

## Dogmatica giuridica romana: una prospettiva valida per i problemi attuali

Ana Lúcia Lemos LOVISARO\*

**RIASSUNTO:** I contratti nel commercio transnazionale soffrono di un approccio concettuale che svaluta la tipicità del contratto e demerita la buona fede come uno dei suoi contenuti inderogabili, risultando nella frequente formulazione di contratti *standard* spogliati di contenuto equo. Pertanto, in questo articolo verrà svolta una riflessione argomentativa basata su premesse teoriche delle obbligazioni, sviluppate nel II secolo a.C., in grado di dimostrare che la struttura contrattuale formulata dai romani – che si è rivelata appropriata per lo svolgimento degli affari tra persone di diverse cittadinanze e svariate culture, così come avviene nella nostra società e economia globalizzate – può servire da modello e ispirazione ai giuristi di oggi nella presa di posizione che favorisca la sedimentazione giuridica soltanto di accordi commerciali coerenti con il meccanismo di giustizia contrattuale.

**PAROLE-CHIAVE:** Contratti transnazionali; dogmatica giuridica romana; modello precettivo di giustizia contrattuale.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione; – 2. Schemi contrattuali della prassi angloamericana: applicazione pervasiva non mediata; – 3. Obbligazioni e tradizione giuridica romanistica; – 4. Modello giuridico romano in grado di recuperare ‘spazio di contenuto giusto’ all’interno del contratto commerciale transnazionale; – 5. Conclusione; – 6. Riferimenti bibliografici.

**TITLE:** *Roman Juridical Dogmatic: a Valid Perspective for Current Problems*

**ABSTRACT:** *The contracting in transnational commerce suffer from a conceptual approach that not valuing the typicality of the contract and demerits the good faith as one of its non-derogable content, resulting in the frequent formulation of standard contracts deprived of fair content. Therefore, will be developed in this article an argumentative reflection based on obligations theoretical premises, developed in the 2th century BC, capable of demonstrating that the structure of contract formulated by the romans – which proved to be appropriate for the accomplishment of business between people of different citizenships and of varied cultures, as it similarly occurs in our globalized society and economy – can serve as a model and inspiration to the contemporary jurist in taking a position that favors the juridical sedimentation only of commercial agreements consistent with the contractual justice mechanism.*

**KEYWORDS:** *Transnational contracts; roman juridical dogmatic; preceptive model of contractual justice.*

**CONTENTS:** *1. Introduction; – 2. Contractual schemes of Anglo-American practice: non-mediated pervasive application; – 3. Obligations and roman juridical tradition; – 4. Roman juridical model capable of recovering ‘fair content space’ within the transnational trade contract; – 5. Conclusion; – 6. Bibliographical references.*

---

\* Avvocato. Dottoranda in Diritto e tutela: esperienza contemporanea, comparazione, sistema giuridico romanistico presso l’Università degli Studi di Roma “Tor Vergata” (Italia). Master in Sistemi giuridici contemporanei presso l’Università degli Studi di Roma “Tor Vergata” (Italia).

## 1. Introduzione

Il presente articolo ha come premessa stimolare il dibattito sulla pratica commerciale transnazionale, identificata anche come nuova *lex mercatoria* o *ius mercatorum*<sup>1</sup> a condizione di un diritto nazionale ampiamente utilizzato e responsabile della diffusione incisiva di modelli negoziali, moduli *standard* e contratti-tipo di matrice angloamericana, senza una precisa mediazione pacificatrice di eventuali dialettiche e incompatibilità.

Pertanto, sulla base di una ricerca bibliografica, verrà sviluppata un'analisi critica relativa al problema della giustizia contrattuale, non solo mettendo in luce la questione della tipicità causale del contratto, ma anche la questione della buona fede come uno dei suoi contenuti inderogabili.

In precedenza, però, verrà evidenziata l'attuale divergenza tra la concezione contrattuale dell'esperienza giuridica di *common law* e la concezione contrattuale della tradizione giuridica di *civil law*,<sup>2</sup> per poi far emergere la presenza diffusa e non sempre tranquilla di elementi contrattuali angloamericani nei paesi di tradizione giuridica civilistica. Senza dimenticare di avvertire, a questo proposito, sul *deficit* di valore giuridico che subiscono determinate clausole contrattuali della pratica negoziale transnazionale.

Successivamente, facendo un'incursione nella dogmatica giuridica dei romani, si cercherà di dimostrare che la struttura contrattuale eretta da loro, nel II secolo a.C., può servire da parametro e ispirazione per i giuristi del nostro tempo nella presa di posizione che favorisca l'esclusiva validazione di accordi commerciali dotati di valore giuridico, al fine di rendere più equo lo *ius mercatorum* contemporaneo.

## 2. Schemi contrattuali della prassi angloamericana: applicazione pervasiva non mediata

All'inizio, occorre chiarire che lo *ius mercatorum* o *lex mercatoria* è un diritto che si sostiene nell'autonomia negoziale e nel contratto, quest'ultimo idealizzato in maniera a garantire la massima riduzione dei costi di transazione. Si può dire che si tratta di un

---

<sup>1</sup> Per quanto riguarda l'antica *lex mercatoria*, vedi F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001. Rispetto alla nuova *lex mercatoria*, consulti F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria, Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio Internazionale*, Padova, 2003.

<sup>2</sup> Va notato che saranno impiegati come sinonimi i termini: *civil law*, romanistico, europeo continentale e civilistico.

corpo giuridico specificamente destinato al commercio transnazionale<sup>3</sup> e che il loro utilizzo è assicurato soprattutto dai principi di natura utilitaristica che lo spinge fino a rendere poco conveniente eventuale conflitto fra le parti negoziali.<sup>4</sup> Caratteristica tale, è importante che si dica, diffusa ai quattro angoli del mondo per mezzo dei modelli di *business* di conformazione angloamericana, a causa, innanzitutto, della globalizzazione dell'economia.

Va risaltato, inoltre, il ruolo di assoluto protagonismo svolto dall'*american-style contract*<sup>5</sup> nel traffico commerciale transnazionale, la cui enorme diffusione è dovuta tanto alla supremazia economica americana da lungo tempo esercitata, con i suoi operatori che continuano ad imporre i propri strumenti contrattuali; quanto alla peculiare modalità di contrattazione transnazionale, nella quale la formulazione delle clausole e l'uso dei modelli contrattuali sono dirette alla risoluzione di problemi pratici e immediati, senza preoccupazione degli operatori internazionali con le categorie dogmatiche nella formulazione del patto negoziale.<sup>6</sup>

Non v'è dubbio neanche sulla presenza sempre più pervasiva del modello negoziale e degli elementi contrattuali dell'esperienza giuridica di *common law* nei paesi di tradizione giuridica europea continentale.<sup>7</sup> Si può osservare che schemi contrattuali della prassi anglosassone sono trasposti in qualsiasi parte del mondo senza il necessario

<sup>3</sup> E. A. FARNWORTH, *L'américanisation du droit: mythes ou réalité*, in *Revue Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 2001, pp. 21-28.

<sup>4</sup> M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2015, edizione eBook, posizione 87.

<sup>5</sup> Contratto in stile americano si riferisce all'uso di clausole *standard* della prassi anglosassone (*merger clause*, *no oral modification clause*, *no waiver clause*, *severability clause* ecc.), ma anche allo stile americano caratterizzato dalla ricerca di completezza assoluta del testo e del formalismo letterale nella sua applicazione, refrattario a qualsiasi eterointegrazione; in contrasto con la formulazione più concisa e propria della tradizione giuridica civilistica che, invece, si basa sulla possibilità di integrazione in base alla legge e ai principi cardini, nonché dal lavoro dei giudici, cfr. M. SHAPIRO, *Globalization of freedom of contract*, in H. SCHEIBER (a cura di), *The state and freedom of contract*, Stanford, 1998, p. 290. Per un confronto tra i due diversi stili redazionali: americano ed europeo continentale – che sono diametralmente opposti, sia come tecnica che come concezione del contratto – vide A. FRIGNANI, M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto Comparato e Prassi Commerciale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, 2<sup>a</sup> ed., vol. 12, Padova, 2010, p. 106 ss.

<sup>6</sup> M. FONTAINE, F. DE LY, *La redazione dei contratti internazionali: a partire dall'analisi delle clausole*, Milano, 2008, pp. 812-816. Secondo gli autori, “la redazione dei contratti internazionali non ha luogo a partire da nozioni giuridiche prestabilite, ma mediante ricorso a soluzioni concrete e pragmatiche atte a risolvere il caso di specie che occupa, di volta in volta, l'operatore”. A tale proposito, gli autori ritengono che la predominanza degli strumenti anglosassoni abbia portato ad un'americanizzazione della *lex mercatoria* che, “evolrebbe non più come diritto avulso dal diritto degli stati e proprio degli operatori del commercio internazionale, ma piuttosto come diritto contrattuale uniforme dominato dal diritto angloamericano e dalle grandi *firms*, i grandi studi degli avvocati inglesi ed americani”.

<sup>7</sup> Per una panoramica della diffusione in Europa dei modelli contrattuali anglosassoni, con riferimento a ciascun ordine, cfr. G. CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*, Cambridge, 2011, e anche in G. CORDERO-MOSS, *International contracts between common law and civil law: is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith*, in *Global Jurist*, Berkeley, 2007. Per approfondire i due modelli: contratti di *civil law* e di *common law*, v. G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 31 ss.

intervento risolutivo di eventuali incompatibilità. Tali modelli negoziali e contrattuali nascono e si sviluppano in una concezione totalmente diversa della concezione civilistica. In questo scenario, una clausola contrattuale di natura angloamericana, con la sua particolare formulazione, di solito si scontra con ciò che sarebbe indicativo e familiare in Italia e in Brasile, data la struttura storica, culturale e giuridica che abbiamo come base.

Per darvi un'idea, nei paesi di esperienza giuridica di *common law* l'assenza per molti secoli di un diritto in base legislativa portava e ancora porta le parti a stipulare un contratto assolutamente analitico, al fine di prevedere le varie possibilità di patologie e per il quale il giudice di *common law* tende ad adottare una posizione di non interferenza, astenendosi di "riscrivere" il contratto. Differentemente, nel sistema giuridico romanistico l'esistenza di premesse teoriche di obbligazioni e di una robusta disciplina contrattuale codificata incoraggia le parti a stabilire i dettagli economici e qualche particolare aspetto del contratto, nella convinzione che il resto della disciplina sarà regolata, se necessario, dalla legge o corretto dal giudice che considererà il quadro normativo come una fonte di disciplina concorrente in relazione alle clausole contrattuali.<sup>8</sup>

In questo quadrante, il modello contrattuale anglosassone ha come base primaria il principio della *freedom of contract* (libertà o autonomia contrattuale) secondo cui il contratto è risultato dell'accordo di volontà delle parti, che sono libere di concluderlo e di determinare integralmente il suo contenuto, senza l'interferenza del legislatore, del giudice o dell'autorità amministrativa, tranne in casi di oggettiva necessità, in cui vi sarebbe un intervento diretto con uno strumento di assistenza, senza l'imposizione di oneri sulla generalità dei contraenti.<sup>9</sup>

Tale è la differenza nel trattamento della questione contrattuale tra i due sistemi giuridici che alcune clausole del modello di contratto angloamericano causano perplessità agli operatori e ai giuristi della tradizione civilistica com'è il caso, ad esempio, della *Entire agreement clause* o *Merger clause*, ossia, clausola di integrale intesa secondo cui l'interpretazione è l'oggetto del contratto e non il contratto oggetto di interpretazione, che serve a proteggere il testo contrattuale di qualsiasi tentativo di interpretazione e di eterointegrazione, ciò che rende il contratto immune all'incidenza di altra fonte o

---

<sup>8</sup> G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 3.

<sup>9</sup> G. ALPA, R. DELFINO (a cura di). *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 1997, pp.15-22; e ancora, G. CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*, cit., p. 354.

elemento precedente o esterno allo strumento firmato dalle parti<sup>10-11</sup>; e della *Sole remedy clause* o clausola di rimedio esclusivo, che serve a garantire che nessun'altra tutela diversa di quelle previste nel contratto sarà data in caso di inadempimento, impedendo o limitando un indennizzo a cui la parte lesa avrebbe diritto.<sup>12</sup>

Se così è, un'eventuale controversia presentata in sede di giurisdizione nazionale di tradizione civilistica, come l'Italia e il Brasile, ad esempio, tali "contratti alieni"<sup>13</sup> e le sue clausole, come chiarito da De Nova, possono e devono essere sottoposte ad analisi sia in relazione al contrasto con specifiche norme imperative e, soprattutto, in relazione alle norme materiali della legge applicabile (categorie e nozioni dogmatiche) che si rivolgono agli effetti, invece di rivolgersi alla fattispecie – che occasionalmente lascia sfuggire un contratto straniero che non coincide con una situazione prevista.

In aggiunta, va notato che nel sistema giuridico della tradizione romana il significato lessicale è funzionale alla ricostruzione dell'intenzione delle parti, poiché l'attenzione dell'interprete si concentra sui dati letterali, non come tali, ma come criterio principale attraverso il quale è possibile arrivare alla intenzione delle parti. A proposito, vide la prescrizione contenuta nell'art. 1362 del codice civile italiano<sup>14</sup> secondo cui l'interpretazione del contratto deve avere come scopo principale indagare su "quale sia stata la comune intenzione delle parti".

L'ordinamento giuridico brasiliano, ugualmente, non ha affinità con gli obiettivi della *Entire agreement clause* perché contiene dispositivo di legge conforme il quale nelle

---

<sup>10</sup> G. CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*, cit., p. 354.

<sup>11</sup> L'*Entire agreement clause* o *Merger clause*, in realtà, conferma la regola della *Parol evidence rule* indicata dal UCC (*Uniform commercial code*) – una legge modello elaborata per lo scopo di armonizzare i regolamenti sulle vendite e altre operazioni commerciali negli Stati Uniti e che viene osservata da società e imprese in tutto il mondo. La *Parol evidence rule*, secondo E.A. POSNER, *Contract law and theory*, New York, 2011, p. 59, è destinata ad impedire che, sulla base di fonti esterne, siano attribuite alle clausole contrattuali le interpretazioni che non sono nel documento. Consonante B.H. BIX, *Contract law: rules, theory and context*, New York, 2012, p. 59, tale regola proibisce anche l'ammissione in tribunale di qualsiasi altra prova che abbia lo scopo di derogare i termini dell'accordo scritto. E secondo A.L. CORBIN, *On contracts*, vol.1, St. Paul, 1952, p. 535, la *Parol evidence rule* prescrive inoltre che qualsiasi fonte precedente o esterna al contratto non obbliga le parti in quanto sostituita dal documento scritto.

<sup>12</sup> G. CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*, cit., p. 149.

<sup>13</sup> Il termine "contratto alieno" viene utilizzato da G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008, *passim*, per identificare un contratto straniero basato su una legge diversa da quella della tradizione giuridica romanistica.

<sup>14</sup> ITALIA, *Codice Civile italiano*, Art. 1362 Intenzione dei contraenti: "Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto". Accesso 13 feb. 2020, <http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>.

dichiarazioni di volontà servirà più l'intenzione incorporata in essi che il significato letterale del linguaggio, *ex vi* dell'art. 112 del codice civile.<sup>15</sup>

La *solo remedy clause*, allo stesso modo, è limitata dalla legge brasiliana per mezzo di disposizioni legali che vietano espressamente la clausola di non indennizzo e la clausola di limitazione del risarcimento, di fronte al timore di ingiustizia che potrebbero comportare. Tali clausole non sono ammissibili, tanto per citare un esempio, nel contratto di adesione, anche nel caso di rapporti tra privati o tra imprese, a tenore dell'art. 424 del codice civile brasiliano:<sup>16</sup> “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

Oltre alle restrizioni previste dalla legge, le clausole che vietano o limitano l'obbligo di risarcimento possono essere soggette a rettifica in sede giudiziale quando sono in conflitto con l'ordine pubblico e violano i principi e i valori che regolano il diritto contrattuale, come la parità di posizione delle parti (equilibrio contrattuale). Secondo Gonçalves, nessuna di queste clausole può avere lo scopo di esentare lo stipulante del contratto di colpa grave o di atto doloso.<sup>17</sup> In Italia, il divieto di patto leonino e l'abuso di posizione dominante sono esempi di proibizioni che vanno contro la *solo remedy clause*.<sup>18</sup>

D'altra parte, se la controversia del contratto transnazionale dovesse avere come sede l'arbitrato internazionale, di regola l'approccio lì esistente non sarebbe soltanto tendente a un'interpretazione letterale delle clausole, ma sarebbe anche conforme all'idea che il contratto transnazionale, oltre a produrre effetti, disciplina anche il rapporto, regola la sopravvenienza e stabilisce i suoi rimedi esclusivi, senza sorprese per le parti. Questo perché i contraenti tendono a scegliere una giurisprudenza arbitrale o una legge statale amichevoli per il possibile sostegno al contratto laddove non sia stato sufficiente.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> BRASIL, *Código Civil brasileiro*, Art. 112. “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” Accesso 13 feb. 2020, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm).

<sup>16</sup> BRASIL, *Código Civil Brasileiro*, Art. 424. Accesso 13 feb. 2020, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm).

<sup>17</sup> C. R. GONÇALVES, *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, São Paulo, 2016, pp. 486-487.

<sup>18</sup> G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit. p. 58.

<sup>19</sup> Per quanto riguarda i contratti transnazionali è stato osservato che la pratica contrattuale, che è caratterizzata da una grande autonomia, rimane sempre ancorata a un diritto dello Stato per un eventuale sostegno. Quindi, quando tale scelta del diritto deve essere fatta, questo di solito ricade su un diritto nazionale che sia *friendly* al modello contrattuale. Ad esempio, i contratti finanziari sui mercati internazionali dei capitali a Londra e a New York tendono a seguire le leggi di un paese con la regolamentazione più liberale, M. FONTAINE, F. DE LY, *La redazione dei contratti internazionali*, cit., p. 816.

Quindi, di solito è eletto un regime giuridico il più vicino possibile al modello contrattuale scelto da entrambe le parti, pena di rischiare all'interpretazione non voluta e persino l'invalidazione delle clausole stesse come spesso accade, a volte inavvertitamente e a volte intenzionalmente. Intenzionalmente su richiesta di un contraente che in una situazione sfavorevole nel rapporto contrattuale intravede in una particolare legge statale o nei principi *Unidroit*, per esempio, la possibilità di ottenere un'interpretazione più equa delle clausole contrattuali standard che normalmente favoriscono la parte contraente più forte. Altrimenti, se il contraente è in una situazione ancora più sfavorevole nel rapporto contrattuale, senza nemmeno la forza di imporre una determinata legge per la reggenza del contratto, avremo un contratto di contenuto predeterminato, senza alcuna partecipazione della parte più debole nella sua formulazione, essendo consentito soltanto decidere se accettarlo o meno.<sup>20</sup>

Al fine di rendere più chiare le riflessioni sopra esposte, conviene affermare che un contraente sarà in condizione di superiorità nel rapporto contrattuale quando ha il potere di proporre clausole nel suo esclusivo beneficio in base alle informazioni che esclusivamente detiene sul prodotto o sul servizio oggetto del contratto e la cui ignoranza da parte dell'altro contraente gli impedisce che sia in disaccordo. A scopo illustrativo, tale situazione può verificarsi quando un'azienda produttrice di *software*, consapevole della debolezza del suo prodotto in grado di resistere all'attacco di *malware* o *trojan* solo nei primi sei mesi di attività, propone, ciononostante, una clausola contrattuale per esonerarsi della propria responsabilità a partire dal centoottantunesimo giorno della fornitura del *software*. Sarà anche in situazione di superiorità contrattuale, altresì, una grande compagnia petrolifera che stipula contratto con un paese devastato dalla guerra o economicamente in penuria, pertanto senza nessun potere di negoziazione o *bargain*, che cede all'abusivo sfruttamento delle proprie risorse naturali accettando firmare un contratto del tipo "prendere o lasciare".

Come opportunamente fa notare De Nova, la rilevanza delle questioni contrattuali varia nel tempo. Dunque, il tema dei vizi di consenso, errore, violenza e inganno, che in un'epoca era questione d'importanza essenziale, sembra essere attualmente di scarsa rilevanza. Primo, perché i contratti sono sempre più stipulati da soggetti che operano in nome e per conto degli altri, quindi, la questione del potere di chi agisce è centrale; e, in secondo luogo, perché ha prevalso la consapevolezza di che richiamare un vizio di

---

<sup>20</sup> C.I. CREMONESI, L. LUCCHESI, V.C. LUCCHESI, *L'avvocato nel cassetto. Il consulente legale per tutti*, 33 ed., Firenze, 2011, p. 347.

volontà per liberarsene di un rapporto contrattuale significa prendere una strada molto più difficile quando oggi il modo più semplice sarebbe quello di avvalersi dello *jus poenitendi*<sup>21</sup> o mettere in discussione la conformità del contratto con questa o quella regola obbligatoria.<sup>22</sup>

Con ciò, appare evidente che l'esperienza giuridica anglosassone non valorizza la questione della natura tipica del contratto, neanche quella del suo contenuto naturale – argomenti tali che verranno spiegati in seguito – ma solo l'accordo autonomo delle parti. A ben vedere, è chiara l'idea che l'accordo è il proprio contratto transnazionale, come fonte di autonomia privata e fonte di produzione del diritto. Inoltre, è comune in questa concezione che il rischio di una realtà sopravveniente ricada sulla parte che gli è vulnerabile invece di essere distribuito in equilibrio tra entrambe.

Per il sistema giuridico di *common law*, perciò, il contenuto del contratto è considerato completo per essere esaustivo ed esclusivo, di non accettare eterointegrazione o interpretazione dissonante di ciò che lo stesso contratto disciplina. Insisto. Tali caratteristiche, tra le altre, non si armonizzano con la nostra tradizione giuridica romanistica e causano imbarazzo alla formulazione di contratti con contenuto equo.

### **3. Obbligazioni e tradizione giuridica romanistica**

Da quanto esposto finora e di fronte a siffatta prospettiva, la questione relativa al 'contratto giusto' rappresenta una preoccupazione sempre più avvertita e in relazione a quale si può legittimamente rivendicare che la giustizia contrattuale, anche se non è presente espressamente in qualche fonte positiva, venga ad operare come canone guida tanto preventivo, in tutte le fasi di sviluppo del contratto, quanto riparatore, nella risoluzione delle controversie che ne derivano sia in arbitrato che in giudizio.

E se non c'è dubbio che l'accordo transnazionale, modellato e fondato nella prassi negoziale angloamericana, è stato utilizzato come potente strumento di abuso e di assoggettamento, riteniamo che sia arrivato il momento del diritto riprendere la funzione di reale mediatore degli interessi in gioco. Per tale motivo, la soluzione ad essere cercata deve basarsi nelle categorie concettuali e dogmatiche offerte dalla tradizione giuridica

---

<sup>21</sup> *Jus poenitendi* o diritto di pentimento consiste nella facoltà concessa al contraente di sciogliere unilateralmente l'obbligazione assunta attraverso la stipula di un contratto. Per un approfondimento dell'istituto in epoca romana, v. E. GANS, *Il Dritto Romano delle obbligazioni e specialmente intorno alla teoria dei contratti innominati e del jus poenitendi*, trad. it. di E. Salvetti, Napoli, 1858.

<sup>22</sup> G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 6.

romanistica, in cui la nozione di obbligazione – che non esiste nell’esperienza giuridica di *common law* – si collega al principio di buona fede come contenuto inderogabile del contratto transfrontaliero.

A tal fine, è necessaria un’incursione nel passato romano per comprendere correttamente la categoria dell’obbligazione. Così, in uno sguardo retrospettivo, va detto che Roma, nel III secolo a.C., era una potenza politica e un centro commerciale di primaziale importanza nel bacino Mediterraneo, con afflusso di affari transfrontalieri e, pertanto, di rapporti commerciali tra i cittadini e stranieri (*peregrini*) di diverse origini, pratiche, credenze e lingue. Di tale realtà, è avvenuta una pratica negoziale guidata dalla comunanza di usi commerciali di quell’epoca, in varie modalità, dato che i fenici mercanteggiavano facendo uso di alcune pratiche come lo scambio a distanza, e i greci negoziavano tenendo conto i documenti scritti,<sup>23</sup> per esempio.

La vastità commerciale tra i privati nella grande area del Mediterraneo ha portato dei problemi riguardanti sia alla qualificazione giuridica dei negoziati, data la molteplicità e la dissomiglianza tra i popoli, sia per quanto riguarda l’assetto strutturale di tutela di ciascuna delle *gentes*, a meritare una giurisdizione specifica per la risoluzione dei rispettivi conflitti, la *iurisdictio peregrina*.<sup>24</sup>

A Roma, a quel tempo, c’era il *praetor urbanus*, magistrato romano dotato di *imperium* e *iurisdictio* che emanava un editto<sup>25</sup> annuale stabilendo e rendendo pubblico il programma che sarebbe svolto nell’esercizio della sua funzione giurisdizionale, nei casi in cui il diritto della *civitas* (*ius civile*) non era sufficiente o appropriato per essere applicato ai cittadini romani. Questo pretore, prima del 242 a.C., iniziò ad esercitare la propria giurisdizione tra Romani e pellegrini<sup>26</sup> mediante schemi procedurali nuovi e

<sup>23</sup> R. CARDILLI, *Societas vitae in Cic. off. 3,70 e obligatio consensu contracta*, in *Bullettino dell’istituto di diritto romano “Vittorio Scialoja”*, 105, Milano, 2011, p. 188; Cfr. R. LEVRERO, *Storia dei traffici commerciali attraverso i secoli. Il commercio Internazionale dei Romani*, Roma, 2012, pp. 15-48.

<sup>24</sup> R. CARDILLI, *Societas vitae in Cic. off. 3,70 e obligatio consensu contracta*, cit., p.187. In particolare sulla *iurisdictio peregrina*, v. F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954.

<sup>25</sup> L’editto del pretore, verso la fine del III sec. a.C., era un programma che veniva fatto da ogni pretore ed era in vigore durante l’anno della sua magistratura. Nell’editto era specificato in quali casi ed in quale modi il pretore avrebbe organizzato processi fondati esclusivamente sul suo *imperium*, v. M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, 2<sup>a</sup> ed., aggiornata a cura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, G. FINAZZI, Milano, 2013, p. 12.

<sup>26</sup> R. CARDILLI, *Societas vitae in Cic. off. 3,70 e obligatio consensu contracta*, cit., p. 192. Si può approfondire sul tema in F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, cit. p. 7 ss. Questo particolare fu trattato da Pomponio: D. 1, 2, 2, 28 (*Pomponius libro singulari enchiridii*) “Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat”. Trad. it.: “Pomponio, nel libro unico *Del manuale*. Dopo alcuni anni, non essendo più sufficiente tale pretore poiché giungeva nella città una grande moltitudine anche di stranieri, fu creato un altro pretore che venne chiamato ‘peregrino’ dal fatto che, per lo più, esercitava la giurisdizione tra gli stranieri (peregrini)”, v. S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, I, Milano 2005, pp. 80-81.

diversi di quelli *per leges actiones*<sup>27</sup> fino a quando è stato liberato da quella carica aggiuntiva con l'avvento del *praetor peregrinus*, un magistrato analogo al primo ma indirizzato solo ai conflitti tra Romani e peregrini e tra questi ultimi, a cui lo *ius civile* non aveva alcuna applicabilità.<sup>28</sup> Era quindi compito di questo secondo pretore garantire, oltre a quanto previsto dai trattati con altri Stati, un'adeguata tutela per quella nuova situazione derivante da tale commercio transnazionale.<sup>29</sup>

Dagli editti che il pretore peregrino emanava, sulla base di principi non propri di ogni legge nazionale, ma comuni a tutti i popoli, cominciò ad emergere un diritto speciale che, originariamente impiegato tra romani e peregrini, cominciò ad applicarsi anche nelle relazioni tra cittadini romani per il grande vantaggio che rappresentava perché privo di forma solenne. In realtà, questo diritto era visto come un ordinamento duttile e aderente all'agilità richiesta dai negoziati in voga in quell'epoca<sup>30</sup> e che ha ricevuto il nome di *ius gentium*, diritto della gente.<sup>31</sup> Si ritiene inoltre che lo *ius gentium* sia stato di aiuto nel comporre lo *ius civile* e anche usato come un'estensione dello *ius fetiale*, dato che regolava le relazioni tra individui privati di stati diversi.<sup>32</sup>

Per quanto riguarda la nozione di questo peculiare diritto romano, è interessante riportare in primo piano la definizione elaborata da GAIO (*Gai Institutiones-commentarius primus*), secondo cui:

Gai. 1, 1 Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis

<sup>27</sup> Le *Legis actiones* erano le forme procedurali di diritto privato applicate esclusivamente ai cittadini romani durante l'età arcaica romana. Vedi, in proposito, M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, pp. 281-298.

<sup>28</sup> C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Catania, 1964, pp. 24-25.

<sup>29</sup> F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. 2, Padova, 2003, pp. 125-127. Rispetto all'istituzione del *praetor peregrinus* esiste una testimonianza resa da Pomponio, nel D.1, 2, 2, 28, riferito dall'autore.

<sup>30</sup> C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 26.

<sup>31</sup> TH. MOMMSEN, *Storia di Roma*, Roma, 2015, edizione eBook, posizione 37006. Come ha spiegato R. FIORI, *La nozione di ius gentium Nelle Fonti di Età repubblicana*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, vol. 3, Roma, 2016, p. 121, tutto sembra indicare che l'espressione *ius gentium* è sorta nella seconda metà dell'età repubblicana, specialmente compresa tra i secoli III e II a.C., primo in Cicerone per descrivere la presunta legittimità di alcune modalità previste da Silla come se fossero state effettuate *more, legges, iure gentium*, comprendendo, quindi, tutte le fonti di diritto romano dell'epoca. Secondo ARANGIO-RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, Napoli, 2006, p. 145, per i filosofi lo *ius gentium* era un complesso di regole giuridiche in vigore presso tutte le persone riunite in una certa fase di civiltà, che riportava ad una *naturalis ratio* che serviva a tutelare tutti gli essere umani. G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto Romano*, Torino, 1965, p. 274, a sua volta, ritiene che lo *ius gentium* sia dotato di un concetto dottrinale basato sulla constatazione di un diritto comune di tutti i popoli e nella naturalità intrinseca all'universalità, e ancora di un concetto positivo tradotto nel complesso giuridico storico che trovava applicazione nelle relazioni tra romani e stranieri (peregrini) in epoca di grande evoluzione dell'economia mercantile risultante del commercio internazionale.

<sup>32</sup> F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, cit., p. 121.

ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus.<sup>33</sup>

L'enunciazione di Gaio (*Gaio Istituzioni-primò commentario*) sullo *ius gentium* tradotta da Nardi:<sup>34</sup>

Gai. 1, 1 Tutti i popoli retti da leggi e costumi, impiegano, in parte un diritto loro proprio, in parte un diritto comune a tutti gli uomini: invero quel diritto che ogni popolo stabilisce per sé è suo proprio e si chiama diritto civile, come a dire diritto proprio di quei cittadini [*ius civile = ius civitatis*]; mentre quello che un naturale impulso ha stabilito fra tutti gli uomini è osservato ugualmente da tutti i popoli e si chiama diritto delle genti, come a significare che di quel diritto tutte le genti si servono. Pertanto il popolo romano impiega, in parte un diritto proprio, in parte un diritto comune a tutti gli uomini. Quali rispettivamente siano, esporremo a suo luogo.

Dalla fonte richiamata è possibile comprendere come lo *ius gentium*, secondo il giureconsulto Gaio, era un diritto ritenuto sin dall'inizio comune a tutti gli uomini in piena assonanza con l'universalità del diritto romano. E come conseguenza di questa comunione di pratiche commerciali tra tutti i popoli del Mediterraneo sorse un numero considerevole d'istituti e usi comuni che, ridotti in contenuti più semplici e spogliati di quegli specifici elementi di ogni popolo, divennero un vero diritto sovranazionale.<sup>35</sup> È ancora possibile dedurre dagli insegnamenti di Gaio che gli istituti dello *ius gentium* non furono introdotti a Roma mediante leggi (*legibus*), ma mediante costumi (*moribus*),<sup>36</sup> venendo alla formazione attraverso il comportamento degli interessati, ma adeguatamente guidato dall'attività creativa dei giuristi (*iuris prudentes*).

Il rigoroso formalismo dello *ius civile*, come detto, non era adatto per essere applicato ai mercanti stranieri nelle loro interazioni commerciali con i romani. E questo ha portato

<sup>33</sup> E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. 1, Milano, 1986, p. 2.

<sup>34</sup> E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, loc. cit.

<sup>35</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto Romano*, Torino, 1957, p. 18. Nella stessa linea di pensiero, L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto Commercial*, Torino, 1913, pp. 63-64, argomenta che lo *ius gentium* era considerato elemento internazionale e anazionale del diritto romano, cioè un diritto mondiale che sostanzialmente è il risultato delle relazioni internazionali, in particolare nel settore commerciale. Secondo questo autore, nonostante fosse un diritto consuetudinario, era stato riconosciuto dai giuristi e dalla prassi in tribunale, essendo stato persino riferito nei editti dei magistrati. Aggiunge inoltre che lo *ius gentium*, inizialmente emerso dalla necessità di un traffico transnazionale riccamente sviluppato, era un diritto per gli stranieri perfezionato dai romani, che poco a poco si è trasformato in diritto anazionale e comune a tutte le persone, *cives romani* o meno.

<sup>36</sup> F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, cit., pp. 128, 139.

alla richiesta di una nuova formulazione sostanziale e procedurale che doveva essere in grado di regolare queste nuove relazioni. In questa direzione, una maggiore attenzione si è concentrata sul confronto dell'autonomia negoziale e della volontà dei contraenti e, al tempo stesso, ha messo in atto schemi negoziali di meno formalità rispetto all'enunciazione di formule precise e solenni rappresentate dalla *sponsio*,<sup>37</sup> quest'ultima, comunque, destinata esclusivamente ai cittadini romani.

Perciò, per il corretto trattamento giuridico della prassi negoziale derivante dall'espansione commerciale di Roma, è stata utilizzata una nuova forma di *verba*, vale a dire, la forma verbale della *stipulatio*,<sup>38</sup> che può essere considerata come l'adattamento della *sponsio* in un modello aperto a tutti i popoli, quindi universale.<sup>39</sup>

La tutela concessa in sede di *iurisdictio peregrina* era data per mezzo di formule in *factum conceptae*, in cui le circostanze di fatto erano poste come fondamento esclusivo della condanna e non sulla base di un diritto soggettivo dell'autore, come era nelle formule civili in *ius conceptae*.

Le formulazioni in *factum conceptae* erano previste individualmente per certi casi o trasmesse in editto con le loro clausole, seguite da formule tipiche e che, ripetutamente usate, da pretore a pretore, acquisivano stabilità. Ad esempio, citiamo la tutela del deposito, quando una parte effettua il deposito e l'altra non lo restituisce. In questo caso non si può dire che il deposito abbia un *oportere*<sup>40</sup> (un'obbligazione) perché l'obbligazione proveniva soltanto dallo *ius civile* e in esso il deposito non era ancora riconosciuto, ma la formula in *factum conceptae* dal magistrato produceva la stessa conseguenza, come se nel deposito ci fosse un *oportere*. Siccome tale tutela era stata applicata ripetutamente dai pretori ha acquisito la caratteristica dell'obbligazione

<sup>37</sup> La *sponsio* (*sponsione*) consisteva in un giuramento religioso promissorio in cui la funzione era quella dell'eterogaranza, in quanto vi si ricorreva per assumersi la responsabilità per un fatto oggettivo, oppure per la prestazione che un terzo doveva effettuare. Oggetto dell'impegno che si prendeva mediante *sponsio* poteva essere l'assunzione di responsabilità o per *dare* (sia *certum* che *incertum*), o per un *facere*, o per un *non facere*. Caratterizzavano l'atto della *sponsio* il formalismo e la solennità verbale: la sua struttura constava di una domanda (*dari spondes?, giuri che sarà dato?*), cui doveva fare subito di seguito la risposta del promittente (*spondeo, giuro*). La pronuncia del verbo *spondere* era riservata ai cittadini romani, pertanto gli stranieri non potevano giurare mediante *sponsio*, v. A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato Romano*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2017, p. 454.

<sup>38</sup> A causa dell'ampliarsi del commercio nel bacino mediterraneo rese necessario estendere il giuramento promissorio anche ai rapporti commerciali con e tra stranieri, però non poteva essere formale e solenne come la *sponsio*, pertanto questa promessa giuridicamente vincolante era compiuta mediante il ricorso a verbi diversi dal verbo *spondere* o dai vocaboli greci, che fu denominata *stipulatio iuris gentium*, in quanto contratto verbale aperto anche agli stranieri (*peregrini*), v. A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato Romano*, cit., p. 454.

<sup>39</sup> R. CARDILLI, *Societas vitae in Cic. off. 3,70 e obligatio consensu contracta*, cit., p. 188; A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 2006, p. 92 ss.

<sup>40</sup> "Oportere" è l'archetipo civilistico dell'obbligazione romana. Per una visione ampia sul tema, v. R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016.

giuridica, cessando di essere una formula in *factum conceptae* per diventare una nuova formula, questa volta in *ius conceptae*, precisamente un *bonae fidei iudicium*, secondo Arangio-Ruiz.<sup>41</sup>

A confermare l'uso della *stipulatio*, data l'impossibilità di estendere la *sponsio* ai peregrini né essendo possibile ricevere nell'ordinamento romano le forme documentali scritte di *singrafe* e *chirografi* (documenti ellenistici), Talamanca sostiene la viabilità, indipendentemente della forma utilizzata, di ricorrere alla *fides bona*, alla tutela della parola data come momento regolatore del traffico commerciale, poiché già denotava le *obligationes consensu contractae*.<sup>42</sup>

Al riguardo, Ulpiano (giurista romano dell'età severiana) – qualificando come *conventiones iuris gentium*, nel III sec. d.C., l'immensa gamma di affari che comportava il traffico commerciale nel Mediterraneo – ha percepito nel nuovo e corrispondente schema giuridico la *conventio* (la convenzione) come l'elemento vincolante delle parti in termini di *oportere ex fide bona*. Vediamo:

D. 2, 14, 1, 3 (Ulpianus lib. 4 ad Edictum) Conventiois verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti 'convenire' dicuntur, qui ex diversis locis in unum [locum] colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversi locis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. + Adeo autem conventiois nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem (6) (b), quae non habeat in se conventionem: sive re, sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi (7) (c) habeat consensum, nulla est.<sup>43</sup>

Ecco la fonte tradotta: D. 2, 14, 1, 3 (*Ulpiano libro 4 sull'Editto*):

La parola 'convenzione' è generale, appartenendo a tutte le cose sulle quali consentono per contrarre ed ultimare un negozio coloro i quali tra loro contrattano. Poiché siccome si dice 'convenire' di coloro che da diversi luoghi in un medesimo luogo si adunano, e vengono, così

<sup>41</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14 ed., Napoli, 2012, pp. 130-131.

<sup>42</sup> M. TALAMANCA, *La tipicità del sistema contrattuale romano*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP*, 86, p. 44-64, jan, São Paulo, 1991, p. 49. Accesso 17 feb. 2020. <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67153/69763>. Al riguardo, si nota che, prima dell'intervento del pretore peregrino e dell'attività del giureconsulto, tale commercio con gli stranieri, che non si sottometteva allo *ius civile*, poteva essere realizzato o sviluppato esclusivamente sulla base della buona fede e della parola delle parti. Quindi, la *fides* è stata l'elemento che è servito come supporto e incoraggiamento per lo sviluppo di ciò che è diventato *ius gentium*, v. O. ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, 2° ed., Roma, 1979, p. 145.

<sup>43</sup> G. VIGNALI, *Corpo del Diritto*, vol. 1, Napoli, 1856, p. 357.

ancora si dice di quelli, che da diversi sensi dell'animo consentano in un solo, cioè devengono ad un solo sentimento. Tanto poi è generale il nome di convenzione, che Pedio dice giudiziosamente, non esservi contratto, non obbligazione, la quale in se non contenga la convenzione, o che si faccia realmente, o con parole. Perché anche la stipulazione che si fa con parole è nulla, se non abbia il consenso.<sup>44</sup>

Per il giurista, queste convenzioni di diritto privato dello *ius gentium* a volte producevano azioni, a volte producevano eccezioni. Quelli che avevano prodotto azioni perdevano il nome di *conventio* per acquistare il nome di un contratto tipico (*transeunte in proprium nomen contractus*), lasciando la categoria generale della *conventio* per diventare una denominazione specifica di *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas e mandatum (commodatum)*, *depositum* e altri contratti simili, che hanno persino trovato riconoscimento in una formula di editto, in modo che vi sia una corrispondenza tra il *nomem contractus* e la formula dell'editto.<sup>45</sup>

È anche importante asserire che, mentre l'archetipo dell'obbligazione elaborato da Ulpiano incide sulla *conventio*, un altro archetipo dell'obbligazione precedentemente formulato da Labeone (giurista romano dell'età augustea) si basa sulla corrispettività (D. 50.16.19).<sup>46</sup> A Labeone viene attribuita la prima enucleazione della categoria contrattuale perché di fronte al confronto tra *contractum* e *actum* ha individuato come caratteristica del primo il sinallagma o la bilateralità delle obbligazioni che nascevano in modo reciproco dalla volontà delle parti.<sup>47</sup> Questa costruzione è stata nominata dal giurista

<sup>44</sup> G. VIGNALI, *Corpo del Diritto*, vol. 1, 1856, *loc. cit.*

<sup>45</sup> R. CARDILLI, *Societas vitae in Cic. off. 3,70 e obligatio consensu contracta*, cit., pp. 188-189; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, vol. 2, Torino, 1995, p. 94. Nelle parole di R. CARDILLI, *La struttura 'nascosta' dell'obbligazione romana*, in *De las obligaciones en general*. IV Coloquio de iusprivatistas de Roma y America, pp.67-90, Pontificia Universidad Catolica, Lima, 2012, p. 13. Accesso 17 feb. 2020. <https://art.torvergata.it/handle/2108/90649#.WyKofK35THg>: "la costruzione delle 'forme' giuridiche che, nella *jurisdictio peregrina*, sono considerate sufficienti per dare tutela ai negozi commerciali nel corso del III-II sec. a.C., ha esiti di assoluta originalità nella storia del pensiero giuridico, in quanto porteranno alla valorizzazione di un principio consensualistico sconosciuto nel panorama del commercio del mediterraneo, selezionando nelle 'forme' di contrattazione commerciale quella della *conventio* tipizzata in *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* e *mandatum*, idonea a costruire un vincolo in termini di *oportere ex fide bona*".

<sup>46</sup> D. 50, 16, 19 (*Ulpianus, lib. 11 ad Edictum*) "Labeo libro primo Praetoris Urbani definit, quod quaedam (3) agantur, quaedam 'gerantur', quaedam contrahantur: + Et Actum quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur: ut in stipulatione, vel numeratione. + Contractum (4) autem ultro (5) citroque obligationem (6), quod Graeci συνάλλαγμα (1) (a) vocant: veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem. + Gestum rem significare sine verbis factam.", v. G. VIGNALI, *Corpo del Diritto*, vol. 6, Napoli, 1859, pp. 1088-1089. Traduzione della fonte: "D. 50, 16, 19 (*Ulpiano, libro 11 sull'Editto*) "Labeone nel primo libro del Pretore Urbano dichiara, che talune cose si fanno, altre si trattano, ed altre si contraggono; e dice che la parola 'actum' è una espressione generale o che realmente, ovvero verbalmente una cosa si faccia come nella stipulazione o nella numerazione. È poi 'contratto' una obbligazione risultante dall'una e dall'altra parte, che i Greci chiamano 'sinallagma' come una compravendita una locazione, conduzione, una società. 'Avvenuto' poi accenna ad una cosa fatta senza parole." v. G. VIGNALI, *Corpo del Diritto*, vol. 6, 1859, cit., pp. 1088-1089.

<sup>47</sup> A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, vol. 1, Torino, 2018, pp. 137-138.

augusteo come *contractus est ultro citroque obligatio*, che non è altro che l'incontro di volontà delle parti diretto verso obbligazioni reciproci o, in altre parole, l'atto bilaterale o plurilaterale che produce obbligazioni reciproci, conforme spiega Filippo Gallo.<sup>48</sup> Questa prospettiva, quindi, è diversa dalla concezione adottata da Ulpiano che considerava la *conventio* il requisito necessario e indispensabile per l'esistenza di un contratto.<sup>49</sup>

Va notato che il lavoro concettuale di Labeone ha concluso la precedente linea di sviluppo avviata da Quinto Mucio Scevola (giurista dell'era repubblicana). Com'è possibile notare in D. 46.3.80,<sup>50</sup> è stato assegnato a questo giurista l'individuazione delle categorie *obligationes re contrahere* (negozio perfezionato tramite consegna di cose), *obligationes verbis contrahere* (negozio perfezionato per mezzo della parola) e *obligationes litteris contrahere* (negozio basato su scrittura o lettera), realizzando una connessione tra il verbo *contrahere* e la produzione di obbligazioni.

Tuttavia, Quinto Mucio ragionava in termini di figure singolari, *cum emptio, vel venditio, vel locatio contrahitur*, perché non c'era ancora l'obbligazione fondata sul consenso, finché in un secondo momento, che risale a Masurio Sabino, rimane integrata alle altre tre categorie sopra menzionate una quarta categoria denominata *obligationes consensu contractae*.<sup>51</sup> Detto questo, è possibile concludere che il discorso muciano aveva lo scopo di fondare, secondo Fiori, “un primo nucleo di pensiero ontologico” che ha consentito l'evoluzione della forma verbale *contrahere* – allora concepita secondo la logica arcaica dello *ius civile* – in un istituto unitario tradotto nel sostantivo *contractus*.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, vol. 2, 1995, cit., p. 7.

<sup>49</sup> A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, cit., pp. 137-138. Secondo l'autore, la posizione di Ulpiano sulla *conventio*, come requisito primario del contratto, proveniva dalla concezione formulata da Sesto Pedio alla fine del I sec. d.C.

<sup>50</sup> D. 46, 3, 80 (*Pomponius lib. 4 ad Quintum Mucium*) “Prout (8) (b) quidque contractum est, ita et solvi debet (9): Ut, cum re (10) contraxerimus, re (11) solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. + Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debeat: verbis, veluti cum acceptum promissori fit: re, veluti cum solvit, quod promisit. + Aequae cum emptio vel venditio, vel locatio (13) (c) contracta est: quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu (1) (a) contrario dissolvi potest.”, v. G. VIGNALI, *Corpo del Diritto*, vol. 6, 1859, cit., pp. 339-340. Traduzione della fonte: D. 46, 3, 80 (*Pomponio nel libro 4 a Quinto Mucio*) “Una cosa, come fu contratta, così devesi ancora di sciogliere; così che avendo contratto realmente, devesi realmente sciogliere; come quando abbiamo dato a mutuo, devesi poscia restituirsì altrettanto denaro. E quando facemmo un contratto verbale, deve sciogliersi o verbalmente o realmente; verbalmente, come quando facciamo quietanza al promittente; realmente come quando dà quel che promise. Del pari, quando una compra-vendita o una locazione fu contratta, perchè la si può contrarre col nudo consenso, può essere disciolta anche col dissenso contrario.”, v. G. VIGNALI, *Corpo del Diritto*, vol. 6, 1859, cit., pp. 339-340.

<sup>51</sup> Al riguardo, v. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, vol. 1, Torino 1992, p. 33 ss; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, vol. 2, 1995, cit., pp. 3-7, 31,48.

<sup>52</sup> R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides humanitas ius: studii in onore di Luigi Labruna*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, p. 1961. Accesso 17 feb. 2020. [https://www.academia.edu/1247245/Contrahere\\_e\\_solvere\\_obligationem\\_in\\_Q.\\_Mucio\\_Scevola](https://www.academia.edu/1247245/Contrahere_e_solvere_obligationem_in_Q._Mucio_Scevola).

Tornando alla concezione di Ulpiano, la *conventio* – anche quando non diventava un tipico contratto – manteneva una portata residuale identificata nei cosiddetti contratti innominati, come aveva già previsto Aristone (giurista romano dell'era traiana) che riteneva abile a produrre obbligazione un accordo basato su un *synallagma*, anche nell'ipotesi di non essere un tipico contratto, finché esistesse una causa così intesa come una prestazione spontaneamente adempiuta da una delle due parti dell'accordo (*datio*). Questa dottrina di Aristone, enfatizzata da Ulpiano, inaugurò la possibilità di tutelare le convenzioni atipiche.<sup>53</sup>

La costruzione di Ulpiano sopradescritta sulla *conventiones iuris gentium* è allusiva al frammento estratto dal titolo *De pactis* del Digesto di Giustiniano, dal libro 4 *ad edictum* di Ulpiano, in questi termini:

D. 2. 14. 7 (Ulpianus lib. 4 ad Edictum): Juris gentium conventiones (2) quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.

§. 1. Quae pariunt actiones, in suo (3) nomine non stant, sed transeunte (4) in proprium nomen contractus: ut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum et caeteri similes contractus.

§. 2. Sed et si in alium (5) contractum res non transeat, subsit tamen causa (6): eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem (1): utputa, dedi tibi rem 'ut mihi aliam dares', dedi 'ut aliquid facias': hoc συνάλλαγμα, id est, 'contractum' esse, et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto, recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: Dedi tibi Stichum, 'ut Pamphilum manumitas', manumisisti: evictus est Stichus. Julianus (2) (a) [scribit] in (3) factum actionem a Praetore dandam: ille ait civilem incerti (4) actionem, id est, praescriptis verbis sufficere (5): esse enim contractum, quod Aristo (6) συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> R. CARDILLI, *Societas vitae in Cic. off. 3,70 e obligatio consensu contracta*, cit., p. 189; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, vol. 2, 1995, cit., p. 90 ss.

<sup>54</sup> G. VIGNALI, *Corpo del Diritto*, vol. 1, 1856, cit., pp. 362-363. La rispettiva traduzione: D. 2. 14. 7 (*Ulpiano nel libro 4 sull'Editto*) "Le convenzioni di diritto delle genti altre producono le azioni, altre producono le eccezioni. §. 1. Quelle che producono le azioni non perdurano nel loro nome (generale), ma passano nel nome particolare del contratto, come la compra, la vendita, la conduzione, la locazione, la società, il comodato, il deposito, ed altri simili contratti. §. 2. Ma anche se in altro contratto non passi la cosa, e vi sia però una causa: giudiziosamente Aristone rispose a Celso, esservi obbligazione: come per esempio ti diedi una cosa, 'affinchè tu altra ne dessi a me, te la diedi affinchè tu faccia qualche cosa', ciò essere una permutazione, cioè un contratto, e da qui nascere la obbligazione civile. E perciò credo che a ragione Giuliano fu ripreso in ciò da Mauriciano; diedi a te 'Stico, perchè tu manomettessi Panfilo', lo manomettetti: Stico fu evitto: Giuliano scrive, dal Pretore doversi dare l'azione 'in factum'. Quegli dice, bastare l'azione civile 'incerti', cioè 'praescriptis verbis': perchè (sostiene) essere contratto quello, che Aristone dice essere una permutazione, donde nasce quest' azione.", v. G. VIGNALI, *Corpo del Diritto*, vol. 1, 1856, cit., pp. 362-363.

Inoltre, i *nova negotia ius gentium* producenti di obbligazione erano dotate di caratteristiche comuni: potevano essere perfezionate o sciolte da un semplice consenso (*nudus consensus*), nel senso che non era necessario alcun modo specifico per essere contratto, ma sufficiente il consenso non accompagnato da alcun tipo di requisito; avevano effetti vincolanti; erano impugnabili *ex fide bona*, consentendo al giudice di prendere in considerazione una serie di circostanze, anche se non contemplate dalle clausole dello *iudicium*; avevano la natura di un atto di *ius gentium*; potevano essere validamente perfezionate anche tra persone assenti; erano obbligazioni bilaterali *consensu contractae*, qui intese come *ultra citroque obligatio*.<sup>55</sup>

Tra le caratteristiche elencate, è considerato piuttosto espressivo il distacco di questi nuovi schemi negoziali dal vecchio formalismo. In questo particolare, dopo aver elencato i quattro contratti consensuali, Gaio ha dichiarato quanto segue:

Gai. 3, 136 Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum, neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse: Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam, aut per internuntium; cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.<sup>56</sup>

Traduzione del passaggio sopra trascritto di Gaio (*Gaio Istituzioni - terzo commentario*), in questi termini:

Gai. 3, 136 Diciamo che in questi casi le obbligazioni si contraggono mediante consenso, in quanto non si richiedono speciali parole o scritti, ma è sufficiente che coloro che compiono il negozio abbiano consentito. Cosicché tali negozi si contraggono anche fra assenti, ad esempio per lettera o messaggero; mentre viceversa un'obbligazione verbale fra assenti non può aversi.<sup>57</sup>

Si può vedere che Gaio, rispetto ai contratti consensuali, ha detto in modo categorico che era sufficiente a contrarre un'obbligazione il semplice consenso, senza alcuna formalità, parola speciale o scritto, e che tali negozi potevano essere contrattati anche tra persone

<sup>55</sup> A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato Romano*, cit., p. 492. Come già spiegato sopra, *ultra citroque obligatio*, nella concezione di Labeone, è "nient'altro che l'incontro di volontà delle parti, indirizzato alle obbligazioni reciproche", in F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, vol. 2, 1995, cit., p. 7.

<sup>56</sup> E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 94.

<sup>57</sup> E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 94.

assenti, mediante lettera o messaggero, mentre un obbligo verbale non poteva verificarsi tra l'assente.

Per i *nova negotia* sono ancora più importante i principi di equità e buona fede, su quanto Gaio (*Gai Institutiones - commentarius tertius*) ha sottolineato che:

Gai. 3,137 Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.<sup>58</sup>

Traduzione dell'estratto Gaiano:

Gai. 3,137 In questi contratti ciascuno si obbliga verso l'altro per quello che ciascuno deve prestare all'altro secondo onestà ed equità; mentre viceversa nelle obbligazioni verbali uno stipula e l'altro promette, e nei titoli un obbliga portando in conto come versato e l'altro viene obbligato.<sup>59</sup>

Va ribadito che la disciplina delle relazioni commerciali consuetudinarie tra romani e popolazioni straniere, quindi, tra persone di diverse religioni, città, culture e lingue, ha avuto per importante fondamento la fiducia reciproca tra le parti, poiché gli accordi tra loro erano ancorati al principio di lealtà e correttezza.<sup>60</sup> Pertanto, la prassi commerciale dell'epoca – meritevole dell'intervenzione pretoria, sotto l'impulso dei giuristi romani – ha ricevuto un parametro astratto, oggettivo, estratto dall'esperienza romana applicabile agli stranieri che richiedevano la tutela nella *iurisdictio peregrina*. Secondo Fiori, tale parametro astratto è una “*fides* fittizia, convenzionale, svincolata dalla realtà concreta delle parti del rapporto, delle quali non si verifica – non può verificarsi – lo *status*, l'affidabilità. Si richiama piuttosto un paradigma comportamentale espresso dalla figura del *bonus vir*. Nasce così una peculiare forma di *fides*, la *bona fides*”.<sup>61</sup>

#### **4. Modello giuridico romano in grado di recuperare ‘spazio di contenuto giusto’ all'interno del contratto commerciale transnazionale**

<sup>58</sup> E. NARDI, *loc. cit.*

<sup>59</sup> E. NARDI, *loc. cit.*

<sup>60</sup> In tal senso, P. FREZZA, “*Ius gentium*” in *Revue Internationale de Droits de l'Antiquité – RDA*, n. 2, Paris, 1949, pp. 259-308; F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma*, vol. 2, Firenze, 1979, p. 69 ss.; M. BIANCHINI, *Diritto commerciale nel diritto romano*, voce del *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, vol. 4, Torino, 1989, p. 322 ss.; P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 2° ed., Torino, 2004, p. 24.

<sup>61</sup> R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica - Parte seconda* (a cura di), in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto private*, 4, Napoli, 2001, p.107; Cfr. L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, p. 181.

Ancora sulla costruzione della forma giuridica dei negozi derivanti del grande traffico commerciale nel Mediterraneo, Cardilli ritiene meritare maggiore enfasi “la scelta operata, tra le varie possibili, di dare ‘forma’ giuridica a questa realtà complessa e varia dei traffici commerciali, senza assecondare la *koiné* ellenistica in materia, dove risaltava il ruolo del documento scritto; né espandendo il modello romano dell’impegno solenne *verbis* nel quale includere qualsiasi assetto di interessi perseguito, ma costruendo su tali contrattazioni della prassi una rilevanza giuridica in termini di *conventio* causalmente tipica, nella quale la struttura del vincolo veniva ad essere tutelata in termini di reciproco *quidquid dare facere oportet ex fide bona*”. Infatti, l’opzione romana di valorizzare il principio consensualistico, concretizzato nella tipicità causale, si è presentato perfettamente adatto a gestire le contrattazioni commerciali tra persone di varie *civitates*, di lingue diverse, di svariate religioni e che neanche condividevano gli stessi valori e costumi.<sup>62</sup>

Rispetto alla nozione di *bona fides*, significativa è la fonte ciceroniana esistente nel *de officiis*, vediamo:

Cic. de off. 3, 17, 70 Nam quanti verba illa “uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim!” quam illa aurea “ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione!” Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur “ex fide bona”, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.<sup>63</sup>

In seguito, la rispettiva traduzione:

Cic. de off. 3, 17, 70 Quanto peso quelle parole: “A patto che io non sia preso e defraudato per colpa tua e della fiducia posta in te”! Come auree quelle altre: “Si deve agire bene e senza frode come tra onesti”! Ma la grossa questione è intendersi su che siano gli “onesti” e l’“agire bene”. Il pontefice massimo Q. Scevola diceva che grandissima importanza hanno tutti gli arbitrati cui aggiunga la clausola “in buona coscienza”, e pensava che il concetto della buona coscienza aveva una immensa estensione, riguardando le tutele, le associazioni, i depositi fiduciari, le

<sup>62</sup> R. CARDILLI, *Societas vitae in Cic. off. 3,70 e obligatio consensu contracta*, cit., p.194.

<sup>63</sup> M. T. CICERONE, *Opere politiche e filosofiche, I: Lo Stato, Le leggi, I doveri* in FERRERO, Leonardo, ZORZETTI, Nievo (a cura di), Torino, 1974, pp. 796-798.

procure, le compre-vendite, gli appalti, le locazioni, nel che consiste appunto la vita sociale; in questi rapporti un vero giudice deve stabilire di che cosa ciascuno sia responsabile verso ciascuno, specialmente in quanto nella maggior parte dei casi si presentano le controquerele.<sup>64</sup>

Dalla fonte romana sopra menzionata, è possibile osservare che esiste una correlazione continua tra *ius civile* e *ius gentium* quanto alla connessione *fides - bona fides*, già che enumera relazioni, tutte loro influenzate dal *fidei bonae nomem*, appartenente sia allo *ius gentium* che allo *ius civile*. Relazioni commerciali in cui starebbe contenuta la *societas vitae*, che può essere intesa come la voluta comunione di vita da parte delle persone, siano *civitas* o no, e che è considerato un risultato naturale della vita.<sup>65</sup>

Un altro passaggio nel *de officiis* di Cicerone<sup>66</sup> suscita interesse per l'argomento:

Cic. de off. 3, 17, 69 Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est. Societas est enim - quod, etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius - latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, prior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt; quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet. Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur; eas ipsas utinam sequeremur! Feruntur enim ex optimis naturae et veritatis exemplis.<sup>67</sup>

In relazione a questo specifico brano di Cicerone, si constata che la relazione stabilita dai *maiores* tra *ius gentium* e *ius civile* può essere chiarita attraverso tre tipi di società: una *omnium inter omnes*; una seconda meno ampia appartenente alla stessa gens; e una terza appartenente a ciascuna *civitas*. Ed è proprio in relazione alla *societas omnium inter omnes* che se ne connetta l'esperienza di vita delle persone in società (*societas vitae*), che ha come substrato il principio di lealtà e correttezza (buona fede). Per Cardilli,

<sup>64</sup> M. T. CICERONE, *Opere politiche e filosofiche, I: Lo Stato, Le leggi, I doveri*, cit. pp. 797-799.

<sup>65</sup> R. CARDILLI, *Societas vitae in Cic. off. 3,70 e obligatio consensu contracta*, cit., p.195.

<sup>66</sup> M. T. CICERONE, *Opere politiche e filosofiche, I: Lo Stato, Le leggi, I doveri*, cit. p. 796.

<sup>67</sup> La traduzione di *de off. 3, 17, 69*: "Ben vedo che una cosa del genere non è considerata moralmente sconveniente né è colpita dalla legge o dal diritto civile, per lo scadimento del costume, eppure è vietato dalla legge naturale. La società più estesa (cosa che abbiamo detto spesso e che più spesso ancora dovremo ripetere) è quella di tutti fra tutti, più ristretta quella degli appartenenti alla stessa nazione, e più limitata ancora quella degli appartenenti alla stessa città. Per questo i nostri vecchi vollero distinguere fra diritto delle genti e diritto civile; e quello civile non deve identificarsi senz'altro con quello internazionale, ma quello internazionale deve essere insieme civile. Ma noi non abbiamo alcuna immagine concretamente scolpita del vero e della sua sorella germana, la giustizia, ma ne abbiamo soltanto l'ombra ed il contorno; e dio volesse che almeno seguissimo questo! ché si ricavano dai migliori esempi offertici dalla natura e dalla verità.", v. M. T. CICERONE, *Opere politiche e filosofiche, I: Lo Stato, Le leggi, I doveri*, cit. p. 797.

i giuristi romani hanno fatto una scelta di politica di diritto considerata universale, spendendo in questo ambito il proprio concetto romano della *fides*.<sup>68</sup>

Altresì, la creazione dello schema giuridico dell'*oportere ex fide bona* serviva a riconoscere all'archetipo civile dell'obbligazione l'attributo di adattarsi ai rapporti tra uomini di diverse cittadinanze. Di conseguenza, il rapporto giuridico tra queste persone è stato stabilito sulla base dell'accordo i cui effetti sono stati determinati da un *oportere ex fide bona*. Ciò significa che le parti dovrebbero mantenere un comportamento leale e corretto nei loro reciproci rapporti di obbligazioni, nati del accordo (*conventio*) il cui contenuto, tuttavia, non sarebbe interamente circoscritto alla volontà dei contraenti perché una parte di esso sarebbe insito e inderogabile.<sup>69</sup>

Dobbiamo avvertire, però, che non è un compito facile per il diritto determinare un equilibrio esemplare tra il vigore che deve rivestire la tipicità contrattuale e l'autonomia privata dei contraenti.

Per la dovuta comprensione, la tipicità del contratto può essere intesa come una struttura di valore in continua costruzione e miglioramento da parte dell'autonomia negoziale e dell'interpretazione del giurista. Mentre l'autonomia privata<sup>70</sup> può essere intesa, in modo sintetico, come il potere del privato di regolare i propri interessi entro i limiti previsti dall'ordinamento,<sup>71</sup> il cui esercizio richiede, oltre alla formazione di una volontà, la manifestazione esteriore di tale volontà mediante una dichiarazione o un comportamento concludente, che talvolta richiedono all'interprete di identificare i controlli ai quali tali poteri devono essere sottoposti.<sup>72</sup>

Circa la difficoltà del diritto di stabilire un equilibrio ideale tra tipicità dei contratti e autonomia privata dei contraenti, nel diritto romano la questione è mutata con la maturazione dello *ius civile*. Tanto che nella fase classica, nelle parole di Emilio Betti, "i negozi giuridici sono rigorosamente tipici". Nel diritto romano classico, perciò, la rigidità contrattuale era stabilita dalla forma solenne o dalla causa, e talvolta da entrambi. L'autonomia privata in questo contesto di schemi negoziali fissi non ha avuto la libertà

<sup>68</sup> R. CARDILLI, *Societas vitae in Cic. off. 3,70 e obligatio consensu contracta*, cit., p.195.

<sup>69</sup> R. CARDILLI, *Societas vitae in Cic. off. 3,70 e obligatio consensu contracta*, cit., p.196.

<sup>70</sup> Il negozio giuridico è caratterizzato dalla peculiare funzione sviluppata dalla volontà, che non si limita a una semplice volontarietà del comportamento, ma si estende alla volontarietà degli effetti che derivano dal comportamento. Sul punto, v. M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, *passim*; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 157 ss.

<sup>71</sup> Su questo, v. G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv dir. civ.*, 37, n.1, Torino, 1991, pp. 475-494.

<sup>72</sup> G. B. FERRI, *Negozio giuridico*, voce del *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. 12, Torino, 1995, pp. 63, 67.

di modificare i modelli convenzionali, perché il negozio giuridico classico era circoscritto nella categoria prestabilita per la fattispecie contrattuale.<sup>73</sup>

Nella fase post-classica, ancora secondo Betti, il binomio unità dell'atto e il suo contenuto ha cominciato ad essere percepito in una nuova prospettiva in cui la dichiarazione della volontà, come elemento esterno, cessa di essere così importante, passando l'elemento interno, cioè, l'*animus*, ad esercitare un ruolo sempre più rilevante nell'esistenza del negozio giuridico.<sup>74</sup>

Infatti, la barriera di resistenza del tipo contrattuale si rompe gradualmente e l'autonomia privata delle parti inizia ad avanzare in un campo precedentemente vietato, il che ci porta a comprendere le ragioni per le quali l'attuale autonomia privata ha finito per estendere tanto i suoi limiti.

In questo contesto, la disputa che sorge con la pandettistica tra volontaristici e oggettivistici solleva problemi pratici, perché, secondo la concezione adottata, il modello di negozio giuridico enfatizzerà un determinato tratto dominante. Non ci vuole molto sforzo interpretativo per concludere che, nell'essere considerata l'autonomia privata l'elemento centrale della transazione legale, le parti possono interferire con maggiore libertà negli interessi che intendono regolamentare.

Per la teoria volontaristica, la vincolatività nasce dalla reale espressione della volontà del soggetto, essendo la volontà l'elemento fondamentale del negozio giuridico destinata a prevalere in caso di conflitto con la dichiarazione.<sup>75</sup>

Mentre nella concezione oggettivistica, di cui la teoria della dichiarazione e quella precettiva sono espressioni, l'attività giuridica si basa sul proprio accordo dichiarato con fondamento nell'autonomia privata, nel potere di autoregolamentazione degli interessi delle parti contraenti, indipendentemente dalla volontà nella sua dimensione soggettiva. Pertanto, l'accordo entrerà in vigore se la dichiarazione di volontà è conforme alla norma legale. È un aspetto molto più ampio della libertà di pattuire, nella misura in cui il dogma della volontà viene abbandonato e le parti hanno il potere di regolare le loro relazioni e

---

<sup>73</sup> E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 2<sup>o</sup> ed., vol. 1, Padova, 1947, p. 112. Cfr. M. TALAMANCA, *Contractus e pactum – tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Napoli, 1988, p. 36.

<sup>74</sup> E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 114.

<sup>75</sup> F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di V. SCIALOJA, vol. 3, Torino, 1891, *passim*.

produrre concretamente la norma, a condizione che l'accordo sia conforme ai limiti stabiliti dalla legge. Il contratto è visto come una fonte normativa.<sup>76</sup>

Di conseguenza, la teoria oggettivistica finisce per tradursi in una libertà di scelta in cui le parti possono contrarsi liberamente, sia nella forma che nei limiti in cui intendono essere obbligate. Il limite è quasi che ristretto al consenso privo di qualsiasi vizio o difetto. In un modo diverso, la teoria soggettivistica autorizza un'incursione nell'intenzione del risultato.

Allora, riflettendo su ciò che è stato detto in questo articolo, il diritto romano come elemento critico può portare importanti considerazioni sull'equilibrio da trovare nella costruzione di una teoria contrattuale, al fine di conciliare l'eccesso di un'ampia libertà contrattuale basata sull'autonomia privata e in una concezione oggettivistica che attribuisce al contratto la funzione di creare la norma, con la tipicità dei contratti come elemento di contenimento, di freno di tale libertà, in quanto definisce valori inderogabili che non rientrano nell'ambito di potere di scelta delle parti.

Sotto questo profilo, la distinzione tra elementi essenziali, naturali e accidentali dei negozi giuridici ci rivela che vi sono parti del contratto che non sono soggette alla disposizione delle parti. Come indica la nomenclatura stessa, *essentialia negotii* sono quegli elementi indispensabili all'esistenza e alla validità dell'atto giuridico. Già i *naturalia negotii* costituiscono l'indole, la natura del negozio giuridico stesso. E *accidentalialia negotii* sono stipulazioni o clausole accessorie che non sono implicitamente contenute nel negozio giuridico, ma che le parti possono incorporare nel contratto per modificare gli effetti giuridici normalmente previsti, come la condizione, la modalità, l'onere e il termine.<sup>77</sup>

Per quanto riguarda ai *naturalia negotii* nella tradizione giuridica romanistica, è fondamentale il brano di Ulpiano, nel commento al libro 32 *ad edictum*:

D. 19, 1, 11, 1 (Ulpianus lib. 32 ad Edictum) §.1. Et in primis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit (1): cum enim sit bonae fidei iudicium, 'nihil magis bonae fidei (2) (a) congruit, quam id (3) praestari, quod inter contraentes (4) actum est': quod si

<sup>76</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 33 ss. In quest'ottica, il soggetto può rimanere vincolato, anche se non abbia realmente e internamente voluto un atto nel rispetto del principio di autoresponsabilità personale.

<sup>77</sup> AA. VV., a cura di N. LIPARI, P. RESCIGNO e coordinato da A. ZOPPINI, *Diritto Civile, Obbligazioni. Il contratto in generale*, vol. 3, t. 2, Milano, 2009, p. 412.

nihil convenit, tunc ea (5) praestabuntur, quae naturaliter (6) insunt huius iudicii potestate.<sup>78</sup>

Traduzione del passaggio di Ulpiano:

D. 19, 1, 11, 1 (Ulpiano nel libro 32 sull'Editto) §.1. Ed in prima è da sapere, che in questo giudizio vien dedotto ciò solamente, che si convenne dare: perchè, essendo un giudizio di buona fede, 'niente alla buona fede è più consono, che adempirsi a quanto tra contraenti si stabili.' Che se nulla si convenne, allora si sarà tenuto a quelle cose che naturalmente si contengono nella potenza di questo giudizio.<sup>79</sup>

Come si può vedere, i *naturalia negotii* rappresentano una costruzione romana molto raffinata, che consente che il rigido disegno del tipo contrattuale, ad un certo punto, apra la strada ad uno spazio di maggiore libertà della volontà delle parti, senza, tuttavia, sopprimere o offendere gli elementi rigidi che compongono il negozio giuridico e che sono presupposti per la sua esistenza e validità.

Detto questo, la discussione ruota sempre intorno ai limiti in cui la volontà delle parti può avanzare sulla sfera di inderogabilità del tipo contrattuale. Ecco perché il contratto, come fonte di produzione del diritto, deve essere ristrutturato sotto una teoria negoziale in cui la tipicità prenda una posizione centrale come valore del contratto. Quindi, è necessario porre il veto all'autonomia della volontà di superare l'importanza della tipizzazione dei contratti e i suoi valori contenutistici inderogabili, che non possono e non devono essere oggetto di disposizione delle parti. Questo nucleo immutabile dei contratti, che era già stato notato dai romani, è un mezzo importante per contenere l'attività finalizzata a snaturare il tipo contrattuale e travisare i diritti delle parti contraenti.<sup>80</sup>

Nelle parole di Cardilli: "Il modello di valori che la nostra tradizione civilistica fondata sul diritto romano incontra nei tipi contrattuali, con le loro sfere di contenuto inderogabile e di contenuto naturale, ora per lo più cristallizzati nelle codificazioni nazionali, ma, forse cosa ancora più interessante, la consapevolezza del ruolo e dell'importanza del processo di tipizzazione per costruire il vero valore del contratto, mi sembra siano da segnalare in un momento storico nel quale il contratto sembra assurgere

<sup>78</sup> G. VIGNALI, *Corpo del Diritto*, vol. 3, Napoli, 1857, pp. 18-19.

<sup>79</sup> G. VIGNALI, *Corpo del Diritto*, vol. 3, 1857, *loc. cit.*

<sup>80</sup> R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra 'natura contractus' e 'forma iuris'*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2008. Accesso 17 feb. 2020, <https://art.torvergata.it/retrieve/handle/2108/58409/95157/Modelli3.pdf>.

sempre di più, nei rapporti sovranazionali di diritto privato, al rango di autonoma fonte di produzione del diritto”.<sup>81</sup>

Alla luce delle argomentazioni sopra e del problema attualmente posto dai contratti transnazionali, viene necessario che i giuristi del nostro tempo riprendono l’esercizio dell’*interpretatio nei moris*, come consigliato da Gallo,<sup>82</sup> per analizzare e comprendere la realtà contrattuale contemporanea in una prospettiva sovranazionale o transnazionale, sotto schemi dogmatici adeguati che la tradizione romana ci offre. Non è più consentito cedere pacificamente dinanzi a un contenuto contrattuale privo di valore, perché non formulato in una struttura consensualistica, sinallagmatica e basata sui principi di lealtà e correttezza (*bona fides*).

È essenziale stabilire una dialettica produttiva tra la *interpretatio prudentium*<sup>83</sup> di oggi e la produzione di pratiche commerciali diffuse nel mondo, con lo scopo di identificare e validare gli accordi realmente coperti dal valore giuridico e, quindi, recuperare la tipicità causale e il contenuto inderogabile di buona fede. Insomma, eseguire la sedimentazione giuridica di pratiche coerenti con il meccanismo di giustizia contrattuale.

## 5. Conclusione

Da questa ricerca è stata verificata l’esistenza di una realtà commercialmente connessa in cui un’economia globalizzata impone ai privati la regolamentazione dei patti commerciali intrapresi in modo transfrontaliero. Tale pratica di autoregolamentazione o prassi transnazionale non è solo comune a quasi tutti i contraenti commerciali, ma è anche responsabile della diffusione globale di modelli di *business*, moduli standard e contratti-tipo di matrice angloamericana.

È anche apparso evidente l’assenza di qualche mediazione o adeguatezza delle incompatibilità nella diffusione, nei paesi di tradizione europea continentale, degli elementi contrattuali elaborati dal sistema giuridico di *common law*, nonostante la grande distinzione tra queste due culture giuridiche, quando si sa che la tradizione giuridica romanistica è storicamente in sintonia con i temi: della giustizia contrattuale;

---

<sup>81</sup> R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra ‘natura contractus’ e ‘forma iuris’*, cit., p.75.

<sup>82</sup> F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezione di Diritto Romano*, Torino, 1993, p. 81 ss.

<sup>83</sup> La *interpretatio prudentium* era l’attività interpretativa svolta dai giuristi nell’antica Roma.

del valore giuridico che il tipo contrattuale esprime; e del contenuto inderogabile del contratto, di cui la buona fede ne è un esempio.

E nel tentativo di affrontare tali questioni, si è concluso che sarebbe assolutamente necessario lo studio, da parte dei giuristi attuali, della dogmatica romana in materia di obbligazioni, specialmente nel seguente percorso: i) da Quinto Muscio Scevola; ii) passando per Masurio Sabino; iii) arrivando a Labeone; iv) passando per Aristone; v) fino a raggiungere Ulpiano, che ha identificato, nello schema giuridico del suo tempo, la convenzione (*conventio*) come elemento vincolante delle parti in termini di *oportere ex fide bona*.

In definitiva, un'intera costruzione dogmatica romana rivolta a riconoscere che un contratto è degno di tutela soltanto se è concretizzato: dal consenso – materializzato nella tipicità causale, con il suo contenuto inderogabile e naturale; dal sinallagma – come equivalenti e corrispondenti sacrifici assunti dalle parti; e dalla buona fede – non solo come criterio interpretativo, ma come vero contenuto non derogabile del tipo contrattuale.

## 6. Riferimenti bibliografici

AA. VV., a cura di LIPARI, Nicolò, RESCIGNO, Pietro e coordinato da ZOPPINI, Andrea, *Diritto Civile, Obbligazioni. Il contratto in generale*, vol. 3, t. 2, Milano, 2009.

ALPA, Guido, DELFINO, Rossella (a cura di), *Il contratto nel common law inglese*, 2ª ed., Padova, 1997.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14 ed., Napoli, 2012.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Storia de Diritto Romano*, Napoli, 2006.

BETTI, Emilio, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., vol. 1, Padova, 1947.

BIANCHINI, Maurizio, *Diritto commerciale nel diritto romano*, voce del *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, vol. 4, Torino, 1989.

BIX, Brian, *Contract law: rules, theory and context*, New York, 2012.

BONFANTE, Pietro, *Istituzioni di diritto Romano*, Torino, 1957.

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. Accesso 13 feb. 2020, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm).

CARDILLI, Riccardo, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016.

CARDILLI, Riccardo, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra 'natura contractus' e 'forma iuris'*, in FIORI, Roberto (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2008. Accesso 17 feb. 2020, <https://art.torvergata.it/retrieve/handle/2108/58409/95157/Modelli3.pdf>.

CARDILLI, Riccardo, *La struttura 'nascosta' dell'obbligazione romana*, in *De las obligaciones en general. IV Coloquio de iusprivatistas de Roma y America*, Pontificia Universidad Católica, Lima, 2012. Accesso 17 feb. 2020, <https://art.torvergata.it/handle/2108/90649#.WyKofK35THg>.

- CARDILLI, Riccardo, *Societas vitae in Cic. off. 3,70 e obligatio consensu contracta*, in *Bullettino Dell'istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 105, Milano, 2011.
- CERAMI, Pietro, DI PORTO, Andrea, PETRUCCI, Aldo, *Diritto commerciale romano: profilo storico*. 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2004.
- CICERONE, M. Tullio, *Opere politiche e filosofiche, I: Lo Stato, Le leggi, I doveri* in FERRERO, Leonardo, ZORZETTI, Nievo (a cura di), Torino, 1974.
- CORBIN, Arthur Linton, *Corbin on contracts*, vol. 1, St. Paul, 1952.
- CORBINO, Alessandro, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 2006.
- CORDERO-MOSS, Giuditta, *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*, Cambridge, 2011, edizione eBook.
- CORDERO-MOSS, Giuditta, *International contracts between common law and civil law: is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith*, in *Global Jurist*, Berkeley, 2007.
- CREMONESI, Carlo Ilmari, LUCCHESI, Laura, LUCCHESI, Viviana Cecilia, *L'avvocato nel cassetto. Il consulente legale per tutti*, 33 ed., Firenze, 2011.
- DE MARTINO, Francesco, *Storia economica di Roma Antica*, vol. 2, Firenze, 1979.
- DE NOVA, Giorgio, *Il contratto alieno*, Torino, 2008.
- DE NOVA, Giorgio, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011.
- FARNWORTH, Edward Allan, *L'américanisation du droit: mythes ou réalité*, in *Revue Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 45, 2001.
- FERRARESE, Maria Rosaria, *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2015, edizione eBook.
- FERRI, Giovanni Batista, *Negozio giuridico*, voce del *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. 12, Torino, 1995.
- FIORI, Roberto, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica - Parte seconda* (a cura di), in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto private*, 4, Napoli, 2001.
- FIORI, Roberto, *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*, in CASCIONE, Cosimo, MASI DORIA, Carla (a cura di), *Fides humanitas ius: studii in onore di Luigi Labruna*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007. Accesso 17 feb. 2020, [https://www.academia.edu/1247245/Contrahere\\_e\\_solvere\\_obligationem\\_in\\_Q.\\_Mucio\\_Scevola](https://www.academia.edu/1247245/Contrahere_e_solvere_obligationem_in_Q._Mucio_Scevola).
- FIORI, Roberto, *La nozione di ius gentium nelle fonti di età repubblicana*, in PIRO, Isabella (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, vol. 3, Roma, 2016.
- FONTAINE, Marcel, DE LY, Philip, *La redazione dei contratti internazionali: a partire dall'analisi delle clausole*, Milano, 2008.
- FREZZA, Paolo, *"Ius gentium"* in *Revue Internationale de Droits de l'Antiquité – RDA*, n. 2, Paris, 1949.
- FRIGNANI, Aldo, TORSELLO, Marco, *Il contratto internazionale. Diritto Comparato e Prassi Commerciale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, Francesco, 2<sup>a</sup> ed., vol. 12, Padova, 2010.
- GALGANO, Francesco, *Lex mercatoria*, 4<sup>a</sup> ed., Bologna, 2001.
- GALLO, Filippo, *Bona fides e ius gentium*, in GAROFALO, Luigi (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. 2, Padova, 2003.
- GALLO, Filippo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezione di Diritto Romano*, Torino, 1993.
- GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto, Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, vol. 2, Torino, 1995.

- GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, vol. 1, Torino, 1992.
- GANS, Eduardo, *Il Dritto Romano delle obbligazioni e specialmente intorno alla teoria dei contratti innominati e del jus poenitendi*, trad. it. di SALVETTI, Eduardo, Napoli, 1858.
- GOLDSCHMIDT, Levin, *Storia universale del Diritto Commercial*, Torino, 1913.
- GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, São Paulo, 2016.
- GROSSO, Giuseppe, *Lezioni di storia del diritto Romano*, Torino, 1965.
- ITALIA. Regio Decreto n° 262, 16 mar. 1942. Approvazione del testo del Codice Civile. Italiano. Accesso 13 feb. 2020, <http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>.
- LEVRERO, Roberta, *Storia dei traffici commerciali attraverso i secoli. Il commercio Internazionale dei Romani*, Roma, 2012.
- LOMBARDI, Luigi, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961.
- LOVATO, Andrea, PULIATTI, Salvatore, SOLIDORO MARUOTTI, Laura, *Diritto privato Romano*, 2ª ed., Torino, 2017.
- MARRELLA, Fabrizio, *La nuova lex mercatoria, Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio Internazionale*, Padova, 2003.
- MOMMSEN, Theodore, *Storia di Roma*, Roma, 2015, edizione eBook.
- NARDI, Enzo. *Istituzioni di diritto romano*, vol. 1, Milano, 1986.
- OPPO, Giorgio, *Sui principi generali del diritto privato* in *Rivista di diritto civile*, 37, n.1, Torino, 1991.
- PETRUCCI, Aldo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contrato*, vol. 1, Torino, 2018.
- POSNER, Eric Andrew, *Contract law and theory*, New York, 2011.
- ROBLEDA, Olís, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, 2ª ed., Roma, 1979.
- SANFILIPPO, Cesare, *Istituzioni di diritto romano*, 5ª ed., Catania, 1964.
- SAVIGNY, Federico Carlo Di, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di SCIALOJA, Vittorio, vol. 3, Torino, 1891.
- SCHIPANI, Sandro (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, vol. 1, Milano 2005.
- SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969.
- SERRAO, Feliciano, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954.
- SHAPIRO, Martin, *Globalization of freedom of contract*, in SCHEIBER, Harry (a cura di), *The state and freedom of contract*, Stanford, 1998.
- TALAMANCA, Mario, *Contractus e pactum – tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Napoli, 1988.
- TALAMANCA, Mario, *Elementi di diritto privato romano*, 2ª ed., aggiornata a cura di CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, FINAZZI, Giovanni, Milano, 2013.
- TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990.
- TALAMANCA, Mario, *La tipicità del sistema contrattuale romano*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP*, 86, jan., São Paulo, 1991, Accesso 17 feb. 2020, <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67153/69763>.
- TRIMARCHI, Vincenzo Michele, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940.
- VIGNALI, Giovanni, *Corpo del Diritto*, vol. 1, Napoli, 1856.
- VIGNALI, Giovanni, *Corpo del Diritto*, vol. 3, Napoli, 1857.
- VIGNALI, Giovanni, *Corpo del Diritto*, vol. 6, Napoli, 1859.

civilistica.com

Recebido em: 1.3.2020  
Aprovado em:  
20.8.2020 (1º parecer)  
30.8.2020 (2º parecer)

**Como citar:** LOVISARO, Ana Lúcia Lemos. Dogmatica giuridica romana: una prospettiva valida per i problemi attuali. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 2, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/dogmatica-giuridica-romana/>>. Data de acesso.