

Alessandro Hirata

I contratti innominati e il cosiddetto Lebensrettungsvertrag nel diritto romano

Studia Warmińskie 51, 217-224

2014

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Alessandro Hirata
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto
Universita di Sao Paolo

I contratti innominati e il cosiddetto *Lebensrettungsvertrag* nel diritto romano

Słowa kluczowe: swoboda umów, zasada nominalizmu kontraktowego, umowa o uratowanie życia, kontrakty nienazwane, prawo rzymskie.

Keywords: freedom of contract, private autonomy, life saving contract, innominate contracts, Roman law.

Schlüsselworte: Vertragsfreiheit, Privatautonomie, Lebensrettungsvertrag, Innominatkontrakte, römisches Recht.

1. Introduzione

L'autonomia privata¹ è quel principio del diritto privato moderno per cui un soggetto, in una società libera, può costruire la sua volontà, esternalarla ed agire in base ad essa. All'interno dell'autonomia privata è compresa la cosiddetta libertà di contrattare, con cui è concesso ad un individuo il diritto di concludere qualsiasi contratto. Le parti si possono accordare affinché non siano applicate alcune norme giuridiche, ma ne siano utilizzate altre stabilite nel contratto. Si può in tal caso parlare, da una parte, della libertà di concludere il contratto (*Abschlussfreiheit*), dall'altra, della libertà di determinare il contenuto del contratto (*Inhaltsfreiheit*).

Adres/Adresse/Anschrift: Alessandro Hirata, Professore Associato di Diritto Romano dell'Università di Sao Paolo, Libero docente di Diritto Romano per l'Università di Sao Paolo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Rua Prof. Aymar Baptista Prado, 835, CEP:14040-906 – Campus da USP de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto/SP – Brasil, alessandro.hirata@usp.br.

¹ L'Autore è coordinatore di un progetto di ricerca, finanziato dal FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo), che si occupa di istituti del diritto privato analizzati attraverso metodologie comparatistiche diacroniche e storiche. Il presente contributo è stato sviluppato nell'ambito di questo progetto.

La libertà contrattuale, così come ora definita, non esisteva nel diritto romano. Nel diritto romano delle obbligazioni vigeva il cosiddetto *Typenzwang*: *a priori* le parti non avrebbero potuto stipulare contratti per i quali non fosse stata fornita un'*actio*. Tuttavia, si può affermare che, in pratica, questa limitazione del *Typenzwang* poteva essere elusa.

In un contratto per il salvataggio della vita un soggetto riceve qualcosa da un altro soggetto o si obbliga nei suoi confronti, perché il primo ha salvato il secondo da una qualche violenza. Questo contratto innominato costituisce un bell'esempio di come i giuristi romani abbiano affrontato la questione della libertà contrattuale.

2. La libertà contrattuale nel diritto romano

Attualmente ogni persona ha fondamentalmente il potere, quando si tratta di applicare esclusivamente il diritto privato, di dare forma alle sue relazioni con altri individui secondo la propria volontà. Norme giuridiche lasciano spazio alla volontà delle parti. Quando, invece, si tratta di diritto pubblico, trovano applicazione naturalmente regole diverse (il tema non sarà qui preso in esame).

Nel *ius publicum* manca la cosiddetta autonomia privata, che caratterizza il diritto privato e, al tempo stesso, la separa dal diritto pubblico. Se questa autonomia fosse cancellata dal diritto privato, non solo se ne toglierebbe il fondamento, ma esso sarebbe addirittura abolito.

Un'autonomia privata illimitata tuttavia ovviamente non esiste. Il legislatore deve porre dei limiti e gestire i diritti del singolo individuo per salvaguardare gli interessi di tutti, ossia il bene comune. Nel fare ciò, deve essere parimenti assicurata l'efficacia di talune opinioni della maggioranza. Atteso che esse spesso differiscono in modo non marginale, si possono constatare, attraverso il percorso storico e da Stato a Stato, diversità notevoli anche nella limitazione dell'autonomia privata.

Dall'autonomia privata in generale si può isolare la cosiddetta libertà contrattuale², il tema centrale di questo contributo. Attraverso la libertà contrattuale

² Sull'analisi storica della libertà contrattuale si vedano, tra gli altri, W. Scherrer, *Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit*, Basel 1948, p. 7 ss., Th. Mayer-Maly, *Privatautonomie und Vertragsethik im Digestenrecht*, Iura 6 (1955), p. 128 ss., e M. Artner, *Agere praescriptis verbis: atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, p. 11 ss. Cfr. anche A. Burdese, *I contratti innominati in Derecho romano de obligaciones (Studi in onore di Murga Gener)*, Madrid 1994, p. 63 ss., L. Zhang, *Contratti innominati nel diritto romano – Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano 2007, p. 1 ss., e (con bibliografia dettagliata) E. Sciandrello, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento 2011, p. 3 ss.

viene in primo luogo concesso ad un privato il diritto di concludere un contratto „arbitrario”. Un tale contratto ha il vantaggio di poter essere concluso senza ulteriore conoscenza dettagliata delle norme giuridiche. Le parti si accordano sulla base della ragione comune. La legge interviene solo nel momento dell'obbligo di adempiere le prestazioni nel modo concordato.

La libertà contrattuale include la scelta libera della controparte, della forma e del contenuto dell'accordo. Si può, pertanto, parlare da un lato di libertà di conclusione e dall'altro di libertà di contenuto del contratto³; le parti, nel moderno diritto delle obbligazioni tedesco, possono decidere se vogliono concludere il contratto e possono altresì – in principio⁴ – determinare liberamente il contenuto del regolamento contrattuale e anche la forma del contratto senza alcun *Typenzwang*⁵.

Se si guarda al diritto romano sotto la luce di questi *Begriffe*, una tale libertà in ambito contrattuale non veniva concessa ad ognuno, come invece avviene oggi. Le persone completamente capaci di agire erano numericamente inferiori rispetto ad oggi⁶. Si può parlare di una libertà di conclusione del contratto solo nel caso di un *pater familias* completamente capace di agire⁷.

Con riguardo alla libertà di determinare il contenuto del contratto, nel diritto romano delle obbligazioni esisteva il già menzionato *Typenzwang*: le parti fondamentalmente non potevano concludere contratti per cui non fosse prevista un'*actio*⁸. Da ciò si potrebbe dedurre che nel diritto romano classico non esisteva una libertà contrattuale analoga a quella conosciuta nel diritto moderno, ad esempio tedesco. Questo, però, non è del tutto corretto. Quantunque il concetto contemporaneo di libertà contrattuale fosse sconosciuto nel diritto romano classico, si può nondimeno constatare che il *Typenzwang* poteva, nella prassi, essere superato senza grandi problemi. La prima possibilità era l'utilizzo di una *stipulatio*, che non aveva un contenuto determinato e con la quale

³ Cfr. M. Kaser, *Das römische Privatrecht I – Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, p. 477, M. Artner, *Agere praescriptis verbis*, p. 11 ss., L. Zhang, *Contratti innominati*, op. cit., p. 1 ss., e E. Sciandrello, *Studi sul contratto estimatorio*, p. 3 ss.

⁴ Vi sono anche eccezioni, ad esempio nel diritto del lavoro o nel diritto di locazione, ove il legislatore deve limitare la libertà contrattuale per motivi sociali. Cfr. approfonditamente U. Wesel, *Juristische Weltkunde: Eine Einführung in das Recht*, Frankfurt 1984.

⁵ Come era usuale nel diritto romano (ed anche nel moderno diritto reale tedesco).

⁶ Cfr. M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, München 2005, p. 102 ss.

⁷ Anche con riguardo alla libertà di conclusione del contratto si può citare il *SC Velleianum*, che vietava alle donne di *intercedere*, ossia di vincolarsi sotto il profilo obbligatorio nell'interesse di terzi, e il *SC Macedonianum*, che vietava al terzo di agire contro il padre per restituzioni di somme date a mutuo al figlio. Cfr. W. Scherrer, *Die geschichtliche Entwicklung*, p. 10 s., und M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, p. 667 e 532. Cfr. anche D. Medicus, *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum*, Köln 1957.

⁸ Cfr. E. Betti, *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts* in *Festschrift L. Wenger*, München 1944, p. 249, M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, p. 163, e M. Artner, *Agere praescriptis verbis*, p. 13 ss.

pertanto si poteva promettere fundamentalmente tutto⁹. In questo periodo era anche decisivo, per una certa „libertà contrattuale”, il potere dei pretori di concedere un’azione (*actio in factum*) per un caso specifico¹⁰, per la cui concessione probabilmente era decisivo il carattere sinallagmatico del negozio.

Pertanto, ai romani era consentita, così come nel diritto moderno, una grande libertà di determinazione del contenuto di un contratto. Ovviamente anche allora esistevano dei limiti posti dall’ordinamento giuridico o dai valori morali comuni¹¹. I tribunali, per esempio, non riconoscevano l’esonero contrattuale della responsabilità per il danno inferto¹².

Sulla base di tutto ciò, si può presumere che nella prassi quotidiana del diritto romano classico i principi della libertà contrattuale fossero presenti, anche se i Romani non trattavano questo concetto come oggi. Nonostante questo fenomeno non fosse nominato, i Romani costruivano i loro negozi – e perciò anche i loro contratti – secondo i propri interessi economici. Attraverso la concessione di *actiones in factum*, i cosiddetti contratti innominati – che non potevano essere classificati chiaramente in uno dei tipi contrattuali riconosciuti, ma che avevano elementi di essi – potevano essere suscettibili di una tutela processuale.

Come esempio per questi contratti innominati sarà analizzato in seguito il contratto per il salvataggio della vita, il quale mostra una costellazione interessante con riguardo alla libertà contrattuale.

3. Il cosiddetto *Lebensrettungsvertrag* nel Digesto

Nel Digesto si trovano due testi sul cosiddetto contratto per il salvataggio della vita. Il primo di questi frammenti proviene dal quinto libro delle *Sententiae* di Paulus ed è contenuto all’interno del titolo „*de donationibus*”:

⁹ Cfr. M. Artner, *Agere praescriptis verbis*, p. 13 ss. e B. Biondi, *Contratto e stipulatio: corso di lezioni*, Milano 1953.

¹⁰ Si veda approfonditamente sulle *actiones in factum*, tra gli altri, P. Gröschler, *Actiones in factum – Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin 2002, p. 11ss., M. Sargenti, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, SDHI 72 (2006), p. 229 ss., e „*Actio civilis in factum*” e „*actio praescriptis verbis*” – ancora una riflessione in *Iuris vincula*, Studi in onore di Mario Talamanca 7 (2001), p. 237ss., M. Artner, *Agere praescriptis verbis*, p. 34 ss., e L. Zhang, *Contratti innominati*, p. 60 ss.

¹¹ I romani rifiutavano completamente, ad esempio, ogni tipo di ingerenza nell’eredità. Gli eredi presunti non potevano vendere la loro quota, non esistevano contratti di eredità in un senso moderno o altri accordi prima della successione. Cfr. W. Scherrer, *Die geschichtliche Entwicklung*, p. 12.

¹² L’obbligo di adempimento del contratto esisteva comunque come oggi. Se una delle parti voleva recedere dal contratto si aveva il risarcimento del danno. L’obbligo bilaterale era non modificabile, nonché vincolante e simile ad una legge. Anche se una delle parti non adempiva, l’altra non poteva facilmente mutare o recedere dalla sua prestazione, anche se ciò era molto gravoso per lui. Cfr. W. Scherrer, *Die geschichtliche Entwicklung*, p. 13 s.

Paul. 5 *sent.* D: 39, 5, 34, 1¹³: „Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio inrevocabilis est: non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit”.

Paolo sostiene che nel caso in cui un soggetto riceva qualcosa per aver liberato un altro da rapinatori o nemici si ha una donazione irrevocabile. Inoltre, non deve essere visto come un premio per una prestazione eccezionale, in quanto non è possibile fissare un determinato valore per il salvataggio della vita.

E' evidente che Paolo qui riconosce l'efficacia di un cosiddetto *Lebensrettungsvertrag*. Egli reputa lecito che un soggetto paghi qualcosa – poco o tanto – ad un altro nel caso in cui quest'ultimo lo abbia liberato da un pericolo. Dal caso descritto da Paolo si può probabilmente anche dedurre quando¹⁴ era stata posta la questione. Risulta invero che colui che ha salvato un altro ha già ricevuto qualche cosa. Atteso che questo accordo è valido, il donante non può richiederla indietro.

Inoltre, si tratta – come riportato nel testo – di una *donatio inrevocabilis*. Più che il contesto di una donazione ordinaria, il giurista vorrebbe sottolineare l'impossibilità di richiedere la cosa donata¹⁵. Secondo me, Paolo qui tratta di una donazione perché è un atto di liberalità¹⁶. Oltre a ciò, non si può, come ha scritto Paolo, determinare un valore al salvataggio della vita. Per questo motivo non parla di un contratto di scambio, ma di una donazione¹⁷. Tuttavia, si può constatare il carattere contrattuale del contratto per il salvataggio della vita. Il donante ha promesso qualcosa ad un altro – e in questo testo del Digesto anche dato – perché gli ha salvato la vita (o affinché gli salvi la vita).

Bisogna ancora rilevare che nel contesto di questo passo bisogna anche tenere a mente la *lex Cincia de donis et muneribus*¹⁸. Se vogliamo classificare il

¹³ In verità, si tratta di una doppia „tradizione” di questo testo delle *Sententiae* di Paolo, PS 5, 11, 6: „Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibetur (si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est), quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit”.

¹⁴ Cfr. O. Kahn, *Der Nothilfevertrag im römischen Recht*, Botha's Hill 1977, p. 5 s.

¹⁵ Cfr. O. Kahn, *Der Nothilfevertrag*, p. 4.

¹⁶ M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, p. 601.

¹⁷ Diversamente O. Behrends, *Recensione O. Kahn, Der Nothilfevertrag im römischen Recht*, SZ 96 (1979), p. 356. Lo Studioso sostiene che il contratto di salvataggio della vita ha un elemento (carattere) di scambio. Inoltre, come ritiene O. Behrends, *Recensione O. Kahn*, p. 356, il testo non contiene quasi elementi che indichino „einen Lohn für außerordentliche Mühe” („un premio per impegni eccezionali”).

¹⁸ La *lex Cincia de donis et muneribus* era un plebiscito del 204 a.C., che vietava donazioni sopra un certo valore a noi non noto. Cfr. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, p. 602 ss. Vi veda altresì F. Casavola, *Lex Cincia: contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli 1960.

contratto per il salvataggio della via come donazione, dobbiamo considerare la possibilità dell'*exceptio legis Cinciae* nel caso di donazione esagerata¹⁹.

Il secondo frammento del Digesto concernente questo contratto innominato è tratto dall'undicesimo libro del commentario all'editto di Ulpiano:

Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 9, 1: „Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit. Sed licet vim factam a quocumque praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer vel liberarem, aliquid a te accepero vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summissi: ceterum si alienus sum a vi, teneri me non debere, ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor”.

Ulpiano cita qui l'opinione di Pomponio dimostrandosi d'accordo. Il caso è il seguente: un soggetto riceve qualcosa o obbliga l'altro, perché il primo ha salvato il secondo da una violenza. Questa violenza era stata causata da un nemico, un rapinatore o in generale dal popolo. Secondo l'opinione di Pomponio l'editto non deve essere applicato ad una tale situazione. In altre parole, il negozio qui descritto è valido perché non ricade sotto il divieto dell'editto.

Il titolo 4, 2 del Digesto si occupa del tema del *metus*. I numerosi frammenti dell'undicesimo libro del commentario all'editto di Ulpiano iniziano con la nota citazione: „*quod metus causa gestum erit*”. E' evidente come la questione centrale concernente un possibile contratto per il salvataggio della vita in Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 9, 1 debba essere sulla validità di un tale accordo. Ulpiano e Pomponio si domandano se la promessa o la donazione da parte di colui che sia stato salvato possano essere state create sotto una specie di *metus*. Se fosse così, il negozio sarebbe vietato dall'editto²⁰. La soluzione di Pomponio (e anche di Ulpiano, che cita la sua opinione) è chiara: l'editto non viene qui applicato, perché il negozio non è caratterizzato da *metus*.

Considerevole è l'ultima frase del frammento: *ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor*. Quivi è spiegato (non è chiaro se da Pompo-

¹⁹ In PS 5, 11, 6 si legge che si può „*in infinitum donare*”. Ciò ovviamente non è inteso nel senso della *lex Cincia de donis et muneribus*. D'altro canto, però, si può combinare con la *lex Cincia* senza alcun problema: la donazione rimane valida anche sopra il valore determinato dalla *lex* se non è usata l'*exceptio legis Cinciae*. Essa è efficace secondo lo *ius civile*. Cfr. anche M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, p. 603.

²⁰ Questa probabilmente era la soluzione dominante o almeno largamente sostenuta e perciò Ulpiano doveva puntualizzare la sua opinione (e di Pomponio), per sostenerla *e contrario*. Cfr. O. Behrends, *Recensione O. Kahn*, p. 356.

nio o Ulpiano) che colui che ha salvato l'altro riceve qualcosa per il suo servizio. Pertanto in questo caso si può pensare ad una ipotizzabile *locatio conductio operarum*²¹: il contratto per il salvataggio di una persona funzionerebbe analogamente ad una *locatio conductio operarum* (o ad un contratto di lavoro), in quanto colui che è stato salvato ha pagato qualche cosa per il salvataggio della sua vita (ossia per il servizio). D'altro canto, non si può ritenere che sia stato visto in questo modo anche dai giuristi romani. Qui, come nel caso precedente, si trattava, semmai, di un contratto innominato²².

Senza dubbio, però, anche in questo caso è riconosciuta l'efficacia di questo contratto per il salvataggio della vita. Ulpiano e Pomponio reputano essere vincolato colui che abbia promesso qualche cosa ad un altro per avergli salvato la vita²³. Qui, pertanto, il problema non è la richiesta di restituzione, ma il tema centrale di questo frammento è il *metus*.

4. Conclusioni

Quantunque si debba partire dalla tipicità del diritto romano classico delle obbligazioni, è dunque chiaro come nella prassi giuridica di allora si fosse in grado di aggirarla. Con la concessione, ad esempio, di *actiones in factum* si poteva agire anche sulla base di un contratto innominato, come quello di salvataggio della vita.

Dalle fonti emerge che il contratto per il salvataggio della vita contiene, come è usuale nei contratti innominati, caratteristiche di diversi altri contratti. Si possono qui identificare elementi della *locatio conductio operarum* o della donazione. In questo senso sarà stato probabilmente inteso anche dai giuristi romani, i quali per tale motivo hanno riconosciuto efficacia al vincolo derivante da questo negozio.

Poco chiara è la relazione tra il contratto per il salvataggio della vita e la *lex Cincia de donibus et muneribus* nel periodo classico. Dalle fonti in tema di contratto di salvataggio della vita non emerge esplicitamente che le parti sarebbero incorse nel divieto di donazione eccessiva. D'altro canto, sembra altrettanto possibile che si potesse realizzare l'*exceptio legis Cinciae* per fornire a colui che era stato salvato una qualche protezione minima, ad esempio nell'evenienza

²¹ O. Behrends, *Recensione O. Kahn*, op. cit., p. 356 parla di una *locatio conductio operarum*, ma nel contesto di D. 39, 5, 34, 1. Per tale ipotesi il testo non offre tuttavia nessun appoggio. Diversamente, invece, nel passo di Ulpiano, anche se non è l'unica possibilità.

²² Cfr. M. Kaser, R. Knüttel, *Römisches Privatrecht*, p. 294.

²³ Cfr. O. Kahn, *Der Nothilfevertrag*, p. 5.

