

Tanev K.

Alcune Considerazioni sui Contratti Innominati

[Stable URL: <http://elar.uni-yar.ac.ru/jspui/handle/123456789/2627>]

[:]
Tanev K. 2005: Alcune Considerazioni sui Contratti Innominati // *IVS ANTIQVVM.*
. 15, 100-106.



THE SCIENTIFIC & EDUCATIONAL
CENTRE FOR CLASSICAL STUDIES
AT YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY
YAROSLAVL, RUSSIA

DAS WISSENSCHAFTLICHEN FORSCHUNGS- UND
STUDIENZENTRUM FÜR DIE GESCHICHTE,
KULTUR UND RECHT DER ANTIKE
DER STAATLICHEN DEMIDOW-UNIVERSITÄT JAROSLAWL
YAROSLAVL, RUSSLAND



RUSSIAN SOCIETY OF CLASSICAL STUDIES



« »
THE RESEARCH AND EDUCATIONAL FOUNDATION
"THE CENTRE FOR ROMAN LAW STUDIES"
YAROSLAVL BRANCH



YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY

K. TANEV*

ALCUNE CONSIDERAZIONI SUI CONTRATTI INNOMINATI

Il diritto romano non ha sviluppato nessuna teoria generale dei contratti. Ciò nonostante, malgrado il livello basso di atteggiamento teoretico riscontrabile nelle dottrine dei giuristi classici, qualche riflessione su questo tema può essere fatta anche riguardo ai contratti innominati.

La dicotomia tra contratti e patti è un modo strutturalmente consueto di affrontare la questione in diritto romano contrattuale. I contratti sono accordi obbligatori sottoposti a una difesa legale, mentre i patti non consentivano lo stesso tipo di protezione – i così chiamati dai glossatori – *pacta nuda* (non vestiti). Nonostante alcuni patti potessero dare origine a un tipo di difesa legale – l'*exceptio*, o l'*actio*; questi sono stati chiamati *pacta vestita*. Così la struttura contrattuale riguarda soltanto un limitato numero di accordi giuridicamente vincolanti – i contratti – mentre un limitato numero di azioni su atti reali, verbali o letterali è su consenso. Tutti gli accordi cadenti fuori dal riconoscimento di una struttura contrattuale non sono protetti con la difesa legale.

Comunque già nel diritto classico un gruppo di accordi diversi dai contratti tradizionali (con obblighi «*in dando*» e «*in faciendo*») furono supportati da un'adeguata difesa legale, e dal tempo di Giustiniano finalmente questi sono stati classificati come un separato gruppo contrattuale – *anónyma synállagmata*, figure pattizie che durante i tempi medievali furono chiamate «contratti innominati».

Soltanto durante I e II sec. d. C. i giuristi cercarono di congegnare una costruzione generale per questi accordi. È difficile spiegare come mai transazioni come lo scambio (la *permutatio*), il *precarium*, l'*aestimatum*, ecc., che erano molto frequenti nella pratica, ricevettero un regolamento legale così tardi. La risposta forse è da trovare nello sviluppo del *civitas Romana*. Inizialmente, questi rapporti fra cittadini Romani furono espressione di un costume tradizionale, avente più valore morale, che legale. Istituti tradizionali come la *stipulatio*; per esempio, erano in gradi di risolvere la maggior parte dei problemi che potevano sorgere nella disciplina di tali rapporti. Il cambiamento drammatico della società e l'aumento sensibile dei contatti con gli stranieri durante l'epoca della tarda repubblica ed il principato, resero sempre più urgente la necessità di addvenire ad un nuovo regolamento giuridico, poiché i valori tradizionali della *civitas*, ossia di una chiusa *polis*, non potevano essere applicati a tali forme di rapporti. La cultura legale degli stranieri influenzò quindi la cultura romana e i giuristi romani interpretarono gli istituti stranieri con gli strumenti del diritto romano.

Queste nuove realtà diedero un impulso notevole alla cultura legale romana che prese un deciso indirizzo di sviluppo e di modernità. Già i giuristi classici separarono un tipo nuovo di transazioni fuori della struttura tradizionale nei casi in cui l'obbligo doveva nascere dopo una prestazione già eseguita. La denominazione segue la struttura di contra-prestatio – «*in dando*» e «*in faciendo*» (D. 19. 5. 5.). Più tardi il diritto medievale proporrà la classificazione seguente: *do ut des*; *do ut facias*; *facio ut des*; e *facio ut facias*.

* Константин Танев – доктор римского права, доцент юридического факультета Университета г. Софии, Болгария.

In generale la struttura di tali rapporti è basata sugli obblighi delle due parti (A e B) nonostante l'obbligo del secondo – B – si configuri solo dopo l'esecuzione del primo – A. Così si può dire che questi sono schemi contrattuali giuridicamente unilaterali, anche se economicamente bilaterali. Infatti i contratti innominati erano simili dalla loro struttura legale a dei contratti reali, poiché il loro obbligo sorveva soltanto dopo l'esecuzione di una delle parti.

La difesa legale in questi accordi seguiva due tipi di azione: una finalizzata ad ottenere la restituzione della cosa data e un'altra per l'adempimento dell'obbligo reciproco.

La più vecchia (la difesa extracontrattuale), già in uso dal tempo della tarda Repubblica, era la *condictio ob rem data re non secuta* – ed era finalizzata al recupero della cosa data se la seconda parte non aveva ottemperato alla sua promessa. La *condemnatio* era il *quanti ea res*, vale a dire, che l'imputato doveva restituire la cosa ricevuta o il suo valore. Invece, nei casi *facio ut des, facio ut facias* – veniva fornita un'*actio de dolo*.

Il secondo gruppo di azioni (la difesa contrattuale) si concentrò sull'esecuzione della seconda parte. Il pioniere fu qui, il tipo di transazione «*do ut des*». La sua azione infatti è stata modellata sotto l'esempio del contratto di *emptio venditio*. I sabiniani concessero alla parte che aveva dato qualcosa, sia una tutela con con l'*actio empti*, sia con quella *venditi*. I proculeani, che alla fine prevalsero, ammisero che il premio nel contratto di vendita poteva essere soltanto in denaro, escludendo quindi l'applicazione dell'*actio empti* o *venditi* nei casi di *permutatio*. Il risultato fu che il *pretor* modellò un *actio in factum*, analoga alle azioni nel contratto di vendita e dopo di questo anche un'azione con la formula *in ius concepta*, che era probabilmente un'azione *bonae fidei* per avere una *intentio incerta* – chiamata *actio civilis incerti*. Durante l'ultimo sviluppo post-classico il rimedio di un'*actio civilis* fu generalizzato per tutto i tipi contratti innominati sotto il nome di *actio praescriptis verbis*.

Il frammento D. 2. 14. 7. pr. – 4, (*Ulp. 4 ad Edictum*) ci dà un indizio del fatto che i giuristi cominciarono a sviluppare i accordi *synallagma* con una struttura così peculiare per la tradizione di diritto civile.

D. 2. 14. 7 pr. Ulp. 4 Ad Ed. Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.

Gli accordi nel diritto dei popoli sono la base una volta di *actione*, altra volta di *exceptiones*.

D. 2. 14. 7. 2 Ulp. 4 Ad Ed. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc «*synallagma*» esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumissisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo «*synallagma*» dicit, unde haec nascitur actio.

Se la cosa non è trasferita sotto un altro contratto, soltanto la causa sarebbe sufficiente per l'esistenza dell'obbligo, come Aristone ha detto elegantemente. Per esempio se ho dato una cosa nello scambio e tu me darai un'altra; se ho dato una cosa nello scambio e tu farai qualcosa: questo è un «*synallagma*» e così nasce un obbligo civile. Questo è perché credo che Mauriciano correttamente ha corretto Giuliano: se ho dato Sticho nello scambio a condizione che tu libererai Pamphilo; dopo che Pamphilo è stato liberato, Sticho dev'essere consegnato. Giuliano ha scritto che sarà data dal pretore quell'*actio in factum* che è chiamata *actio civilis incerti*, *i. e. a. praescriptis verbis* sarà sufficiente: c'è un contratto, chiamato da Aristone «*synallagma*», che darà la nascita a un'azione.

Il testo è abbastanza chiaro per fare un'esegesi completa. Comunque è tuttavia necessario menzionare il fatto che le parole «*id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum di*» sono interpolate, perché ovviamente aggiunte dai compilatori per spiegare il significato di «*actio civilis incerti*»¹ L'ultima istituzione, evidentemente, era chiara per i giuristi classici, ma non per i giuristi giustiniani.

In D. 2. 14. 7 pr. Ulpiano discute il concetto di un'istituzione del tipo *ius gentium – conventio*² – si tratta di *ius honorarium* e *ius gentium* come si chiarisce dal titolo (*Ulp. 4 ad Edictum*) del suo libro e dalle parole della prima frase. La *conventio* è un accordo dell'obbligo legale; qui si dà alle parti sia un *actio* che un'*exceptio* – a prescindere dalla loro cittadinanza. Questo concetto è più ampio dell'idea di un contratto tradizionale poiché copre casi e accordi tipici per la struttura contrattuale tradizionale e casi e accordi diversi da questa struttura. Dopo il frammento del paragrafo 1, il giurista continua con un elenco di contratti tradizionali ('avere i loro propri nomi' = *in proprium nomen contractus*) e di casi per tali convenzioni e, nel Par. 2, citando la risposta di Aristone a Celso, aggiunge allo scopo dei rapporti legali le convenzioni – un gruppo nuovo, organizzato sotto una categoria chiamata da Aristone *synállagma*. Infatti questa parola in Greco ha un significato molto largo di relazioni sociali con caratteristiche pecuniarie e di transazione³ Il fatto che gli esempi nel testo sono generalizzati con un termine Greco fa capire che i loro casi non erano tipici per la tradizione romana. Aristone ha bisogno di un termine più ampio che il termine romano – *contractus*, per denominare transazioni che erano fuori dallo schema contrattuale tradizionale, e che nel caso di specie erano la base dell'*actio*. Questa idea di migliorare il concetto tradizionale dei contratti come causa di obbligazione legale è apparentemente condiviso da Ulpiano. Questi usa in D. 2. 14. 7 pr. il più largo concetto di *conventio* per circondare nella sua definizione generale i casi che chiamiamo oggi *contratti innominati*. L'ampiamiento dello scopo dell'*obligatio* fuori del contratto non abolisce il concetto di *nuda pacta* che non davano nessun origine a un obbligo legale.

Aristone considera questi accordi come ipotesi di obbligazioni civili dove soltanto la causa era sufficiente. Aristone non è chiaro sul punto che la causa dello schema contrattuale sia questa, ma è ovvio che Ulpiano fu impressionato dalla logica di Aristone, lo dimostra la seguente frase: ...*subsit tamen causa, eleganter*⁴ *Aristo Celso respondit esse obligationem*. Probabilmente la causa era l'accordo per la contro esecuzione.

Giuliano dà un'opinione diversa, che è stata corretta da Mauriciano, quando questi dice che la difesa legale, in caso di *do ut manumittas* non era civile ma un rimedio pretorio – l'*actio in factum*, mentre Ulpiano sceglie una posizione intermedia rispetto alla teoria *synállagmatica* di Aristone e Mauriciano, concedendo in questo caso l'*actio civilis incerti*.

¹ Una *actio incerti civilis* è con *demonstratio* incerta – dove i fatti dell'accordo sono descritti. KASER, Max, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 328: Die formeln auf ein incertum haben dagegen des Schema: Quod... (demonstratio), quid quid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere (praestare) oportet (ex fide bona).

² Il primo giurista che ha sviluppato il concetto di *conventio* fu *Sextus Pedius* (138–161), che considera questo come una coincidenza del desiderio di entrambe le parti; questo deve essere scoperto in tutti i contratti – sia reale, verbale o letterale, TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Guiffrè, 1990, p. 443.

³ WOŁODKIEWICZ, Witold, *Contrahere – contractus dans le droit romain classique*, in *Le droit romain et sa réception en Europe*, ed. H. Kupiszewski e W. Wołodkiewicz (1978), nota (300).

Aristotele, *Eth. Nic.*, 1132^o, menziona due tipi di *sinallagma* – *ekousia* (le relazione volontarie dell'accordo); ed *akousia* (le relazioni non volontarie sotto l'obbligo della legge): BISCARDI, Arnaldo *Diritto greco antico*: Milano (1982), p. 134 s.

⁴ SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, p. 206, la definisce: «una determinazione ottenuta con rigore logico».

L'altro giurista romano che ha discusso il problema dei contratti innominati è Paolo nel suo 5 libro delle «*Questiones*». L'atteggiamento di tale giurista è più vicino a quello di Giuliano. Questi è soprattutto impegnato in una discussione dei diversi casi specifici, piuttosto che fare considerazioni di carattere più generale in modo simile a Aristone. Il modello casistico scelto da Paolo discende direttamente dal nome del suo libro – *Le domande*. In D. 19. 5. 5 egli studia alcuni casi che sono al limite tra i *contratti innominati* ed i contratti tradizionali e diversi gruppi di contratti innominati. Egli divide l'opinione dei proculeani circa la distinzione tra i contratti innominati ed i contratti consensuali di vendita e d'affitto.

Giuliano e Paolo (D. 2. 14. 7. 2 e D. 19. 5. 5. 2⁵) dimostrano però di avere una posizione particolare nel caso dello schema *do ut manumittas* (A dà a B uno schiavo perché B liberi il suo schiavo; quando B lo libera, A viene sfrattato). Entrambi i giuristi concedono un'*actio de dolo*, se A conosceva il difetto del suo titolo sopra lo schiavo, mentre un'*actio in factum*, se A era ignorante sul punto.

Nel caso (D. 19. 5. 5. 3)⁶ in cui l'obbligo iniziale era di *dare*, Paolo è stato preparato per concedere un'azione civile per la *contra prestatio*. Comunque, nei casi di *facere*, soltanto *actio de dolo* o un'*actio in factum*. La sua posizione è probabilmente basata sull'idea di quel *facere* che non potrebbe essere origine di un obbligo civile.

Generalmente si può concludere che il concetto di causa nei contratti innominati si configura in due elementi fondamentali: a) l'esecuzione iniziale e b) l'accordo dell'obbligo reciproco dell'altro.

Nell'articolo «*Contractual theory and the innominate contracts*»⁷ McCormack discute il problema della causa nei contratti innominati. Alla fine conclude, che la causa comporta: 1) l'obbligo per una parte di eseguire la sua prestazione; 2) e che quest'esecuzione è una condizione necessaria per il sorgere dell'obbligo dell'altra parte. La sua teoria quindi descrive la causa dei contratti innominati come una fattispecie in cui una *datio* è combinata con una *pactio*.

Si può fare un parallelo con il frammento D. 22. 2. 5 pr. e par. 1 del maestro di Paolo – Scaevola. Molti autori considerano questo testo come interpolato e lo definiscono come la descrizione di un *mutuum*. Credo che il contesto in questo caso sia quello dei contratti innominati e quindi il frammento intero è da ritenere classico.

D. 22. 2. 5. Scaev. 6 Resp. Periculi pretium est et si condicione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat: veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut 'si non manumittas', 'si non illud faccias', 'si non convaluero' et cetera. nec dubitabis, si piscatore

C'è un prezzo per il rischio e se la condizione penale che riceverà non risulterà soddisfacente per quello che ha dato e qualcosa oltre al denaro che ha dato, se è diverso dall'*alea*: come questi, ciò è causa dell'insorgenza di *conditiones*, 'se lei non rende libero lo schiavo', 'se lei non fa questo', 'se non prende meglio' Senza dubbio, se ho dato molto denaro a un

⁵ D. 19. 5. 5. 2 i.f. (Paul. L. 6 quaest.) ...*sed si dedi tibi servum, ut servum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulians scribit si ignorans, in factum civilem.*

⁶ D. 19. 5. 5. 3. (Paul. L. 5 quaest.) *Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.*

⁷ MCCORMACK, Jeffrey, *Contractual theory and the innominate contracts*, SDHI, LI, 1985, p. 131–152 ed il summarium, p. 131: *Hic suadetur, contractus eius modi qui «innominati» vocentur non esse putandos genus esse contractuum re aut consensu, sed potius esse pactiones ex quibus oriantur obligationes quibus uterque obligatur, ea tamen conditione ut neuter prius ut suam obligationem solvat cogi possit, quam aliter suam pactionem partem effecerit.*

erogaturō in apparatus plurimum pecuniam dederim, ut, si ceppisset redderet, et athletae, unde se exhiberet exercetque, ut, si vicisset, redderet. 1. in his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.

pescatore per la sua apparecchiatura, essendo stato chiesto, questo va ripagato se prende; ed a un atleta, per mangiare ed addestrare, va ripagato se vince. 1. In tutti questi casi anche un *pactum*, senza una *stipulatio* contribuisce per l'aumento dell'*obligatio*.

Il libro (D. 22. 2) è dedicato ai problemi del prestito marittimo, però questo frammento non è collegato direttamente al contesto dello stesso contratto ma con gli altri, perché in esso non c'è nessun riferimento al viaggio marittimo. Al centro dell'attenzione di Scaevola si trova la valutazione del rischio, attribuito al creditore in un caso giuridico ed i mezzi giuridici, tramite i quali lui potrebbe ottenere questo valore. Il pagamento supplementare per il rischio è stata probabilmente la ragione per includere questo frammento nel libro D. 22. 2.

I giuristi Romani discutono i casi di prestiti marittimi di solito nel contesto del *mutuum*. Ma questo frammento mostra un altro punto di vista. Nella prima parte si discutono i casi tipici di *mutuum*, combinato con una *stipulatio* per il pagamento ulteriore, ma nel par. 1 l'aumento non è basato su una *stipulatio* e quindi non è possibile parlare di *mutuum*.

Il caso è, che un creditore ha dato del denaro a un debitore e il debitore è obbligato al creditore per la quantità di denaro che ha ricevuto senza alcun pagamento ulteriore, nello scambio per il rischio portato al suo creditore.

La domanda che dobbiamo porci riguarda il par. 1 (*in his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest*), dove l'autore dice che l'*actio* per il denaro *extra* non è basato sullo *stipulatio*. Molti autori considerando il testo come un esempio di *mutuum* e, riguardo al par. 1, pensano ad un'interpolazione. Secondo me il contesto in questo caso, è quello dei contratti innominati. Questo perché il frammento intero è classico.

Nel testo Scaevola disegna un parallelo tra due tipi di casi. Rispetto al primo tipo, si affronta il problema del premio del rischio; nel secondo, si guarda alle ipotesi conseguenti *veluti ea*. La struttura del primo tipo di casi riguarda un trasferimento di *pecunia* dal creditore al debitore e il *creditor* si aspetta di ricevere una quantità più grande di quella prevista nello scambio per il rischio. Si menziona anche il premio per il rischio in un'ipotesi che che è diversa dal gioco d'azzardo, e questa transazione provoca *conditiones*.

Scaevola indica cinque casi simili; io mi fermo solo su tre, e cioè: '*si non manumittas*', '*si non illud facias*', '*si non convaluero*'...» tralasciando gli altri. Analizzando i testi, compresi nella banca dati «ROMTEXT» del Dr. Josef Mener, ho scoperto molti testi con una struttura simile agli accordi previsti in D. 22. 2. 5. Sono compresi degli atti di consegna di un certo quantitativo di soldi o di altri beni contro l'esecuzione di una determinata azione. Nel caso di una non esecuzione di questa azione era prevista la possibilità di richiedere indietro i beni consegnati. Questi testi, con una struttura analoga agli esempi del D. 22. 2. 5 sono collegati principalmente all'esempio della fattispecie sinteticamente indicata con la frase '*si non manumittas*'. Questa condizione sembra essere stata l'«esempio scolastico» nelle consultazioni dei giuristi romani in materia di contratti innominati.

Questi sono i vari accordi relativi all'obbligo di consegna di qualche oggetto. Soldi, oppure l'esecuzione di un atto da una parte, allo scopo di obbligare l'altra parte a liberare un determinato schiavo. Nel caso in cui lo schiavo non venga liberato si notano due ovvie possibilità per il creditore. La prima è di richiedere indietro l'oggetto dato, nel caso che la persona che lo ha ricevuto non abbia liberato lo schiavo; la seconda è di non chiedere indietro l'oggetto, nel caso in cui lo schiavo non possa essere liberato per una causa non dipendente

dalla persona che aveva ricevuto l'oggetto dal creditore in questo contratto, per esempio, se lo schiavo muore.

Così, i casi contemplati in D. 22. 2. 5 presentano una struttura analoga ai casi del tipo «*do ut des*» o «*facio ut des*» e quindi danno una possibilità di aumentare la misura della controprestazione sulla base dell'aumento del rischio. E la difesa esperibile in questo caso è un'*actio ex pacto*, ma non *ex stipulatu*, perché se il contesto sono i contratti innominati – l'*actio* dev'essere *ex bona fide*, circostanza che offre la possibilità di stabilire un legame con un *pactum* per l'aumento di detto rischio.

К. ТАНЕВ

НЕКОТОРЫЕ КОММЕНТАРИИ ПО ПОВОДУ БЕЗЫМЯННЫХ КОНТРАКТОВ

(РЕЗЮМЕ)

Статья профессора К. Танева четко делится на две части. В первой автор, анализируя два фрагмента из сочинений Юлиана и Павла (D. 2. 14. 7. 2 и D. 19. 5. 5. 2), выясняет происхождение и основные черты понятия «безымянный контракт» в римском праве, во второй принимает участие в историографической дискуссии вокруг одного из фрагментов Дигест (D. 22. 2. 5), в котором, по его мнению, речь идет именно об одном из безымянных контрактов.

Под безымянными контрактами понимается группа соглашений, отличающихся от обычных контрактов и порождающих обязательства *in dando* и *in faciendo*. Эти соглашения, определявшиеся классическими юристами как *anónyma sunállagmata*, получили в юриспруденции периода Юстиниана название «безымянных контрактов». В сфере внимания римских юристов эти соглашения попали довольно поздно – лишь в период раннего Принципата. Юристы-классики выделили безымянные контракты в отдельную группу, характеризовавшуюся тем, что обязательство возникало после предос-

тавления одной из сторон некоей вещи или исполнения некоего действия. Средневековые юристы свели эти контракты в известную классификацию: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. По существу, можно отметить, что по своей структуре безымянные контракты схожи с контрактами реальными, так как и там, и там обязательство возникает в результате исполнения одной из сторон своего действия.

Основная проблема, связанная с этими контрактами, заключается в механизме их правовой защиты: в контрактах, описываемых формулами *facio ut des* и *facio ut facias*, неисполнение обязательства первой стороной вело к предъявлению *actio de dolo*, в то время как непредставление вещи влекло за собой кондикционный иск с присуждением *quanti ea res*. С контрактами *do ut des* и *do ut facias* было сложнее: первоначально они защищались иском, аналогичным *actio empti venditi*, однако потом, когда в ходе дискуссии между сабинианцами и прокулеанцами было признано, что присуждение по иску из купли-продажи может быть выплачено только деньгами, пришлось искать другое решение. Этим решением стал предложенный претором иск *in factum*, анало-

гичный иску из купли-продажи, впоследствии модифицированный в *actio civilis*

incerti и затем, уже в постклассический период, – в *actio praescriptis verbis*.