffi, ‘Synallagma’ e obbligazioni in Ari-

..., ἐν δὲ τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν. τούτου δὲ μέρη δύο· τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσια ἔστι τὰ δ' ἀκούσια, ἐκούσια μὲν τὰ τοιάδε ὅον πράσις ὠνὴ δανεισμός ἐγγύη χρῆσις παρακαταθήκη μίσθωσις (ἐκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἐκούσιοα), τῶν δ' ἀκούσιων τὰ μὲν λαθραῖα, ὅον κλοπὴ μοιχεία φαρμακεία προαγωγεία δουλαπατία δολοφονία ψευδομαρτυρία, τὰ δὲ βίαια, ὅον αἰκία δεσμὸς θάνατος ἀρπαγὴ πῆρσις κακηγορία προπηλακισμός.

... un'altra [specie della giustizia particolare] è quella che regola i rapporti umani. Essa consiste di due parti: ci sono, infatti, rapporti volontari e non volontari. Rapporti volontari sono per esempio la compravendita, il mutuo, la fideiussione, il comodato, il deposito e la locazione (si parla di rapporti volontari, perché la fonte di questi rapporti è la libera volontà). Ai rapporti non volontari appartengono da una parte azioni nascoste come il furto, l'adulterio, l'avvelenamento, il lenocinio, la corruzione di schiavi, l'assassinio a tradimento e la falsa testimonianza, dall'altra parte azioni violente come il maltrattamento, la privazione della libertà personale, l'omicidio, la rapina, la mutilazione, l'ingiuria, l'oltraggio.

Il termine *συνάλλαγμα* è qui usato nel senso di 'rapporto tra uomini'<sup>5</sup>; all'interno di questa categoria Aristotele distingue fra rapporti volontari (*συναλλάγματα ἐκούσια*) e rapporti non volontari (*συναλλάγματα ἀκούσια*): i rapporti contrattuali come la compravendita, il mutuo, la fideiussione, il comodato etc., sono rapporti volontari, mentre i rapporti scaturenti da fatto illecito (ovvero quelli che nascono da furto, adulterio, avvelenamento etc.) sono invece ritenuti involontari<sup>6</sup>.

*stotele, Spunti critici*, in *Atti del II seminario romanistico gardesano, 12-14 giugno 1978*, Milano 1980, 11 ss.; J.-D. Harke, *Vorenthaltung und Verpflichtung*, Berlin 2005, 11 ss.

<sup>5</sup> Sull'ampio campo semantico di *συνάλλαγμα*, che può significare 'relazione', 'rapporto tra uomini', 'contatto umano', vd. H.L.W. Nelson, U. Manthe, *Studia Gaiana*, VIII, 1999, 452 s.; H.P. Benöhr, *Das sogenannte Synallagma in den Konsenskontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965, 8. Assolutamente generico *συναλλάττειν*, che può significare 'condurre insieme', 'avere a che fare con qualcuno', mentre *ἀλλάττειν* può significare 'scambiare', 'barattare', 'commutare'.

<sup>6</sup> Harke, *Vorenthaltung und Verpflichtung* cit., 23 ss., ritiene che la comune sistematica aristotelica di delitti e contratti e il concetto di giustizia correttiva vadano intesi come conseguenza del modello contrattuale greco. Anche C. Pelloso, *Le origini aristoteliche del συναλλάγμα di Aristone*, in L. Garofalo (a c. di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano I*, Padova 2007, 3, 23 ss., 35 ss., tenta di spiegare i *συναλλάγματα ἐκούσια* descritti da Aristotele sulla base della teoria della prestazione funzionale; in base a ciò egli ritiene che l'espressione *ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἐκούσιος* (perché la fonte di questi rapporti è la libera volontà) vada intesa nel senso dell'effettuazione della prestazione anticipata di una delle parti. Sebbene le argomentazioni di Aristotele non siano sicuramente in contraddizione con il modello della prestazione funzionale, appare improbabile riscontrare in esse un determinato modello contrattuale. Contro una tale interpretazione vd. anche H.J. Wolff, *Zum Problem der dogmatischen Erfassung des altgriechischen Rechts*, in *Symposion 1979*, Köln-Wien 1983, 9, 13.

L'ampia categorizzazione di *συνάλλαγμα* data da Aristotele, che comprende cioè non solo i rapporti contrattuali, ma anche quelli scaturenti da illecito, non ci aiuta quindi veramente a chiarire l'uso del termine *συνάλλαγμα* in entrambi i passi del Digesto che si intende esaminare in questa sede<sup>7</sup>.

## 2. Ricezione del termine attraverso i giuristi romani

In realtà, elemento decisivo per l'interpretazione di D. 2.14.7.2 e D. 50.16.19 non è tanto l'acclarare il significato del termine greco *συνάλλαγμα*, quanto piuttosto il definire il modo in cui i giuristi romani Labeone e Aristone abbiano interpretato e applicato questo concetto; in altre parole il problema è quello di definire il modo in cui il termine *συνάλλαγμα* fu recepito da parte dei giuristi romani.

Tale questione è, ieri come oggi, ampiamente dibattuta in dottrina. È discusso se nelle fonti romane si possa già constatare una delimitazione del termine *συνάλλαγμα* nell'attuale senso di 'contratto a prestazioni corrispettive'. Netta è la posizione assunta da Benöhr, il quale, nella sua indagine sull'uso del termine *συνάλλαγμα* nelle fonti giuridiche romane, giunge al risultato che in nessuno dei luoghi indagati il termine *συνάλλαγμα* abbia il significato di 'contratto a prestazioni corrispettive' o, tantomeno, di reciproca dipendenza di prestazione e controprestazione<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Vd. anche M. Sargenti, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in IVRA 38, 1987, 51 s.; G. Grosso, 'Contractus' e *συνάλλαγμα* nei giuristi romani, in *Scritti in onore di Giuliano Bonfante*, I, Brescia 1976, 341, 343 s.; Albanese, 'Agere' cit., 237 s., che ritiene, quindi, non genuina l'espressione *quod Graeci συνάλλαγμα vocant* in D. 50.16.19. Pensa ad un' interpolazione anche Seidl, s.v. *συνάλλαγμα* cit., 1323. Di opinione contraria A. Schiavone, *Giuristi e nobili della Roma repubblicana*, Bari-Roma 1992, 176, che ritiene che « il valore aristotelico – e quindi labeoniano – di *synallagma* ... è perfettamente omogeneo al concetto di '*ultra citroque obligatio*' »; vd. anche Biscardi, *Quod Graeci* cit., 137 s. Secondo F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* II, Torino 1995, 104 s., la categoria aristotelica di *συνάλλαγμα* è vicina più a quella esemplificata da Aristone in D. 2.14.7.2 ('*dedi tibi rem ut mihi aliam dares*'; '*dedi ut aliquid facias*') che non all'espressione *ultra citroque obligatio* in D. 50.16.19. In favore di una continuità di significato del concetto di *συνάλλαγμα* da Aristotele sino a Labeone e Aristone si esprimono anche B. Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa*, Milano 2002, 430 s., 438 s.; T. Dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto* cit., 308 ss., 311 ss.; E. Stolfi, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Milano 2006, 163 s., 168 s.; Pelloso, *Le origini aristoteliche* cit., 78, 85 ss.

<sup>8</sup> Benöhr, *Das sogenannte Synallagma* cit., 16, 118. Come Benöhr anche W. Kunkel, H. Honsell, *Römisches Recht*, München 1987<sup>4</sup>, 255 nt. 40; Kaser, *Das Römische Privatrecht* cit., I, 529; Kaser, Knütel, *Römisches Privatrecht* cit., 212 (§ 38 Rn. 24); Seidl, s.v. *συνάλλαγμα* cit., 1323; J. Partsch, *Rez. zu De Francisci, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ I (1913)*, in ZSS. 35, 1914, 335-336; Id., *Das Dogma* cit., 11 e 15. Che Labeone abbia inteso il concetto di *συνάλλαγμα* nel senso di un rapporto di reciprocità, è invece affermato da Wunner, *Contractus* cit., 40, 218. Secondo Nelson, Manthe, *Studia Gaiana VIII* cit., 447, Labeone avrebbe utilizzato l'espressione *ultra citroque obligatio*

Se questa affermazione sia o meno da condividere, lo si verificherà comunque in seguito.

## II. Synallagma nel Digesto

Veniamo quindi a esaminare in maniera più attenta D. 2.14.7.2 e D. 50.16.19.

### 1.- Ulpiano / Labeone, D. 50.16.19

In D. 50.16.19 Ulpiano cita il giurista di età augustea Labeone, il quale, nel suo commentario all'editto del pretore urbano, compie una classificazione dei negozi <sup>9</sup>.

Ulp. 11 *ad ed.*, D. 50.16.19

*Labeo libro primo <ad edictum> praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re <sive litteris> quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

Labeone opera una distinzione tra negozi 'conclusi mediante atti' (*agere*), negozi 'condotti' (*gerere*) e negozi 'costituiti attraverso un accordo' (*contrahe-*

nel senso di una reciprocità delle obbligazioni evidenziando in maniera più incisiva, mediante l'espressione *συνάλλαγμα*, il concetto di reciprocità. Anche A. Bürge, *Römisches Privatrecht, Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, Darmstadt 1999, 139, ritiene che Labeone abbia utilizzato il termine greco *συνάλλαγμα* in D. 50.16.19 per spiegare gli 'Austauschverträge'. Vd. anche T. Dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto* cit., 114 ss.; F. Gallo, *Synallagma conventio nel contratto I*, Torino 1992, 156 s. (e ancora Id., *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *SDHI*. 55, 1989, 123, 150 [= Id., in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia romana, Atti del conv. di dir. rom., Siena 14-15 aprile 1989*, Napoli 1991, 3, 35]); Schiavone, *Giuristi e nobili* cit., 166: « reciprocità ('ultro citroque') di questa condizione che stringe i protagonisti del 'contrahere' »; Id., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 284; M. Talamanca, *Rec. ad A. Schiavone, Giuristi e nobili nella Roma repubblicana (1987)*, in *BIDR*. 91, 1988, 881, 906; G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963<sup>3</sup>, 49, 51 s. con nt. 1

<sup>9</sup> Secondo M. Kaser, *Divisio Obligationum*, in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz 1986, 155, 163 (= Id., in *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J. A. C. Thomas*, 1983, 73, 79), invece, Labeone avrebbe voluto ripartire « 'gewisse' menschliche Handlungen ». Gli esempi riportati da Labeone mostrano invece come essa riguardi atti negoziali; vd. anche Sargenti, *Labeone* cit., 36; Nelson, Manthe, *Studia Gaiana VIII* cit., 467 s.

re). Un negozio concluso attraverso un atto (*actus*)<sup>10</sup> è, secondo Labeone, la *stipulatio*, che nasce da una solenne domanda e risposta. Come ulteriore esempio, Labeone cita il *mutuum*, che come attività presuppone il pagamento della somma data in prestito. Presupponeva un'attività – cioè la trasmissione di una lettera di consenso da parte del debitore e la registrazione del credito da parte del creditore nel *codex accepti et expensi* – anche il contratto letterale, probabilmente citato da Labeone e successivamente omesso dai compilatori<sup>11</sup>.

Di seguito, Labeone descrive i negozi che si costituiscono attraverso un accordo, nel senso di un reciproco obbligarsi delle parti: *contractum autem ultro citroque obligationem*. Beninteso che una parte si obbliga nei confronti dell'altra e viceversa. L'espressione *ultro citroque obligatio* si può rendere, letteralmente, come 'obbligo vicendevole'<sup>12</sup>. Come esempi di tale reciproco obbligarsi sono riportati la compravendita, la locazione e la società.

La terza categoria è infine costituita, secondo Labeone, dai negozi che sono condotti: la gestione (*gestus*) sarebbe un'attività condotta senza parole (*sine verbis*). In questo caso Labeone non riporta alcun esempio, ma tale omissione non va rintracciata necessariamente, come creduto da alcuni, nel fatto che Labeone stesso non fosse sicuro della categoria del *gerere* e non la volesse, pertanto, precisare<sup>13</sup>. È più probabile che si tratti di una più tarda riduzione del testo, connessa alla sua citazione e forse ascrivibile già ad Ulpiano. Tra i negozi connessi con la categoria del *gerere* si deve senz'altro pensare alla gestione d'affari (*negotiorum gestio*)<sup>14</sup>, forse – in ragione dei punti di contatto col *negotium gestum* – anche alla *tutela* (*tutelam gerere*)<sup>15</sup>, così come, possibilmente, anche alla

<sup>10</sup> Nelle forme *actum*, *contractum*, *gestum* non siamo dinanzi – cosa che sarebbe assolutamente insolita – a sostantivi neutri derivati dai participi perfetti di *agere*, *contrahere*, *gerere*, ma più semplicemente dinanzi a forme accusative dei sostantivi *actus*, *contractus* e *gestus*; vd. Nelson, Manthe, *Studia Gaiana VIII* cit., 447, 462.

<sup>11</sup> Sargenti, *Labeone* cit., 21 s., ritiene probabile che già Labeone avesse omesso i contratti letterali, in ragione della sua minore importanza rispetto al *mutuum* e alla *stipulatio*. Alla luce della dettagliata trattazione dei contratti letterali presente ancora in Gaio (*inst.* 3.89, 128-134) tale omissione resta, per un giurista di età protoclassica come Labeone, inverosimile.

<sup>12</sup> Sull'insolito uso di *ultro citroque* come attributo vd. Wunner, *Contractus* cit., 37; Benöhr, *Das sogenannte Synallagma* cit., 11 nt. 47. Alla luce della pionieristica trattazione dogmatica che Labeone effettuò mediante la sua ripartizione dei negozi (vd. nt. 19 *infra*), questo insolito uso non pare inficiare la genuinità dell'espressione *ultro citroque obligatio*.

<sup>13</sup> Prospetta una tale possibilità Sargenti, *Labeone* cit., 35 s.

<sup>14</sup> Sargenti, *Labeone* cit., 36 s.

<sup>15</sup> Per lo meno, in Gai. *inst.* 4.182 la *tutela* è, forse in ragione dell'originario diritto di ricusare il tutore, equiparata al *contractus* e per questo motivo ricondotta alla sfera dei negozi giuridici; vd. Kaser, *Das Römische Privatrecht* cit., I, 365 con nt. 28.

*pro herede gestio*<sup>16</sup>. Labeone potrebbe aver interpretato questi esempi di *gerere* come atti negoziali in senso largo<sup>17</sup>. Non da ultimo, potrebbe anche aver ricondotto il negozio del *mandatum* alla categoria del *gerere*<sup>18</sup>.

Anche se la sopramenzionata ripartizione dei negozi alle categorie di *agere*, *gerere* e *contrahere* non rispecchia il nostro moderno punto di vista non si deve sottovalutare la pionieristica opera di Labeone, anche per quanto riguarda la prima definizione tecnico-giuridica del termine *contractus*. Il suo non è altro che il primo tentativo di ripartizione dei negozi. Che Labeone, con tale ripartizione dei negozi e con la sua definizione di contratto non sia riuscito – e a ragione – a ‘fare scuola’ non pregiudica però il suo merito<sup>19</sup>. Nella ricerca del criterio oggettivo al quale Labeone informa la sua ripartizione dei negozi si devono prendere le mosse dai tre concetti chiave di *agere*, *gerere* e *contrahere*. Labeone si basa, ovviamente, sulle caratteristiche tipiche di ciascun negozio. Nel caso della stipulazione, del mutuo e del contratto letterale rileva come aspetto peculiare la particolare attività che deve essere svolta, cioè la promessa formale, la dazione della *res*, l’invio della lettera da parte del debitore e la registrazione del credito nel *codex accepti et expensi*. Nel caso dell’*emptio venditio*, della *locatio conductio* e della *societas* la peculiarità risiede nel reciproco obbligarsi delle parti. Nei casi del *gerere* la peculiarità è infine costituita dalla conduzione, compiuta *sine verbis*.

Siccome la gestione di un affare che può avvenire *sine verbis* forma solo l’elemento caratteristico della fattispecie che Labeone riconduce sotto la categoria del *gerere*, anche il *mandatum* – che non diversamente dalla *negotiorum gestio* ha per oggetto la gestione di affari altrui – può essere ricondotto a tale categoria<sup>20</sup>. Evidentemente, per Labeone, non era rilevante l’accordo delle parti, che ovviamente era necessario anche per il *mandatum*, e che usualmente non avveniva *sine verbis*, così come, con riferimento all’*emptio venditio*, alla *locatio conductio* e alla *societas*, egli non evidenziava tanto l’accordo delle parti, quanto piuttosto l’obbligazione reciproca da esso scaturita. Fu infatti Gaio il primo a rilevare un criterio distintivo di questo genere di obbligazioni nella stipula del contratto mediante incontro della volontà delle parti, e a catalogare l’*emptio*

<sup>16</sup> Cfr. Albanese, ‘*Agere*’ cit., 242 ss.; Benöhr, *Das sogenannte Synallagma* cit., 11 con nt. 44.

<sup>17</sup> In senso contrario Gallo, *Eredità di giuristi romani* cit., 123 ss., 143, 146 (= Id., in *Le teorie contrattualistiche* cit., 3 ss., 27, 30 s.); Id., *Synallagma e conventio* cit., I, 96 s., 102, 107 s., 119, 142 s., che ritiene interpolata l’ultima frase del passo e propone un’incisiva modifica testuale (108).

<sup>18</sup> Vd., in tal senso nt. 20 *infra*.

<sup>19</sup> Cfr. solo Nelson, Manthe, *Studia Gaiana VIII* cit., 466, 468.

<sup>20</sup> Che Labeone non tenesse conto del *mandatum*, già da Cicerone ricondotto ai *bonae fidei iudicia* (Cic. *de off.* 3.17.70; *top.* 17.66), è infatti per nulla verosimile.

*venditio*, la *locatio conductio*, la *societas* e il *mandatum* nella più ampia categoria delle obbligazioni *consensu contractae*<sup>21</sup>.

In questa sede ci interessa in modo particolare l'uso dell'espressione *ultra citroque obligatio*. Labeone chiarisce il senso di questa espressione ricorrendo al termine greco *συνάλλαγμα*: *quod Graeci συνάλλαγμα vocant*. È stato da più parti sostenuto che con l'espressione *ultra citroque obligatio* Labeone alludesse non al reciproco obbligarsi delle parti, ma alla manifestazione di volontà di entrambe le parti<sup>22</sup>.

L'espressione *ultra citroque obligatio* indicherebbe pertanto soltanto il costituirsi del contratto mediante l'accordo delle parti e non già un reciproco obbligarsi. In realtà si deve però obiettare che una mera manifestazione di volontà di entrambe le parti non costituirebbe un preciso tratto distintivo di queste obbligazioni: reciproche manifestazioni di volontà ed accordo delle parti erano infatti richiesti, nel diritto romano, in ogni tipo di contratto, in particolare anche nei contratti verbali e in quelli reali<sup>23</sup>. E pur tuttavia Labeone non individua nella *stipulatio* e nel pagamento della somma mutuata dei casi di *ultra citroque obligatio*, poiché egli li riconduce non al *contrahere*, bensì all'*agere*.

L'espressione *ultra citroque obligatio* è pertanto interpretata, dalla più ampia parte della dottrina – e, a mio parere, a ragione – nel senso di una reciprocità delle obbligazioni<sup>24</sup>. Con tale interpretazione concordano, peraltro, tutti gli

<sup>21</sup> Gai. *inst.* 3.89, 135 s.

<sup>22</sup> Vd. Benöhr, *Das sogenannte Synallagma* cit., 11, 12 s., 118; W. Macheiner, *Zu den Anfängen des Kontraktssystems, in Festgabe für Arnold Herdlitzka*, München 1972, 167, 173 ss.; P. Cerami, *D. 2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.)*. *Congetture sulle 'tres species conventionum'*, in *AUPA*, 36, 1976, 123, 194 ss. (= *Atti Acc. Napoli* 85, 1974, 269, 316 ss.); Santoro, *Il contratto* cit., 14 ss., 29 ss. e *passim*; in questo senso anche P. Gröschler, *Die tabellae-Urkunden in den pompejanischen und herkulanensischen Urkundensunden*, Berlin 1997, 269 con nt. 249. Così già J. Partsch, *Rez. zu De Francisci* cit., 336, secondo cui per i giuristi romani di età classica *συνάλλαγμα* avrebbe semplicemente avuto il significato di « Vertrag, conventio, das ultra citroque consensu factum »; Id., *Das Dogma des Synallagma* cit., 13 s. Non ad un reciproco atto di volontà, bensì ad un reciproco 'atteggiamento' delle parti pensa C.A. Cannata, *Contratto e causa nel diritto romano*, in L. Vacca (Hg.), *Causa e contratto nella prospettiva storica comparatistica*, Torino 1997, 35, 46 s.

<sup>23</sup> Cfr. D. 2.14.1.3: ... *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*.

<sup>24</sup> Pelloso, *Le origini aristoteliche* cit., 53 ss.; L. Zhang, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano 2007, 157; Stolfi, *Introduzione allo studio dei diritti greci* cit., 162; Dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto* cit., 115 ss.; Biscotti, *Dal pacere* cit., 430; Nelson, Manthe, *Studia Gaiana VIII* cit., 447; Bürge, *Römisches Privatrecht* cit., 139; R. Knütel, *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto* cit., 131, 133; Gallo, *Synallagma e conventio I* cit., 153 ss., 156; Id., *Synallagma e conventio II* cit., 5, 101; Id., *Eredità di giuristi romani*, 149 s., 155 s. (= Id., in *Le teorie contrattualistiche* cit., 34

esempi riportati da Labeone, infatti l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas* rappresentano dei rapporti di reciprocità<sup>25</sup>. È significativo, peraltro che Labeone escluda, dal novero degli esempi di contratti costituenti una *ultra citroque obligatio*, la quarta obbligazione consensuale, ovvero il *mandatum*<sup>26</sup>. Esso è infatti un contratto a titolo gratuito e non a prestazioni corrispettive. E con il *mandatum*, del resto, non si determinano neppure, a differenza del mutuo, delle necessarie obbligazioni bilaterali: qualora infatti il mandatario non sia obbli-

s., 41 s.); Schiavone, *Giuristi e nobili* cit., 166; M. Talamanca, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in F. Milazzo (a c. di), *Contractus e pactum Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Napoli 1990, 35, 96; Sargenti, *Labeone* cit., 48 ss.; A. Burdese, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *IVRA* 36, 1985, 14, 21 s.; Id., *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, in *SDHI*. 51, 1985, 458, 459; G. MacCormack, *Contractual Theory and the Innominate Contracts*, in *SDHI*. 51, 1985, 131, 136; Biscardi, *Quod Graeci* cit., 137; Albanese, 'Agere' cit., 227, 237, 245; Wunner, *Contractus* cit., 36 ss., 218; Grosso, *Il sistema* cit., 48 ss.; Id., 'Contractus' e *συνάλλαγμα* cit., 341; A. D'Ors, *Creditum und contractus*, in *ZSS*. 74, 1957, 73, 93 s.; A. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Leipzig 1873 (rist. anast. Aalen 1963), 469 s.; Id., *Parerga III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in *ZSS*. 9, 1888, 195, 249 s.

Kaser, *Römische Rechtsquellen* cit., 164 (cfr. Id., in *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J. A. C. Thomas*, London 1983, 79 s.), sostiene che Labeone adoperi il verbo *contrahere* in un «besonderen, prägnanten Sinn» ricorrente solo nel pensiero di Aristone in Ulpiano, D. 2.14.7.2. G. Melillo, *Forme e teorie contrattuali nella età dal Principato*, in *ANRW*. II.14, Berlin – New York 1982, 450, 475 s., 477 s., ritiene il *contractus* e quindi anche la *ultra citroque obligatio* come il «corrispondersi di due situazioni di 'comportamento vincolato'» ovvero come un «reciproco legarsi di situazioni soggettive tutelate da *actiones in personam*», laddove egli non chiarisce (478), se in questa categoria possano essere ricomprese anche quelle obbligazioni reciproche imperfette come il *mandatum*. Vd. anche G. Melillo, *In solutum dare. Contentute e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli 1970, 53 ss., 81; Id., *Contrahere, pacisci, transigere, Contributo allo studio del negozio bilaterale romano*, 1994<sup>2</sup>, 134, 158, 171, 175 s.

<sup>25</sup> Anche attraverso il contratto di società venivano a crearsi obbligazioni reciproche dei soci, sebbene le prestazioni di questi – a differenza di quanto avveniva nei meri contratti di scambio – non tornassero immediatamente a favore della controparte, ma fossero utili a promuovere lo scopo comune dei soci. Dal momento che, di regola, l'*actio pro socio* poteva essere intentata solo dopo lo scioglimento della società, si pone la questione dell'adempimento delle obbligazioni reciproche nell'ambito della liquidazione. Contro la qualificazione del contratto di società come rapporto di reciprocità vd. invece F. Wieacker, *Societas I. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, Weimar 1936, 12 ss.; Id., *Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts*, in *ZSS*. 69, 1952, 302, 320 ss.; J.-D. Harke, *Societas als Geschäftsführung und das römische Obligationensystem*, in *TR*. 73, 2005, 43, 56 ss. Nel diritto odierno il contratto di società da alcuni è classificato come contratto a prestazioni corrispettive *lato sensu*; Enneccerus, Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse* cit., 732 (§ 176 III 1); vd. anche Heck, *Grundriß des Schuldrechts* cit., 376 s. (§ 124 a, 5).

<sup>26</sup> Vd. Albanese, 'Agere' cit., 241 s.; Gallo, *Eredità di giuristi romani* cit., 150 (= Id., in *Le teorie contrattualistiche* cit., 35); Id., *Synallagma e conventio I* cit., 158 s.; Pelloso, *Le origini aristoteliche* cit., 56.

gato ad accollarsi delle spese, viene meno il fondamento per un' *actio mandati contraria*. La mera possibilità che il mandatario sia tutelato dall' *actio mandati contraria*, non pare essere sufficiente<sup>27</sup>, per Labeone, per ammettere una *ultra citroque obligatio*<sup>28</sup>.

Sino a questo punto le affermazioni di Labeone appaiono senza dubbio condivisibili. Le difficoltà si palesano invece con la correlazione dell'espressione ' *ultra citroque obligatio* ' col termine greco *συνάλλαγμα*. Se – come generalmente ammesso in dottrina – con il termine *συνάλλαγμα* si fosse presso i Greci indicato ogni tipo di contratto concluso in modo informale, allora la correlazione di *ultra citroque obligatio* con il termine *συνάλλαγμα* non sarebbe assolutamente condivisibile. In altre parole, se il termine greco *συνάλλαγμα* andasse inteso come accordo o, più semplicemente, contratto, non vi sarebbe alcun sostegno alla delimitazione, proposta da Labeone, alle sole condizioni di reciprocità<sup>29</sup>. L'espressione *quod Graeci συνάλλαγμα vocant* di cui a D. 50.16.19 risulterebbe pertanto inspiegabile. Si dovrebbe ipotizzare che Labeone abbia utilizzato il grecismo *συνάλλαγμα*, che significherebbe solo contratto, in modo sostanzialmente errato applicandolo, inesattamente, alle obbligazioni reciproche. Tale spiegazione risulta, però, del tutto insoddisfacente.

## 2.- Ulpiano / Aristone, D. 2.14.7.2

La problematica diviene ancora più chiara alla luce del secondo passo del Digesto nel quale Aristone utilizza il termine *συνάλλαγμα*:

Ulp. 4 *ad ed.*, D. 2.14.7.2

*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Ariston Celso respondit esse obligationem. ut puta 'dedi tibi rem*

<sup>27</sup> Ciò non esclude che Labeone possa aver utilizzato, anche con riferimento al *mandatum*, il termine *contractus*, nella misura in cui esso non riguardava il significato specifico della *ultra citroque obligatio*; cfr. D. 17.1.8 pr.

<sup>28</sup> L'espressione *alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet* – adoperata in Gai. *inst.* 3.137 – risulta invece vera per tutti i contratti consensuali e anche per il *mandatum* come contratto con obbligazioni bilaterali imperfette.

Cfr. anche le concettualmente ampie formulazioni rintracciabili in Gai. *inst.* 3.155 (...*contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*), Cic. *top.* 17.66 (...*, quid eum, qui mandasset, eumve, cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret*) e Cic. *de off.* 3.17.70 (*in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret*).

<sup>29</sup> Al fine di giustificare la comparazione di *συνάλλαγμα* e *ultra citroque obligatio* operata da Labeone, Talamanca, *Rec. ad A. Schiavone cit.*, 906, facendo ricorso all' «estrema lacunosità» delle fonti greche dal III al I secolo a.C., avanza l'ipotesi che nell'età di Labeone il termine greco *συνάλλαγμα* potesse avere anche lo specifico significato di reciprocità; in adesione Gallo, *Synallagma e conventio I cit.*, 157.

*ut mihi aliam dares', 'dedi ut aliquid facias': hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: 'dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus'. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis, sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*

Nella seconda parte del passo viene trattato un particolare tipo di negozio, che potremmo definire una 'quasi-permuta': *Ego* trasferisce a *Tu* lo schiavo Stichus, perché *Tu* manometta lo schiavo Pamphilus. *Tu* compie la sua prestazione, manomettendo effettivamente lo schiavo Pamphilus. Di seguito si verifica però l'evizione dello schiavo Stichus. Sebbene *Tu* abbia portato a termine correttamente la prestazione, gli viene sottratto, per evizione, lo schiavo Stichus. Ci si chiede pertanto se *Tu* abbia diritto ad un risarcimento del danno da parte di *Ego*. Nell'editto del pretore non esisteva una formula nemmeno per la permuta nella sua forma normale. La questione dell'azionabilità della nostra 'quasi-permuta' si poneva pertanto, presso i giuristi romani, in maniera ancora più cogente. Giuliano proponeva, quale costruzione ausiliaria, una *actio in factum*, cioè un'azione indipendente basata sulla concreta fattispecie<sup>30</sup>. Diversamente Mauriciano era dell'opinione che si potesse fare ricorso ad una azione civile con *intentio incerta*. Secondo Mauriciano, quindi, non sarebbe stato necessario la creazione, *ex novo*, di alcuna azione, ma si sarebbe potuto ricorrere anche a un'azione con l'*intentio incerta* del tipo *quidquid ob eam rem dare facere oportet (ex fide bona)*<sup>31</sup>, come nel caso dei contratti consensuali, nella quale però la fattispecie era introdotta dai *praescripta verba*. Mauriciano giustifica l'applicazione dell'*actio praescriptis verbis* in base al fatto che, nel nostro caso di 'quasi-permuta' le parti abbiano concluso quello che Aristone chiama συνάλλαγμα.

Cosa Aristone intenda per συνάλλαγμα lo si evince dalla prima parte del

<sup>30</sup> Secondo Paolo (D. 19.5.5.2) anche Giuliano si sarebbe pronunciato, dinanzi alla medesima fattispecie, per un'*actio in factum civilis: sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans in factum civilem*. Dato che, come mostra il confronto con D. 2.14.7.2, non può invero essere condiviso, in ragione del fatto che l'aggettivo in D. 19.5.5.2 è da ritenersi un'aggiunta posteriore; cfr. P. Gröschler, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klagen-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin 2002, 21 nt. 17.

<sup>31</sup> Sulla questione se la formula dell'*actio incerti civilis* contentesse anche la formula *ex fide bona* vd. M. Artner, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, 108 s., su cui si consenta il rinvio alla recensione di P. Gröschler, in *ZSS*. 124, 2007, 530, 536.

frammento: Aristone cita come esempio i casi ‘*dedi tibi rem ut mihi aliam dares*’, ‘*dedi ut aliquid facias*’. A tutta prima, si potrebbe avere l’impressione che Aristone si riferisca, non diversamente da Labeone, al reciproco obbligarsi, ovvero al *do ut des* nel senso moderno<sup>32</sup>. Una più attenta analisi evidenzia invece che Aristone intende qualcosa di ben diverso: lo spunto decisivo ci è dato dal perfetto *dedi*, utilizzato due volte. Da questo utilizzo del perfetto si può dedurre che Aristone non intende il rapporto reciproco, quanto piuttosto, l’attuazione di una prestazione anticipata. L’elemento determinante risiede quindi nella prestazione anticipata da parte dell’attore, che può più precisamente essere definita come prestazione funzionale. La funzione della prestazione consiste, appunto, nella ricezione della controprestazione (... *ut mihi aliam dares*; ... *ut aliquid facias*); è in tale prestazione funzionale che Aristone individua la *causa* dell’obbligazione<sup>33</sup>. Il fenomeno che Aristone indica con il termine greco *συνάλλαγμα* si può quindi individuare nel contratto affiancato da una prestazione anticipata e funzionale.

### III. Il contratto nel diritto greco

La chiave interpretativa di entrambi i passi del Digesto in esame sembra risiedere, pertanto, nel diritto greco. Si devono prendere in parola sia Labeone sia Aristone: essi individuano, sotto la categoria di *συνάλλαγμα*, il contratto secondo il diritto greco; abbiamo a che fare, con ogni verosimiglianza, con un

<sup>32</sup> Così Pernice, *Parerga III* cit., 249 s.; cfr. anche G. Falcone, *L’origine della definizione di συνάλλαγμα nella parafrasi di Teofilo, I. Le fonti*, in *SCDR*, 11, 1999, 27, 36.

<sup>33</sup> Cfr. la corrispondente traduzione di *causa* con l’espressione «zweckbestimmte Leistung» nella nuova traduzione del digesto in lingua tedesca; Chr. Krampe, in O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch, H.H. Seiler (Hg.), *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung*, II, Heidelberg 1995, 226. Su questo punto vd. ampiamente Knütel, in *Causa e contratto* cit., 142 ss. In modo simile R. Meyer-Pritzl, *Pactum, conventio, contractus, Zum Vertrags- und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht*, in *Pacte, convention, contrat. Mélanges en l’honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Basel – Frankfurt a.M. 1998, 99, 112 s.; Pelloso, *Le origini aristoteliche* cit., 72 ss.; Zhang, *Contratti innominati* cit., 179. Secondo Cannata, in *Causa e contratto* cit., 52 ss., Aristone si sarebbe servito della categoria di *causa* per escludere l’azionabilità dei negozi a titolo gratuito. In senso contrario Santoro, *Il contratto* cit., 214, 222 ss., 253 s.; Id., *La causa delle convenzioni atipiche*, in *Causa e contratto* cit., 85, 90, riconduce il termine *causa* al moderno «scopo negoziale». Dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto* cit., 132 s., 279 ss., 288 ss., parla di «funzione» nel senso di uno «scopo giuridicamente rilevante». Nelson, Manthe, *Studia Gaiana VIII* cit., 449, intendono la *causa* come un «Motiv zu rechtsgeschäftlichem Handeln». Sulla ancor oggi irrisolta questione della equivalenza della causa con lo scopo socio-economico vd. L.-Ch. Wolff, *Zuwendungsrisiko und Restitutionsinteresse*, Berlin 1998, 72 ss. ove bibliografia.

approccio comparatistico da parte dei due giuristi romani<sup>34</sup>. Un breve *excursus* del diritto contrattuale greco si profila, pertanto, come altamente necessario.

La dottrina romanistica è ancora oggi fortemente orientata alla prospettiva secondo la quale nel diritto greco, a differenza che in quello romano, il libero consenso delle parti costituisca una obbligazione contrattuale<sup>35</sup>. Tale punto di vista fu tuttavia sottoposto, poco più di cinquanta anni fa, ad un radicale riesame condotto da H.J. Wolff; nella sua lezione inaugurale, tenuta a Freiburg i. Br. nel 1956, il giurista tedesco presentò la c.d. ‘Teoria della prestazione funzionale’ (*Theorie der Zweckverfügung*), oggi ampiamente condivisa nell’ambito degli studi sul diritto greco<sup>36</sup>. Sostanzialmente corrispondenti al concetto della

<sup>34</sup> Contro una prospettiva comparatistica di Labeone in D. 50.16.19 vd. Sargenti, *Labeone* cit., 52 s. Allo stesso modo esclude un influsso del pensiero giuridico greco Albanese, ‘*Agere*’ cit., 227, 236 s.

<sup>35</sup> Vd. ntt. 1 s. *retro*.

<sup>36</sup> H.J. Wolff, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*, in ZSS. 74, 1957, 26, 63 ss. (= Id., in E. Berneker [Hg.], *Zur griechischen Rechtsgeschichte*, Darmstadt 1968, 483, 524 ss.); Id., *La structure de l’obligation contractuelle en droit grec*, in *RHDFE*. 44, 1966, 569, 572 ss.; Id., *Debt and Assumpsit in the Light of Comparative Legal History*, *The Irish Jurist* 1, 1966, 316, 322 ss.; Id., *Der Rechtshistoriker und die Privatrechtsdogmatik*, in *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1967, 687, 694 ss.; Id., *Zum Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*, in *Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag*, Köln 1975, 231, 232 ss.; Id., in *Symposium 1979* cit., 13 ss.; Id., *Das Recht der griechischen Papyri Ägyptens*, II, München 1978, 143; Id., *Vorlesungen über juristische Papyruskunde* (hg. von J.G. Wolf), Berlin 1998, 120 s., 130, 132 s. Ugualmente J. Herrmann, *Verfügungsermächtigungen als Gestaltungselemente verschiedener griechischer Geschäftstypen*, in *Symposium 1971*, Köln-Wien 1975, 321, 323 s.

Sul concetto di ‘prestazione funzionale’ vd. anche J. Hengstl, *Private Arbeitsverhältnisse freier Personen in den hellenistischen Papyri bis Diokletian*, Bonn 1972, 124 s.; H. v. Soden, *Untersuchungen zur Homologie in den griechischen Papyri Ägyptens bis Diokletian*, Köln-Wien 1973, 70 s., 98 s., 123; A. Kränzlein, *Bemerkungen zu den hellenistischen Vertragsurkunden auf Papyrus*, in *Walter Wilburg zum 70. Geburtstag*, Graz 1975, 187 ss., 189; Id., *Rechtsvorstellungen im altgriechischen und graeco-ägyptischen Rechtskreis*, *Inaugurationsrede gehalten an der Universität Graz am 15. November 1974*, Graz 1975, 3, 9 ss.; A.J. Meyer-Termeer, *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, Zutphen 1978, 75, 81 s. e nt. 14; G. Hamza, *Comparative Law and Antiquity*, Budapest 1991, 231 ss.; H.A. Rupprecht, *Kleine Einführung in die Papyruskunde*, Darmstadt 1994, 113 ss.; Id., *Studien zur Quittung im Recht der graeco-ägyptischen Papyri*, München 1971, 64; H.J. Wolff, H.A. Rupprecht, *Das Recht der griechischen Papyri Ägyptens*, I, München 2002, 14; J.G. Wolf, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: Die ‘ΝΑΥΛΩΤΙΚΗ’ des Menelaos – Seedarlehen oder Seefrachtvertrag*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli 2001, 421, 447 s.; G. Thür, *Recht im antiken Griechenland*, in U. Manthe (Hg.), *Die Rechtskulturen der Antike*, München 2003, 191, 235 ss.; Harke, *Vorenthaltung und Verpflichtung* cit., 17 ss.; Id., *System und Auslegung im klassischen römischen Vertragsrecht*, in K. Riesenhuber (Hg.), *Europäische Methodenlehre*, Berlin 2010<sup>2</sup>, 5, 19; Pelloso, *Le origini aristoteliche* cit., 23, 44.

Contro la teoria della prestazione funzionale A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Milano 1982,

‘Zweckverfügung’, sono le espressioni ‘bedingte Verfügung’ (‘prestazione condizionale’)<sup>37</sup>, ‘Verfügungsermächtigung’ (‘autorizzazione alla prestazione’)<sup>38</sup>, e ‘Überlassung zu anerkanntem Zweck’ (‘consegna a uno scopo riconosciuto’)<sup>39</sup>.

Il primo elemento che mise in discussione la validità della teoria del contratto consensuale greco fu la scoperta, compiuta da Partsch e Pringsheim, che nel diritto greco non si arrivò mai a concepire un’azione diretta del venditore per il pagamento del prezzo e che non fu contemplata neppure un’azione a tutela del compratore per il trasferimento, da parte del venditore, della cosa venduta<sup>40</sup>. Dall’inadempimento della compravendita scaturivano solo effetti indiretti: l’acquirente che non versava la totalità della somma pattuita perdeva la caparra. Il venditore inadempiente, invece, doveva restituire all’acquirente la caparra versando altresì un’ulteriore somma a titolo di penale. Manca, in buona sostanza, ogni traccia di un diritto dell’adempimento nella sua accezione moderna.

Anche con riferimento alle altre tipologie contrattuali, non vi è traccia, nel diritto greco, di azioni contrattuali. Il rimedio giuridico con il quale si potevano far valere pretese contrattuali era perlopiù la *δικη βλάβης*, ovvero un’azione generale<sup>41</sup> causata dalla lesione patrimoniale tramite fatto illecito<sup>42</sup>. Perciò, il danneggiamento della cosa locata veniva interpretato – qualora nel contratto di locazione non si fosse disposto diversamente in una clausola specifica sulla responsabilità del conduttore – non come violazione del contratto, bensì come

144 ss.; Id., in *Symposion 1974*, Köln-Wien 1978, 1, 13 ss. (= *Appendice I*, in *Diritto greco antico* cit. 313, 324 ss.); Id., *Contratto di lavoro e μίσθωσις nella civiltà greca del diritto*, in *RIDA* 36 1989, 75, 83 ss. (= Id., in *Scritti di diritto greco*, Milano 1999, 257, 262 ss.); vd. anche R. Martini, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, in *IVRA* 42, 1991, 97, 105 ss. (part. 108 s.); Id., *Diritti greci*, Milano 2001, 70 s., 76 ss.

<sup>37</sup> D. Behrend, *Attische Pachturkunden, Ein Beitrag zur Beschreibung der μίσθωσις nach den griechischen Inschriften*, München 1970, 24 ss., 45 s., 149

<sup>38</sup> Herrmann, *Verfügungsermächtigungen* cit., 323 s.

<sup>39</sup> Kränzlein, *Bemerkungen* cit., 190 s.

<sup>40</sup> Partsch, *Rez. zu Pappulias, Ἱστορικὴ ἐξέλιξις τοῦ ἀρραβῶνος ἐν τῷ ἐνοχιῶν δικαίῳ, Geschichtliche Entwicklung der Arrha im Obligationenrecht* (1911), in *GGA* 1911, 713, 715 ss. (= Id., *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin 1931, 262, 264 ss.); F. Pringsheim, *Greek Law of Sale*, Weimar 1950, 333 ss. Vd. anche Talamanca, *L'arra della compravendita in diritto greco e diritto romano*, Milano 1953, 6 ss.

<sup>41</sup> In tal senso già L. Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris 1955, 73, 77, 216 ss.

<sup>42</sup> Inoltre, la responsabilità del debitore potrebbe essere scaturita dalla sua sottoposizione ad un’immediata esecuzione forzata scaturita da una delle clausole del contratto (*πρόξιος*). Anche in questo caso, però, per rendere possibile un’azione contro il debitore sarebbe stato necessario che costui avesse causato un pregiudizio ai danni del creditore; vd. H.J. Wolff, *Der Rechtshistoriker und die Privatrechtsdogmatik* cit., 696. Sulle clausole esecutive, ampiamente rintracciabili nei papiri, vd. Wolff, *Die Grundlagen* cit., 36 s. (= Id., in *Zur griechischen Rechtsgeschichte* cit., 493 ss.).

lesione del patrimonio del locatore<sup>43</sup>. Le azioni che il locatore di un fondo rustico (δίκη καρποῦ) o di una abitazione (δίκη ἐνοικίου) poteva intraprendere per ottenere il pagamento del canone di affitto erano definite come azioni del legittimo proprietario nei confronti del possessore non autorizzato<sup>44</sup>. Questo mostra come, nel diritto greco, non si giunse mai ad un'evoluzione del diritto contrattuale in senso proprio, mentre si rimase ancorati, piuttosto, all'idea che l'inadempimento di una obbligazione rappresentasse un delitto.

Al fine di gestire attraverso il modello delittuale anche i rapporti contrattuali, si fece ricorso, in un certo senso, ad un artificio: punto di partenza era la prestazione anticipata di una delle parti (che H.J. Wolff chiama 'prestazione funzionale'<sup>45</sup>). In ragione dell'adempimento anticipato di una delle parti, si poteva ritenere l'inadempimento della controparte una lesione patrimoniale (βλάβη). A causa dell'inadempimento non veniva realizzato lo scopo della prestazione anticipata, nel quale era da vedere una lesione patrimoniale. La lesione consisteva nell'inutile sacrificio – provocato dall'inadempimento della controparte – patito dal prestatore in anticipo. Inoltre, era ovviamente necessario che l'aspettativa di colui che per primo aveva compiuto la prestazione (aspettativa cioè che la controparte, in ragione della prestazione anticipatamente ricevuta, compisse, a sua volta, la propria) fosse accettata, quale fondamento di responsabilità, dalla controparte<sup>46</sup>.

Vorrei quindi illustrare il modello greco della prestazione funzionale facendo riferimento ad alcuni esempi: come precedentemente rilevato, nella compravendita la responsabilità delle parti si perfezionava mediante la prestazione anticipata della caparra. Nella μίσθωσις, negozio equivalente alla romana *locatio conductio*, la prestazione funzionale consisteva nel pagamento anticipato del corrispettivo, ovvero nel mettere a disposizione la cosa locata o affittata, nella prestazione d'opera o nel fatto che il prestatore di servizi si mettesse a disposizione della controparte<sup>47</sup>. Nei contratti di costruzione si realizzava invece un reciproco intreccio di prestazioni funzionali, nel quale si alternavano la prestazio-

<sup>43</sup> Vd. H.J. Wolff, *Zur Rechtsnatur der Misthosis*, in *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägypten*, München 1961, 129, 145 (versione accresciuta del contributo 'Consensual Contracts in the Papyri?', in *JJP*, 1, 1946, 55 ss.).

<sup>44</sup> Wolff, *Die Grundlagen* cit., 40 ss. (= Id., in *Zur griechischen Rechtsgeschichte* cit., 498 ss.).

<sup>45</sup> Wolff, *Die Grundlagen* cit., 63 ss. (= Id., in *Zur griechischen Rechtsgeschichte* cit., 524 ss.).

<sup>46</sup> Vd. Wolff, in *Festschrift Seidl* cit., 232; Id., in *Festschrift Hippel* cit., 695.

<sup>47</sup> Vd. Rupprecht, *Kleine Einführung in die Papyrskunde* cit., 122, 124 s.; Wolff, *Zur Rechtsnatur* cit., 134 ss., 149 ss.; Hengstl, *Private Arbeitsverhältnisse* cit., 127 ss.; G. Thür, *Bemerkungen zum altgriechischen Werkvertrag (Die Bauvergabeordnung aus Tegea, IG V/2, 6A)*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, V, Milano 1984, 471, 507 ss.

ne d'opera in segmenti di costruzione e il pagamento degli sviluppi costruttivi<sup>48</sup>. Nei contratti di balia, invece, la prestazione funzionale risiedeva nel fatto che il lattante veniva affidato alla balia e quindi alle sue cure<sup>49</sup>. Nel caso del mutuo a titolo gratuito, la prestazione funzionale consisteva nel versamento al mutuatario della somma mutuata, laddove scopo della dazione sarebbe stata la futura restituzione della somma da parte del mutuatario<sup>50</sup>. Soprattutto l'esempio del mutuo mostra come, mediante la teoria della prestazione funzionale, si possano definire non solo rapporti onerosi, bensì anche rapporti gratuiti.

#### IV. Conclusioni per il diritto romano

Se si prendono le mosse dal modello contrattuale greco appena descritto, che in verità può essere solo con riserva definito 'diritto contrattuale', appare evidente come il concetto sviluppato da Aristone in D. 2.14.7.2 si adatti alla perfezione alla nozione di prestazione funzionale propria del diritto greco<sup>51</sup>. Con le espressioni '*dedi tibi rem ut mihi aliam dares*' e '*dedi ut aliquid facias*' vengono descritti null'altro che – dal punto di vista greco – degli esempi di prestazione funzionale.

Aristone non si occupa del nostro odierno rapporto di reciprocità, ma – come mostra il duplice ricorso al perfetto *dedi* – della prestazione anticipata. Il concetto di causa, così come è adoperato da Aristone, non deve essere accomunato, come sostenuto da ampia parte della dottrina, semplicemente alla *datio*<sup>52</sup>. Si deve, piuttosto, prendere in considerazione anche lo scopo perseguito dal prestatore. In D. 2.14.7.2, *causa* indica l'adempimento predisposto per uno speci-

<sup>48</sup> Thür, *Bemerkungen* cit., 509 s.

<sup>49</sup> Cfr. Rupprecht, *Kleine Einführung in die Papyruskunde* cit., 125; Hengstl, *Private Arbeitsverhältnisse* cit., 128 s.; v. Soden, *Untersuchungen zur Homologie* cit., 98 s.; H. Herrmann, *Amnenverträge in den gräko-ägyptischen Papyri*, in *ZSS.* 76, 1959, 490, 498.

<sup>50</sup> Rupprecht, *Kleine Einführung in die Papyruskunde* cit., 118; Id., *Untersuchungen zum Darlehen im Recht der graeco-ägyptischen Papyri der Ptolemäerzeit*, München 1967, 55 ss.; H. J. Wolff, in *Symposion 1979* cit., 15.

<sup>51</sup> Così già H.J. Wolff, in *Symposion 1979* cit., 16 nt. 16; vd. anche Thür, *Bemerkungen* cit., 514 nt. 119.

<sup>52</sup> Vd. Artner, *Agere praescriptis verbis* cit., 105 ss.; Gallo, *Synallagma e conventio II* cit., 97 s., 106 s.; Id., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità del piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto* cit., 63, 67, 72; Id., *Eredità di giuristi romani* cit., 165 (= Id., in *Le teorie contrattualistiche* cit., 52); M. Sargenti, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *IVRA* 39, 1988, 24, 32 ss.; MacCormack, *Contractual theory* cit., 139; A.E. Giffard, *L'actio civilis incerti et le synallagma*, *RHDFE.* 35, 1957, 337, 341 (= Id., in *Études de droit romain*, Paris 1972, 194 ss.).

fico scopo, in altri termini la prestazione funzionale, ovvero il *dedi ut dares* o il *dedi ut facias* nel suo complesso. Aristone interpreta, ovviamente, il termine *συνάλλαγμα* nel senso di un contratto secondo il diritto greco basato su una prestazione funzionale. Per la soluzione del problema dei contratti atipici, non azionabili secondo l'editto del pretore, Aristone propone una soluzione di tipo comparatistico: secondo Aristone devono essere azionabili in diritto romano anche quelle situazioni contrattuali che seguono il modello greco della prestazione funzionale, ragione per cui Aristone si pronuncia in favore della nascita di una obbligazione civile (*hinc nasci civilem obligationem*).

È incerto se la conoscenza del diritto greco che Aristone mostra di avere sia da imputarsi a una sua provenienza dalla parte orientale dell'impero. Sebbene il suo nome rispecchi il greco *Ἀρίστων*, siamo privi di ogni altro punto di riferimento<sup>53</sup>. Non si può infatti escludere che egli possa essere stato un liberto, o il discendente di un liberto, nato a Roma.

La trasposizione al diritto romano del concetto di prestazione funzionale compiuta da Aristone appare del resto confermata anche dal seguente passo del Digesto:

Pomp. 22 *ad Sab.*, D. 19.5.16 pr.-1

*Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo ita, ut eum locum, unde exemissem, replerem: exemi nec repleo: quaesitum est, quam habeas actionem. sed certum est civilem actionem incerti competere: si autem vendidisti cretam, ex vendito ages. quod si post exemptionem cretae replevero nec pateris me cretam tollere tu, agam ad exhibendum, quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit. 1. Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.*

Nel *principium* del passo viene esaminato il caso della cavatura del gesso: il proprietario del fondo *Tu* autorizza *Ego* all'estrazione del gesso, mentre *Ego* si obbliga a colmare la fossa da cui è stato cavato il minerale. In seguito *Ego* cava il gesso, senza però colmare la fossa realizzata. Pomponio segue qui l'approccio proposto in D. 2.14.7.2. da Aristone<sup>54</sup> e sostiene un'azione con *intentio incerta*, utilizzando, come Mauriciano, l'espressione *actio civilis incerti*. L'autorizzazione alla cavatura del gesso concessa da parte del proprietario del fondo provoca infatti una prestazione funzionale: In ragione dell'autorizzazione da parte di *Tu*, con l'estrazione del gesso *Ego* ne acquisisce, mediante *perceptio*, la proprietà,

<sup>53</sup> Vd. W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, München 1967<sup>2</sup>, 141 ss.

<sup>54</sup> Vd. anche il riferimento ad Aristone nel § 1 del passo.

e con tale acquisto si realizza il sacrificio patrimoniale di *Tu*<sup>55</sup>. *Tu*, proprietario del fondo, dal canto suo collega al suo sacrificio patrimoniale l'aspettativa che *Ego* richiuda la fossa; in seguito alla delusione di tale aspettativa il sacrificio patrimoniale di *Tu* diviene un danno.

Bisogna certamente ammettere che la spiegazione del *principium* del passo si possa senz'altro svolgere anche sulla base della diffusa posizione orientata al presupposto della *datio*: dato che lo smaltimento del gesso – in ragione dell'autorizzazione del proprietario *Tu* – conduce direttamente all'acquisto della proprietà da parte di *Ego*, sono soddisfatti i presupposti della *datio*<sup>56</sup>.

Altro discorso va fatto invece per il § 1 del frammento, la cui interpretazione presenta notevoli difficoltà, se si vuole applicare il mero criterio della *datio*, senza ricorso al modello della prestazione funzionale. È il caso della semina su fondo altrui. *Tu* autorizza *Ego* a seminare e raccogliere i frutti sul suo fondo. Dopo la semina, *Tu* impedisce però la raccolta. Aristone esclude, in questo caso, un'azione secondo il diritto civile e, in modo particolare, un'*actio civilis incerti*. La dottrina maggioritaria spiega tale esclusione osservando che qui, al contrario che nel *principium* del passo, manchi la necessaria *datio* da parte del seminante<sup>57</sup>. Ad una più attenta analisi si deve però ammettere la *datio* del seminato: considerato che il seminato è trasferito con la semina nel patrimonio di *Tu*, proprietario del fondo<sup>58</sup>, viene così a essere soddisfatto, seppure in senso lato, il presupposto di una *datio*. Che in relazione al presupposto della *datio* bisogna applicare dei criteri di individuazione molto ampi, lo dimostra nondimeno anche il confronto con il *principium* del passo, nel quale la cavatura del gesso effettuata in forza dell'autorizzazione del proprietario del fondo comporta il trasferimento

<sup>55</sup> L'immediato acquisto di proprietà da parte di *Ego* è provato dall'ultima frase di D. 19.5.16 pr. (... *agam ad exhibendum, quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit.*); vd. anche il passo parallelo di Ulpiano, D. 39.5.6 (nt. 56 *infra*).

<sup>56</sup> Cfr. la classificazione dell'*emptio* effettuata dal proprietario fondiario come *quasi-traditio* ravvisabile in Ulpiano, D. 39.5.6: *Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa, statim cum lapis exemptus est meus fit, neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est: plane si mercennarius meus exemit, mihi exemit. sed si is qui a me emerat sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi iure eximere, si antequam eximat, me paenituerit, meus lapis durat, si postea, ipsius factum avocare non possum: quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate. quod in saxo est, idem erit etiam, si in arbore caesa vel dempta acciderit.*

<sup>57</sup> Così Artner, *Agere praescriptis verbis* cit., 110; Knütel, in *Causa e contratto* cit., 136; Gallo, *Synallagma e conventio II* cit., 110 nt. 49; Zhang, *Contratti innominati* cit., 185 s.; B. Biondi, *Contratto e stipulatio*, Milano 1953, 93; Giffard, *L'actio civilis incerti* cit., 341.

<sup>58</sup> Sull'acquisto della proprietà sui beni seminati da parte del proprietario fondiario cfr. Gai. *inst.* 2.75; D. 41.1.9 pr.; *Inst.* 2.1.32.

della proprietà, cosa senza dubbio sufficiente a configurare una *datio*<sup>59</sup>. Se partiamo dal presupposto della *datio*, allora, in D. 19.5.16.1 Aristone e Pomponio avrebbero dovuto riconoscere un'azione civile a favore del seminante.

Con la teoria della prestazione funzionale si può invece spiegare la scelta operata da Aristone nel § 1. Considerato che *Ego* compie la semina sul fondo di *Tu* esclusivamente nel proprio interesse, si tratta di una prestazione che – sin da principio – non sarebbe stata idonea a spingere *Tu* alla prestazione promessa, ovvero ad autorizzare la raccolta dei frutti. Tale autorizzazione da parte di *Tu* dovrebbe realizzarsi a titolo di donazione, e non in ragione della prestazione di *Ego* realizzata con la semina. Manca, cioè, una prestazione funzionale intesa come sacrificio patrimoniale a favore della controparte<sup>60</sup>.

Quale parallelo di D. 19.5.16.1 si deve considerare anche il seguente passo del Digesto:

Ulp. 42 *ad Sab.*, D. 4.3.34

*Si, cum mihi permisisses saxum ex fundo tuo eicere vel cretam vel harenam fodere, et sumptum in hanc rem fecerim, et non patiaris me tollere: nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit.*

*Ego* è stato autorizzato da *Tu*, proprietario di un fondo, a estrarre da esso pietre, gesso e sabbia. Per tale operazione, *Ego* è incorso in delle spese, tra le quali si devono immaginare anche quelle necessarie a preparare l'attività di estrazione. In considerazione del fatto che *Ego* – al contrario di quanto evidenziato con riferimento a D. 19.5.16 pr. – non poteva evidentemente agire nei confronti di *Tu* sperando un *actio ad exhibendum*, si deve dedurre che non avesse ancora avuto luogo alcuna attività estrattiva (*exemptio*)<sup>61</sup>. In ragione dell'autorizzazio-

<sup>59</sup> Cfr. anche i casi – contemplati in Ulp. D. 12.1.13 pr. e Iul. D. 12.1.19.1 – della *consumptio nummorum*, che è equiparata a una *datio* efficace e dalla quale si perviene all'applicabilità della *condictio*.

<sup>60</sup> Secondo MacCormack, *Contractual theory* cit., 140, in D. 19.5.16.1 manca quella che nel diritto anglosassone si chiamerebbe una 'consideration'. Kaser, *Die formula der actio ad exhibendum*, in *RIDA*. 14, 1967, 263, 286, ritiene invece che la semina compiuta da *Ego* non rappresenti alcuna prestazione compiuta in attesa di una controprestazione; egualmente M. Talamanca, *Rec. di M. Marrone, Actio ad exhibendum (AUPA. 26 [1958], 177-692)*, in *IVRA* 10, 1959, 268, 278 nt. 29. Vd. anche Artner, *Agere praescriptis verbis* cit., 111 nt. 221. Secondo Santoro, *Il contratto* cit., 234, manca la *causa* nel senso indicato da Aristone, ché nella fattispecie indicata da D. 19.5.16.1 si configurerrebbe una donazione.

<sup>61</sup> Così, in modo convincente, Artner, *Agere praescriptis verbis* cit., 161 nt. 482; vd. anche A. Wacke, *Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo*, in *IVRA* 28, 1977, 10, 36 s. (= Id., *Zum dolus-Begriff der actio de dolo*, in *RIDA*. 27, 1980, 349, 382 s.); A. Bürge, *Der mercennarius und die Lohnarbeit*, in *ZSS*. 107, 1990, 123. Contrariamente secondo R. Astolfi, *Sabino e la 'exemptio'*

ne concessa dal proprietario del fondo, l'*exemptio* avrebbe infatti condotto ad un trasferimento diretto ad *Ego* dei materiali estratti. Sulla base delle sole spese sostenute, però, *Ego* non aveva un'*actio civilis incerti* da esperire contro *Tu*, poiché in tali spese non era rintracciabile alcuna prestazione funzionale in favore del proprietario del fondo. Ciò sarebbe valso anche nel caso in cui le spese, che sarebbero potute consistere nella preparazione del terreno e dell'impalcatura per l'estrazione, avessero condotto a un aumento del valore del fondo di *Tu*, poiché *Ego* avrebbe svolto tali spese esclusivamente nel proprio interesse, e in esse non sarebbe stata ravvisabile alcuna prestazione funzionale a favore del proprietario del fondo.

Mentre Aristone concepisce il termine *συνάλλαγμα* nel senso di un contratto basato, secondo il diritto greco, su una prestazione funzionale, in D. 50.16.19, Labeone intende, con lo stesso termine, una *ultra citroque obligatio*, ovvero un reciproco obbligarsi delle parti. Siamo probabilmente, anche per quanto riguarda Labeone, dinanzi ad un tentativo di trasferire il modello contrattuale greco nel diritto romano<sup>62</sup>. L'espressione di D. 50.16.19 '*quod Graeci συνάλλαγμα vocant*' serve, insomma, non meno che l'espressione *hoc συνάλλαγμα esse* di D. 2.14.7.2, ad un chiarimento contenutistico. Quanto Labeone desume dal confronto con il diritto greco è, però, meno convincente di quanto desunto da Aristone. Labeone perviene alla conclusione che il contratto in senso tecnico presupponga sempre una controprestazione<sup>63</sup>. A differenza di Aristone, quindi, egli non accoglie il modello greco della prestazione funzionale, ma interpreta il contratto greco nel senso del nostro attuale *do ut des*, per il quale ricorre all'espressione *ultra citroque obligatio*. Certamente avrà in questo senso giocato un ruolo importante anche il significato letterale di *συναλλάσσω* (o *συναλλάττω*), ovvero 'scambio vicendevolmente'<sup>64</sup>, che favorisce l'equipara-

*dei minerali*, in *SDHI*. 53, 1987, 372 s., Sabino – a differenza di Ulpiano (D. 39.5.6) e di Pomponio (D. 19.5.16 pr.) – non avrebbe ancora ammesso alcun acquisto di proprietà fondato su una *exemptio* permessa dal *dominus*. Tuttavia, Ulpiano, in D. 4.3.34 si sarebbe distanziato da tale soluzione (*nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit*), esprimendosi in favore di un'*actio ad exhibendum*. G. Negri, *Diritto minerario romano*, I, Milano 1985, 127 s., ritiene che in D. 4.3.34 si sia di fronte ad una « mera tolleranza » (ovvero ad un « permesso non formale ») accordato dal *dominus*, ragione per cui il passo si differenzerebbe da D. 19.5.16 pr. e D. 39.5.6.

<sup>62</sup> In senso contrario Pelloso, *Le origini aristoteliche* cit., 61 s., secondo il quale Labeone non avrebbe chiarito il significato del *contractus* con l'aiuto del *συνάλλαγμα* ma avrebbe tentato di ridefinire il concetto greco di *συνάλλαγμα* alla luce della propria categoria di *contractus*.

<sup>63</sup> Vd. in questo senso già Wolff, in *Symposion 1979* cit., 16 nt. 16. Anche secondo Wunner, *Contractus* cit., 218, Labeone avrebbe erroneamente inteso il concetto di *συνάλλαγμα* come un contratto a prestazioni corrispettive.

<sup>64</sup> Cfr. i significati di 'verändern', 'wechseln', 'tauschen', 'eintauschen' attribuiti al verbo *ἀλλάσσειν* (o *ἀλλάττειν*) in H. Menge, O. Güthling, *Langenscheidts Großwörterbuch Altgriechisch*, München 2001<sup>30</sup>, s.v. *ἀλλάσσω*, 37; s.v. *συναλλάσσω*, 654.

zione del *συνάλλαγμα* con i contratti di scambio<sup>65</sup>. Ciò non cambia però il fatto che l'approccio concettuale di Labeone non corrisponda al modello contrattuale di diritto greco basato sulla prestazione funzionale.

Non si deve però assumere una posizione di eccessivo criticismo nei confronti della trasformazione del modello contrattuale greco proposta da Labeone. La sua interpretazione del diritto greco risulta infatti ben comprensibile sotto la prospettiva del diritto contrattuale romano, che appunto riconosce azioni contrattuali e non ha nulla in comune con il modello greco della prestazione funzionale. Labeone non è infatti l'unico giurista indirizzato ad una interpretazione del modello contrattuale greco informata al rapporto di reciprocità. In età contemporanea, anche Seidl – che per spiegare il diritto contrattuale greco elaborò la 'Theorie der notwendigen Entgeltlichkeit' (teoria dell'onerosità necessaria)<sup>66</sup> – si orientò verso il concetto di reciprocità delle prestazioni: in base a questa teoria, nel diritto greco – come presumibilmente anche in altri ordinamenti giuridici dell'antichità – l'acquisto di un diritto sarebbe stato efficace solo nel caso in cui per esso fosse stata compiuta una controprestazione. Seidl ritenne la propria teoria determinante non solo per l'acquisto di diritti reali ma, più in generale, con riferimento al diritto contrattuale nel suo complesso: solo attraverso l'effettuazione della controprestazione si sarebbe creata una pretesa su una futura prestazione della controparte<sup>67</sup>.

Tale teoria di diritto materiale, che si fonda sulle relazioni contrattuali ed è quindi accompagnata da azioni contrattuali, non può però chiarire appieno il modello contrattuale greco. A causa della mancanza di azioni contrattuali non vi era, infatti, nel diritto greco alcuna pretesa concreta di erogazione della prestazione. Inoltre possono essere inquadrati attraverso le categorie di prestazione e controprestazione solo i negozi a titolo oneroso e non anche quelli gratuiti operanti in diritto greco, come ad esempio il mutuo<sup>68</sup>. Il concetto di prestazione

<sup>65</sup> Vd. Sargenti, *Labeone* cit., 52 s.; Biscotti, *Dal pacere* cit., 430 s.; Zhang, *Contratti innominati* cit., 157 s., 198; Grosso, *Il sistema* cit., 49 con nt. 3, 51 s. con nt. 1; Id., 'Contractus' e *συνάλλαγμα* cit., 343 s.

<sup>66</sup> E. Seidl, *Ptolemäische Rechtsgeschichte*, Glückstadt – Hamburg – New York 1962<sup>2</sup>, 113 ss. e *passim*; Id., *Ägyptische Rechtsgeschichte der Saiten- und Perserzeit*, Glückstadt – Hamburg – New York 1968<sup>2</sup>, 45 ss.; Id., *Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des neuen Reiches, I. Juristischer Teil*, unveränd. 3. Aufl., Glückstadt – Hamburg – New York 1957, 47, 49 s.; Id., *Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz*, Sankt Augustin 1973, 186.

<sup>67</sup> Seidl, *Einführung* cit., 49 s.; Id., *Ägyptische Rechtsgeschichte* cit., 48; Id., *Ptolemäische Rechtsgeschichte* cit., 126, 128, 165.

<sup>68</sup> Per quel che riguarda la restituzione del mutuo, Seidl, *Ptolemäische Rechtsgeschichte* cit., 132, postula una «*condictio auf den Kapitalwert*», invero mai attestata per il diritto greco; vd. anche Harke, in *Europäische Methodenlehre* cit., 19, che interpreta il modello della prestazione

funzionale, valido anche per i negozi a titolo gratuito, non si può quindi ricondurre a un mero principio di onerosità<sup>69</sup>. La ‘teoria dell’onerosità necessaria’ di Seidl può quindi a buon diritto essere oggi considerata superata<sup>70</sup>. Tuttavia essa mostra la complessità di una descrizione corretta del modello greco di prestazione funzionale da un osservatorio influenzato dal diritto romano. Dinanzi alle medesime difficoltà si trovò Labeone nel comparare il *συνάλλαγμα* con una *ultra citroque obligatio*, pervenendo con ciò alla reciprocità di prestazione e controprestazione.

### V. Considerazioni riassuntive

In conclusione, si può affermare che l’identificazione del termine greco *συνάλλαγμα* con un rapporto di reciprocità sia da ricondursi al giurista protoclassico Labeone, che avrebbe interpretato il modello contrattuale greco nel senso dell’odierno *do ut des*. Tale trasformazione del modello della prestazione funzionale in uno schema contrattuale che prende le mosse dalla reciprocità delle prestazioni, è – se si vuole – il momento di fondazione dell’odierna categoria di *sinallagma*.

funzionale nel senso dell’arricchimento senza causa e da ciò desume che la prestazione, nel caso di una rottura del contratto da parte dell’altro, possa essere ripetuta come *indebitum*. Tuttavia, i papiri relativi a casi di *mutuum*, con le loro clausole esecutive (vd. anche nt. 42 *retro*), attestano come, nel diritto greco, non vi fosse alcuna azione concreta che permettesse al mutuante di ottenere la restituzione di quanto versato. Solo attraverso la sottomissione del debitore all’esecuzione forzata, che si riscontra in determinate clausole esecutive rintracciabili nei papiri, si sviluppò un diritto all’esecuzione a favore del creditore in caso di mancata restituzione del mutuo. Su questo punto vd. Rupperecht, *Darlehen* cit., 114 ss.; H. Kühnert, *Zum Kreditgeschäft in den hellenistischen Papyri Ägyptens bis Diokletian*, Diss., Freiburg i.Br. 1965, 187 ss.; H. J. Wolff, *Neue Quellen zum Zessionsrecht der Papyri*, in *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, Milano 1956, 725 s.; Id., *Die Praxisklausel in Papyrusverträgen*, in *Beiträge* cit., 102, 114 s. (e già *The Praxis-Provision in Papyrus Contracts*, in *TAPhA*. 72, 1941, 418 ss.).

<sup>69</sup> Che il concetto di onerosità sia inaccettabile sembra essere provato anche dal caso del contratto di balia, nel quale l’affidamento del neonato costituiva una prestazione funzionale (vd. nt. 49 *retro*); al contrario, tuttavia, l’affidamento del neonato non poteva evidentemente essere inteso come controprestazione alle cure fornite dalla balia.

<sup>70</sup> Vd. già la critica recensione a Seidl, *Ptolemäische Rechtsgeschichte* (1962), di M. Talamanca, in *BIDR*. 65, 1962, 254, 259 ss.; e anche quella di P.W. Pestman, in *TR*. 32, 1964, 85, 87 ss.; vd. inoltre J.-M. Modrzejewski, *Réflexions sur le ‘droit ptolemaïque’*, in *IVRA* 15, 1964, 32, 36. Sulla teoria dell’onerosità necessaria A. Claus, *Gewillkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht*, Berlin 1973, 14 ss., e M. Kaser, *Stellvertretung und „notwendige Entgeltlichkeit“*, in *ZSS*. 91, 1974, 146 ss., 158 ss., che ritiene possibile (160 con nt. 59) una sintesi con la teoria della prestazione funzionale.

Al contrario Aristone intese il concetto di *συνάλλαγμα* come evidenziano gli esempi da lui riportati, nel senso di un contratto basato su una prestazione funzionale secondo il diritto greco. In particolare, la soluzione del problema dei negozi atipici spinse Aristone ad una soluzione comparatistica: la *causa*, necessaria per un rapporto obbligatorio civile, consisterebbe in una prestazione, compiuta da una delle parti, diretta a uno scopo, ovvero, in altre parole, in una ‘prestazione funzionale’.

Peter Groeschler

(Johannes Gutenberg-Universität Mainz)  
groeschler@uni-mainz.de

