OSSERVAZIONI SULL'OGGETTO DEL CONTRATTO DI LOCAZIONE: UTILITÀ ATTUALE DELLO SCHEMA ROMANO DEL *PRAESTARE UTI FRUI e PRAESTARE MERCEDEM*

CHIARA BUZZACCHI
Profesora Titular de Derecho Romano
Università di Milano Bicocca. Dipartimento di Giurisprudenza

L'attuale Código civil spagnolo all'articolo 1542 afferma che «El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios». Definisce quindi all'articolo 1543: «En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto» e nel successivo 1544: «En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto» e prosegue dettando la disciplina «De los arrendamientos de fincas rusticas y urbanas» e «Del arrendamiento de obras y servicios».

E' interessante notare la differenza con il codice civile italiano vigente, per il quale rientra nella regolamentazione codicistica della locazione la sola *locatio conductio rei*, restandone esclusi i contratti di locazione di immobili non urbani, la *locatio operis* e la *locatio operarum*. In Italia il termine locazione ha perso la sua connotazione, idonea ad identificare un *genus*, ed è divenuto piuttosto una *species*, assieme a molte altre speci e subspecie negoziali simili, capillarmente e nominativamente disciplinate, a partire dal contratto di affitto, fino alla cosiddetta locazione finanziaria.

Scopo di queste brevi osservazioni -tratteggiate brevemente le ragioni storiche di tale differenza sistematica, che allontana le due esperienze solo apparentemente– è quello di mostrare l'importanza invece del concetto unitario di *praestare uti frui* e *praestare mercedem*, che deriva dalla comune matrice romanistica[1]. E' infatti sempre questo

[1] Il tema è stato oggetto di ampi studi sia storici che dogmatici nella dottrina romanistica. Mi limito a rinviare a Fiori, R., *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, Jovene, 1999, pp. 21 ss. ma *passim*, che stabilisce il punto, sul quale si è concordi, appunto della unitarietà della nozione di *locatio conductio* nei giuristi romani, da vedere sul piano delle obbligazioni reciproche tra locatore e conduttore. Si veda anche Du Plessis, P. J., *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE-284 CE*, Leiden, Brill, pp. 12-15, nonché, per una raccolta storiografica e critica della letteratura precedente, Palazzolo, N., *Saggi in materia di locazione*, Catania, Libreria Editice Torre, 1995, pp. 9-72. Si veda anche Capogrossi Colognesi, L., *Remissio mercedis*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 273-291

https://doi.org/10.55104/FRDC_0593

schema che costituisce la radice vitale della regolamentazione giuridica di importanti negozi, alla quale il legislatore attuale provvede talvolta farraginosamente e sempre con un certo ritardo rispetto alle pressanti esigenze economiche e commerciali[2].

In effetti, la delimitazione del contratto di locazione esclusivamente alla sola locazione di cosa comporta questioni particolari nella dottrina civilistica italiana, le più gravi delle quali ricadono soprattutto sulla tipizzazione del consenso. Dal punto di vista della pratica, tale considerazione semplifica, per certi aspetti, la identificazione dell'oggetto del contratto in questione (la cosa locata), per altri aspetti invece rende devidenti alcuni gravi problemi in relazione alla definizione generale di oggetto del contratto, dal punto di vista sistematico, e rende anche particolarmente complessa la disciplina dei nuovi negozi che vedono la luce in n mondo economico in movimento sempre più rapido.

Dei due aspetti, si prende in esame in questo lavoro il primo, che è sicuramente quello da tenere in considerazione per le sue ricadute di carattere sistematico.

Prendiamo le mosse dal codice civile italiano vigente, del 1942. Esso definisce la locazione nell'articolo 1572, che così recita: «La locazione è il contratto con il quale una parte si obbliga a fare godere all'altra parte una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo». E' chiaro che si parla di locazione soltanto in relazione a una cosa, tanto che si specifica: mobile o immobile. La cosa è l'oggetto del contratto di locazione, e questo vale in quanto determinativo del contratto dal punto di vista causale.

Ma la stessa nozione di oggetto del contratto è assai dibattuta nella civilistica italiana[3] e tra i romanisti si deve a Fiori una puntualizzazione critica ed efficace[4].

Per esempio la identificazione e la determinazione dell'oggetto del contratto di appalto (artt.1655 ss.) è particolarmente controversa. Nella dottrina, al termine di un lungo dibattito, oggi si ritiene ormai che l'appalto designa un tipo di contratto nominato, la cui disciplina è articolata in due sub-figure (appalto di opere e appalto di servizi)[5] «entrambe riconducibili alla categoria dei contratti a prestazioni corrispettive, strutturati secondo lo schema romanistico del *do ut facias*»[6].

Per questo motivo l'oggetto «comprende tutto ciò che occorre per assicurare al committente il risultato dell'opera compiuta, e quindi anche tutte le attività e i mezzi normalmente non menzionati nel contratto ma di natura accessoria»[7].

In altri termini, l'oggetto del contratto è «costituito dall'utilità economica, dall'interesse della parte espresso e racchiuso nel bene materiale oggetto del contratto stesso

---

sulla coesistenza di elementi sistematici e di problemi applicativi dai giuristi romani alle costruzioni medievali in ordine alla ripartizione dei rischi nella *locatio rei.*

[2] Solidoro Maruotti, L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo,* 2, Torino, Giappichelli, 2010, p. 298; Garofalo, L., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi Saggi,* Torino, Giappichelli, 2016.

[3] Mi limito a rinviare a Gabrielli, E., *Dell'oggetto del contratto*, in Gabrielli, E., (dir.), *Commentario del Codice Civile*, Torino, Utet, 2011, pp. 707 ss.

[4] Fiori, R., «*Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*» in Cardilli, R., Cascione C., Cursi, M.F., Fiori, r., Lambrini P., Masi Doria C., Salazar Revuelta, M., Santucci G., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali,* Napoli, Jovene, 2003, pp. 169-238.

[5] Moscarini, L.V., «Il contratto di appalto e le figure affini», in Cuffaro (a cura di), *I contratti di appalto privato,* in *Trattato dei contratti,* diretto da Rescigno, Gabrielli, Torino, Utet, 2011, p. 5-62, qui p. 5.

[6] Cervale, «La struttura dell'appalto», in Cuffaro (a cura di), *I contratti di appalto privato,* cit., p. 100.

[7] Moscarini, «Il contratto di appalto e le figure affini»,, cit., p. 55.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0593

[…]. Pertanto, l'oggetto di appalto d'opera consiste nell'interesse economico costituito dall'opera che dovrà essere realizzata. Un'opera che, nella rappresentazione ideale del legislatore del 1942, è certamente una costruzione; assai spesso, una costruzione destinata, per sua natura, a durare nel tempo, e comunque un'opera la cui realizzazione comporta sempre rielaborazione della materia finalizzata alla produzione di un nuovo bene. Ciò spiega una serie di norme, quali la penetrante ingerenza del committente durante lo svolgimento del rapporto, la possibilità di recesso del committente, un regime di garanzie e di responsabilità particolarmente oneroso per l'appaltatore, una disciplina del pagamento del corrispettivo che tiene conto dell'effettiva durata dei lavori di costruzione e della possibile oscillazione dei costi nel tempo»[8].

E' opportuno vedere ora una breve rassegna diacronica: cominciamo col vedere che il precedente codice civile del 1865 manteneva l'unità del concetto di *locatio conductio*.

Gli articoli 1569 e 1570 dettavano rispettivamente: «La locazione è un contratto col quale una delle parti contraenti si obbliga a far godere l'altra di una cosa per un determinato periodo e mediante un determinato prezzo, che questa si obbliga a pagarle». E: «La locazione delle opere è un contratto per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede».

Una premessa definitoria precedeva le due disposizioni, perché l'articolo 1568 affermava che il contratto di locazione ha per oggetto o le cose o le opere. Affermazione che tuttavia non rispondeva appieno alla domanda se nella locazione delle opere l'oggetto fossero le cose prodotte oppure le opere destinate a produrle.

Già il parallelo tra gli articoli dei codici visti, rende per un romanista pressoché immediato scorgere che le ragioni delle dissonanze o delle ambiguità affondano le loro radici nella storia.

Le peculiarità concettuali, di sistema, logiche, rispondono ad esigenze tipiche di ogni periodo storico.

La disciplina del contratto di locazione, allo stesso modo e meglio di quella di altri contratti, si presta ad essere considerata come lo specchio di soluzioni giuridiche tendenzialmente consone ai momenti sociali, economici, ideali per i quali essa è dettata. Ma vi è anche un altro aspetto parimenti presente, che va segnalato, ossia che, a sua volta, il contratto-tipo di locazione-conduzione si disegna in relazione ad un certo assetto valoriale.

Vediamo ora brevemente questi aspetti. Come si sa, il codice civile italiano del 1942 risente dell'influenza sia del codice civile francese sia del sistema tedesco. Per quanto riguarda la definizione codicistica attuale della locazione, si deve notare che questa si innesta su un dato mancante a monte, su una assenza, o meglio, come dice Fiori, su un concetto sfuggente, quale appunto quello generale di oggetto del contratto.

Nel codice del 1865 vigeva infatti a tal proposito l'articolo 1125, che stabiliva che oggetto del contratto era il trasferimento di proprietà o di un altro diritto.

Eliminata ora tale definizione, si trova che talvolta il termine «oggetto» indica la prestazione, talaltra il bene economico, o ancora ciò che astrattamente è suscettibile di esecuzione, e si è visto l'esempio del contratto di appalto. A complicare le cose, poi, nel codice civile italiano vigente non si parla solamente di oggetto del contratto, ma altresì

[8] Cervale, «La struttura dell'appalto», in Cuffaro (a cura di), *I contratti di appalto privato,* cit., p. 100.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0593

dell'oggetto della obbligazione, ossia la prestazione e dell'oggetto della prestazione, che sia un bene o un fatto[9].

L'oggetto del contratto di locazione, di conseguenza, a sua volta è visto nel bene, oppure nella prestazione, oppure ancora nella intera rappresentazione ideale del negozio.

Tuttavia ci si è chiesti, se l'oggetto del contratto è un bene, come si possa spiegare, per esempio la illiceità dell'oggetto. E, ancora, se si pensa alla compravendita, oggetto del contratto non sarà il bene, bensì il diritto. Dunque questo ed altri problemi stanno nelle contemporanee questioni definitorie se si ritiene che oggetto del contratto sia un bene.

Ma se si postula che oggetto sia la prestazione, come intendere i contratti ad effetti reali? Se si pensasse che qui l'oggetto consiste nel trasferimento dei diritti, di nuovo si annullerebbe la differenza tra oggetto e prestazione.

Infine, e sempre alquanto rapidamente, se si considerasse quale oggetto del contratto la sua rappresentazione ideale, difficilmente si inquadrerebbe la questione del negozio invalido[10].

Non interessa ora addentrarsi nella problematica connessa alla impostazione volontaristica, né in quella dottrina per cui l'oggetto del contratto è il suo contenuto negoziale, vale a dire l'insieme del programma contrattuale, comprenda esso effetti reali oppure obbligatori, nel qual ultimo caso verrebbe meno la differenza tra il contenuto (in quanto oggetto) del contratto e quindi una parte del contratto e l'intero contratto, in tutto il suo insieme. E infatti, da Gino Gorla, negli anni Cinquanta è chi nega la necessità di parlare di oggetto del contratto, anche a livello della regolamentazione europea[11].

Piuttosto, è interessante notare che la storia dell'idea di oggetto del contratto in relazione al contratto di locazione aiuta in maniera decisa a comprendere quali siano le coordinate entro le quali il diritto si muove.

Nella storiografia romanistica, come si sa, secondo Betti i giuristi romani non hanno mai esplicitamente parlato di oggetto del negozio, pur avendo ben presente il concetto[12].

Secondo Riccobono[13], poi seguito da altri, ora per esempio Schiavone[14], l'elemento del consenso, dell'accordo di volontà non costituisce di per sé l'elemento essenziale della categoria contrattuale romana, della quale non è mai stato il punto focale nella sua evoluzione storica. La necessità del consenso, affermata e rimarcata nelle fonti non è mai posta dal punto di vista della sua essenzialità.

In buona sostanza si deve dire che la questione non è per i *prudentes* quella degli elementi del contratto.

La vea domanda per i giuristi romani è semmai diversa: o la *conventio* cade su un contratto tipico, e di conseguenza si producono obbligazioni *contractae*, che ricadono in un *nomen contractus* oppure questo non avviene.

---

[9] Fiori, R., «*Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*», cit., p. 174.

[10] Fiori, R., «*Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*», cit.

[11] Gabrielli, E., *L'oggetto del contratto*, Milano, Giuffrè, 2015,

[12] Betti, E., «Diritto romano e dogmatica odierna», in *Archivio Giuridico*, Modena, Mucchi Editore già Soliani, 94, 1928, ora anche in *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, Milano, Giuffrè, p. 67.

[13] Tra le varie opere dell'autore basti qui fare riferimento alla voce enciclopedica Riccobono, S., *Contratto (diritto romano)*, in NDI 4, Torino, UTET, 1938, p. 31

[14] *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli, Jovene, 1971, p. 131.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0593

Ne deriva che la visuale dei giuristi romani non è, in nessun caso, quella dell'oggetto del contratto, bensì c quella delle obbligazioni, perché il fulcro è l'*obligatio contracta*. Questo è conforme al punto di vista del processo, più propriamente dell'*actio*.

Il contratto, dunque, è un modo attraverso il quale si contrae l'obbligazione e la vera risposta che i giuristi cercano è: a quali obbligazioni ci si è vincolati?

Il sistema contrattuale romano è l'altra faccia del sistema delle azioni formulari, contemplate come si sa in maniera alluvionale nell'editto: attraverso l'*intentio* formulare l'attore pretende e spetta all'*officium iudicis*, condannare a una certa somma di denaro o assolvere.

Premesso questo, nella *locatio-conductio* la questione diventa la determinazione del *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona* e, di conseguenza, *eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato*; *si non paret absolvito*, per la formula *ex locato* e, parallelamente, del *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*, *eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato*; *si non paret absolvito* nella forma *ex conducto*. Sarà poi indicato nella *demonstratio*, sia che dell'*actio conducti: quod Aulus Agerius Numerium Negidium fundum* (oppure *opus faciendum* oppure *operas*) *qua de agitur* e, per la forma dell'*actio locati* il verbo tecnico *locavit* oppure il verbo tecnico *conduxit* per la forma dell'*actio conducti*[15].

La premessa indicata nella *demonstratio* costituisce il fatto non controverso tra le parti, accettato e non più da discutere, sul cui terreno si sostanzia il contenuto delle prestazioni reciproche. Si tratta quindi di uno schema particolarmente ampio, felice, che dà luogo ad una evoluzione vastissima, che caratterizza il mondo italiano, iberico, europeo e latino-americano proprio per la sua grande duttilità e capacità di ricomprendere la vastità del contenuto delle prestazioni, reciproche tra le parti, a iniziare da un *praestare uti frui* in relazione a un fondo e al *praestare mercedem* fino a tutte le possibili estensioni.

E' chiaro che, se guardiamo lo schema dell'*actio operarum* per cercare l'oggetto del contratto, e non le reciproche prestazioni, diventa difficile individuarlo.

E infatti si è a lungo interrogata la dottrina sulla questione se l'uomo libero potesse costituire l'oggetto del contratto. Anche alla luce delle grandi divisioni tra *personae res* e *actiones*, risulta infatti inaccettabile che si arrivasse a considerare, seppure al solo fine della *locatio operarum*, l'uomo libero al pari di una *res*. Ma questa difficoltà, logica, di sistema, che infatti si incontra, oggi può essere meglio indagata e probabilmente superata, in base alle nuove fonti di conoscenza a disposizione del romanista. Se si integra, come si deve fare infatti, il *Corpus Iuris* giustinianeo con i nuovi documenti epigrafici e papirologici, riferentesi anche alla prassi, ecco che risulta che la *locatio operarum* per lo più riguardava l'attività degli schiavi. Per lo più il *dominus* di intere famiglie servili locava le *operae* degli schiavi, i quali potevano essere anche altamente specializzati, contraccambiato dal *praestare mercedem* della controparte, in una situazione economica basata sulla divisione del lavoro[16].

Lo schema della locazione nel diritto romano si era dunque adattato facilmente alle caratteristiche sociali ed economiche via via diverse nel tempo.

---

[15] Mantovani, D., *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, 2.ª ed., Padova, Cedam, 1999, p. 54. Lenel, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3.ª ed. Auflage, Leipzig 1927, rist. Aalen, Scientia Verlag, 1985, pp. 299-300.

[16] Du Plessis, P. J., *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE-284 CE*, cit., pp. 103-120.5.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0593

Come allora, anche oggi, tale fortunata caratteristica permette la nascita e poi la regolamentazione di rapporti economici e contrattuali via via diversi,

In questi vi è sempre una eco dell'originario *praestare uti frui* in cambio di un compenso.

Rispetto alla soluzione dei problemi pratici che la vita economica impone, la questione dell'oggetto della locazione (e quindi del contratto) diviene forse definitivamente meno conducente. Vi è chi, come Fiori[17], ha posto altresì in luce un altro dato interessante, una cifra antropologica del pensiero romano, vale a dire il fatto che per i Romani la realtà non è un panorama da osservare da un punto di vista individuale. La creazione dell'idea di individuo è un prodotto recente della nostra storia[18]. E' interessante notare che se, per i Romani, non esiste un individuo osservatore esterno rispetto alla realtà, un soggetto diverso dall'oggetto, perché l'uomo è parte di un ordine cosmologico ordinato, appunto, tra dei, persone, cose, così come non esiste il soggetto del diritto, portatore, titolare di un fascio di prerogative, ma al contrario esiste il ruolo, così tale cosmologia della natura si riverbera su tutti i piani: da quello morale ed etico a quello sociale, politico, economico e quindi giuridico. Per tal via, il mondo giuridico si interessa a risolvere questioni pratiche e la soluzione è raggiunta quando in modo equilibrato contempera i diversi interessi in gioco. Così come la persona è, prima di tutto, la persona del verbo, ossia colui che agisce, così il rapporto giuridico è visto in relazione al farsi dei suoi elementi. Nel contratto di *locatio-conductio* tale aspetto di carattere generale mostra tutta la sua validità espansiva.

Come si sa bene, la necessità di una costruzione del sistema del negozio giuridico, e quindi del contratto, non è dei Romani.

Tuttavia, ricondurre la causa di questo a una visione più ampia del fenomeno giuridico, la quale cioè tenga conto cioè elementi ideali e sociali in cui esso si realizza, aiuta non solo a comprendere le linee dello sviluppo diacronico dell'istituto, ma anche a prospettare quelle future o *in fieri*. In un mondo sempre più globalizzato, nel quale tra l'altro, e non a caso, la stessa idea di contratto è oggetto di innumerevoli dispute e da taluno addirittura è messa in crisi, la vitalità dello schema contrattuale della locazione appare davvero notevole ed efficace, perché è del tutto consona a coprire molte esigenze dei commerci e dei traffici: dal trasporto, come si è visto, alle cure ospedaliere, a tutto quel sistema di servizi che caratterizza l'attuale economia.

Come ben si sa, la teoria medievale dei *substantialia, accidentalia, naturalia negotii* ha avuto origine dalla riflessione sulla compravendita. Papiniano parlava di *substantia emptionis*, Paolo in D. 44,7,3 affermava non esserci *emptio venditio* in assenza di *pretium*. Da qui parte la considerazione che il prezzo è allora elemento essenziale della compravendita, da qui, per una via interessante di sviluppo ma che non è il luogo di vedere ora, ha preso il via la individuazione degli «elementi essenziali» nella compravendita (*consensus*, *pretium*, *res*) e, con un passo molto breve, agli elementi essenziali della loca-

[17] «*Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*», cit.

[18] L'argomento è amplissimo e mi limito solo a lambirlo in relazione all'interesse che può avere ai fini anche della storicizzazione dei concetti giuridici romani ed alla individuazione di quegli elementi utili alla contemporanea concettualizzazione: Buzzacchi, C. «Uguaglianza e gerarchia nel mondo antico», in Russo Ruggeri, C., *Studi in onore di Antonino Metro,* Milano, Giuffrè, 2009, pp. 307-333.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0593

zione: *conventio*, *merces*, *res*[19]. E' questo il primo passo verso la identificazione dell'oggetto della compravendita, poi della locazione, poi del contratto.

Ma certo, come già Doneau aveva compreso, la similitudine non regge fino in fondo: altro è *praestare uti frui*, altro *praestare operas.* Lo schema romano unitario si sgretola, si frammenta in ipotesi diverse, della *locatio conductio rei*, *operis* e *operarum*[20].

Arriviamo velocemente all'esito finale: attraverso la smaterializzazione del concetto di *res*, solo con il giusnaturalismo si arriva a parificare la *res* con l'oggetto del contratto.

Ma da Pothier in poi la *locatio operarum* esce dal code civil per entrare nelle regole sulle corporazioni e mestieri e nelle ordonnances royales. Come viene studiata in questo contesto la locazione nel Digesto? Naturalmente, l'interesse si concentra alla *locatio operis* e alla *locatio rei*.

Nel codice civile italiano vi è ora il risultato, la sintesi di queste esperienze, quella francese e quella tedesca, pandettistica.

In conclusione, mentre nel sistema romano è il concetto di prestazione il fulcro di ogni riflessione, e quindi il *praestare uti frui* ed il *praestare mercedem* costituiscono la visuale dei giuristi, invece la *res* e il persistente valore di cosa, quale oggetto della locazione, uniti all'approccio moderno di stampo soggettivistico, hanno portato all'attuale sistemazione codicistica italiana.

Soprattutto oggi, i tanti vincoli imposti dalle legislazioni contemporanee in tema di locazione accentuano ulteriormente la riflessione della dottrina in tema di tipizzazione del consenso. Vincoli che non mancavano, tuttavia, nemmeno a Roma: basti pensare alle locazioni dei fondi pubblici, ma ben presenti ed importanti anche in relazione ai fondi privati e che non hanno mai impedito una schematizzazione unitaria del *praestare uti frui* e *praestare mercedem.*

ABSTRACT: In the current Codice civile in Italy the only *locatio* is the *locatio rei.* This particular delimitation causes problems about the general concept of the contract's object and for the discipline of the other figures. The purposes of this work is to show the vitality of the scheme that considers *praestare uti frui* and *praestare mercedem*.

KEYWORDS: Contract, object, Codice civile, *locatio, praestare uti frui*, *praestare mercedem*.

[19] Si tratta di un cammino messo in luce ed analizzato da Fiori, R., «*Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*», cit.

[20] Fiori, R., «*Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*», cit.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0593

https://doi.org/10.55104/FRDC_0593