

## Il regime del rischio contrattuale nell'art. 604 del Codice civile cinese\*

Enrico Toti

SOMMARIO: Premessa. – 1. Evoluzione del diritto dei contratti cinese. Dal Tripode al Codice civile cinese. – 2. La disciplina del rischio contrattuale nella compravendita secondo il Codice civile cinese. – 3. La problematica del rischio contrattuale nella compravendita nelle fonti del diritto romano. – 3.1. *Segue*. La problematica del rischio contrattuale nella compravendita nelle fonti del diritto romano: I. 3.23.3. *Periculum e damnum* – 3.2. *Segue*. *Periculum e damnum*. – 4. Il filtro dei codici moderni. Codice svizzero e tedesco. – 4.1. Soluzione francese e italiana. – 5. Fra l'esperienza romana ed i codici moderni. Brevi riflessioni. – 6. Conclusioni.

### Premessa

La presente indagine intende analizzare, limitatamente al contratto di compravendita, la più recente disciplina del rischio contrattuale nell'ordinamento cinese, collocandola nella prospettiva della tradizione romanistica e all'interno del dialogo con questa tradizione a cui il diritto cinese dei contratti partecipa.

L'impossibilità sopravvenuta della prestazione, per causa non imputabile al debitore, regola generale del sistema giuridico romanistico concepita dalla pandettistica ed accolta nel BGB prima e successivamente nel Cod. civ. it., esclude la responsabilità. Vi è, quindi, da parte di ogni ordinamento, il compito di regolare la distribuzione del rischio legato al verificarsi di eventi che sfuggano al controllo dei contraenti. Per lo più si tratta del caso del perimento della cosa oggetto della prestazione, ed a tale ambito rimane circoscritto il presente lavoro ma il discorso potrebbe essere esteso, ad esempio, agli eventuali danni che l'attività contrattuale possa causare a terzi, per non parlare della tendenza recente della dottrina civilistica e comparatistica ad ampliare la nozione tecnica di rischio.

---

\* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

## 1. Evoluzione del diritto dei contratti cinese. Dal Tripode al Codice civile cinese

È noto il processo storico-politico della materia contrattuale in Cina, che ha preso avvio a partire dagli anni '80 del secolo scorso, attraversati da fasi politiche ed economiche determinanti per il destino del paese, in virtù delle scelte di apertura (*gǎigé kāifàng* 改革开放)<sup>1</sup> al resto del mondo in campo politico, economico e commerciale, con il Tripode (*Sānzúdǐnglì* 三足鼎立)<sup>2</sup>: Legge sul contratto economico del 1981<sup>3</sup>, emendata nel 1993; Legge sul contratto economico concernente interessi stranieri del 1985<sup>4</sup>; Legge sui contratti di tecnologia del 1987<sup>5</sup>. A tali leggi si sono aggiunti, ad integrazione della materia, i Principi generali del diritto civile del 1986, una prima abbozzata forma di codice civile, e successivamente un attento lavoro del legislatore per dare alla materia dei contratti una prima organizzata sistemazione nella Legge sui contratti del 1999<sup>6</sup>, testi ora abrogati ed assorbiti nel Codice civile della Repubblica Popolare (*Zhōnghuá rénmín*

<sup>1</sup> Riguardo alla politica di apertura della Cina v. T. Cheek, *Vivere le riforme. La Cina dal 1989*, Torino, 2008. Per un lavoro di ampio respiro, v. Ezra F. Vogel, *Deng Xiaoping and the Transformation of China*, Harvard University Press, 2011.

<sup>2</sup> Riguardo all'utilizzo del termine "Tripode", Liang Huixing (a cura di), *Zhōnghuá Rénmín Gònghéguó hetongfa jiqi zhongyao caogao jieshao* [Presentazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese e delle bozze più importanti], Beijing, 1999, 3.

<sup>3</sup> *Zhōnghuá rénmín Gònghéguó jingjì hétóngfǎ* 中华人民共和国合同法.

Per la spiegazione dettagliata della Legge, v. Guowuyuan Jingji fagui yanjiu zhongxi n bangongshi (Ufficio del Centro di ricerca sulle normative economiche del Consiglio degli Affari di Stato), *Zhōnghuá Rénmín Gònghéguó jingjì hetongfa tiaowen shiyi* [Spiegazione degli articoli della Legge sui contratti economici della Repubblica Popolare Cinese], Beijing, 1982. Sul contratto economico negli ordinamenti socialisti v. G. Ajani, *Contratto economico nei Paesi socialisti*, in Dig. disc. priv., Sez. civ., vol. IV, Torino, 1989, 258-261.

<sup>4</sup> *Zhōnghuá rénmín Gònghéguó shèwài jingjì hétóngfǎ* 中华人民共和国涉外经济合同法. Per una prima analisi della Legge, v. Zhang Yuqing, James S. McLean, *China's Foreign Economic Contract Law: Its Significance and Analysis*, in *Nv. J. Int'l L. & Bus.*, 8/1, 120, 1987. Sul tema anche H. Leclercq, *Introduction au droit chinois des contrats*, Paris, G.L.N. Joly éditions, 1994, 80 e 81.

<sup>5</sup> *Rénmín Gònghéguó jìshù hétóng* 人民共和国技术合同.

<sup>6</sup> Sul Codice civile cinese cfr. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra legge e dottrina*, Roma, 2019, pp. 37 - 41, spec. note 59 - 71. Per la traduzione in lingua italiana della Legge, cfr. L. Formichella - E. Toti, *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese: Legge sui contratti*, Torino, 2002.

*gònghéguó mínfǎ diǎn* 中华人民共和国民法典) che, promulgato il 28 maggio 2020, è entrato in vigore il 1° gennaio 2021<sup>7</sup>.

Le finalità ed i significati di questo codice, pertanto, sono molteplici tra i quali emerge l'intenzione di porsi quale dichiarazione dei diritti civili cinesi, la fissazione di un confine tra governo e mercato, tra il potere pubblico e i diritti privati dei singoli, la costituzione di una solida base giuridica per la stabilità sociale e la prosperità economica del paese, la promozione e la garanzia di uno sviluppo economico di qualità, il miglioramento del benessere pubblico, il perfezionamento del diritto civile, commerciale e dello stato di diritto<sup>8</sup>.

Il Codice, composto da 1260 articoli raccolti in sette libri, Disposizioni generali, artt. 1-204, Diritti reali, artt. 205 - 462, Contratti, artt. 463 - 988, Diritti della personalità, artt. 989 - 1039, Matrimonio e famiglia, artt. 1040 - 1118, Successioni, artt. 1119 - 1163, Responsabilità civile, artt. 1164 - 1260,

<sup>7</sup> Per una prima riflessione sul compimento della prima parte dei lavori, v. O. Diliberto, *Chiusura dei lavori. Diritto romano e codificazione cinese tra passato, presente e futuro. Alcune considerazioni*, *BIDR* 110 (2016) pp. 293-298. Si veda, poi, Wang Liming, *Guanyu zhiding Minfa zongze de jidian sikao* [Alcune riflessioni sulla formulazione dei Principi generali del Codice civile], in *Faxuejia* 5 (2016) pp. 1-175; Zhang Xianchu, *The New Round of Civil Law Codification in China*, in *University of Bologna Law Review* 1/1 (2016) pp. 106-137; Li Heshi, *Minfa zongze shi quel bing wanshan minshi jiben zhidu de jiben falu* [La Parte generale del Codice civile quale legge fondamentale per stabilire e perfezionare la base del sistema civilistico], disponibile in *npc.gov.cn* (ultimo accesso 10.02.2020); Liang Huixing, *Zhongguo minfa zongze de zhiding* [La formulazione della Parte generale del Codice Civile cinese], in *Beifang faxue - Bumenfa zhuanlun* XI/61 (2017) pp. 37-45; Zhang Mingqi, *Zhonghua Renmin Gongheguo minfa zongze de zhiding* [La compilazione della Parte generale del Codice civile della RPC], in *Zhongguo faxue* 2 (2017) pp. 5-24; R. Cardilli, *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della Rpc*, in *Mondo Cinese* 167 (2019) pp. 25-46; M. Timoteo, *Il Codice civile in Cina: oltre i 'legal transplants'?*, in *Mondo cinese* 167 (2019) pp. 13-24.

<sup>8</sup> Sul valore dell'attuale Codice sia riguardo ai contenuti sia riguardo al contributo che questo codice dà al sistema, v. Yang Lixin (a cura di), *Zhonghua rénmín gònghéguó mínfǎ diǎn* "tiáowén jīng shì yǔ shì àn quán xī (tàozhuāng gōng 3 cè) [Codice civile della Repubblica Popolare Cinese - Articoli ed analisi, 3 volumi], Zhongguo renmin daxue chubanshe, 2020, pp. 8 -11.

Riguardo all'impostazione ed ai modelli di riferimento è evidente una sorta di armonizzazione con i modelli esterni al fine di favorire la comunicazione dell'economia cinese con le altre economie e rendere il diritto cinese fruibile a tutti, v. Zhu Xiaozhe, *Wōguó mǎimài hétóng fēngxiǎn fūdān guānzé de bǐjiào fǎ kǎnjìng* [Il dilemma del diritto compartao riguardo alle nostre disposizioni sul rischio nella comparavendita], in *Journal of Soochow University (Philosophy and Social Science Edition)*, 2013(4), pp. 82-93. Tra i diversi modelli adottati, riferimento importante è stata la Convenzione sulla vendita internazionale di beni *CISG*, in vigore dal 1° gennaio 1988, in modo particolare riguardo agli artt. 142-149 della Legge sui contratti.

Per la traduzione in lingua italiana del Codice, v. *Codice civile cinese*, tr. di Meiling Huang, ed. italiana a cura di O. Diliberto, D. Dursi, A. Masi. Introduzione di Diyu Xu, Pisa, 2021.

rappresenta, senza alcun dubbio, un evento di carattere storico, sia per questo ordinamento sia per tutti gli addetti ai lavori<sup>9</sup>.

## 2. La disciplina del rischio contrattuale nella compravendita secondo il Codice civile cinese

Il Codice civile cinese è un codice breve a cui è, tuttavia, premessa, con il Libro Primo, un'ampia Parte generale<sup>10</sup> (*Mínfǎ zǒngzé* 民法总则), artt. 1-208, promulgata il 17 marzo 2017

dalla Quinta sessione della XII Assemblea Popolare Nazionale, in vigore dal 1° ottobre 2017. Il Capitolo Ottavo, artt. 176 - 187, è dedicato alle regole generali in materia di responsabilità civile (*mínshì zérèn* 民事责任).

Nelle varie esperienze lo studio del rischio contrattuale è stato caratterizzato dall'analisi di quelle circostanze - previste o meno dalle parti

---

<sup>9</sup> Sul problema della codificazione, i civilisti cinesi si sono schierati su posizioni diverse, anche opposte, di certo assai più numerose di quanto avrebbe richiesto il raggiungimento di un unanime consenso. Riguardo gli schieramenti dei teorici di maggior peso questi sono così riassumibili: i) coloro che sostengono l'idea del "sistema informale e del metodo dell'assemblaggio"; ii) coloro che sostengono un ricorso all'esperienza tramandata dal *ius Romanum* e alla elaborazione di una struttura su quel modello, un codice civile diviso in due parti: una relativa alla disciplina dei rapporti privati, l'altra dei rapporti patrimoniali, con pratico riferimento alla ripartizione propria del Codice civile francese, Code Napoleon; iii) coloro che sostengono l'adozione del modello pandettistico tedesco, con ripartizione tra parte generale comprensiva degli elementi fondamentali dei rapporti giuridici e parte speciale comprensiva del contenuto specifico degli stessi rapporti, quindi dei diversi diritti soggettivi; iv) coloro che sostengono la redazione di un codice "aperto", libero e possibilista, onde evitare il rischio di una struttura ingabbiata, costruita sulla convinzione dell'autosufficienza e della logica giuridica, cfr. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra Legge e dottrina, cit.*, spec.38 - 41.

Sulla possibile sistemazione del diritto civile cinese in un codice, v. Aa.Vv., *Minfadian:jianshe shehui zhuyi fazhi guojia de jichu* [Il Codice civile quale base per costruire uno Stato socialista di diritto], in *Falü kexue Xi'an* [Science of Law, Xi'an], III, 1998, 3-31; anche Liang Huixi ng, *Dangqian guanyu minfadian bianzuan de santiao silu* [Tre linee di pensiero riguardo all'attuale codificazione del Codice civile], in *Lifa yanjiu* [Legislation Research], VI, 2001, 2-7; Ma Junju, Zhou Ruifang, *Zhiding minfadian de zhidao sixiang jiqi tixi gouxiang* [Idee guida sulla formulazione del Codice civile e concezione del sistema], in *Jilin University Journal Social Sciences Edition*, V, September 2001, 55.

<sup>10</sup> Su questa parte recente del Codice civile cinese, cfr. Xu Guodong, *La base romanistica della parte generale del Codice civile cinese*, BIDR 110 (2016) pp. 47 -72; M. Timoteo, *La Parte generale del Codice civile cinese fra modelli importati e modelli locali*, in Roma e America. Diritto romano comune, 39, 2018, pp. 245-258.

e, secondo la impostazione dominante, indipendenti dalla loro volontà - suscettibili di creare uno squilibrio nel rapporto, di alterare, cioè, l'assetto degli interessi voluto originariamente dai contraenti in modo tale da impedirne la piena realizzazione. Ciò al fine di verificare se lo squilibrio in tal modo venutosi a creare debba essere o meno rimosso. Alla uniformità di intenti non ha fatto, tuttavia, riscontro una unicità negli indirizzi interpretativi e nelle soluzioni offerte. Il richiamo alle diverse formule utilizzate, quali l'equità, la buona fede, la *Geschäftsgrundlage*, la clausola *rebus sic stantibus*, la *frustration*, come presupposto sul quale la sentenza è resa, espone l'applicazione del diritto ad un margine, a mio parere, troppo ampio. Il legislatore cinese, nel momento della codificazione, aveva la possibilità di affrontare queste problematiche, inglobandole in una nozione nuova e più ampia di rischio rispetto a quella che è stata tramandata all'interno del sistema romanistico. Ma ciò non è avvenuto. Come ci accingiamo a constatare, il legislatore, almeno dal punto di vista testuale e dogmatico, sembra aver optato per la scelta tradizionale di

dare un risalto autonomo al problema della perdita incolpevole della cosa oggetto di prestazione contrattuale. Tale scelta dogmatica sembra conforme alla nozione stretta che i codici europei hanno ereditato dalle precedenti elaborazioni delle fonti del diritto romano.

Per ciò che è di nostro interesse, prendiamo in considerazione l'art. 180 del Codice civile cinese:

因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。

不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

*Se a causa di forza maggiore l'obbligazione civile non è adempiuta, non vi è alcuna responsabilità civile. Qualora la legge disponga diversamente, si applicano tali disposizioni.*

*La forza maggiore è un evento oggettivo imprevedibile, inevitabile e insormontabile<sup>11</sup>.*

---

<sup>11</sup> La forza maggiore prima della pubblicazione del Codice civile era disciplinata in disposizioni contenute in diversi testi normativi: artt. 107 e 153 dei Principi generali di diritto civile, art. 117 della Legge sui contratti, art. 29 della Legge sulla responsabilità da illecito civile. Per la traduzione in lingua italiana della Legge sulla responsabilità da illecito civile v. S. Porcelli, *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese*, in Roma e America. *Diritto romano comune*, 28/2009, pp. 229 - 243.

In linea con il sistema romanistico contemporaneo la disposizione stabilisce semplicemente che la forza maggiore, che rientra nei casi di impossibilità sopravvenuta non imputabile – e, come evidenzia la dottrina, l'unica causa di danno in cui le parti non abbiano avuto alcun ruolo<sup>12</sup> – è il limite della responsabilità per inadempimento, non aggiungendosi ancora alcuna previsione circa l'accollo del rischio per la forza maggiore in caso di contratti sinallagmatici, gestori o associativi<sup>13</sup>. Infatti, in caso di contratti sinallagmatici, per fare l'esempio che è oggetto specifico della presente indagine, l'evento imprevedibile che esonera da responsabilità pone il problema della sorte della controprestazione (in danaro) nel negozio a struttura sinallagmatica<sup>14</sup>.

La regola, che non può essere derogata dalle parti ma a cui secondo parte della dottrina è riconosciuta la libertà di meglio individuare i casi di

<sup>12</sup> Sulle caratteristiche della forza maggiore, v. Yang Lixin (a cura di), *Zhōnghuá rénmin gònghéguó mínfǎ diǎn* "tiáowén jīng shì yǔ shí àn quán xi (tāozhuāng gòng 3 cè) [Codice civile della Repubblica Popolare Cinese - Articoli ed analisi, 3 volumi], cit.. Riguardo alle caratteristiche della forza maggiore quale nozione non statica, cfr. Wang Liming, *Zhōngguó mínfǎ diǎn shì píng: zǒngzé biān* [Commento al Codice civile cinese], Zhongguo renmin dexue chubanshe, 2020, p. 729: «[...] Imprevedibile in questo contesto significa che, in base allo stato attuale della scienza e della tecnologia, solitamente non è possibile prevedere il verificarsi di una tale situazione oggettiva. Da un punto di vista cognitivo, da un lato, la capacità delle persone di prevedere le situazioni future è limitata dallo stato della scienza e della tecnologia del momento. Il verificarsi di certe situazioni oggettive, che in passato erano imprevedibili, ora possono essere previste con lo sviluppo del livello della scienza e della tecnologia. Ad esempio, le previsioni meteorologiche sono ora più accurate del 90% e la capacità di evitare violente tempeste è stata notevolmente migliorata. D'altra parte, la capacità di prevedere le situazioni future varia da persona a persona, quindi la capacità di prevedere le situazioni future è limitata anche dalla capacità cognitiva dello specifico soggetto coinvolto. Ad esempio, ci sono situazioni che alcune persone possono prevedere e altre no, quindi la cosiddetta imprevedibilità in questo caso dovrebbe essere giudicata in base alla prevedibilità cognitiva della persona media.»

Riguardo alla deroga al principio fissato dall'art. 180 si veda, ad esempio, l'art. 48 della Legge postale (郵政法, *Yóuzhèng fǎ*) emendata da ultimo il 24 aprile 2009.

<sup>13</sup> La tripartizione proposta è un riferimento esplicito all'inquadramento autorevolmente compiuto in E. Betti, "Periculum": problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano, *Jus* 9 (1954) p. 362. L'argomento suscita interesse presso la dottrina cinese: ad esempio Zhou Jianghong (周江洪), *Fēngxiǎn fùdān guīzé yǔ hétóng jièchú* [Regole sull'onere del rischio e risoluzione del contratto] in *Law Studies* 1 (2010) pp. 74-88. Riguardo all'ambito di applicazione della norma, cfr. Chen Su, *Mínfǎ zǒngzé píngzhū* [Commento ai principi generali del diritto civile], Beijing, 2017, p. 1287.

<sup>14</sup> Cfr. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, vol. I, München, 1975, p. 552; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, Catania, 1996, p. 84.

forza maggiore<sup>15</sup>, è ribadita nell'art. 590, Libro Terzo, Capitolo Ottavo, in materia di responsabilità da inadempimento che assorbe la precedente previsione di cui all'art. 117 della Legge sui contratti della RPC<sup>16</sup>:

当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但是法律另有规定的除外。因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。

当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。

*Qualora una parte, a causa di forza maggiore, non sia in grado di adempiere il contratto, è parzialmente o totalmente esonerata dalla responsabilità in considerazione dell'impatto della forza maggiore, salvo che la legge non disponga diversamente. Qualora il contratto, a causa di forza maggiore, non può essere eseguito, deve essere data tempestiva comunicazione all'altra parte per mitigare i possibili danni causati all'altra parte e la prova deve essere fornita entro un termine ragionevole.*

<sup>15</sup> Wang Liming, *Zhōngguó mǐnfǎ diǎn shì píng-zhōngzé biān* [Commento al Codice civile cinese], Zhongguo renmin daxue chubanshe, cit. p. 3494.

<sup>16</sup> Art. 117 Legge sui contratti: «Qualora per causa di forza maggiore non sia possibile adempiere al contratto, l'esonero dalla responsabilità sarà parziale o totale in base alla incidenza della forza maggiore, salvo che non sia diversamente previsto dalla legge. Qualora la causa di forza maggiore si verifica dopo un ritardo nell'adempimento, non vi può essere esonero dalla responsabilità. Con la presente legge per causa di forza maggiore si intende una circostanza oggettiva, imprevedibile, inevitabile ed insuperabile.» Per alcuni rilievi sull'art. 117, v. Jiang Ping, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa jingjie - fu falü tiaowen* [Interpretazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese: prefazione], Zhongguo zhengfa daxue chubanshe, Beijing, 1999, pp. 97 - 98: «L'impossibilità di adempiere il contratto non deve scaturire da un comportamento doloso o colposo della parte. [...] Nella compravendita il momento del trasferimento del rischio è importante. Ad esempio in Svizzera il momento è individuato nel momento della conclusione (*chénglì* 成立) del contratto. In Inghilterra e Francia il momento è quello del trasferimento della proprietà. In Germania, Austria e nella gran parte dei paesi, il momento è quello della consegna. La Cina ha dotato il momento della consegna. [...] Nella forza maggiore rientrano gli eventi naturali quali, ad esempio, il terremoto, il tifone, l'inondazione *et cetera*; le azioni di governo quali ad esempio una nuova [linea] politica o un provvedimento amministrativo che determinano l'impossibilità di adempiere il contratto; gli eventi sociali anormali quali ad esempio lo sciopero o la guerra. [...] Le parti possono concordare l'ambito di applicazione della forza maggiore per evitare che le parti possano fare un uso strumentale della forza maggiore per non adempiere. È indispensabile (ma non obbligatorio) che le parti lo facciano.» Da ultimo, ulteriori approfondimenti in Wang Liming, *Zhōngguó mǐnfǎ diǎn shì píng-zhōngzé biān* [Commento al Codice civile cinese], cit., p. 3492.

*Se la forza maggiore si verifica dopo che una delle parti ha ritardato la sua esecuzione, la parte non è esonerata dalla responsabilità.*

Tuttavia, la prima articolata normativa sulla distribuzione del rischio si trova al successivo Capitolo IX, nella disciplina sul contratto di compravendita. Si tratta degli articoli 604 - 611. La regola cardine è contenuta nell'art. 604<sup>17</sup>:

标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

*Il rischio che il bene oggetto del contratto venga danneggiato o distrutto è a carico del venditore prima della consegna, e a carico dell'acquirente dopo la consegna, salvo che la legge non disponga diversamente o le parti non si accordino diversamente.*

È opportuno, a questo punto, fare una riflessione. L'applicazione alla norma in esame del principio di equità<sup>18</sup> ha prodotto un parziale distacco dalle regole del diritto romano classico in materia di rischio contrattuale nella compravendita: il rischio contrattuale per il perimento della cosa dopo la conclusione della compravendita è equamente distribuito fra venditore e compratore in base al momento della consegna della cosa. Prima della consegna il *periculum* spetta al venditore; dopo la consegna il compratore si fa carico dei rischi. Bisogna considerare che, stando all'art. 598 del Codice, la compravendita ha inizialmente effetti soltanto obbligatori, mentre il trasferimento della proprietà avviene al momento della consegna del bene. Si può dire che, sul piano degli effetti dell'atto, il contratto di compravendita nel diritto cinese è fedele al modello romano classico dell'efficacia obbligatoria dell'*emptio venditio*.

---

<sup>17</sup> Testo corrispondente all'art. 142 della Legge sui contratti: «Il rischio di danneggiamento o perimento del bene prima della sua consegna è a carico del venditore, mentre è a carico del compratore dopo la consegna, salvo che la legge disponga diversamente o le parti abbiano altrimenti convenuto.» La comprensione esatta del tema è completata dalle Interpretazioni della Corte Suprema del Popolo sull'applicazione della legge nel processo per le controversie sui contratti di compravendita (最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释, *Zuigāo rénmin fǎyuàn guānyú shēnlǐ mǎimài hétóng jūfēn ànjiàn shìyòng fǎlǜ wèntí de jiěshì*), del 1° luglio, 2012, spec. art. 14.

<sup>18</sup> Sul tema un mio recente scritto, v. E. Toti, *Le dimensioni dell'equità. Dall'analisi terminologica del gōngpíng yuánzé alla emersione delle sue peculiarità nel quadro del sistema giuridico romanistico*, in *Rivista di diritti comparati*, 3/2022, pp. 741 - 769.



La configurazione data dal legislatore cinese al problema del rischio nella compravendita ha, come vedremo, radici individuabili nelle fonti romane<sup>19</sup>, ma successivamente sviluppate dalla dottrina europea di età moderna. In base a tale previsione la distribuzione del rischio fra le parti è regolata dal momento della consegna. Fino alla consegna - possiamo dire - si verifica un regime di *periculum venditoris* o *debitoris*. Il perimento del bene a lui non imputabile non lo libera dall'obbligazione oppure, da altro punto di vista, viene ad attivarsi la regola del sinallagma condizionale<sup>20</sup> per cui il compratore non sarà tenuto a corrispondere il prezzo. Dopo la consegna vige il *periculum emptoris*<sup>21</sup>.

Coordinando la disposizione con gli articoli 180 e 590 del Codice si può affermare che, dopo la consegna, non solo il venditore-debitore è esentato da responsabilità, ma l'acquirente-creditore continuerà a dover corrispondere il prezzo, interrompendosi la corresponsività fra le prestazioni dovute dalle due parti e con attribuzione dei rischi interamente a carico del

---

<sup>19</sup> È bene sottolineare, fin d'ora, che l'ordinamento cinese ha optato, come scelta di fondo seppur caratterizzata da una certa elasticità, per un modello schiettamente romanistico di contratto. Infatti, di base il contratto di diritto cinese è un negozio obbligatorio. Si vedano l'art. 2 della Legge sui contratti della RPC del 1999, ora confluito nell'art. 464 del Codice civile, su cui cfr. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico*, Roma, 2020, pp. 75-124. Anche del contratto di compravendita si è conservata una configurazione aderente al modello romano: cfr. art. 133 Legge sui contratti e art. 598 del nuovo codice civile. Se, dunque, in principio la proprietà non si trasferisce con l'accordo contrattuale, se cioè non vige il principio consensualistico, si fa avanti l'esigenza di individuare un principio equitativo (*gongbǐng* 公平) per il passaggio del rischio contrattuale dal venditore al compratore e, normalmente, tale principio equitativo sancisce il passaggio del rischio al momento della consegna, come realizzazione pratica del criterio *res perit domino*. Riguardo al principio equitativo, summenzionato, cfr. Jiang Ping *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa jingjie - fu falü tiaowen* [Interpretazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese: prefazione], cit. p. 117.

<sup>20</sup> Per la distinzione fra sinallagma genetico, sinallagma condizionale e sinallagma funzionale rinvio a M. Talamanca, voce "*Vendita (Diritto Romano)*", in ED, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 373 n. 717; M. Talamanca, *Lex ed interpretatio in Lab. 4 Post. a Iav. epit. D. 19.1.50*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. Filippo Gallo*, vol. II, Napoli, 1997, p. 354 n. 2; M. Scognamiglio, *Note sul sinallagma condizionale e il "periculum rei venditae" nel diritto romano*, in L. Garofalo (cur.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, t. II, Padova, 2007, p. 173 n. 1.

<sup>21</sup> Sul tema della consegna, approfondito il lavoro di Jiang Hai, Shi Guanbin, *Lìn mǎimài hétóng fēngxiǎn fūdān guīzé* [Sulle norme dell'onere del rischio riguardo ai contratti di vendita], in *Modern Law Science*, Sept. 2013, Vol.35. n.5, pp. 51- 60, dove per la esatta comprensione del momento della consegna viene richiamato l'art. 163 della Legge sui contratti, ora art. 630 del Cod. civ. cin.3

compratore. La disposizione in esame fa salve eventuali diverse previsioni di legge o eventuali diversi accordi negoziali.

La disciplina degli articoli seguenti non è altro che un insieme di fattispecie legislativamente risolte con delle regole che hanno la funzione di corollari di questa norma base.

L'art. 605, infatti, pone la regola generale del sistema romanistico secondo cui la mora del debitore comporta il passaggio a quest'ultimo del rischio contrattuale:

«因买受人的原因致使标的物未按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定时起承担标的物毁损、灭失的风险。

*Qualora, per motivi imputabili all'acquirente, l'oggetto non venga consegnato al momento concordato, l'acquirente si assume, a partire dal momento in cui viola l'accordo, il rischio di danneggiamento o perdita del bene.»*

La previsione di cui all'art. 606, seppur a mio parere e come cercherò di dimostrare più avanti, contenga un'eco della dottrina romana dell'*emptio perfecta*, sostanzialmente anticipa gli effetti della *traditio* ai fini del passaggio del rischio nel momento in cui dispone che il compratore sopporta il rischio fin dal momento della formazione o perfezionamento del contratto in caso di cosa consegnata per il trasporto e tale trasporto sia in corso:

«出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。

*Qualora il venditore vende l'oggetto consegnato al vettore per il trasporto e l'oggetto è in viaggio, salvo diverso accordo tra le parti, il rischio del danneggiamento o perdita dell'oggetto sarà a carico del compratore al momento della formazione del contratto.»<sup>22</sup>*

<sup>22</sup> Si può ritenere che la fattispecie del trasporto delle merci vendute, e più in generale la disciplina del rischio nel contratto di trasporto, di cui agli artt. 832 e 835 del Codice civile cinese, ha la sua radice profonda nel diritto romano. Nell'esperienza romana vengono in rilievo tre istituti. Il primo, in questa sede meno rilevante, è il *fenus nauticum* (o *pecunia traiecticia*), o prestito marittimo (per le fonti, cfr. A. Guarino, *Diritto privato romano*, 12<sup>a</sup> ed., Napoli, 2001, p. 865 n. 74.5, in particolare D. 22.2). Si trattava, come noto, di una operazione di finanziamento di una impresa navale, in cui il finanziatore sopportava tutti i rischi (*periculum creditoris*) della perdita delle merci acquistate e trasportate per mare, mentre in cambio, se l'impresa giungeva a buon fine, egli lucrava interessi superiori al normale. Su tale figura è sufficiente qui il rinvio all'ampia ricerca di G. Purpura (*Ricerche in tema di prestito marittimo*, in *Annali dell'Università di Palermo* 39.1987, pp. 187-337). L'altro istituto è quello

L'art. 607 regola due ipotesi nelle quali, alla consegna diretta al compratore, è equiparata o la consegna in luogo indicato dall'acquirente e la consegna al vettore, oppure la consegna al primo trasportatore nel caso di cui all'art. 603 numero 2, comma 1 del Codice civile. Si tratta della situazione per cui la cosa venduta non necessita di trasporto ma le parti indicano un luogo di consegna che in tal modo il venditore ha l'obbligo di rispettare<sup>23</sup>.

---

della configurazione romana del contratto di trasporto, consistente in una applicazione della *locatio conductio*. Tali applicazioni potevano essere varie, come è stato ben illustrato da R. Fiori (*Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo in diritto romano*, in *Rivista del Diritto della Navigazione* 39.2010, pp. 149-176): poteva, infatti, trattarsi di una conduzione di nave o parte di nave per il trasporto di merci (quindi una *locatio conductio rei*: in questo caso il *dominus mercium* figurava come conduttore e l'armatore come locatore. Quest'ultimo metteva a disposizione la nave o parte di essa, e come corrispettivo il proprietario delle merci era tenuto a pagare la *merces*); oppure poteva trattarsi di una *locatio conductio operis*, in cui il proprietario della nave assumeva l'impegno di portare le merci a destinazione ed era quindi un *conductor* delle merci. Ora, nel primo caso il rischio della perdita delle merci (per una *vis maior* che impediva l'uso della nave per il trasporto) era a carico del proprietario delle merci e conduttore e, in caso appunto di mancato godimento della nave presa in conduzione senza colpa dell'armatore-locatore, quest'ultimo non avrebbe avuto responsabilità ma non avrebbe percepito la *merces*. Nel secondo caso, l'armatore-conduttore avrebbe percepito il corrispettivo del trasporto solo se il carico fosse giunto a destinazione. In sostanza, il contratto di trasporto marittimo era assoggettato alle regole di distribuzione del rischio che, come vedremo, erano proprie del contratto di locazione. A regole più severe di responsabilità dava luogo lo schema del *receptum*, su cui F. De Robertis, *Receptum nautarum. Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il caupo e lo stabularius*, estratto da *Annali Bari* 12 (1952). Il terzo istituto da ricordare è, infine, il regolamento della c.d. *Lex Rhodia de iactu* (D. 14.2). Su di essa, sulle origini e sulla sua portata si cita per tutti Gianfranco Purpura, *Ius naufragii, sylai e lex Rhodia. Genesis delle consuetudini marittime e mediterranee*, in *Annali dell'Università di Palermo* 47 (2022) pp. 173-292. Di essa, interessano qui le regole applicate nel commercio marittimo mediterraneo nel caso di avaria della nave e conseguente getto del carico per necessità di alleggerire l'imbarcazione. Anche qui è noto che il rischio della perdita del carico veniva distribuito proporzionalmente fra tutti i caricatori. Una fonte fondamentale è D. 14.2.2 (Paul. 34 *ad ed.*). Ebbene, gli artt. 606 (vendita, *emptio perfecta*), 832 e 835 (trasporto, *locatio conductio*) del Codice civile cinese contengono, a mio parere, soluzioni che discendono direttamente dalle fonti romane.

<sup>23</sup> Art. 607:

第六百零七条

出卖人按照约定将标的物运送至买受人指定地点并交付给承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依据本法第六百零三条第二款第一项的规定标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

Nell'ipotesi di luogo di consegna concordato o luogo di consegna conforme a quanto previsto dal comma 2, numero 1, art. 603 - cioè i casi di operatività del principio per cui il luogo della consegna è la sede di affari del venditore quando non meglio precisato – il rischio è a carico dell'acquirente, secondo l'art. 608, dal momento in cui il compratore non prende in consegna l'oggetto nel luogo ove il venditore lo ha collocato<sup>24</sup>.

Tralasciando in questa sede gli articoli 609 e 611<sup>25</sup>, resta da vedere, in materia di compravendita l'art. 610:

«因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。

*Qualora l'oggetto non soddisfi i requisiti di qualità, e di conseguenza sia impossibile realizzare lo scopo del contratto, l'acquirente può rifiutare di accettare l'oggetto o può recedere dal contratto. Se l'acquirente rifiuta di accettare l'oggetto o recede dal contratto, il rischio di danni o perdita dell'oggetto è a carico del venditore.»*

---

*Dopo che il venditore ha consegnato, secondo quanto concordato, l'oggetto nel luogo indicato dall'acquirente o al vettore, il rischio di danneggiamento o perdita dell'oggetto è a carico dell'acquirente.*

*Qualora il contratto non preveda un accordo tra le parti sul luogo di consegna o se tale accordo non è chiaro, e l'oggetto del contratto deve essere trasportato secondo quanto disposto dall'articolo 603, punto 2, comma 1, il rischio di danneggiamento o perdita dell'oggetto è a carico dell'acquirente dopo che il venditore ha consegnato l'oggetto al primo trasportatore.*

<sup>24</sup> Cfr. D. 18.6.13 (Paul. 3 *Alfeni epitomatorum*): *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet* ("L'edile fece fare a pezzi dei letti che erano stati comprati, in quanto erano stati posti sulla pubblica strada: se fossero già stati consegnati al compratore o se la mancata consegna fosse dipesa dal fatto di quest'ultimo, pare bene che il rischio e pericolo gravi sul compratore stesso"). La traduzione italiana è quella curata da S. Schipani, *Iustiniani Augusti Digesta sive Pandectae. Testo e traduzione*, vol. III, Milano, 2007, p. 388.

<sup>25</sup> Art. 609:

第六百零九条

出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移。

*La mancata consegna da parte del venditore dei documenti e dei materiali relativi al bene oggetto del contratto non influisce sul trasferimento del rischio di danno o di perdita dell'oggetto.*

Art. 611:

第六百一十一条

标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行义务不符合约定，买受人请求其承担违约责任的权利。

*Qualora il rischio di danni o perdita dell'oggetto sia a carico dell'acquirente, non viene pregiudicato il diritto dell'acquirente di esigere dal venditore la responsabilità per la violazione del contratto qualora l'adempimento degli obblighi da parte del venditore non è conforme al contratto.*

Anche questa disposizione non è che un corollario dell'art. 604, in quanto il legittimo rifiuto di accettare la cosa o il recesso dal contratto da parte dell'acquirente, con il contestuale permanere del rischio a carico del venditore sono atti giuridici che avvengono prima della consegna. Questa la disciplina dei rischi in materia di compravendita.

Possiamo, pertanto, affermare che nella compravendita l'accollo dei rischi è governato dal momento della consegna, senza un rigoroso automatismo nell'applicazione delle regole del sinallagma condizionale.

In secondo luogo, viene a emergere l'importanza della disposizione dell'art. 180, che pone l'eccezione all'operatività della regola generale, con la formula "salvo che la legge non disponga diversamente", proprio dovuta al fatto che il legislatore cinese ha compiuto una scelta consapevole in direzione di una diversificazione delle soluzioni per la distribuzione del rischio contrattuale, sulla scia della tradizione del sistema romanistico<sup>26</sup>. Occorre, quindi, risalire a tale tradizione per individuare le radici storiche che hanno costituito lo sfondo di una precisa politica legislativa sottostante al nuovo Codice civile della Repubblica Popolare.

Una prima conclusione che possiamo fare fin da subito è che la disciplina codicistica cinese in materia di rischio contrattuale tende, evidentemente, a ridurre ai minimi termini il margine di oscillazione dell'applicazione del diritto dovuto alle diverse regole equitative, come sopra è stato ricordato.

### **3. La problematica del rischio contrattuale nella compravendita nelle fonti del diritto romano**

L'esperienza romana rappresenta per noi una preziosa fonte di ispirazione per individuare i criteri di distribuzione del rischio legati al contratto.

Preliminarmente, bisogna ben circoscrivere il campo dell'indagine. 'Rischio contrattuale', in senso tecnico, che presso i romani era indicato con il termine *periculum* (di uso non altrettanto tecnico)<sup>27</sup>, è solo quello relativo

---

<sup>26</sup> La "legge" si riferisce solo ed esclusivamente alla legge promulgata dall'Assemblea Popolare Nazionale o dal Comitato Permanente, v. Chen Su, *cit.*, p.1287.

<sup>27</sup> M. Talamanca, voce "*Vendita (Diritto Romano)*", *cit.* (1993), p. 450, sottolinea la varietà di significato del termine romano *periculum*, fra cui anche quello per noi tecnico di 'rischio contrattuale'; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2ª ed., Napoli, 1958, pp. 100-101, avverte che '*periculum*' è un termine ambiguo, che indica nelle

all'impossibilità di una prestazione per fatto non imputabile al debitore. Tratteremo, pertanto, esclusivamente di questo aspetto.

In questa sede si farà riferimento solo ad alcuni degli studi romanistici relativi al *periculum* contrattuale, nel solco del filone tradizionale caratterizzato da un approccio che direi di diritto sostanziale.

Ma una prospettiva completamente diversa per l'indagine intorno ai valori del termine '*periculum*' è quella di Martin Pennitz<sup>28</sup>, che sposta la questione dal piano sostanziale a quello processuale.

Pur sempre partendo dalla varietà semantica del termine, l'autore propone una ipotesi di ricerca alternativa a quella fatta propria dalla dottrina tradizionale, che prendeva come punto di partenza un'area di significato in cui il termine *periculum* sembra indicare un 'danno' e sovrapporsi così a '*damnum*'. Prendendo spunto dalle ricerche di G. MacCormack<sup>29</sup>, egli

---

fonti sia gli accadimenti di forza maggiore sia il rischio che dava luogo a quella forma di responsabilità che i romani chiamavano '*custodia*'; acute osservazioni, svolte in forma di rilievi critici all'impostazione bettiana del problema del rischio, in C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), pp. 82-96. Cfr. S. Riccobono Jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, AUPA 29 (1962) pp. 165-167 n. 53, che proprio a commento dei rilievi dell'Arangio-Ruiz definisce il significato più comune e tecnico di *periculum* come "rischio contrattuale, inerente alla compravendita, per l'eventuale perimento fortuito". Cfr. anche I. Molnár, *Periculum emptoris im römischen Recht der klassischen Periode*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. V, Napoli, 1984, pp. 2229-2231; F.M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1996, p. 179, con rinvio alle fonti relative alle due diverse accezioni di responsabilità e di rischio in senso tecnico.

<sup>28</sup> M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum "aktionenrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht*, Wien-Köln-Weimar, 2000, pp. 50-98

<sup>29</sup> G. MacCormack, *Periculum*, in *ZSS* 96 (1979) p. 129 ss.; e *Further on periculum*, in *BIDR* 82 (1979) p. 11 ss.: gli studi del Mac Cormack costituiscono un tentativo di andare oltre la considerazione, cui si era fermata la dottrina, del valore polisemantico del termine *periculum*. Questo autore analizza l'uso del termine in una pluralità di contesti, in campo contrattuale e anche in campi diversi da questo. Il proposito è quello di approfondire lo studio del lessema sia dal punto di vista del suo contenuto nei testi giuridici, sia dal punto di vista della funzione che esso viene ad assumere in rapporto alle decisioni dei giuristi romani. Partendo dal significato base (anche non giuridico) di "*possibility or chance of loss*", egli individua innanzi tutto gli oggetti del *periculum*: la perdita di una "*specific, tangible property*", quella relativa ad una "*intangible property*" e, infine, quella relativa ad una "*financial liability incurred*", facendo considerazioni sul possibile sviluppo storico dei concetti. Oltre ad una particolare attenzione dedicata alla relazione del termine con i criteri di responsabilità (*custodia*, *culpa*, specialmente nel secondo contributo, dedicato ai testi estranei alla materia contrattuale), il Mac Cormack centra la sua indagine sulla funzione che il termine sembrerebbe assumere, quale "form of shorthand", nel ragionamento dei giuristi e come elemento di rinvio a precise regole giuridiche o di giustificazione delle stesse

formula una “Ausgangsthese”: che, nell’ambito dell’*emptio-venditio*, ‘*periculum*’ indichi, nella sua molteplicità di significato, una precisa asserzione giuridica in riferimento al rischio processuale, e non, come nella dottrina tradizionale, in riferimento al diritto sostanziale. La prospettiva del rischio processuale allarga il campo dal caso fortuito e dalla forza maggiore alle sopravvenienze imprevedibili che fanno venir meno la possibilità di esercitare lo strumentario processuale a disposizione di una parte, in relazione ad un suo interesse concreto.

L’autore fa l’esempio della *pluris petitio* dell’attore in Gai 4.53 ss., che viene qualificata come *periculosa*; oppure, in Gai 4.98, l’esempio della posizione del convenuto nel caso in cui l’azione contro di lui sia esercitata da un *procurator* invece che da un *cognitor*. Proprio in tale caso è segnalato da Gaio il *periculum* che il *dominus litis* possa esercitare contro di lui la stessa azione; altro caso è quello dell’*agere cum e sine periculo* nel processo interdittale.

Se questa è l’area del *periculum* inteso come rischio processuale, il Pennitz ritiene che a questa area debba essere avvicinata la problematica della sopportazione del rischio nei contratti. Il problema che si pone all’autore, a questo punto, è quello di analizzare la (possibile) relazione fra questo uso del termine *periculum* e la problematica della sopportazione del rischio nella compravendita<sup>30</sup>. Il risultato più rilevante a cui egli perviene consiste, sostanzialmente, in una presa di distanza dall’impostazione tradizionale del problema del fondamento della regola *periculum emptoris*: alla giurisprudenza romana non si sarebbe affacciata la questione, di “politica del diritto”, su quale delle due parti contraenti dovesse sopportare il rischio per la perdita fortuita della cosa; piuttosto, agli occhi dei giuristi non sarebbe esistita una alternativa fra l’una e l’altra parte riguardo alla sopportazione del rischio, né sarebbe stata sentita l’esigenza di trovare un fondamento alla regola *periculum est emptoris*. Rilevante, alla luce delle fonti tramandateci, sarebbe stato soltanto il fatto che le rispettive pretese del compratore e del venditore potessero essere fatte valere davanti al pretore.

Limitando il discorso al caso della vendita di cosa specifica, la regola *periculum emptoris* non sarebbe stata altro che una logica conseguenza della

---

(rispettivamente, “*conclusions of law*” e “*justifications for conclusions*”). La conclusione cui perviene l’autore è nel senso che la “popularity of *periculum*” nell’uso giuridico sarebbe da ascrivere al fatto che “it could be appropriately employed whether the ground of liability was the commission of a fault or not”. A prescindere dalla condivisibilità o meno dei risultati raggiunti, tale ricerca si rivela come un utile repertorio chi voglia analizzare la varietà di significato sopra segnalata.

<sup>30</sup> M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum “aktionenrechtlichen Denken” im römischen Privatrecht*, cit. (2000), pp. 69-98.

dinamica che si sarebbe potuta innescare fra le azioni *empti* e *venditi* in rapporto all'interdipendenza delle obbligazioni del compratore e del venditore. In una prima ipotesi, quella in cui per caso fortuito venisse a mancare la cosa venduta ma non ancora consegnata e il cui prezzo fosse stato già pagato, la non imputabilità del fatto in capo al venditore avrebbe impedito l'esercizio dell'*actio empti* per riavere il prezzo; in una seconda ipotesi, in cui il compratore non avesse ancora pagato il prezzo, non essendo imputabile il perimento della cosa e quindi non potendosi parlare propriamente di inadempimento dell'obbligo di consegna, il venditore avrebbe potuto ricorrere all'*actio venditi* per avere il prezzo, senza che l'esercizio della propria azione venisse condizionato dal previo adempimento dell'obbligo di consegnare la cosa.

A parere del Pennitz, l'attenzione dei giuristi romani all'esperibilità o meno degli strumenti processuali, di fronte alle singole fattispecie, induce a concludere per la non riducibilità della nozione di *periculum* al rischio del perimento per forza maggiore.

Anche alla luce della riflessione indotta dagli sviluppi che il tema del rischio contrattuale ha assunto nei codici moderni, se anche il lessema '*periculum*' rappresenti l'occasione per una rivisitazione delle principali fonti della ricerca romanistica in materia di rischio contrattuale, in tale opera di rivisitazione preferiamo seguire la linea della dottrina tradizionale, la quale non nega la varietà di usi della parola '*periculum*' presso i giuristi classici, ma fra questi ricomprende il perimento inimputabile della cosa venduta, salvo il problema di chiarire in che rapporto si ponga l'uso del termine '*periculum*' e del termine '*damnum*'. Si aggiunga la specificità del problema del rischio contrattuale nei contratti sinallagmatici, come la vendita e la locazione: la sorte della controprestazione in danaro nel caso di perimento non imputabile della cosa oggetto di prestazione principale<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, vol. I, cit. (1975), p. 552: "Beim Gefahrübergang handelt es sich hier (wie bei den anderen Austauschverträgen) hauptsächlich um die Preisgefahr, d.h. um die Frage, ob der Kaufpreis bezahlt werden muß, obwohl die Kaufsache aus einem Umstand, für den keiner der beiden Teile dem anderen haftet, untergegangen oder schlechter geworden ist"; cfr. C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), p. 84 (peraltro questo aspetto è stato già sopra ricordato).



3.1 *Segue. La problematica del rischio contrattuale nella compravendita nelle fonti del diritto romano: I. 3.23.3. Periculum e damnum*

Una prima osservazione, seppur rappresenti qui un'applicazione particolare di una caratteristica della giurisprudenza romana rilevata da più parti e da più punti di vista<sup>32</sup>, è che i romani non formularono, almeno sino a Giustiniano, una regola generale per il rischio contrattuale, a differenza dei codici contemporanei. L'art. 180 del Codice civile cinese, dove si stabilisce che, salvo che la legge non preveda diversamente (!), il debitore è esonerato dalla responsabilità qualora per causa di forza maggiore non sia possibile

---

<sup>32</sup> Intendo fare riferimento alle innumerevoli occasioni nelle quali gli studiosi osservano come, di fronte alla formulazione di teorie e regole generali proprie della civilistica moderna, i giuristi romani procedano, invece, con metodo empirico e casuistico: ad esempio, per cominciare dalla manualistica, A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit. (2001), più volte segnala la distanza fra lo "spirito eminentemente pratico" dei romani e le concettualizzazioni moderne, a cominciare dalla n. 14.3.1 pp. 264-265 in tema di situazioni giuridiche soggettive. Considerazioni di questo tipo sono assai diffuse in tutti i manuali. Una riflessione classica è quella di F. Schulz, *I principi del diritto romano*, Firenze, 1995, pp. 34-58, che parla apertamente di "riluttanza dei romani all'astrazione". Ancora più preciso, nel senso che la giurisprudenza romana avesse sì un metodo tendente a costruire sistemi dall'analisi del particolare, ma senza formulare i principi così costruiti "in una unica proposizione concettuale", S. Riccobono Jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, cit., pp. 180-181; M. Talamanca, voce "*Vendita (Diritto Romano)*", cit., pp. 450-451, che con specifico riferimento al tema della presente indagine sottolinea il contrasto fra la tendenza della romanistica a formulare soluzioni monistiche in merito al problema della ripartizione del rischio e lo stato delle fonti, che attestano le tracce di uno *ius controversum*, composto soltanto con le direttive dell'imperatore in sede di compilazione giustiniana. Cfr., con riferimento specifico al tema del rischio contrattuale, M. Sargenti, voce "*Rischio contrattuale (Diritto romano)*", in ED, vol. XI, Milano, 1989, p. 1126: "I giuristi romani non ci hanno lasciato una teoria unitaria ed organica di quello che noi chiamiamo rischio contrattuale e che essi indicavano per lo più con il termine *periculum*, ma anche con *damnum*. Coerentemente al loro modo di affrontare i problemi, sul piano di una concreta casistica, non partendo dall'enunciazione di astratti principi generali, ma tenendo conto dell'assetto di interessi tipico di ciascuna situazione, essi offrono nei loro scritti una gamma di soluzioni, differenziate secondo il tipo di negozio (commutativo, associativo, gestorio, ecc.) e secondo la specifica situazione di ogni caso concreto, soluzioni che sarebbe vano e fuorviante voler ricondurre ad un'astratta unità".

adempiere all'obbligazione (*casum sentit creditor*), pone, tuttavia, non solo una regola generale<sup>33</sup> ma anche una clausola aperta a regole diverse.

Non diversamente prevede l'art. 590 dello stesso Codice, in tema di responsabilità contrattuale. La norma, come sopra visto, ribadisce l'esonero della responsabilità in caso di inadempimento del contratto dovuto a forza maggiore e corrisponde al precedente art. 117 della Legge sui contratti della RPC<sup>34</sup>. L'esonero - si legge nella disposizione - sarà parziale o totale a seconda dell'incidenza della forza maggiore. La stessa norma, in conformità alla tradizione romanistica, esclude l'esonero dalla responsabilità in caso di impossibilità verificatasi successivamente alla mora<sup>35</sup> del creditore<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Con questa disposizione, come noto ad ogni studioso che si occupi di rapporti fra responsabilità e rischio, si pone una regola sulla responsabilità e non sul rischio, ma nei contratti a struttura sinallagmatica, una volta applicata l'esenzione dalla responsabilità per l'inadempimento incolpevole di una parte, sorge il problema del rischio con riguardo alla controprestazione dell'altro contraente. Così, nel contratto di compravendita, se l'obbligo del venditore viene meno e il compratore rimane obbligato a pagare il prezzo, ecco che oltre alla regola di responsabilità si sovrappone una specifica regola sul rischio, addossato al compratore. Nel caso della locazione, invece, rimanendo alle soluzioni contenute nelle fonti romane, se il bene locato subisce un evento incontrollabile che impedisce il godimento al locatario, e questi viene esonerato dal pagamento del canone, allora la soluzione è conforme alle regole di esenzione di responsabilità e di interdipendenza fra le prestazioni del contratto sinallagmatico. L'art. 180 del Codice cinese, pur limitandosi a porre una regola di responsabilità, predispose un meccanismo idoneo a diversificare le soluzioni nelle quali la regola di responsabilità si combina con le regole sul rischio. Cfr. *infra* nota 52.

<sup>34</sup> La Legge cinese sui contratti aveva la propria regola generale nell'art. 117, ora riconfuito nell'art. 590 del Codice civile della RPC: "Qualora per causa di forza maggiore non sia possibile adempiere al contratto, l'esonero dalla responsabilità sarà parziale o totale in base alla incidenza della forza maggiore, a meno che non sia diversamente previsto dalla legge. Se la causa di forza maggiore si verifica dopo un ritardo nell'adempimento, non vi può essere esonero dalla responsabilità.

Con la presente legge per causa di forza maggiore si intende una circostanza oggettiva, imprevedibile, inevitabile ed insuperabile".

<sup>35</sup> Per un'indicazione del significato tecnico del termine *mora* presso i giuristi repubblicani: S. Riccobono jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, cit., pp. 181-182, in cui sintetizzando i risultati esegetici tratti dalle testimonianze provenienti da età repubblicana si arriva a concludere che il ritardo nell'adempimento era 'mora' solo quando vi fosse una "relazione volontaria fra il ritardo e il soggetto che lo ha causato", ossia una concomitanza dell'elemento soggettivo colpa/dolo, a seconda delle fattispecie.

<sup>36</sup> Si tratta della regola basata, come noto, sulla finzione della *perpetuatio obligationis*, su cui cfr. S. Riccobono jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, cit., pp. 120-126. La regola fu fissata dai *veteres* e, in base alla loro dottrina, può essere spiegata in tal modo: ogni qual volta, per volontà del debitore (cioè in base a criteri fondati sulla colpa *lato*

Per quanto riguarda l'esperienza romana, una direttiva unitaria in tema di compravendita si può desumere dalle Istituzioni di Giustiniano, che svolgono la funzione di dare, della disciplina di ogni istituto giuridico, una visione "armonizzante" in confronto con le controversie ancora conservate nei Digesti<sup>37</sup>:

I. 3.23.3-3a: *Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit,*

---

sensu intesa), si abbia un inadempimento definitivo o un ritardo, da cui possa derivare l'impossibilità per forza maggiore, il debitore non è liberato dalla sua obbligazione. Il testo fondamentale è D. 45.1.93.3 (Paul. 17 *ad Plautium*): *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo* ("Rimane da vedere come debba intendersi il fatto, riguardo al quale i *veteres* hanno deciso, che ogni volta che interviene una 'colpa' del debitore l'obbligazione si perpetua. E certamente se il debitore ha fatto in modo che non potesse adempiere, la decisione dei *veteres* ha un'immediata comprensione: se, invece, il debitore sia soltanto in ritardo, si dubita se la mora precedentemente intervenuta possa essere estinta qualora il debitore successivamente <adempiendo> non sia più in ritardo. E il giovane Celso scrive che colui, che abbia fatto ritardo nel pagare il servo Stico che egli aveva promesso, possa emendare quella mora offrendolo in seguito: questa questione, infatti, è di *bonum et aequum*"; traduzione italiana a cura di S. Schipani) Da questo frammento, che la dottrina ritiene centrale in tema di *perpetuatio obligationis* e di *mora*, si ricava anche la regola che, per questione di equità, la successiva offerta di adempimento possa purgare la mora (*purgatio morae*).

<sup>37</sup> Cfr., nel senso di una generalizzazione della regola, già E. Seckel-E. Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *ZSS* 47 (1927) p. 143; P. Meylan, *Inst. III 23 §§ 3 et 3a, et l'unification du régime des risques dans le contrat de vente par Justinien*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto. Verona 27-28-29 IX 1948*, vol. III, Milano, 1953, pp. 387-409; M. Talamanca, voce "*Vendita (Diritto Romano)*", cit. (1993), p. 451 n. 1533; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the civilian Tradition*, Oxford, 1996, pp. 281-282. Diversamente, in M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum "aktionenrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht*, cit. (2000), p. 139, si ritiene che la regola *periculum emptoris* sia espressa in I. 3.23.3 dal punto di vista del caso elementare di una vendita di specie non condizionata, conformemente agli scopi di un'opera didattica, ma in sé essa non farebbe che dimostrare come anche nel diritto giustiniano la problematica del rischio sia affrontata sul piano processuale e, in conseguenza, si debba concludere "daß sich eine Alternative zur Gefahrtragung des Käufers gar nicht stellte" (p. 141).

*sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet cuius periculum est*<sup>38</sup>.

Il paragrafo 3 del passo delle Istituzioni è la testimonianza della piena vigenza in epoca giustiniana del criterio *periculum est emptoris*<sup>39</sup>, dichiarato vigente fin dal momento della conclusione del contratto, sebbene la compravendita romana sia un contratto ad effetti obbligatori e la cosa non sia ancora stata consegnata. Il rischio per il perimento (o per il deterioramento) della cosa venduta per causa non imputabile al venditore è addossato al compratore sin dal momento della conclusione del contratto (*Cum ... emptio et venditio contracta sit*). La fonte ha la particolarità di porre il baricentro della conclusione contrattuale sull'accordo relativo al prezzo, piuttosto che sulla consegna della cosa (*quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit*)<sup>40</sup>.

È questa una soluzione che condensa un percorso giurisprudenziale lungo e tortuoso<sup>41</sup>, su cui si è accumulata una letteratura assai vasta<sup>42</sup>. A parte

<sup>38</sup> I. 3.23.3-3a: “Una volta contratta una compravendita (il che abbiamo detto verificarsi appena convenuto il prezzo, quando la cosa si fa senza uno scritto), il pericolo della cosa venduta concerne subito il compratore, anche se quella cosa non gli sia stata ancora consegnata. Di conseguenza, se l'uomo [servo oggetto di compravendita] sia morto o sia stato lesa in qualche parte del corpo, oppure l'edificio tutto o in parte sia stato consumato da un incendio, o il fondo tutto o in parte sia stato portato via dalla violenza del fiume, oppure anche sia divenuto assai più piccolo o peggiore per l'inondazione dell'acqua o per l'abbattimento delle piante ad opera del turbine: il danno è del compratore, che deve pagare il prezzo benché non abbia ottenuto la cosa. Invero per tutto ciò che succede senza dolo e colpa del venditore, il venditore è al sicuro. È però pur da dire che, se dopo la compera al fondo sia accaduto alcunché per alluvione, questo torna a vantaggio del compratore: infatti anche il vantaggio dev'essere di colui che sopporta il pericolo.” (La traduzione italiana è tratta da E. Nardi, *Istituzioni di diritto romano*, vol. II, B. Testi, Milano, 1986, p. 143).

<sup>39</sup> R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the civilian Tradition*, cit. (1996), p. 281.

<sup>40</sup> Cfr. M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum “aktionenrechtlichen Denken” im römischen Privatrecht*, cit. (2000), p. 140.

<sup>41</sup> I giustinianeî trassero il passo in esame dall'opera di Gaio: *Opere di Contardo Ferrini*, a cura di E. Albertario, vol. II, Milano, 1929, p. 392 (sia il § 3 che il § 3a deriverebbero dalle *Res cottidianae*).

<sup>42</sup> Sul *periculum* nel diritto romano della compravendita, indicazioni bibliografiche più o meno ampie possono trarsi, per fare solo alcuni esempi, da: F. De Zulueta, *The Roman*

il caso del Codice civile svizzero (ZGB) del 1907, che, sotto l'influenza della Pandettistica e del Windscheid, segue il modello romano<sup>43</sup>, è palese la distanza che separa quest'ultimo dai codici moderni. Questi, infatti, o hanno mantenuto la configurazione della compravendita come contratto ad effetti esclusivamente obbligatori, ed allora il passaggio del rischio è fatto tendenzialmente coincidere con la consegna della cosa: è questo il caso del BGB germanico e dell'art. 604 del Codice civile cinese; oppure sanciscono il passaggio del rischio al compratore al momento del contratto, ma ciò avviene a seguito dell'evoluzione storico-dogmatica da cui si è sviluppato il modello del contratto ad effetti reali, come nel caso francese o del Codice civile italiano<sup>44</sup>.

All'affermazione del principio segue una lunga esemplificazione, che ha destato i sospetti della critica interpolazionistica<sup>45</sup>. Per l'applicazione della

---

*Law of Sale*, Oxford, 1945, p. 33 n. 5; W.W. Buckland, *A Textbook on Roman Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge, 1950, p. 487 n. 2; C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, 4<sup>a</sup> ed. cur. da G. Grosso, Milano, 1953, p. 565; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, vol. II, rist. ed. 1954, Napoli, 1990, p. 256 n. 1; E. Betti, "Periculum": *problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, cit. (1954), pp. 333-384; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, vol. II, rist. 5<sup>me</sup> ed. 1954, Aalen, 1977, pp. 147-149; G. Provera, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano* [1962], cit., *passim*; S. Riccobono-S. Riccobono jr., "Res perit domino", in NNDI, vol. XV, rist., 1968, p. 569; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, vol. I, cit. (1975), p. 552 n. 61; I. Molnár, *Periculum emptoris im römischen Recht der klassischen Periode*, cit. (1984), p. 2227 n. 1; M. Sargenti, voce "Rischio contrattuale (Diritto romano)", cit., 1989, pp. 1132-1133; M. Talamanca, voce "Vendita (Diritto romano)", cit., 1993, p. 449 nn. 1517 e 1519; M. Talamanca, *Considerazioni sul "periculum rei venditae"*, in *Seminarios complutenses de derecho romano* 7 (1995) pp. 221-226. Le pagine indicate di questo contributo (di cui si segnalano in special modo le note 13-15) costituiscono, a mio parere, un'ottima ricostruzione della storia degli studi sull'argomento; M. Talamanca, *Lex ed interpretatio in Lab. 4 Post. a Iav. epit. D. 19.1.50*, cit. (1997), p. 353 n. 1; M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum "aktionenrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht*, cit. (2000), *passim*; M. Scognamiglio, *Note sul sinallagma condizionale e il "periculum rei venditae" nel diritto romano*, cit. (2007), p. 174 n. 2; S. Viaro, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Milano, 2011, p. 241 n. 170; T. Kasper, *Das Erfolgsrisiko des Verkäufers*, Tübingen, 2017, *passim* e la bibliografia finale. In ambito latinoamericano, segnalo E.C. Silveira Marchi, *Compra-e-venda condicional e "emptio perfecta" em tema de riscos da coisa vendida ("periculum rei venditae")* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 103 (2008) pp.71-90.

<sup>43</sup> Cfr. V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, cit. (1954), pp. 251 e 254.

<sup>44</sup> Cfr. V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, cit. (1954), p. 251. Un recente tentativo di ricostruire la vicenda scientifico-dogmatica che ha avuto esito nella nascita della vendita ad effetto reale è in R. Fercia, "Quia vendidit, dare promisit", Cagliari, 2009, *passim*.

<sup>45</sup> Cfr., per tutti: E. Rabel, *Gefahrtragung beim Kauf*, in *ZSS* 42 (1921) pp. 556-557, che ritiene classico il pensiero del passo, salvi i riferimenti ai danni parziali e alla troppo generale frase di esordio; E. Seckel-E. Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*,

regola si fa l'esempio della morte del servo o delle lesioni da esso subite, dell'edificio totalmente o parzialmente distrutto da un incendio, e del fondo tutto o in parte strappato via dalla violenza del fiume, o anche che sia stato diminuito o peggiorato da un'inondazione o per causa degli alberi abbattuti dal turbine. Sono tutte evenienze le cui conseguenze spetterà al compratore sopportare, rimanendo egli obbligato al pagamento del prezzo (*itaque si homo mortuus sit ... sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit, emptoris damnum est ... quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est*).

Dell'ultima parte del paragrafo 3 si segnala l'identificazione fra *damnum* e *periculum* contenuta nell'esemplificazione<sup>46</sup>. Su tale aspetto vale la pena soffermarci brevemente prima riprendere l'analisi oggetto principale del presente lavoro.

### 3.2 *Segue. Periculum e damnum*

Abbiamo in precedenza fatto cenno al ruolo del termine '*periculum*' nel nostro campo di indagine. Possiamo, per tale termine, fermarci a quanto abbiamo precisato, e cioè al significato che richiama all'eventualità di una perdita non imputabile al debitore della cosa venduta<sup>47</sup>. '*Damnum*' è un termine che ha avuto dovuta attenzione, anche da un punto di vista linguistico, nella romanistica<sup>48</sup>.

---

cit. (1927), p. 144, che, rispetto all'originale classico, sospettano tutti i riferimenti alla totalità o parzialità del perimento; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, cit. (1954), p. 265; in M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum "aktionenrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht*, cit. (2000), pp. 151-152, si ritiene, in contrapposizione al Rabel, genuina la frase iniziale, in quanto strumentale alla giustificazione processualmente orientata del diritto romano relativo alla sopportazione dei rischi contrattuali.

<sup>46</sup> Per il periodo classico, si rinvia alle osservazioni contenute in M. Talamanca, *Considerazioni sul "periculum rei venditae"*, cit. (1995), p. 242 n. 86.

<sup>47</sup> Cfr. *supra* al paragrafo precedente.

<sup>48</sup> Faccio solo alcuni esempi: C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Milano, 1902, p. 241; D. Daube, *On the Use of Term Damnum*, in *Studi in onore di Siro Solazzi nell'anniversario del suo insegnamento*, Napoli, 1949, pp. 93-156; A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 424; L. Bove, '*Danno (diritto romano)*', in *NNDI*, vol V, Torino, 1960, pp. 143-146; D. Liebs, '*Damnum*', '*damnas*' und '*dammare*', in *ZSS* 85 (1968) pp. 173-252; R. Santoro, *XII Tab. 12. 3*, in *AUPA* 30 (1967) pp. 69-75 ed ivi l'apparato di note; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, vol. I, cit. (1975), p. 159 n. 38 (rad. \*dap- 'spesa' 'vittima sacrificale'? rad. \*da-menom- 'ciò che viene dato', '<somma del> riscatto?'), p. 161 n. 60, p. 162 n. 66; R. La Rosa, *La repressione del furtum in età arcaica*.

Ora, sia che *'damnum'* abbia sin dalle origini indicato una perdita patrimoniale, sia che tale significato rappresenti il risultato di uno sviluppo successivo da un antico riferimento ad una posizione di vincolo o di soggezione, l'uso del termine nella nostra fonte - ma anche in altre fonti relative al tema del rischio contrattuale<sup>49</sup> - ci dimostra come, a mio modo di vedere, l'immagine che i romani forniscono del problema degli effetti del venir meno incolpevole dell'oggetto di una prestazione contrattuale è quella di una perdita che interviene nell'ambito di un rapporto contrattuale. Ciò ci permette di meglio intendere la collocazione dogmatica del problema oggetto della presente ricerca. Si tratta di prendere le mosse dall'inquadramento teorico fornito a suo tempo dal Betti, successivamente rettificato dal Cannata<sup>50</sup>.

Secondo Emilio Betti il problema dei rapporti fra rischio e criterio di responsabilità contrattuale si pone in termini di netta distinzione. Nella costruzione dogmatica del grande romanista camerinese un problema di rischio si ha solo una volta esclusa la responsabilità per inadempimento<sup>51</sup>.

---

*'Manus iniectio'* e *'duplione damnum decidere'*, Napoli, 1990, pp. 16-53 (con sintesi delle principali posizioni); M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., München, 1996, p. 124 e nn. 33-36; G. Valditara, *Sulle origini del concetto di 'damnum'*, 2ª ed., Torino, 1998, p. 22 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit. (2001), p. 999 n. 89.3; G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, 2ª ed., Torino, 2005, pp. 17-19. Ulteriori indicazioni di letteratura in R. Cardilli, *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli, 2016 (libro dedicato ad una prospettiva qui non direttamente rilevante). Di quest'ultimo testo, per l'etimologia di *'damnum'*, si vedano le pp. 89-90.

<sup>49</sup> Basti semplicemente fare riferimento all'esempio riportato in C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), p. 87, dove si ricorda D. 19.2.15.2 (Ulp. 32 ad ed.) in materia di locazione.

<sup>50</sup> E. Betti, *'Periculum': problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, cit., pp. 333-335; a cui ha avanzato rilievi critici C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), pp. 81-96; si aggiunga, inoltre, F.M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, cit. (1996), pp. 178-191, che, letto nell'ottica della dottrina del Betti e del Cannata, implica a mio modo di vedere una presa di distanza ancor più radicale rispetto all'impostazione bettiana.

<sup>51</sup> Cfr. E. Betti, *'Periculum': problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, cit., p. 333-335, il quale (p. 335) scriveva: "È chiaro, invero, che, quanto più si estende (mediante apposite pattuizioni, o per effetto del ritardo ad adempiere) il campo dell'imputabilità dell'adempimento, cioè la misura della c.d. responsabilità contrattuale, tanto più viene a restringersi, correlativamente, il margine in cui resta proponibile la questione circa la sopportazione del rischio". La critica all'impostazione del Betti di cui in C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), pp. 81-96, è, invece, nel senso di una commistione fra il profilo del rischio e quello della

Se il debitore risponde, come normale, in caso di inadempimento dovuto a suo dolo o a sua colpa, quindi in base ad un criterio soggettivo di responsabilità, ciò che non rientri nella sfera del dolo o della colpa non potrà essere qualificato come inadempimento imputabile e andrà a delimitare l'alea contrattuale normalmente a carico del creditore. In altre parole, solo una volta stabilito che l'inadempimento non sia imputabile e si sarà esclusa la responsabilità, si porrà la questione relativa a quale dei due contraenti debba farsi carico della sopravvenuta impossibilità della prestazione<sup>52</sup>. E mentre nelle obbligazioni di mezzi è richiesto un grado di diligenza del debitore, oltre il quale egli sarà esente da responsabilità, nelle obbligazioni di risultato, la mancanza di quest'ultimo è di per sé qualificabile come inadempimento, salvo poi dimostrare che il fatto è dipeso da caso fortuito o forza maggiore<sup>53</sup>.

---

responsabilità. Segue il Betti, invece, ad esempio M. Sargenti, voce "Rischio (*Diritto romano*)", in ED, vol. XI, Milano, 1989, p. 1126.

<sup>52</sup> Si noti che il Betti esprimeva il concetto nel modo seguente (p. 335): "dopo aver escluso che l'inadempimento sia tale che l'una delle parti possa chiederne conto all'altra, allora, ma allora soltanto, è proponibile la questione del rischio (*periculum* in senso tecnico): con la quale ci si chiede, a carico di chi (e in qual modo) debba mettersi il rischio che l'assetto d'interessi disegnato dalle parti non possa attuarsi per circostanze di cui l'una non risponda verso l'altra".

<sup>53</sup> Per questi aspetti, cfr. V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., pp. 62-70; M. Talamanca, voce "Colpa civile (*Diritto romano e intermedio*)", in ED, vol. VII, Milano, 1960, pp. 517-523; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, vol. I, cit. (1975), pp. 505-513; P. Voci, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali, SDHI 56 (1990) pp. 29-143; R. Cardilli, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale nel diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1995, pp. 19-62, da cui si ricava un quadro completo delle questioni e della relativa letteratura; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, pp. 1-46; F.M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, cit. (1996), pp. 3-9; nella manualistica, oltre il testo del Kaser qui citato, è dalla dottrina considerato di fondamentale importanza il secondo volume delle *Istituzioni* del Betti (1962), anche se in questa sede mi sono limitato a fare riferimento allo studio che l'illustre romanista pubblicò nel 1954. Meritano menzione anche G. Pacchioni, *Corso di diritto romano*, vol. II, Torino, 1910, pp. 448-163; F. Schulz, *Derecho romano clásico* (ed. inglese 1951), Barcelona, 1960, pp. 492-493 per il concetto di *custodia*; C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, cit. (1953), pp. 449-461, con le addizioni del Grosso; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, vol. II, rist. 5<sup>me</sup> ed. 1954, cit., pp. 226-236; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1972, pp. 621-626; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 659-668; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit. (2001), pp. 1007-1018. I rapporti fra responsabilità e rischio, per semplicità descritti sintenticamente nel testo, sono l'oggetto di una letteratura vastissima del diritto romano. Dai testi qui citati si possono desumere alcune linee di fondo, che riassumo brevemente. Una colonna portante della dottrina romanistica in materia di responsabilità contrattuale è rappresentata dal filone di studi che



Nel quadro della teorica qui brevemente ricordata, Betti individuava quattro questioni distinte: a) la responsabilità contrattuale tipica del rapporto in questione; b) estensione pattizia della responsabilità, o assunzione pattizia di determinati rischi; c) trapasso del rischio in caso di mora del debitore; d) ripartizione del rischio (*periculum* in senso tecnico). Ebbene, secondo l'illustre studioso “solo dopo avere escluso l'imputabilità dell'inadempimento (dopo avere, cioè, risolto in senso negativo le questioni di cui sub a, b, c) ha senso proporsi la questione del rischio contrattuale”.

Ha fatto seguito la riflessione del Cannata. Questo autore rimprovera al Betti il fatto che sarebbero possibili alcune obiezioni alla sua impostazione. In relazione a D. 41 .12.13.1, in cui Gaio distingue fra cose altrui comodate e locatate (che, come dice il testo, comportano rischi per il comodatario e il locatore) e quelle ricevute in deposito (che non comportano rischi per il depositario)<sup>54</sup>, lo studioso osserva che anche criteri

---

distingue il regime classico dal regime giustiniano. Il primo sarebbe tendenzialmente caratterizzato da un ampio spazio alla responsabilità di tipo oggettivo, mentre nel giustiniano prevarrebbe l'attribuzione della responsabilità in base a criteri soggettivi. Nonostante questo, la dottrina è poi approdata alla consapevolezza che la ricostruzione del diritto contrattuale classico va condotta sulla base delle testimonianze che attestano tutta una articolazione di fattispecie, in ognuna delle quali il criterio della responsabilità era diverso. Per grandi linee, si distingue, per esempio, fra obbligazioni di dare tutelate con azioni di stretto diritto, per le quali il criterio risulta essere quello del *factum debitoris*, e le obbligazioni tutelate con giudizi di buona fede, in cui sembrano avere un ruolo rilevante i criteri del dolo e della colpa. Vi è poi la casistica dei rapporti retti dal criterio della *custodia* (tipico l'esempio del comodato), in cui il debitore rispondeva per la perdita dell'oggetto della prestazione dovuta a furto o danno da parte di terzi. Il diritto giustiniano sarebbe poi sfociato nell'ulteriore frammentazione dei diversi gradi della colpa. Vi è poi chi si oppone all'impostazione, classica, di Emilio Betti nel contrapporre responsabilità e rischio, e riconduce nella teoria della responsabilità anche il *periculum*, considerato quindi anch'esso come un canone per l'imputazione dell'inadempimento (De Robertis).

<sup>54</sup> D. 41.12.13.1 (Gai *ad edictum praetoris urbani titulo de liberali causa*): *Item certum est tam res nostras quam res alienas, quae tamen periculo nostro sunt, in banc actionem deduci, veluti commodatas et locatas: certe depositae apud nos res, quia nostro periculo non sunt, ad banc actionem non pertinent*. Per la collocazione storico-esegetica di questo frammento: O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, rist. a cura di L. Capogrossi Colognesi della ed. Lipsiae 1889, vol. I., c. 187; O. Lenel, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch seiner Wiederherstellung*, rist. 3<sup>a</sup> ed. 1927, Aalen, 1985, pp. 379-386; K. Hackl, *Praejudicium' im klassischen römischen Recht*, Salzburg-München, 1976, pp. 138-151; D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, cit. (1999), p. 39 al n. 3 e p. 84 al n. 107 ed ivi le relative note. Stando al Lenel, il commento gaiano riguardava la clausola edittale *'si controversia erit, utrum ex servitute in libertate petatur an ex libertate in servitute'*, che costituiva una procedura di accertamento per stabilire la posizione di attore (con conseguente onere della prova) o di convenuto (con conseguente *commodum possessoris*) in una causa di libertà da instaurare. Il frammento ha ricevuto poca attenzione nella letteratura

positivi di imputazione dell'inadempimento possono contenere un'attribuzione di rischio. Il testo, infatti, allude al fatto che la responsabilità per dolo (del depositario) non comporta rischi, mentre quella per custodia del comodatario e del conduttore ne comporta. Tale riferimento ai rischi riguarderebbe, quindi, contesti tipici della responsabilità.

In relazione ai casi nei quali una regola di ripartizione del rischio è formulata autonomamente rispetto ai criteri di responsabilità, e quindi ai casi del *periculum emptoris* e *periculum venditoris*, il Cannata osserva<sup>55</sup> come la domanda posta dal Betti per delimitare il problema del rischio - e cioè: accertato che un inadempimento non è imputabile (questione di responsabilità), a chi si deve attribuire la relativa perdita (questione di rischio)? - risulti da rettificare nella premessa, in quanto non si dovrebbe partire dall'inadempimento della prestazione dovuta, ma dalla sua sopravvenuta impossibilità<sup>56</sup>. In questo si avrebbe un'inesattezza da parte del Betti. Inoltre, egli puntualizza come la domanda investa un soggetto specifico, cioè il giudice.

Ancora, viene richiamata la precisazione del Kaser<sup>57</sup> che nel caso di contratti bilaterali perfetti, come la compravendita e la locazione, il *periculum* si concreta nella sorte della controprestazione pecuniaria della prestazione divenuta impossibile<sup>58</sup>. Sarebbe, pertanto, inesatto affermare che il problema del rischio insorge quando il perimento della cosa derivi da una circostanza in base alla quale nessuna delle parti del contratto bilaterale debba rispondere all'altra, poiché non potrebbe venire in considerazione la (mancanza di) colpa della parte tenuta alla controprestazione in danaro, ma solo l'imputabilità o meno del fatto che ha causato il perimento della cosa<sup>59</sup>.

---

romanistica; in questa sede, oltre al Cannata, si rinvia a F.M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, cit. (1996), pp. 181-184.

<sup>55</sup> C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), p. 83, osservazione che qui si riformula per brevità in termini più semplici.

<sup>56</sup> Tale puntualizzazione viene compiuta dall'autore in riferimento alla impostazione dogmatica del problema della responsabilità che egli espressamente dichiara all'inizio del libro, p. 10: "Nell'eventuale azione esercitata dal creditore contro il debitore inadempiente non sarà dunque dedotto, finché la prestazione resti possibile, un rapporto di responsabilità, ma unicamente il debito come tale".

<sup>57</sup> Cfr. *supra*, nota 28.

<sup>58</sup> C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), p. 84.

<sup>59</sup> Il ragionamento del Cannata è il seguente: «[...] non si deve dire che in relazione a tali contratti il problema di rischio si pone se la cosa oggetto del contratto sia perita o sia stata danneggiata «in seguito ad una circostanza, per la quale nessuna delle due parti deve

Appunto per questo la questione del rischio assumerebbe una rilevanza diretta (e autonoma rispetto alla responsabilità) nel caso di domanda giudiziale (*actio venditi* o *actio ex locato*) rivolta alla controprestazione in danaro dei contratti a prestazioni reciproche, e non nel caso della domanda giudiziale rivolta alla prestazione della cosa<sup>60</sup>.

Così, nel caso della compravendita, immaginando che l'obbligo del venditore di consegnare la cosa non sia stato ancora adempiuto e questa venga a mancare per forza maggiore quando il compratore non ha ancora pagato il prezzo, la regola *periculum est emptoris* assumerà diversa rilevanza. Se è il compratore ad esercitare l'azione contrattuale per far valere l'inadempimento del venditore, questi verrà assolto sulla base della semplice circostanza dell'imputabilità; se è il venditore ad esercitare l'azione per il pagamento del prezzo, a nulla servirà al compratore, per evitare la condanna, opporre l'eccezione - propria della regola del sinallagma condizionale - della mancata prestazione dovuta dal venditore: in questo caso sarà proprio la regola sul rischio ad impedire il normale operare del meccanismo sinallagmatico.

Si può notare che “nel caso della vendita, la presenza della regola sul rischio viene a modificare i risultati che si otterrebbero dall'applicazione delle regole sulla responsabilità; nel caso della locazione, la regola sul rischio non modifica la soluzione”<sup>61</sup>.

La conclusione è nel senso che “anche quando la nozione di rischio non rappresenta che un corollario della struttura pratica di un criterio di responsabilità (*periculum custodiae*, *periculum culpa*), le regole sulla responsabilità e le regole sul rischio concorrono insieme a permettere al giudice di determinare, in una situazione prospettata da una parte, quali siano le obbligazioni residue dell'altra parte verso di lei (Gai 4.61). Una

---

rispondere all'altra», poiché ciò che rileva è se l'impossibilità di prestazione (che dipende dal perimento o deterioramento della cosa) sia imputabile o no alla parte che avrebbe dovuto eseguire la prestazione divenuta impossibile (rispettivamente: fornire la cosa perché il compratore possa appropriarsene ovvero il conduttore possa utilizzarla per l'impiego previsto): la colpa della controparte (compratore o colono) non può venire in alcuna considerazione.» In verità, stando al discorso del Betti riportato *supra* alla nota 62, il pensiero di questo autore non pare presentare un diverso ordine di idee. Ad ogni modo, conta qui ricordare come il Cannata voglia sottolineare la specificità del problema del rischio nei contratti sinallagmatici.

<sup>60</sup> Sintetizzo in tal modo le pp. 84-86 del testo del Cannata qui citato.

<sup>61</sup> C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), p. 96.

priorità del problema dell'imputabilità rispetto al problema dell'attribuzione del rischio non riveste il carattere di una necessità logica"<sup>62</sup>.

Possiamo ora tirare le fila del discorso intrapreso con l'analisi del termine *damnum* come sinonimo di *periculum*.

Il Cannata, pur riconoscendo al Betti di aver saputo individuare nelle regole e nella problematica del rischio un meccanismo autonomo rispetto alla responsabilità<sup>63</sup>, gli rimprovera tuttavia l'impostazione generale del problema, che implicherebbe l'inesattezza di ritenere, in sostanza, sempre inidonee le regole di responsabilità per risolvere il problema "dell'attribuzione, ad una delle parti, dell'ammanto corrispondente alla perdita del così detto *commodum obligationis*"<sup>64</sup>, ogniqualvolta la prestazione della cosa sia divenuta impossibile per causa inimputabile al debitore. Infatti, nel caso della locazione di una funzione autonoma delle regole del rischio non si potrebbe propriamente parlare. L'ottica del *periculum* servirebbe piuttosto, in questo caso, a dare maggiore chiarezza, ma non offrirebbe soluzioni diverse da quelle raggiungibili attraverso l'ottica della responsabilità.

Ora, a mio parere la fonte che stiamo esaminando, con la prospettiva ivi contenuta – che ritroviamo anche in altre fonti – del *periculum* come *damnum*, cioè come perdita, corrobora l'idea di fondo del Betti di una specificità del problema dogmatico del rischio contrattuale. Anche se si assiste all'interazione fra regole di responsabilità e quelle di rischio, ciò non toglie che i giuristi romani abbiano chiara l'idea che nel rapporto contrattuale sinallagmatico possa sopravvenire un evento che è causa di una 'perdita'<sup>65</sup> e che l'ordinamento debba risolvere il problema dei riflessi che

---

<sup>62</sup> C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), pp. 92-93.

<sup>63</sup> Cfr. *ibidem* p. 95.

<sup>64</sup> *Ibidem* p. 96.

<sup>65</sup> Questa visione è presente in un altro brano delle Istituzioni giustiniane, che assume un'importanza particolare nella storia della dogmatica del *periculum*. Si tratta di I. 3.24.3, in cui l'imperatore Giustiniano fa propria l'innovazione zenoniana in materia di *ius emphyteuticarium*. *Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. ut ecce de praediis quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive redditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit auferre liceat. sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita*

tale perdita abbia sull'interdipendenza delle obbligazioni contrattuali. Proprio su questa visione di una 'perdita' che non è imputabile alle parti contrattuali si è innestata, a mio parere, l'impostazione dogmatica dei codici moderni, i quali in vario modo propongono una regola di distribuzione delle conseguenze dell'evento incontrollabile fra le parti delle singole figure contrattuali.

La dottrina dominante ritiene che il principio del *periculum emptoris* vigesse già *ante traditionem*, cioè prima ancora della consegna, ma una volta che la vendita si considerasse *perfecta*. *Emptio perfecta*, nelle fonti (Paul. D. 18.6.8.pr.-1), indica che il contratto non soltanto è concluso, ma le prestazioni sono determinate in modo da essere immediatamente esigibili. L'opposta opinione risale all'Arnò e allo Haymann ed è stata sostanzialmente ripresa dal Betti ed è quella che ritiene classico il principio per cui il *periculum* fosse distribuito fra venditore e compratore: del venditore fino alla consegna, del compratore *post traditionem*. E abbiamo visto che tale soluzione, poi assorbita nel BGB, è stata accolta dall'art. 604 del Codice civile cinese (ex art. 142 Legge sui contratti della RPC).

Secondo il Betti - che pur con il dovuto riconoscimento di originalità possiamo associare, quanto alla questione del rischio nella vendita, al filone che ebbe come rappresentanti principali Arnò e Haymann - sarebbe di

---

*optinere ac si natura talis esset contractus, sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire. quo iure utimur.* La prima parte del testo deriva da Gai 3.145, in cui il giurista di età antoniniana ricordava i dubbi che la giurisprudenza aveva sollevato sulla *natura contractus*, se cioè si trattasse di locazione oppure di compravendita, nel caso di una cosa locata *in perpetuum* (Gaio faceva esplicito riferimento alle concessioni di fondi municipali). Giustiniano si serve del passo gaiano per far propria la soluzione innovativa di Zenone in tema di fondi enfiteutici, i contratti relativi a quali avevano sollevato, nella cancelleria imperiale e fino a questo imperatore, gli stessi dubbi ricordati da Gaio. Zenone aveva tolto di mezzo ogni dubbio, attribuendo alle concessioni enfiteutiche una *propria natura contractus*. Giustiniano, accogliendo la norma per cui l'enfiteusi rappresenta un contratto nuovo e diverso rispetto alla locazione ed alla vendita, innesta nella regolamentazione zenoniana una disciplina specifica per il *periculum*: se interviene la distruzione totale del fondo, il rischio è a carico del proprietario (*ad dominum super hoc redundare periculum*); se, invece, interviene un *particularis interitus*, il rischio è a carico dell'enfiteuta (*ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire*). Non soltanto si ripete l'immagine del *damnum* intervenuto nel rapporto contrattuale, ma Giustiniano introduce, proprio come faranno i codici moderni, una regola specifica per la distribuzione del rischio, dogmaticamente separato dalle questioni di responsabilità. Su Gai 3.145, per tutti, R. Fiori, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 215 n. 102; su I. 3.24.3 cfr. A. Bottiglieri, *La nozione romana di enfiteusi*, Napoli, 1994, pp. 72-75.

matrice giustiniana il principio del passaggio del rischio fin dalla *perfectio* della vendita. Dato il caratteristico effetto meramente obbligatorio della vendita nel diritto classico, ivi il passaggio del rischio sarebbe individuato dal momento della consegna. Il cambiamento di prospettiva da parte dei giustiniani sarebbe dipeso dall'affermarsi nell'Oriente tardo-classico di negozi di vendita intesi come atti di alienazione. La disciplina giustiniana, conseguente alla prassi orientale, avrebbe avvicinato l'*emptio venditio* romana ai codici moderni, nei quali essa ha un'efficacia traslativa; tuttavia, con la precisazione che "Ove [...] si consideri la vendita giustiniana dal punto di vista della fenomenologia storica del diritto, si può dire che la nuova disciplina del contratto si sia arrestata a mezza strada, facendone un interessante anello di transizione nella evoluzione dalla vendita meramente obbligatoria romana alla vendita traslativa dei codici latini moderni"<sup>66</sup>.

Per quanto concerne la fonte che stiamo esaminando, il paragrafo 3, nell'originale gaiano, avrebbe distinto nettamente fra *periculum* - spettante al venditore fino alla *traditio* e al compratore *post traditionem*, ma dai giustiniani sarebbe poi stato piegato alla nuova dogmatica dell'*emptio perfecta* - e *commodum/incommodum*, spettante al compratore già dopo la conclusione del contratto, ma dai bizantini collocato sullo stesso piano del *periculum*<sup>67</sup>.

Mario Talamanca<sup>68</sup> - come ulteriore proposta dottrinale - ha chiarito come, in realtà, nelle fonti è rinvenibile la traccia di uno sviluppo giurisprudenziale dai *veteres* a Giustiniano, nel senso di un'ampia applicazione del criterio *periculum est venditoris* nei testi più antichi, per poi passare, attraverso l'intervento di Labeone e dei capi della scuola proculiana, ad un prevalere dell'opposto criterio del rischio addossato al compratore.

---

<sup>66</sup> E. Betti, "Periculum": *problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, cit., pp. 355-361. La critica testuale al passo delle Istituzioni che stiamo esaminando si trova a p. 359 (I. 3.23.3) e pp. 337-338 (I. 3.23.3a). La citazione proviene da p. 358. Il problema del processo storico che dalle radici romanistiche dell'*emptio venditio* a carattere meramente obbligatorio ha portato all'efficacia reale del contratto è l'oggetto dell'indagine di Riccardo Fercia del 2009, sopra ricordata.

<sup>67</sup> E. Betti, "Periculum": *problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, cit., pp. 358-359. Così questo autore immaginava il tenore originale del testo gaiano poi trasfuso nelle Istituzioni: *Cum autem emptio et venditio contracta est (...) periculum rei venditae <ad venditorem ante traditionem, aliquando tamen> [statim] ad emptorem pertinet, [tam]etsi adhuc ea res emptori tradita non sit <veluti> [itaque] si homo mortuus sit (...): <tunc enim> emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere etc.* (regola che si riferirebbe all'*incommodum*).

<sup>68</sup> M. Talamanca, voce "Vendita (Diritto Romano)", cit., pp. 449 - 461. Cfr. M. Scognamiglio, *Note sul sinallagma condizionale e il "periculum rei venditae" nel diritto romano*, cit. (2007), pp. 174-176 e ivi le note 3-6.

Sembrerebbe, poi, che la regola della *perfectio* della vendita fosse uno strumento ampiamente utilizzato dai maestri della scuola sabiniana “per limitare la portata di quelle impostazioni che avrebbero, alla lunga, portato alla prevalenza della regola sul *periculum emptoris*”<sup>69</sup>.

Tuttavia non è questa la sede adatta per svolgere questo tipo di indagine che ci allontanerebbe dal nostro intento iniziale. È stato sufficiente qui, limitarci a riassumere i filoni principali allo stato attuale delle nostre conoscenze. Fra questi, naturalmente, anche lo studio del Pennitz che è stato menzionato in precedenza.

Ora, il Codice cinese, con la sua disciplina articolata del rischio contrattuale, ci si presenta come il risultato di una operazione di consapevole innesto del diritto cinese nei contratti nel sistema giuridico romanistico. Dico consapevole in quanto appare evidente che le soluzioni codicistiche adottate, con il ruolo centrale affidato alla consegna del bene nel determinare la distribuzione del rischio, rappresentano il frutto dell'apporto diretto ed indiretto della tradizione romanistica: diretto, perché è evidente l'eco delle questioni allo stato attuale più discusse nella ricerca in corso sulle fonti romane; indiretto perché altrettanto importante appare il filtro delle norme dei diversi codici europei che del sistema romanistico rappresentano l'ulteriore sviluppo.

#### 4. Il filtro dei codici moderni. Codice svizzero e tedesco

L'attuale art. 119 del Libro quinto, Delle obbligazioni, del Codice civile svizzero<sup>70</sup> (1907, ma il libro Delle obbligazioni è stato introdotto con legge federale del 30 marzo 1911) recita:

Art. 119

*1 L'obbligazione si ritiene estinta se ne sia divenuto impossibile l'adempimento per circostanze non imputabili al debitore.*

*2 Nei contratti bilaterali il debitore così liberato è tenuto di restituire, secondo le norme dell'indebito arricchimento, la controprestazione già ricevuta e non può più chiedere quanto gli sarebbe ancora dovuto.*

*3 Sono eccettuati i casi in cui per disposizione di legge o secondo il tenore del contratto il rischio è passato a carico del creditore prima dell'adempimento.*

---

<sup>69</sup> M. Talamanca, voce “*Vendita (Diritto Romano)*”, cit., p. 458.

<sup>70</sup> Si cita il testo della Legge federale di complemento del Codice civile svizzero (30 marzo 1911) nella versione disponibile on line: *fedlex.admin.ch* (novembre 2022).

Sono interessanti, per noi, in particolare il secondo ed il terzo comma. Come regola generale nei contratti sinallagmatici, a nessuna delle due parti viene addossato il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (comma 2), salvo che, per disposizione di legge o per volontà delle parti il rischio sia passato dal debitore al creditore della prestazione in questione.

Limitandoci ad analizzare esclusivamente il regime del rischio contrattuale nella compravendita, dobbiamo soffermarci sugli artt. 184 e 185, i primi dedicati alla 'compera e vendita':

Art. 184

*1 La compera e vendita è un contratto per cui il venditore si obbliga consegnare l'oggetto venduto al compratore ed a procurargliene la proprietà e il compratore a pagare al venditore il prezzo.*

*2 Salvo patto od uso contrario, il venditore e il compratore sono tenuti ad effettuare contemporaneamente le loro prestazioni.*

*3 Il prezzo è sufficientemente determinato quando possa esserlo a norma delle circostanze.*

Art. 185

*1 Salve le eccezioni giustificate da convenzioni o circostanze speciali, gli utili e i rischi della cosa passano all'acquirente con la perfezione del contratto.*

*2 Se la cosa alienata è determinata soltanto nella sua specie, si richiede inoltre che sia individualizzata, e, ove debba essere spedita, che sia stata consegnata per la spedizione.*

*3 Nei contratti conclusi sotto condizione sospensiva gli utili ed i rischi della cosa alienata passano all'acquirente soltanto dopo il verificarsi della condizione.*

Abbiamo conferma di quanto ricordato in precedenza, ossia che il contratto di compravendita nel diritto civile svizzero è configurato come schema aderente al modello romano (art. 184, comma 1). A differenza della regola generale dell'art. 119, in cui il contratto a prestazioni corrispettive non comporta l'attribuzione del rischio ad una sola parte, ma il verificarsi di un evento che compromette una prestazione produce un effetto liberatorio per il contraente tenuto alla controprestazione, in base alle regole del sinallagma condizionale, nel caso della compravendita il rischio è addossato all'acquirente sin dal perfezionamento del contratto (art. 185, comma 1). Anche il terzo comma dell'art. 185 è erede del modello romano, poiché l'avverarsi della condizione sospensiva, nel diritto romano classico, costituiva l'esempio tipico della *perfectio emptio*.



Abbiamo detto che il codice svizzero è ancorato alla Pandettistica. Ed in effetti, per il tema del rischio contrattuale, esso fa da ponte fra l'ordinamento romano classico e il sistema romanistico moderno. La fedeltà alle regole romane sul contratto e sul rischio contrattuale può dirsi pressoché completa. La sua derivazione pandettistica è facilmente dimostrabile alla luce del *Diritto delle Pandette* del Windscheid<sup>71</sup>. Ivi il contratto di compravendita è fonte di obbligazioni e non produce effetti reali. Il regolamento del rischio è esposto al § 390<sup>72</sup>:

“Il compratore sopporta il rischio. Ciò vuol dire: se senza colpa del venditore la cosa venduta è perita o non si trova più in suo potere, il compratore deve nullameno pagare il prezzo; se senza colpa del venditore la cosa è deteriorata, il compratore deve nullameno pagare l'intero prezzo. La ragione di questa massima è nella natura alienatoria della compra, la quale ha portato al concetto, che la cosa comprata, quanto al rapporto fra le parti, anche senza tradizione si consideri come uscita dal patrimonio del venditore e trapassata in quello del compratore”.

Il Windscheid precisava che per l'attribuzione del rischio al compratore occorre: 1) la perfezione del contratto (determinazione della cosa venduta in caso di vendita di genere; verificarsi della condizione sospensiva; fissazione del prezzo dopo misurazione, numerazione o pesatura; individuazione dell'oggetto in caso di vendita con obbligazione alternativa del venditore); 2) che non vi sia dolo del venditore in caso di vendita di cosa altrui; 3) in caso di doppia alienazione è il secondo compratore a dover sopportare il rischio, salvo il dolo del suo venditore.

Come si vede, tutta la complessa problematica e tutte le contrastanti soluzioni che emergono dalle fonti romane (*periculum emptoris-periculum venditoris*, ruolo della consegna, *perfectio emptiois*, etc.) trovano in Windscheid composizione e sintesi in poche e limpide regole basate sulla concezione del contratto di compravendita come meramente obbligatorio ma al contempo avente natura di contratto di alienazione, anche se non formalizzata.

La regolamentazione del Codice civile svizzero assorbe la sintesi del Windscheid, che rappresentava lo stato delle conoscenze raggiunto all'epoca del grande giurista germanico in merito al regime classico del rischio contrattuale nella compravendita. Tale assorbimento della sintesi

---

<sup>71</sup> B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, 1<sup>a</sup> trad. it. della ult. ed. tedesca a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, vol. II p. 2<sup>a</sup>, Torino, 1904, p. 92 ss.

<sup>72</sup> B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 99 ss.

pandettistica rappresenta, mi pare di poter dire, una soluzione in cui alla tradizione romanistica non si sovrappongono ulteriori scelte dettate da una particolare politica del diritto o da una diversa ponderazione degli interessi delle parti operata dal legislatore svizzero rispetto al diritto romano.

Altri codici, invece, pur ancorati alle radici romanistiche, ne rappresentano ulteriori sviluppi basati su opzioni diverse e diverse valutazioni degli interessi dei contraenti. Il sistema romanistico, in questo ambito, ha espresso due soluzioni fondamentali. La prima è quella della configurazione della compravendita come contratto ad effetti obbligatori, senza però enfatizzare la funzione di contratto di alienazione e attribuendo alla consegna della cosa il compito di dosare equamente la distribuzione del rischio fra venditore e compratore. Come abbiamo accennato, questa è la scelta riscontrabile nel codice cinese e, prima di esso, nel BGB germanico. In quest'ultimo la nozione di contratto si scinde nelle due sottospecie del contratto ad effetti obbligatori (sulla scia della tradizione romana) e del contratto ad effetti reali (sulla scia dello sforzo di astrazione compiuto dalla Pandettistica<sup>73</sup>). La compravendita, similmente a quanto abbiamo osservato per il Codice svizzero, è meramente obbligatoria, ma il regolamento del rischio si distacca dal regime romano classico basato sul principio *periculum est emptoris*, esaltando invece il momento della *traditio* come fattore del passaggio del rischio fra le parti<sup>74</sup>. Vi è, in definitiva, una scelta politico-legislativa finalizzata a valorizzare la consegna come elemento equitativo nella distribuzione dei rischi. La dottrina<sup>75</sup> precedente alla riforma del diritto delle obbligazioni del 26 novembre 2001 (entrata in vigore: 1° gennaio 2002) sottolineava come il regolamento della distribuzione del rischio per la perdita o il deterioramento fortuiti della cosa, di cui al § 446, costituisse una eccezione alla norma generale, allora vigente per i contratti sinallagmatici, posta dal § 323:

---

<sup>73</sup> Per la nozione di contratto nella Pandettistica e nel BGB faccio rinvio, ivi con ulteriori riferimenti bibliografici, al mio lavoro: E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico*, cit., pp. 117-124.

<sup>74</sup> § 446 BGB *Gefahr- und Lastenübergang*: "Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist". La consegna, quindi, determina anche il passaggio al compratore degli *Akzessorische commoda* (frutti) ed *incommoda* (pesi gravanti sulla cosa).

<sup>75</sup> Ad es. O. Palandt (et alii), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 31. Aufl., Beck, München, 1972, p. 326, in cui gli autori evidenziano come la regola del § 446 abbia un campo di applicazione limitato alle cose corporali. Aspetto, questo, che – mi sembra – restringe ulteriormente il già stretto ambito di significato della nozione di 'rischio' di ascendenza romana.

§ 323 (in vigore fino al 31.12.2001)

*Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473.*

Quindi, mentre nei contratti sinallagmatici in generale l'interdipendenza delle prestazioni propria del sinallagma condizionale aveva piena espressione, per la compravendita, in base al § 446, tuttora vigente, l'impossibilità sopravvenuta e fortuita della prestazione non viene semplicemente ridotta al ruolo di fattore che scioglie il sinallagma, ma costituisce un evento il cui rischio la legge distribuisce equamente fra venditore e compratore attraverso il momento della consegna, senza pertanto che esso sia da solo idoneo a travolgere la reciprocità delle obbligazioni. Avvenuta la consegna, anche se il venditore non ha ancora provveduto al trasferimento della proprietà, il venir meno della cosa non fa venir meno la pretesa del venditore alla controprestazione del prezzo.

#### *4.1 Soluzione francese e italiana*

Altra soluzione è quella dei codici Napoleone e italiano (1942). Qui la consegna non ha rilevanza per la determinazione di attribuzione del rischio, ma al verificarsi dell'effetto reale di trasferimento della proprietà della cosa il rischio è posto a carico del compratore. Il Codice francese, prima della riforma del 10 febbraio 2016<sup>76</sup>, ammetteva, da un lato, una efficacia esclusivamente obbligatoria al contratto in generale ed un'efficacia traslativa alla donazione ed alla vendita (ed ai contratti aventi ad oggetto obblighi di dare)<sup>77</sup> e, dall'altro, una attribuzione del rischio al compratore al momento

---

<sup>76</sup> Ordonnance n. 2016/ 131.

<sup>77</sup> Cfr. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico*, cit., pp. 115-117. L'art. 1101, nel testo originario (1804), recitava: "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose". Il testo in vigore al 28 marzo 2019 recita: "Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations". Quindi, nella formulazione originaria del *Code Napoléon*, esso appare come un negozio atto a costituire obbligazioni, mentre il testo attuale dell'art. 1101 ha espressamente esteso gli effetti, pur sempre obbligatori, del contratto alla modificazione,

del trasferimento della proprietà. Ciò significava, prima della riforma, che il passaggio del rischio si determinava al momento stabilito dall'art. 1138 (nel testo in vigore dal 1804 fino alla riforma del 2016):

*“L’obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.*

*Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l’instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n’en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier”*

ovvero l'accordo sull'obbligazione di dare era idoneo a trasferire la proprietà e la effettiva consegna non determinava il passaggio del rischio. Tale effetto, come recitava la disposizione originaria del secondo comma, si produceva nel momento che l'accordo stesso fissava per la consegna, anche se questa non fosse poi stata effettivamente effettuata (salvo solamente il caso della mora del debitore)<sup>78</sup>. Si conferma quindi quanto abbiamo già

---

trasmissione ed estinzione del rapporto. L'effetto reale, in particolare il trasferimento della proprietà, nella versione originaria del *Code* era connesso con l'obbligo di dare, con l'obbligazione del donante o del venditore (rispettivamente, artt. 1138, 938 e 1583), ma non direttamente con il contratto. Ad ogni modo, nel caso del contratto di donazione e di quello di vendita già all'entrata in vigore del *Code* era possibile parlare di efficacia reale e traslativa: è sufficiente qui, per constatare come la dottrina fosse avveduta dell'innovazione introdotta dal Codice Napoleone, G. Baudry-Lacantinerie, L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange*, 3<sup>a</sup> ed., vol. XIX, Paris, 1908, pp. 3-10. Cfr. P.G. Monateri-R. Sacco, voce “*Contratto in diritto comparato*”, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 138-139.

<sup>78</sup> G. Baudry-Lacantinerie, L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, 3<sup>a</sup> ed., vol. XII t. I, Paris, 1906, pp. 411-418, dove si ricorda che il distacco dal modello romano di compravendita, per cui l'effetto traslativo richiedeva la consegna o la *datio*, era cominciato da ben prima (Grotius, Pufendorf) dell'entrata in vigore del codice e sotto questo profilo il codice non aveva apportato innovazioni. Si tratta di pagine importanti di commento dell'art. 1138, su cui, fin dai lavori preparatori del Codice Napoleone, la dottrina francese basava l'efficacia traslativa del puro consenso. Gli autori ricostruivano il percorso dottrinale che condusse alla formulazione di tale articolo. Non dubitando dell'esistenza del principio del consenso traslativo, essi tuttavia sostenevano che la formulazione della norma non era chiara e si proponevano di individuare una spiegazione del testo che fosse conforme all'intenzione del legislatore. Ricordavano che nell'antico diritto francese vigeva il principio romano della *traditio* come elemento necessario per il trasferimento della proprietà; ma, sulla base delle stesse fonti romane (casi di *traditio* fittizia), con la norma citata si era accolta la dottrina per cui il trasferimento della proprietà fosse l'effetto dell'obbligazione, mentre la funzione della consegna si riduceva a quella di atto che mette la cosa a disposizione dell'acquirente. L'art. 1138 veniva spiegato come una fattispecie in

sopra osservato: non possiamo ricondurre questa soluzione al principio *periculum est emptoris*, poiché il contratto di vendita di diritto francese ha efficacia reale.

La riforma del 2016 ha introdotto un articolo dedicato specificamente all'effetto traslativo:

Art. 1196

*1 Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.*

*2 Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.*

*3 Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1.*

Si sono in tal modo rimosse le incertezze indotte nella dottrina francese dalla formulazione del vecchio art. 1138 e, dunque, il contratto di compravendita ha definitivamente assunto, come nel nostro ordinamento, efficacia (anche) reale. La disposizione di cui al comma 1 dell'art. 1196 ha eliminato ogni dubbio.

Il comma 3 dell'art. 1196 del *Code Napoléon*: “Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose” corrobora il quadro d'insieme, che già all'epoca dell'art. 1138 la dottrina maggioritaria aveva elaborato e che

---

cui il legislatore considera l'obbligazione di trasferire la proprietà eseguita immediatamente al momento del contratto. Quindi, l'effetto traslativo era conseguenza immediata dell'obbligazione e conseguenza mediata del contratto. Per comprendere questa peculiarità e così individuare l'esatto pensiero del legislatore, gli autori ricordavano che l'antico diritto francese aveva sviluppato, sulla base dei casi di *traditio* fittizia dei beni immobili, riportati nelle fonti romane, la clausola contrattuale di c.d. *dessaisine-saisine*, in virtù della quale l'acquirente si considerava aver ricevuto una consegna spirituale della cosa. Gli autori sottolineavano come questa clausola era divenuta di stile negli atti contenenti delle convenzioni di trasferire la proprietà, in modo che nella realtà dei fatti era il consenso delle parti che operava il trasferimento, indipendentemente dalla consegna; da qui a sottintendere la clausola di *dessaisine-saisine* in tutti i contratti aventi per oggetto il trasferimento di proprietà non mancava che un passo e, secondo gli autorevoli commentatori del *Code*, tale passo era stato fatto dall'articolo 1138. Così, in definitiva, il cambiamento operato dal legislatore del 1804 consisteva semplicemente nell'aver reso inutile l'inserzione della clausola contrattuale ormai divenuta di stile. Gli autori passavano poi in rassegna i codici civili stranieri, esponendo quelli (codice italiano e portoghese) che avevano accolto la regola dell'effetto traslativo del consenso e quelli ancorati maggiormente al diritto romano. Cfr. I. Birocchi, voce “*Rischio (Diritto intermedio)*”, in ED, vol. XL, Milano, 1989, p. 1143.

ci porta a dire che nel codice francese è l'effetto reale di trasferimento della proprietà a determinare il passaggio del rischio<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> Sul passaggio del rischio, rinvio ancora a G. Baudry-Lacantinerie, L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, 3<sup>a</sup> ed., vol. XII t. I, cit., p. 456 ss., dove si esordisce con la seguente definizione di rischio: “Le mot risques désigne, dans le langage du droit, un danger, un péril d’une nature particulière, celui que fait courir à une personne l’obligation où elle se trouve de supporter les pertes ou détériorations qu’une chose déterminée est exposée à subir par suite d’un cas fortuit ou de force majeure. On appelle *cas fortuit* ou *de force majeure* tout événement provenant d’une cause étrangère et non imputable au débiteur. Le *fait du prince* est un cas fortuit d’une nature particulière, résultant d’un acte arbitraire du pouvoir ou d’un changement de législation”. La dottrina civilistica francese, quindi, postulava la nozione stretta e tecnica di rischio derivante dalla tradizione romanistica. Gli autori qui presi in considerazione ponevano, correttamente, la questione del rischio come una questione riguardante le cose oggetto di *obligation de donner*, mentre “la perte fortuite d’une chose qui ne fait l’objet d’aucun contrat ne peut être que pour celui à qui cette chose appartient”. In base al dettato dell’art. 1138, comma 2, del Codice Napoleone, alla questione, se la perdita o il deterioramento fortuiti della cosa oggetto di obbligazione spettassero al debitore o al creditore, la risposta data dal legislatore era che il rischio spettava al creditore: “Nous savons que les mots *dès l’instant où la chose a dû être livrée* signifient: *dès l’instant où la livraison a été due*, c’est-à-dire *du jour du contrat*, et cela même quand un terme a été stipulé pour la livraison”. Gli autori sottolineavano che il problema del passaggio del rischio non si poneva per i contratti unilaterali, dove era applicabile il principio generale, nel *Code* espresso all’art. 1302, dell’effetto liberatorio per il debitore dell’impossibilità sopravvenuta e incolpevole. Il problema del passaggio del rischio era rilevante per i contratti sinallagmatici ed in questo aspetto gli autori si rifacevano all’autorità del Pothier. Il compratore, stando al dettato dell’art. 1138 (l’obbligazione “rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l’instant où elle a dû être livrée”), sopporta il rischio per il semplice fatto di essere *creditore*? Non è vero piuttosto che egli sopporta il rischio nei soli casi nei quali diviene *propriétaire*? In tal modo si evidenziava l’ambiguità generata dalla norma che, come abbiamo visto, aveva fatto dire che l’effetto traslativo è conseguenza diretta dell’obbligazione e conseguenza mediata della convenzione. Potremmo, in sostanza, tradurre il dubbio nel senso di determinare se nel diritto civile francese vige la regola *res perit creditoris* o l’altra, *res perit domino*. La questione assumeva grande valenza teorica, benché occorresse ammettere che essa poteva insorgere nel caso remoto in cui le parti contraenti avessero differito, con clausola apposita, l’effetto traslativo al momento concordato per la consegna. Nella terza edizione del commentario gli autori, dopo aver a lungo esitato, avevano aderito all’opinione che la formulazione della norma fosse da interpretare come applicativa del principio *res perit domino*, quindi nel senso che il passaggio del rischio avvenisse con l’effetto traslativo e non con l’effetto obbligatorio. La disamina delle opposte opinioni era esposta a p. 459 ss. dell’edizione qui utilizzata. La soluzione prescelta dal Codice Napoleone era giustificata dagli autori non solo in base al dettato letterale dell’art. 1138, ma anche alla luce della tradizione storica in cui, alla dottrina romana del *periculum emptoris* (*periculum creditoris*) si era sovrapposta la teoria moderna del diritto naturale, in molte parti discostatasi dalle soluzioni dei giuristi romani. Gli autori precisavano infine (p. 464) che il criterio *periculum creditoris* era applicabile per volontà

E veniamo, infine, al codice italiano.

Il codice del 1865<sup>80</sup> trattava dell'impossibilità sopravvenuta senza colpa del debitore agli artt. 1298-1299:

Art. 1298

*1 Quando una determinata cosa che formava l'oggetto dell'obbligazione perisce, od è posta fuori di commercio, o si smarrisce in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l'obbligazione si estingue, se la cosa è perita o posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore, e prima che questi fosse in mora.*

*2 Ancorché il debitore sia in mora e non abbia assunto a suo carico il pericolo dei casi fortuiti, si estingue l'obbligazione, se la cosa sarebbe ugualmente perita presso il venditore ove gli fosse stata consegnata.*

*3 Il debitore è tenuto a provare il caso fortuito che allega.*

*4 In qualunque modo sia perita o smarrita una cosa rubata, la perdita di essa non dispensa colui che l'ha sottratta, dal restituirne il valore.*

Art. 1299

*Allorché la cosa è perita, posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore, i diritti e le azioni che gli spettavano riguardo alla medesima, passano al suo creditore.*

È interessante, innanzi tutto, rilevare che la rubrica di questa Sezione abbia la dicitura “Della perdita della cosa dovuta”, ossia una eco della parola *damnum* dei testi romani. Per quanto riguarda le regole sulla posizione dell'obbligato in relazione alla sopravvenuta impossibilità della prestazione, si possono notare alcune peculiarità. Infatti, l'esemplificazione dei casi di impossibilità sopravvenuta è articolata sulla base di più fattispecie derivate evidentemente dalle fonti romane. Inoltre è specifica la norma sull'onere della prova e si contempla il *furtum*. L'art. 1299 riprende la tradizione romana relativa alla cessione al creditore delle azioni che spettavano al debitore per la cosa dovuta, con chiaro richiamo alle regole descritte in I. 3.23.3a.

Si tratta, ora, di vedere come il rischio contrattuale veniva regolato nel contratto di compravendita. L'art. 1448 formalizzava il principio

---

legislativa in tre casi: patto in tal senso convenuto tra le parti (art. 1302 comma 2), impossibilità per fatto del debitore e mora di quest'ultimo. Ma io osserverei che non si tratta in questi casi propriamente di una regola alternativa, ma di una conseguenza imposta dalle parti o dai principi generali delle obbligazioni.

<sup>80</sup> Cito questo codice dall'edizione fiorentina della Stamperia Reale del 1865, pp. 309-310.

dell'efficacia reale o traslativa del contratto consensuale di compravendita<sup>81</sup>. Con ciò il distacco dal modello contrattuale romano della *emptio venditio* era netto. La distribuzione del rischio fra le parti era regolata, in particolare, all'art. 1480:

Art. 1480

*La questione, se la perdita o il deterioramento della cosa venduta e non per anco consegnata debba essere a carico del venditore o del compratore, sarà giudicata colle regole stabilite nel titolo Delle obbligazioni e dei contratti in genere.*

Si trattava di un semplice rinvio agli artt. 1298-1299 che abbiamo sopra visto. Nel codice del 1865 la questione del rischio si riduceva a regolare la posizione del venditore nella sua qualità di obbligato alla consegna. Come persona obbligata e fino alla consegna (vista come adempimento del suo obbligo contrattuale) il venditore era liberato in caso di impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile. Vale a dire, il regolamento del rischio era interamente assorbito dalle regole sulla responsabilità. Si può, pertanto, ben evidenziare la diversità della soluzione adottata dal codice cinese, che, come a suo tempo abbiamo osservato, distingue le regole sulla responsabilità del debitore da quelle della distribuzione del rischio nella compravendita, quest'ultime essendo incentrate sul momento della consegna.

Il regime del rischio veniva in considerazione anche agli artt. 1449-1453, nei quali erano individuate le fattispecie di vendita non ancora perfetta, come nel caso della condizione sospensiva, della merce non ancora numerata o misurata o del vino non ancora assaggiato. Si trattava quindi di casi tratti direttamente dal diritto romano in continuità con la tradizione dell'*emptio perfecta*. In definitiva, il Codice civile del Regno d'Italia costituisce una singolarità del sistema romanistico, perché dava al problema del rischio una risposta finalizzata a ridurre ai minimi termini le regole di accollo ad una delle parti (il compratore) per la perdita della cosa senza colpa del debitore, ed espandendo di conseguenza lo spazio di operatività delle norme sulla responsabilità.

Nel Codice civile del 1942 l'impossibilità sopravvenuta non imputabile riceve una disciplina specifica per i contratti a prestazioni corrispettive e, del resto, abbiamo visto essere questo il tema al centro dell'attenzione della

---

<sup>81</sup> Art. 1448: "La vendita è perfetta fra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa né sia pagato il prezzo".



dottrina di tradizione francese. In base all'art. 1463<sup>82</sup>, nei contratti bilaterali che non abbiano effetti traslativi il rapporto sinallagmatico fra le prestazioni – cioè la loro interdipendenza – non subisce alterazioni a causa dell'eventuale sopravvenuta impossibilità: se una delle parti è liberata a causa del verificarsi di un evento ad essa non imputabile, viene meno anche l'obbligo dell'altro contraente alla controprestazione. In questo caso, dunque, il rischio incide sull'intero sinallagma, destinato a dissolversi se una delle parti viene liberata dal proprio obbligo per fatto non colpevole.

In base all'art. 1465, un trattamento diverso ricevono i contratti con effetti reali (traslativi o costitutivi):

Art. 1465 (Contratto con effetti traslativi o costitutivi)

*Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali, il perimento della cosa per una causa non imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata.*

*La stessa disposizione si applica nel caso in cui l'effetto traslativo o costitutivo sia differito fino allo scadere di un termine.*

*Qualora oggetto del trasferimento sia una cosa determinata solo nel genere, l'acquirente non è liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione, se l'alienante ha fatto la consegna o se la cosa è stata individuata.*

*L'acquirente è in ogni caso liberato dalla sua obbligazione, se il trasferimento era sottoposto a condizione sospensiva e l'impossibilità è sopravvenuta prima che si verifichi la condizione.*

In tal modo, i contratti ad efficacia reale come la compravendita vengono a soggiacere alla regola *periculum est emptoris*, indipendentemente della consegna e con alterazione dell'interdipendenza sinallagmatica; ma essa è conseguenza, a differenza del modello romano classico, della veste formale e sostanziale di negozio di alienazione che questa categoria di contratti viene ad assumere<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Art. 1463 (Impossibilità totale): “Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito”.

<sup>83</sup> Nel presente lavoro si è deciso di limitare le considerazioni comparatistiche al minimo essenziale. Sarebbe certamente interessante, in altra opportuna sede, fare maggiori approfondimenti non solo con l'ausilio dei commentari e dei trattati di dottrina, ma anche con riferimenti di giurisprudenza e con ricerche sui lavori preparatori dei codici. Ma si

## 5. Fra l'esperienza romana ed i codici moderni. Brevi riflessioni

Nell'Alto Medioevo si era affermata la compravendita di diritto germanico, a struttura di scambio immediato delle due prestazioni reciproche, fatto che non poneva il problema del passaggio del rischio<sup>84</sup>. La sovrapposizione del diritto romano, e la conseguente scissione fra contratto e consegna della cosa, provocò per il passaggio del rischio l'innovazione (attestata da un passo della c.d. *Summa Perusina*), rispetto alle soluzioni giustiniane, consistente nel distribuire il rischio fra il venditore, gravato fino alla consegna, ed il compratore, cui era addossato dalla consegna. Sembrerebbe che per ogni figura contrattuale si fossero sviluppate soluzioni del problema del *periculum* perfettamente adattate ai bisogni sociali.

I glossatori (limitando il discorso alla compravendita), nel tentativo di sistemare la materia e alla ricerca di un equilibrio fra la prassi a loro coeva e la disciplina delle fonti romane, si sforzarono di attenuare la regola *periculum emptoris*, valorizzando la responsabilità per custodia del venditore e riducendo quindi la distanza fra le due possibili soluzioni per il passaggio del rischio, quella della *perfectio emptio* e quella della consegna. Con i commentatori la teoria del *periculum* si condensa attorno alle due principali figure di contratti a carattere commutativo – *emptio-venditio* e *locatio-conductio* – uniformando per ciascuna di esse la disciplina: la vendita gravitava attorno al principio *debitor speciei interitu liberatur (periculum emptoris)*, la locazione attorno al criterio *res perit domino*.

---

tratterebbe di un lavoro esorbitante rispetto allo scopo delle riflessioni qui esposte, per le quali è sufficiente il richiamo alle linee di fondo del dibattito dottrinale e dell'evoluzione legislativa dei vari ordinamenti. La disciplina dettagliata del problema del rischio nel contratto di compravendita secondo il Codice civile italiano è analizzata, per esempio, in V. Buonocore-A. Luminoso, *Codice della vendita*, Milano, 2001, pp. 331-339 (con indicazioni bibl. Essenziali fino alla data di tale opera), dove le varie soluzioni adottate dai vari ordinamenti vengono raggruppate in criterio della proprietà (*res perit domino*), come nella legislazione italiana, e in criterio della consegna, come nel caso del BGB germanico e del diritto cinese. Nella dottrina italiana traspare un disagio indotto dalla nozione tradizionale di rischio, di ascendenza romanistica. Si è fatta leva sulla scarsa rilevanza pratica del problema del rischio, inteso come possibilità della perdita della cosa dovuta per fatto incolpevole, per tentare di elaborare un nuovo e più ampio approccio basato su una nozione nuova che comprenda l'ampio ventaglio di ipotesi relative a rapporti contrattuali 'alterati' da circostanze che possano turbare l'equilibrio degli interessi fra le parti contrattuali. È un aspetto su cui ci accingiamo a riflettere in conclusione.

<sup>84</sup> Per raccordare l'esperienza contemporanea con quella romana, è utile qui il rinvio, per tutti, a I. Birocchi, voce "*Rischio (Diritto intermedio)*", cit., pp. 1133-1143.

L'eredità delle due contrapposte elaborazioni passò poi, in età moderna, alla scuola culta ed al giusnaturalismo. Semplificando il discorso, ad una dottrina rispettosa della tradizione accumulatasi attorno ai due poli della vendita e della locazione, si contrappose la riflessione del Cuiacio, il quale, sulla base di un noto passo di Africano (D. 19.2.3), riuscì a individuare una soluzione unificata attorno al principio *res perit domino*, rivalutando per la vendita la regola che il rischio spettasse al venditore fino alla consegna. La scuola giusnaturalistica, come in parte abbiamo già accennato in sede di analisi del codice francese, collega il problema della sopportazione del rischio con la titolarità della proprietà. Grotius e Pufendorf possono essere considerati come i precursori del principio consensualistico ai fini dell'efficacia traslativa del contratto. Sganciando l'effetto traslativo dalla *traditio* romanistica, essi riescono in tal modo a fondere la regola romana del *periculum emptoris* con l'altra, *res perit domino*. Ed abbiamo visto essere questa la strada percorsa dal diritto civile francese (e quello italiano). Al Cuiacio ed alla individuazione della consegna quale momento determinante per il passaggio del rischio si rifà, invece, l'esperienza codicistica tedesca.

## 6. Conclusioni

L'analisi compiuta con particolare attenzione all'art. 604 del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, che contiene uno scostamento rispetto al principio generale dell'art. 180 del medesimo Codice, era finalizzata a ricercare la possibile spiegazione di tale apparente antinomia normativa<sup>85</sup>. E la spiegazione è stata individuata, più che sul piano politico-legislativo, su un piano storico-dogmatico: è emersa una specifica scelta nell'ambito del comune patrimonio del sistema giuridico romanistico. Dopo gli sviluppi del problema del rischio in età intermedia, la dottrina moderna, attraverso le elaborazioni – fra loro diverse – del Cuiacio e dei massimi esponenti della scuola giusnaturalistica, ha compiuto uno sforzo di *reductio ad unum*, sotto il minimo comun denominatore del criterio *res perit domino*, delle contrastanti soluzioni provenienti dalle fonti romane. Ma il minimo

---

<sup>85</sup> Per alcuni contributi della dottrina cinese in materia di rischio contrattuale, si vedano: Zhou Jianghong, *Regole sull'onere del rischio e risoluzione del contratto* (风险负担规则与合同解除), in *Law Studies* 2010.1 pp. 74-88; Wu Xiangxiang, *Commento sull'art. 142 della Legge sui contratti - trasferimento del rischio con la consegna* (合同法第 142 条交付转移风险 评注), in *The Jurist* 3 (2019) pp. 168-196; Jiang Hai-Shi Guobin, *Sulle regole dell'onere del rischio nel contratto di vendita* (论买卖合同风险负担规则), in *Modern Law Scienze* 35.5 (2013) pp. 51-60.

comun denominatore non ha impedito il diramarsi al suo interno di due modelli delle scelte legislative: il modello dei codici francese e italiano<sup>86</sup>, che raccolgono l'eredità giusnaturalista e risolvono il problema del rischio in quello della individuazione del passaggio di proprietà. Il codice italiano, poi, isola il problema del rischio rispetto a quello della responsabilità nei soli contratti a prestazioni corrispettive che comportino un effetto traslativo (art. 1465); il BGB ed il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese sono eredi del contributo del Cuiacio e incentrano la soluzione del problema del rischio contrattuale sul criterio della consegna. Se ancora il contratto ha efficacia prevalentemente obbligatoria, ragioni di equità portano ad arginare il principio romano *periculum est emptoris* (o *casum sentit creditor*) distribuendo il rischio fra i due contraenti nelle fasi prima e dopo la consegna.

Non possiamo, tuttavia, astenerci dal fare una riflessione, in chiave dogmatica e comparatistica, relativamente alla forte pressione esercitata dalla tradizione romanistica nei vari ordinamenti del sistema, provocando una vera e propria cristallizzazione della nozione di 'rischio' contrattuale attorno al caso, tanto discusso nelle fonti romane ma oggi forse marginale, della perdita fortuita della cosa oggetto di obbligazione, a cui fa riscontro lo sforzo compiuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza di allargare la problematica dei rischi contrattuali ben oltre le ipotesi tradizionali relative alla perdita incolpevole di una cosa oggetto dell'obbligazione. È evidente, infatti, la tendenza – presente nella dottrina civilistica dei vari paesi, nella giurisprudenza ed in sede di diritto comparato – ad affrontare il problema di tutti gli eventi esterni al singolo contratto o al singolo rapporto obbligatorio capace di frustrare l'economia dell'affare o l'equilibrio di interessi voluto dalle parti. Si tratta di sviluppi noti dell'elaborazione dottrinale più recente o delle soluzioni rinvenibili nelle sentenze dei vari paesi, con le quali si cerca di dare risposta alle 'sopravvenienze' che condizionano il rapporto successivamente (o anche in corso di trattative) alla conclusione del contratto o all'insorgere del rapporto contrattuale. Non occorre qui entrare nel dettaglio, ma basta ricordare i contributi fondamentali di Gino Gorla o di Edwin W. Patterson, e rinviare a

---

<sup>86</sup> Per la disciplina del codice italiano, oltre quanto già qui esposto, si veda, ad esempio A. Natucci, *Considerazioni sul principio "res perit domino" (art. 1465 c.c.)*, in *Rivista di diritto civile* 2010.1, p. 45 ss. che, come in questa sede, ricollega la soluzione codicistica italiana alla scuola giusnaturalistica e giunge a proporre un sospetto di incostituzionalità per la massima *periculum est emptoris*.

segnalazioni bibliografiche essenziali<sup>87</sup>. Per la verità, nel nostro ordinamento, una porta che dalla nozione ristretta ad una nozione ampia di rischio è stata aperta con l'art. 1467 del Codice civile, in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>88</sup>. Ed anche per questo aspetto sono sufficienti i pochi richiami bibliografici fatti.

Ora, da un lato le esigenze delle economie contemporanee hanno avuto come conseguenza l'affacciarsi di una prospettiva allargata del rischio nelle relazioni civilistiche e commerciali, dall'altro il peso della tradizione romanistica ha comportato quella che ho definito come una cristallizzazione delle disposizioni codicistiche attorno al nucleo originario della perdita fortuita della cosa oggetto di obbligazione. Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese non è sfuggito a tale forza di attrazione della tematica del rischio tralattivamente tramandatosi nei testi delle codificazioni. Certamente il Legislatore cinese ha cercato di attenuare il peso della tradizione attraverso i temperamenti qui segnalati, come la clausola "qualora la legge disponga diversamente" e il rinvio all'equità o alla buona fede. Ma l'impostazione del problema del rischio contrattuale non si discosta da quella degli altri codici del sistema romanistico. Per il momento ritengo di poter fermare l'attenzione del presente contributo su questa constatazione.

A prescindere, pertanto, dalla questione di individuare quali siano, di volta in volta, i precedenti, all'interno del sistema giuridico romanistico, che possano aver fatto da tramite per le disposizioni del nuovo Codice cinese, l'esempio - oggetto specifico di indagine in questa sede - della disciplina del rischio contrattuale, anche limitato alla sola figura negoziale della compravendita, ha fatto venire alla luce, a mio parere, la dimensione di 'appartenenza al sistema' in cui il Codice viene a collocarsi, al punto che la piena comprensione delle due disposizioni qui esaminate è resa possibile solo risalendo alle controversie dei *veteres* in tema di *periculum* contrattuale ed ai successivi sviluppi di età intermedia e moderna.

---

<sup>87</sup> Cfr. G. Alpa, voce "Rischio (*diritto vigente*)", in ED, vol. XL, Milano, 1989, pp. 1144-1159; A. Giampieri, voce "Rischio contrattuale", in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998, pp. 17-30; A. Giampieri, voce "Rischio contrattuale in diritto comparato", in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. XVIII, cit., pp. 30-42. Gino Gorla scrisse nel 1934 il saggio *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, teorizzando il c.d. rischio soggettivo e rilevando che un problema di rischio si pone non solo per i rapporti contrattuali ma per tutte le obbligazioni. Edwin W. Patterson negli anni '20 del secolo scorso (*The apportionment of business risk through legal devices*, in *Columbia Law Review* 24.1924) elaborò una teoria finalizzata alla individuazione di tutti i fattori (evento, causa, incertezza, danno, incidenza sui soggetti del rapporto) idonei a frustrare gli interessi delle parti di un affare e conseguentemente a distribuire i relativi rischi o a predisporre le opportune contromisure.

<sup>88</sup> Cfr. A. Giampieri, voce "Rischio contrattuale", cit., p. 19.

Questo rapporto instauratosi fra diritto cinese e sistema romanistico<sup>89</sup> costituisce un fattore di rilancio e di rinnovamento dello studio delle fonti romane, attraverso una metodologia che propone di approfondire il momento comparatistico con preferenza rispetto agli aspetti puramente esegetici. Il presente contributo vuole essere, in tale ottica, una ricerca finalizzata a verificare la validità dell'approccio alle elaborazioni del sistema giuridico romanistico, che si è reso necessario porre in essere in materia di rischio nella compravendita, per poter così dare un inquadramento sistematico alle norme studiate.

Mi sembra, infatti, che lo studio specificamente rivolto al dialogo fra diritto attuale e sistema romanistico sia un fattore di costante arricchimento del patrimonio giuridico a disposizione per dare risposte giuridicamente efficaci alle sfide ed ai problemi del mondo contemporaneo<sup>90</sup>. Non sono mancati, peraltro, i rilievi critici. Come detto poca fa, la trasfusione del diritto romano nel Codice Civile cinese richiede che il giurista non perda di vista l'orizzonte della propria contemporaneità e che mantenga lo sguardo aperto a prospettive nuove in uno sforzo di equilibrio tra tradizione ed innovazione.

\*\*\*

**ABSTRACT:** This essay investigates, limited to sale and purchase agreements, the most recent regulation of contractual risk in Chinese law, placing it in the perspective of the Roman tradition.

The supervening impossibility of performance, due to causes not attributable to the debtor, a general rule of the Roman legal system conceived by Pandectistics and accepted first in the German Civil Code (BGB) and then in the Italian Civil Code, excludes liability. Therefore, each legal system has the task of regulating the allocation of risk associated with the occurrence of events beyond the control of the contracting parties.

The scope of the investigation, also through the European codes, is, however, deliberately limited, to hopefully provide the most in-depth analysis possible on a topic that is, in my opinion, complex and wide-ranging.

---

<sup>89</sup> Cfr. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra legge e dottrina*, cit. (2019), pp. 75-124 (per quanto concerne il diritto dei contratti).

<sup>90</sup> G. Scarchillo, "L'interpretazione delle clausole generali e il *Running the Business giurisprudenziale. Spunti di diritto comparato*", in *Nuova giurisprudenza civile commentata (La)*, 4/2018, pp. 596-605.

Enrico Toti

*Il regime del rischio contrattuale nell'art. 604 del Codice civile cinese*

**KEYWORDS:** Chinese civil code – passage of risk – sales contract – contractual risk – comparative law

\*\*\*

**Enrico Toti** – Docente di diritto cinese, Università degli Studi Roma Tre (enrico.toti@uniroma3.it)