

**CAPITOLO PRIMO:
FONTI GENERALI SUL
CONTRATTO DI MUTUO E
LA MUTUI DATIO**

1. Il contratto nell'esperienza giuridica romana e cenni sull'evoluzione del mutuo.

Dai vari indizi presenti nelle fonti, sembra evidente che i giuristi concepivano la figura del contratto come una forma specifica di consenso. Per loro, la teoria del contratto era considerata parte integrante della teoria dell'accordo, ovvero dell'espressione del consenso tra le parti coinvolte in una transazione. La nozione di contratto, estremamente ampia nelle Istituzioni di Gaio, non rappresentava l'unico punto di vista presente nei testi giuridici dell'epoca classica, il che dimostra una significativa interazione nel corso del tempo tra diverse correnti di pensiero giuridico. Un innovativo approccio sistematico, che non si limita alla sfera contrattuale, ma si estende all'ambito più generale delle azioni umane rilevanti per il diritto, è attribuibile ad *Antistio Labeone* nel I secolo d.C. Questo eminente seguace della scuola proculiana ha svolto un ruolo significativo nella definizione del concetto di contratto come un accordo bilaterale (o plurilaterale) che genera obbligazioni in conformità con la volontà delle parti coinvolte¹ e ciò rappresenta un pilastro fondamentale dell'attuale panorama giuridico.²

¹ *D. 50.16.19 Ulpianus libro 11 ad edictum: Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci sunallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

² D.DALLA & E.LAMBERTINI, Istituzioni di diritto romano, Torino, 2001, 240

Dal passaggio in D.50.16.19 emerge una concezione del contratto notevolmente più limitata rispetto a quella delineata nelle Istituzioni di Gaio. Allo stesso tempo, questa concezione è fortemente centrata sul consenso: i tipi di contratto proposti da Labeone sono atti giuridici che generano obbligazioni reciproche, ognuna delle quali è giustificata e bilanciata dalle altre, senza richiedere alcun legame formale come parole o scritti, né azioni tangibili come la consegna di un bene. In questa prospettiva, il semplice consenso è sufficiente a creare il vincolo giuridico.³ La concezione generale che pone l'accordo delle parti, noto come "*conventio*", come fondamento del contratto è chiaramente evidente nel pensiero di Sesto Pedio⁴ (I secolo d.C.), un giurista che segue cronologicamente Labeone ma precede Gaio.

Pedio sembra collegare in modo trasversale alcune categorie che nella tradizione proculiana sembrano separate (ad esempio, la *stipulatio* è considerata un "atto" piuttosto che un "contratto"). Questa visione di Pedio influisce probabilmente sulla dottrina istituzionista, come si può notare nello sviluppo della teoria delle fonti delle *obligationes* nelle sue due opere didattiche, ovvero, il *manuale* e le *Res cottidianae*.

Pedio sostiene che un rapporto, indipendentemente dalla forma in cui è stabilito, non può essere considerato un contratto produttivo di obbligazioni a meno che non si basi su un accordo tra due o più parti. Come

³ D.DALLA & E.LAMBERTINI, Istituzioni di diritto romano, 241

⁴ Giurista romano vissuto probabilmente fra Nerone e Adriano. Gli si attribuiscono, sulla base di citazioni di giuristi posteriori, un commentario all'editto del pretore in circa 40 libri e uno all'editto degli edili curuli, nonché un trattato *De stipulationibus*. Vd. a proposito GIACHI CRISTINA, *studi su Sesto Pedio*, 2006.

afferma Pedio, e Ulpiano lo conferma (D. 2.14.1.3), anche la *stipulatio*, che avviene attraverso l'uso delle parole, risulta nulla se non è sostenuta dal consenso delle parti coinvolte.⁵

I contratti possono essere categorizzati in varie modalità, alcune delle quali esplicitamente riconosciute nell'antica Roma, mentre altre sono più moderne nella formulazione, ma sono sottintese nel sistema dei giuristi romani. Queste categorizzazioni sono in gran parte derivate dal fatto che, poiché il contratto è una sottospecie del negozio giuridico, le stesse distinzioni e classificazioni applicate ai negozi giuridici si applicano anche ai contratti. Pertanto, è possibile distinguere i contratti in base a vari criteri, tra cui: solenni e non solenni, causali e astratti, a titolo oneroso e gratuito, *stricti iuris* e *iuris fidei*, secondo il tipo di azione che ne sorgeva, *iuris civilis* e *iuris gentium*, secondo l'ordinamento che li riconobbe come fonte di obbligazione.⁶

La distinzione tra contratti unilaterali e bilaterali è nettamente diversa da quella applicata ai negozi giuridici. La differenza fondamentale sta nel fatto che, per i contratti unilaterali, è necessaria la volontà di un singolo soggetto o di un gruppo di soggetti (noti come "*ex uno latere*"), mentre per i contratti bilaterali è necessaria la volontà di due soggetti o di gruppi di soggetti, cioè due parti che agiscono in opposizione. In pratica, i contratti bilaterali altro non sono che i contratti stessi.

Pertanto, è importante notare che, in quanto negozio giuridico, il contratto è sempre da considerare un negozio giuridico bilaterale. Nella sfera dei

⁵ D.DALLA & E.LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, 242

⁶ Cfr. C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Catania 1982, cit., 269

contratti, la distinzione tra unilaterali e bilaterali riguarda gli effetti del contratto, ossia le obbligazioni che derivano da esso.

I contratti unilaterali sono quelli da cui sorge un'obbligazione che ricade esclusivamente su una delle parti coinvolte (come ad esempio un contratto di mutuo). Al contrario, i contratti bilaterali sono quelli da cui derivano due obbligazioni reciproche (come ad esempio un contratto di compravendita). Queste obbligazioni sono economicamente connesse in modo tale che una è subordinata all'altra, impedendo così alla parte inadempiente di richiedere il compimento dell'obbligazione dalla controparte (nota anche come "*exceptio inadimpleti contractus*").⁷

Una classificazione tipicamente romana prende in considerazione il modo in cui le obbligazioni derivano da vari contratti.

Gaio (Istituzioni, 3.89) afferma che un'obbligazione può sorgere in quattro modi: attraverso un atto, tramite parole, per mezzo di scritti, o grazie al consenso. Di conseguenza, è possibile distinguere quattro categorie di contratti: reali, verbali, letterali e consensuali. Tuttavia, il modello gaiano non include i cosiddetti contratti innominati e i nudi patti. Nei contratti reali, in particolare, l'obbligazione riguarda la restituzione di un bene ricevuto o del suo equivalente, ma può sorgere solamente se il creditore consegna la cosa al debitore, quindi di conseguenza, il contratto viene perfezionato con la consegna del bene.⁸

Il mutuo è un tipo di obbligazione contrattuale che costituisce la prima forma storica di contratto. Si tratta di un contratto reale, in cui una delle

⁷ Cfr. C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, 269

⁸ Cfr. C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, 270

parti, chiamata mutuatario, riceve dal mutuante una certa quantità di beni fungibili, solitamente in denaro, e si obbliga a restituire un *'tantundem eiusdem generis et qualitatis'*.⁹

Il momento in cui il contratto si perfeziona è quando avviene il trasferimento della proprietà dei beni dal mutuante al mutuatario, per questo motivo, affinché il mutuo sia valido, è necessario che il mutuante sia legittimo proprietario dei beni e abbia la capacità di alienarli. Nel contesto giuridico romano, è più appropriato parlare di *"datio mutui"* poiché si concentra sulla realtà della consegna di beni fungibili, attraverso la quale i giuristi romani hanno sviluppato un concetto di contratto che sarà poi definito "reale".¹⁰

La *datio mutui* ha sempre suscitato un grande interesse da parte della dottrina giuridica romana; ad esempio, viene studiata da diversi punti di vista, come il problema della *"condictio"*, che rappresenta l'azione legale per tutelare il mutuo, ma che trova applicazioni anche in campo contrattuale, extracontrattuale e nel caso del pagamento indebito o dell'arricchimento senza giustificazione; alcuni studiosi hanno addirittura elaborato la categoria del *"promutuo"*¹¹ per sottolineare ulteriormente le somiglianze tra queste diverse situazioni¹².

⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, cit., 541

¹⁰ Cfr. A. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, Torino 2020,

¹¹ Sul cd. *"promutuo"*, cfr. E. QUADRATO, *Promutuum*, in *SDHI*, 73, 2007, 71 ss

¹² Cfr. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, 5

Un'altra questione complessa e storicamente stratificata è la genesi e lo sviluppo della classificazione delle fonti delle obbligazioni. All'interno di questa classificazione, il mutuo, ha un ruolo di primaria importanza: è possibile immaginare che inizialmente il concetto di "*re contrahere*", ovvero il dover garantire l'obbligo in virtù del possesso di una cosa altrui, comprendesse diverse situazioni che andavano dal mutuo all'indebito, arrivando persino al furto. L'elemento unificante di questa varietà di situazioni era rappresentato dal concetto di "*condictio*", che si sviluppò sia nel campo contrattuale che in quello extracontrattuale. Questo sviluppo, non ancora pienamente assimilato in termini dottrinali, è stato determinato grazie all'opera giurisprudenziale, che si è riflessa nei vari editti del pretore e, successivamente, nel Digesto, permettendo il progressivo affinamento di questa categoria.¹³

Nello studio del mutuo, bisogna confrontarsi anche con altri contratti che hanno in comune la natura reale, in particolare il contratto di comodato. Questi due contratti non solo rientrano nella categoria generale del "prestito" (il mutuo è un prestito di denaro, il comodato è un prestito d'uso)¹⁴, ma sono anche accomunati dall'originario inquadramento nella tematica delle "*res creditae*", come testimoniato ancora oggi

¹³ Cfr. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, 6 - 7

¹⁴ Espressioni che si possono leggere ancora nel Cc. it. 1865, il quale le aveva mutate dal *Code Napoléon* e dai trattatisti francesi che lo avevano ispirato o commentato.

dall'inclusione di entrambe le fattispecie¹⁵ in una stessa rubrica dell'editto del pretore.

Il mutuo e il contratto di deposito hanno alcune somiglianze, non solo perché entrambi sono regolamentati dal diritto romano, ma anche perché esiste il concetto di "deposito irregolare" che, secondo molti giuristi romani, può essere considerato come una forma comune di mutuo¹⁶.

Questa similitudine si riscontra anche in alcuni ordinamenti contemporanei.

Lo studio del mutuo non può essere affrontato senza approfondire la tematica contrattuale in generale nel diritto romano, un argomento che ha avuto notevoli sviluppi complessi nella romanistica. Nel corso dei secoli, sono emerse diverse visioni su questo istituto contrattuale, come ad esempio la teoria del "contratto vincolo" di Bonfante, la teoria del "contratto affare" di Perozzi, la teoria del "contratto accordo" di Riccobono e il riconoscimento di un "sistema romano dei contratti" da parte di Grosso. Solo negli ultimi trent'anni del secolo scorso, nuove metodologie di studio del diritto romano hanno cercato di conciliare queste diverse visioni.

Inoltre, sono da considerare gli studi dedicati al contratto reale come categoria giuridica¹⁷ e la sua comparazione con problematiche attuali.

¹⁵ A. MILAZZO, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Torino 2018.

¹⁶ Cfr. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, 7

¹⁷ Cfr. U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL annodi insegn.*, II, Milano, 1930, 539-588

In questo contesto, si può menzionare lo studio del prestito marittimo (*faenus nauticum* o *pecunia traiectica*), che oltre alla funzione di credito svolge anche un ruolo di assicurazione, fondamentale nello sviluppo del commercio a Roma già a partire dal III-II secolo a.C.¹⁸

Per cui il mutuo costituiva un tipo di prestito legato a una causa specifica, e attraverso la *traditio*, ovvero la consegna dei beni, il mutuatario diventava il proprietario del denaro o degli altri beni ricevuti (che erano considerati beni non soggetti a *mancipio*). Questo processo rappresentava una forma di "*datio*" e l'unico obbligo che sorgeva da questa transazione ricadeva sul mutuatario, il quale doveva restituire l'equivalente di ciò che aveva ricevuto e compiere personalmente una *datio-traditio*.

In qualità di proprietario del denaro o di qualsiasi altro bene preso in prestito, il mutuatario aveva il diritto di disporne come meglio credeva, assumendo anche il rischio ("*periculum*").¹⁹

Per quanto riguarda la restituzione, solitamente le parti stabilivano un termine, e in caso di mancata restituzione, il creditore mutuante avrebbe agito tramite un'azione legale chiamata "*condictio*."

Questa azione era utilizzata per richiedere la restituzione di ciò che era stato dato ed aveva applicazioni sia contrattuali che extracontrattuali.

Nel caso del mutuo, la *condictio* era ovviamente una sua applicazione contrattuale principale ed con essa si richiedeva che la quantità di denaro o beni fungibili fosse la stessa che era stata oggetto dell'originale *datio*. Di conseguenza, il debitore era tenuto a restituire l'equivalente di ciò che

¹⁸ Cfr. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, 9 – 10.

¹⁹ Cfr. M. MARRONE, *Manuale di diritto romano*, 2004, 266