

INDICE

DIRITTO ROMANO COMUNE

PIERANGELO CATALANO <i>Circa l'uso del Diritto pubblico romano, dal Contrat Social di J.-J. Rousseau alla Storia della costituzione romana di F. De Martino</i> Appendice: F. DE MARTINO, <i>La questione dell'attualità di idee antiche nelle costituzioni moderne</i>	pag. 3
ROLF KNÜTEL <i>Diritto romano e unificazione del diritto delle obbligazioni</i>	» 17
SANDRO SCHIPANI <i>La nascita del modello di codice</i>	» 35
GIOVANNI LOBRANO <i>Tito Livio, Storia di Roma, Prima deca. Nota di lettura</i>	» 55
CALIXTO SALOMÃO FILHO <i>Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato (à luz do Código Civil Brasileiro, de 2.002)</i>	» 77
ANTONIO SACCOCCIO <i>Mutuo reale e mutuo consensuale nel Sistema giuridico latinoamericano</i>	» 101
EMANUELA CALORE <i>La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani</i>	» 133
SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO E DIRITTO MUSULMANO	

GA'AFAR 'ABD EL-SALÂM <i>La giustizia e l'equità tra Shari'a e Sistema giuridico romanistico</i>	pag. 193
SISTEMA E CODICI IN AMERICA LATINA VENTICINQUE ANNI DEL CODICE CIVILE PERUVIANO	
MARCIAL ROBBIO CARRERA <i>Evaluación del Código civil peruano y sus veinticinco años de vigencia</i>	pag. 207
JORGE AVENDAÑO <i>La propiedad en la Constitución y el Código civil</i>	» 219
INFORMAZIONI BIBLIOGRAFICHE <i>Publicaciones relativas al Código civil peruano (1984-2009)</i>	pag. 231

MUTUO REALE E MUTUO CONSENSUALE
NEL SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO*

ANTONIO SACCOCCIO

SOMMARIO: I. Il mutuo nel diritto romano classico: la formazione del sistema. – II. Gli sviluppi in America Latina. – 1. Gli sviluppi fino alle codificazioni nazionali. – 2. L'accoglimento del mutuo reale nei cd. Cc. della *transfusión del derecho romano*¹ o della 'indipendenza'. – A. Le opere che prepararono i cd. Cc. della *transfusión del derecho romano*² o della 'indipendenza'. – B. Il Cile. – C. L'Uruguay. – D. L'Argentina. – E. Il Brasile. – 3. L'accoglimento del mutuo reale negli altri Cc. latinoamericani nel corso del XIX e XX secolo. – A. La Colombia. – B. La Bolivia. – C. Il Venezuela. – D. Il Guatemala. – E. Il Paraguay e altri Paesi. – 4. L'accoglimento del mutuo consensuale. – A. Il Messico. – B. Il Perù. – C. Cuba. – III. Conclusioni.

I. Il mutuo nel diritto romano classico: la formazione del sistema

L'inquadramento dogmatico del contratto di mutuo rappresenta un nodo ancora problematico all'interno del sistema giuridico romanistico, soprattutto se se ne seguano gli sviluppi dall'età della 'fondazione' del sistema stesso nel diritto romano giustiniano, e fino ai 'sottosistemi' giuridici europeo e latinoamericano¹.

È mia intenzione, in questo contributo, concentrarmi in maniera particolare sulle vicende che hanno interessato questo contratto in America Latina, vicende che sono state molto complesse ed interessanti².

In diritto romano, come è noto, con il mutuo un soggetto, detto mu-

* Il presente contributo prende spunto dalla relazione dal titolo *'Diversità di modelli e tentativi di unificazione nel diritto dei contratti dal diritto romano al diritto moderno: l'esempio del contratto reale di mutuo tra Italia e Messico'* tenuta nel corso del XXXII Seminario annual de la Academia Mexicana de Derecho Internacional privado y comparado (AMEDIP), svoltosi a Tijuana (Messico) e San Diego (USA) nei giorni 11-14 novembre 2009. La ricerca che qui presento è stata non solo ampliata con note di fonti e bibliografia, ma altresì estesa all'intera America Latina.

¹ Sulla genesi del sistema giuridico romanistico e sulle specificità dei sottosistemi che da esso derivano, pur distaccandocene per peculiarità proprie, cfr., A. GUZMÁN BARTO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago (Chile), 2000, 284 ss., con ricca bibliografia alla nt. 587, a cui comunque è necessario, da ultimo, aggiungere almeno S. SCHIPANI, *Ricognoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto*, in questa rivista 24/2007, 3 ss.; ma vd. anche D.F. ESKOBKAZ, *La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista (I) e (II)*, in questa rivista, 21/2006, 5 ss. e 24/2007, 33 ss. Per un elenco delle problematiche teorico-dogmatiche ancora non risolte riguardo al contratto di mutuo, mi limito in questa sede a rinviare (non solo per le vicende italiane) a L. NIVARRA - G.W. ROMAGNOLI, *Il mutuo*, in *Il diritto privato oggi*, serie a cura di P. CENDONI, Milano, 2000 dove cfr. la bibliografia al riguardo.

² Alle vicende europee ed a quella italiana in particolare, riserverò apposita trattazione in un lavoro a cui sto attendendo.

tuante, trasferisce in proprietà ad un altro soggetto, detto mutuario, una certa quantità di denaro o di altre cose fungibili, e il mutuario si impegna a restituire, alla scadenza, non le stesse cose, ma il *'tantundem eiusdem generis et qualitatibus'*: certo ne era l'inquadramento tra i contratti reali³.

Il mutuo informale risale alle origini del diritto romano, ed affonda le sue radici in un'epoca di economia agricolo pastorale, in cui era molto diffusa l'esigenza di prestarsi sementi, derrate o piccole somme di denaro per superare momenti di difficoltà. Con lo sviluppo dei traffici commerciali, che avvenne a Roma intorno al III sec. a.C., il mutuo venne riconosciuto come un contratto *'iuris gentium'*, e come tale aperto anche agli stranieri (*peregrini*), ed estremamente diffuso tra la popolazione⁴. Esso era sanzionato da un'azione di stretto diritto, la *condictio*, volta alla ripetizione di quanto dato; pertanto il mutuo, per ragioni essenzialmente tecnico-procedurali (a cui erano estranee ragioni di eticità) era per i romani un contratto naturalmente gratuito⁵. Per la corresponsione di interessi, infatti, era necessario collegare al mutuo un altro contratto avente ad oggetto esclusivamente le *usurae*: la *stipulatio usurarium*.

I romani, però, se da un lato difendono con forza l'inquadramento reale del mutuo, dall'altro lato, probabilmente sulla spinta costante di esigenze

³ Cfr., per non fare che qualche esempio soltanto, Gai. 3,90 = I.3,14 pr.: *Re contrahitur obligatio veluti mutui datione*; D. 12,1,2,1-2 (Paul., 27 ad ed.): *Mutui datio consistit in his rebus quae pondere numero mensura consistunt; quantum eorum datione possimus in creditum ire...*; appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio. In dotrina sul punto basti in questa sede il rimando a M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1995, 541; per trattazioni romanistiche specificamente dedicate alla *mutui datio*, cfr. invece P.E. HUSCHKE, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen und den dazu gehörigen Materien*, Stuttgart, 1882 (rist. Amsterdam, 1965); P.E. VIARD, *La "mutui datio". Contribution à l'histoire du fondement des obligations à Rome*, Paris, 1939; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, Milano, 1947; U. VON LÖBLOW, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht*, Berlin, 1965; O. STANOJEVIĆ, *La "mutui datio" du droit romain*, in *Labro*, 15, 1969, 311 ss.; V. GIUFFRÉ, *Mutuo (storici)*, in *ED*, 27, 1977, 414 ss.; Id., *La "datio mutui". Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1989; C.A. MASCH, *La gratuità del mutuo classico*, in *Studi in onore di Baldatore Pallieri*, I, Milano, 1978, 289 ss.; E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*, Valencia, 1992; J. ROSET, «Mutui datio» y otros supuestos de «condictio», in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Genter*, a cura di J. PARICIO, Madrid, 1994, 227 ss.; M. SALAZAR REVUELTA, *La gratuidad del "mutuum" en el derecho romano*, Jaén, 1999; JUNG BYONG HO, *Darlehensverhältnisse im römischen Recht*, Göttingen, 2002.

⁴ Le commende di Plauto (III sec. a.C.) (a proposito delle quali non ignoro le discussioni in merito alla opportunità o meno del loro uso come fonti del diritto romano: cfr. già E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commende di Plauto*, Torino, 1890 (rist. Roma, 1968); e, di recente, P. LEITNER, *Die plautinischen Komödien als Quellen des römischen Rechts*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. CANTARELLA - L. GAGLIARDI, Milano, 2007, 69 ss.), in cui ricorre frequentemente l'immagine di uno schiavo o di un liberto alla disperata ricerca di denaro in prestito, costituiscono testimonianza significativa della diffusione di questo contratto nella Roma della media repubblica.

⁵ Cfr., sul punto, dopo J. MICHEL, *Gratuité en droit romain. Études d'histoire et d'éthnologie juridique*, Bruxelles, 1963, 303 ss., vd. soprattutto C.A. MASCH, *La gratuità ct.*, 289 ss.; per la genesi e gli sviluppi della *condictio* romana, mi sia consentito rinviare al mio A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conductiones iustinianae*, Milano, 2002.

derivanti dalla pratica, elaborano altresì modelli dogmatici che tendono alla sempre maggiore valorizzazione dell'«accordo di mutuo» ed al superamento della necessità della dazione (*traditio*), intesa come trasferimento fisico dei fungibili dal *dans* all'*accipiens*, per la produzione degli effetti (obbligatori) del mutuo.

A tale proposito, si possono ricordare:

1) la costante «materializzazione», attestata ripetutamente dalle fonti romane, dell'elemento della *traditio* nel mutuo: ad es. è discussa tra i giuristi romani la possibilità che il mandatario trattenga come mutuo le somme in precedenza possedute in base a tale contratto⁶, così come sono ammesse altre forme di *traditio* cd. *'brevis manu'* nonché di *'delegatio solvendi'*⁷.

2) la rilevanza della *conventio* per la determinazione non solo del termine della restituzione, ma anche del *locus solutionis*⁸ o della *qualitas*⁹ o *quantitas*¹⁰ delle cose da restituire, o, addirittura, della imputazione della stessa dazione a persona diversa dall'autore effettivo della *traditio*¹¹.

3) la diffusione, soprattutto nella prassi, dei cd. *'mutua cum stipulatione'* (cd. *'Stipulationsdarlehen'*), in cui il mutuo veniva riversato all'interno di un

⁶ Cfr. D. 17,1,34 pr. (*Afr.*, 8 quest.): *Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certum summam ex administratione apud se esse, eamque credidit sibi se debitum cum usuris semisibus; quaestum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit, et an usurae peti possint. Respondit non esse credidam... Nec huc simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenit ut credidam habereas, credita fuit, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fuerunt...;* D. 12,1,15 (Ulp., 31 ad ed.): *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniarum creditum... ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenit, ut crediti nomine eam retineas, videtur mihi data pecunia et a me ad te profecta, in merito al problema qui affrontato, sembra cogliersi una evoluzione di pensiero tra una posizione più «chiusa» (Giuliano e Africano) ed una più «aperta»: per ulteriori approfondimenti, vd. quanto dico in A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit. 392 ss.*

⁷ Ad esempio, diversi giuristi concordano sul fatto che il mutuario possa impegnarsi a restituire come mutuo il denaro originariamente ricevuto in deposito: cfr. oltre ai passi cit. alla nt. precedente, anche D. 12,1,9,9 (Ulp., 26 ad ed.): *Depositi apud te decem, postea permisi tibi uti; Nerva Proculus etiam antequam moveretur, condicere quasi mutua tibi haec posse animi, et est verum, ut et Marcellus videtur, in vice, per mutui conclusi tramite fattis specie delegatorie, basti ricordare D. 12,1,9,8 (Ulp., 26 ad ed.): ... Iulianus... scribit... nec dubitari, quin, si meum pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio, cum cotidie credituri pecuniam mutuum ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.*

⁸ Cfr. D. 13,4,6 (Pomp., 22 ad Sab.): *Lactio arbitraria compelli si) mutua pecunia sic data fuerit, ut certo loco reddatur.*

⁹ D. 12,1,22 (Ulp., 4 ex Min.): *Vinum, quod mutuum datum erat, per undecim petillum est; quaestum est, cuius temporis aestimatio fieret... Sabinius respondit, si ductum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset...*

¹⁰ D. 12,1,11,1 (Ulp., 26 ad ed.), laddove il solo limite massimo era dato dall'ammontare della *datio*: *Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso ture debere, quam novem. Sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse.*

¹¹ Vd. il sopra (nt. 7) ricordato D. 12,1,9,8 (Ulp., 26 ad ed.): ... *nec dubitari, quin, si meum pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiratur obligatio*. Sulla tendenza a lasciar determinare alla *voluntas* una serie sempre maggiore di profili nello schema del contratto reale di mutuo, fondamentale è lo studio di M. KASER, *Mutuum und stipulatio*, in *Erwinion Mandat*, I, Athenis, 1963, 155 ss. (= in *Ausgewählte Schriften*, vol. II, Napoli, 1976, 271 ss.); al quale nulla aggiunge G. SACCONI, «Conventio» e «mutuum», in *Index*, 15, 1987, 423 ss.

contratto (verbale) di *stipulatio*, con cui spesso il mutuario prometteva la restituzione di capitale e interessi insieme: in tal caso i giuristi riconoscevano l'esistenza o solo del contratto verbale, o, a partire dal diritto postclassico, di un contratto *re et verbis*¹², sovente accadeva, poi, che la stipulazione re-stitutoria non fosse né accompagnata né preceduta dalla *datio*, così che il de-bitore si trovava a promettere la restituzione di una somma che in realtà non aveva ancora ricevuto in mutuo (cd. '*non numerata pecunia*')¹³.

4) l'esistenza del cd. '*contractus mobiliae*' (traduzione latina di un ter-mine arabo, con cui, per la verità, si indicava tutt'altra fattispecie contrat-tuale¹⁴), in cui si concedeva al (futuro) mutuario una cosa materiale (ad

¹² La prassi di calare i mutui nella veste formale di *stipulationes* è ampiamente attestata nel Digesto, così come in fonti epigrafiche: per i fini che qui rilevano, particolarmente signifi-cativa appare la concettualizzazione da parte dei giuristi severiani, che probabilmente riflette il regime classico, della valenza della sola *stipulatio*: cfr. D. 46.2.6.1 (Ulp., 46 ad Sab.); *cum pe-cuniam mutuum dedit quis sine stipulatione et ex continentibus facti stipulationem, unus contractus est*; in D. 45.1.126.2 (Paul., 3 quæst.): *quotiens pecuniam mutuum dantes eandem stipulationem, non duas obligationes nascuntur, sed una verborum*; invece, la diffusione nella pratica di chiro-grafi e stipulazioni attestanti questa tipologia di prestiti, è testimoniata, oltre che da diversi passi del Digesto (vd. ad. es., a metro titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di esaustività: D. 12.1.40 [Paul., 3 quæst.]; D. 22.1.41.2 [Mod., 3 resp.]; D. 45.1.122 pr. [Scaev., 28 dig.]), an-che da numerosi ritrovamenti epigrafici: cfr. le Tavolette redatte dalla famiglia dei Sulpicii e ritrovate a Pozzuoli nel 1959 (su cui cfr. G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, vol. I, Roma, 1999, 132 ss.); infine, non sem-bra esserci più dubbio sull'origine postclassica della *obligatio re et verbis contracta*, in IURA, 50, 1999 (ma-stino in D. 44.7.52 pr. e 3 [Mod., 2 resp.]). Su tutte queste problematiche, cfr., da ultimo, M. TALAMANCA, '*Una verborum obligatio e l'obligatio re et verbis contracta*', in IURA, 50, 1999 (ma-pubbl. 2003), 7 ss., con una puntuale ricostruzione dell'evoluzione dottrina sul punto, a cui rinvio; da ultimo, torna sull'argomento anche A. PETRUCCI, *Applicazioni della stipulatio in materia creditizia e problema della causa nel diritto romano classico*, in *Derecho civil y romano. Cultura y sistemas jurídicos comparados*, a cura di J. ADAME GODDARD, México, 2006, 237 ss.

¹³ Tra i molti passi che si potrebbero riportare, a mio avviso merita ricordare particolar-mente D. 12.1.30 (Paul., 5 ad Plant.) *Qui pecuniam credidit accepturus spondendi creditum fu-turo, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat*, dove si ribadisce la possibilità per il de-bitore che abbia concluso la stipulazione di restituzione di non accettare la somma a mutuo; egli, in ogni caso, era tutelato dall'*exceptio dolī*, prima, dall'*exceptio non numerata pecunie*, dopo (vd. Gal., 4.116 a). Sul punto cfr. M. CINNA, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984; W. LITWISKI, *Non numerata pecunia im klassischen römischen Recht*, in *SDHI*, 60, 1994, 405 ss. Per queste fattispecie, come è noto, a partire dalla Glossa si parlerà di 'mutuo civile': vd. in-fra, nt. 21.

¹⁴ Il riferimento era ad una complessa operazione di finanziamento creditizio, masche-rata da una vendita con pagamento entro un certo termine collegata ad una retrovendita con pagamento immediato: A vende a B un certo bene al prezzo di 120 che B pagherà entro una certa data, magari a scadenze mensili; contestualmente, B vende lo stesso bene ad A al prezzo inferiore di 100, che A paga immediatamente; il risultato è che B si trova a dover pagare en-tro il termine fissato la somma di 120 a fronte di una somma effettivamente incassata di 100; dal punto di vista sostanziale, il risultato è un mutuo di 100 con 20 (la differenza tra i due 'prezzi') di interessi; la dottrina dell'età intermedia a lungo ha discusso sulla liceità di questo contratto, con cui spesso si nascondevano interessi usurari: cfr. K. ZIEGLER, *Dissortatio de mobiliae contractu*, Wittenberg, 1663; E. BUSSI, *Contractus mobiliae*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 5, 1932, 492 ss.; C. CARDANI, *Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législa-tions antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique*, in *Revue inter-*

es, un vestito, un vassoio d'argento ecc.), affinché egli la vendesse e tratte-nesse come mutuo il ricavato¹⁵.

5) il ricorrere nelle fonti di ipotesi di '*stipulationes de mutuo dando*' e '*de mutuo accipiendo*', con cui promittente e stipulante si impegnavano, rispet-tivamente, a dare e a ricevere una somma a titolo di mutuo¹⁶.

Tutte queste fattispecie, sebbene siano state valutate da qualcuno come un primo passo verso il riconoscimento di una piena consensualità del mu-tuo romano¹⁷, non intaccano l'inquadramento reale di questo contratto all'interno della giurisprudenza romana, che al massimo parla di '*singularia recepta*' (*supra*, nt. 6) a proposito del mutuo stesso.

Ciò appare costituire la principale ragione della formidabile resistenza dell'ancoraggio esclusivo alla categoria della realtà per il mutuo lungo tutto il corso del sistema giuridico romanistico.

II. Gli sviluppi in America Latina

1. Gli sviluppi fino alle codificazioni nazionali

Per quanto riguarda il sottosistema giuridico latinoamericano, il punto di partenza per la diffusione nel Nuovo Mondo del diritto romano sono, come è noto, le *Siete Partidas*, fatte emanare dal re Alfonso X nel 1256 per il Re-gno di Castiglia e León, ma applicabili in virtù delle *Leyes de Toro* anche ai territori di nuova scoperta¹⁸. L'attenzione dedicata da quest'opera al mutuo appare di scarso rilievo, così come scarso appare l'approfondimento per i problemi di inquadramento dogmatico dell'istituto, soffermandosi la com-

nationale de droit comparé, 7, 1955, 517 ss.; P. VISMARA, *Oltre l'usura. La chiesa moderna e il prestito a interesse*, Sovenera Mannelli, 2004, 84 s.

¹⁵ Cfr. D. 17.1.34 pr. (Afr., 8 quæst.) *His argumentum esse cum, qui cum mutuum pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihil magis pecuniam credidit recte petiturum*; D. 12.1.11 pr. (Ulp., 26 ad ed.). Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam aurī, ut cum venderes et nummis uterens, puto mu-tuum pecuniam faciam; D. 19.5.19 pr. (Ulp., 31 ad ed.) Rogasti me, ut tibi nummos mutuos da-rem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio uterens...

¹⁶ Cfr. D. 45.1.68 (Paul., 2 ad ed.): ...si ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi credidurum spondes?, incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest; leggermente diversa è la stipulatio di adoperarsi per la concessione di un mutuo: cfr.: D. 12.1.42.1 (Cels., 6 dig.) *Labeo ait, cum decem dari curat stipulatus sis, ideo non posse te decem dare oportere in-tendere, quia etiam rem locupletiorē dando promissor liberari possit: quo schicet significat non esse cogendum cum accipere iudicium, si rem locupletem offerat*; D. 45.1.67.1 (Ulp., 2 ad ed.) *Eum, qui decem dari sibi curat stipulatus sit, non posse decem petere, quoniam possit promissor rem locupletem dando liberari*; Labeo ait: idque et Celsus libro sexto digestorum refert; in-fine, legittimamente mi pare si possa dubitare del fatto che appartenza alla fattispecie qui con-siderata anche D. 12.1.30 (Paul., 5 ad Plant.) *Qui pecuniam credidit accepturus spondendi cre-ditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat* (*supra*, nt. 13).

¹⁷ Così R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tra-dition*, Oxford, University Press, 1996 (1^a ed. South Africa 1990), 159: «the first step towards the recognition of a mere loan by agreement».

¹⁸ Cfr. sul punto A. GUZMÁN BARRIO, *La codificación civil* cit., 2000, 152 ss.

pilazione piuttosto su altre problematiche del contratto¹⁹. In ogni caso, non vi è alcun dubbio sul fatto che esse inquadrino il mutuo come un contratto essenzialmente reale²⁰, pur riconoscendo altresì la possibilità che le parti si scambino una promessa di dare e ricevere a mutuo. Ciò appare evidente, ad es., dalla *ley* 9, che, disciplinando il caso della *exceptio non numeratae pecuniae*, parla espressamente di colui al quale un creditore «le prometto de prestar maravedis, e non gelos quiso prestar».

D'altra parte, sulla promessa di mutuo si soffermava lo stesso Gregorio López de Tovar (1496-1560) nella Glossa a questo testo, redatta intorno al 1555.

Gl. de gracia a Part. 5, 1 pr. Habes hic quod contractus mutui est gratus, et nullus ad mutuum compellitur, neque tenetur. Quod tamen limita, nisi praecedet promissio de mutando: nam et si non mutuel, tenetur ad interesse.

Secondo Gregorio López, che sul punto si riallacciava espressamente a D. 45, 1, 68 (*supra*, nt. 16), esisteva non solo il mutuo reale, ma anche la promessa di mutuo, la quale, solo se redatta nelle forme di una *stipulatio*, consentiva di costringere il promittente inadempiente non alla erogazione del mutuo, ma al solo risarcimento del danno (*ad interesse compellere*)²¹.

Inevitabilmente, grazie al traino di questi testi, il modello del mutuo reale finì con l'affermarsi in America Latina. Non deve però dimenticarsi che nel Nuovo Mondo già da tempo risalente cominciarono a dispiegare i propri effetti anche altre tendenze, alla luce delle quali era preferibile considerare il mutuo perfetto già al momento dello scambio dei consensi. Si tratta di una

¹⁹ In particolare, le *Partidas* si soffermano, ad es., sui mutui concessi a Chiese o a monarchi (*ley* 3) o a minori sottoposti a potestà altrui (*leyes* 4-6) o sui prestiti concessi da banchieri (*ley* 7) ecc.; in argomento, cfr. I. MERELLO ARECCO, *Algunas consideraciones en torno a la notion de mutuo en las Partidas y sus relaciones con el Digesto*, in *Rev. de est. hist.-jur.*, 1, 1976, 118 ss., il cui apporto, però, per il tema della costruzione dogmatica del mutuo è poco o nulla conferente.

²⁰ Basti in questa sede il riferimento a *Part. 5, 1 ley* 1: «E tal prestano como este es llamado en latin Mutuum, que quiere tanto dezir en romance, como cosa emprestada, que se faze a ruego de aquel a quien la emprestar: ca passa el señorio de qualquier destas cosas al que es dada por prestamos». Significativa mi pare anche la formula della '*Carta de los emprestos*', una sorta di '*instrumentum mutui*' redatto a cura del mutante, di cui si parla in *Part. 3, 18, 70*: questa, infatti, prevede l'attestazione che il debitore «recibio de Gongalo Vicente veinte maravedis en razon de prestados, lo quales... prometo... de tornar».

²¹ Evidente mi pare il collegamento tra questa impostazione di Gregorio López e la costruzione da parte dei glossatori della categoria del 'mutuo civile', che, contrapponendosi al 'mutuo naturale', avrebbe luogo quando la una *datio* vera e propria non si verifica, come appunto nel caso della *non numerata pecunia* dopo che sia trascorso il biennio di prescrizione della *querella*: cfr., ad es., *gl. inum* a D. 12, 1, 2, 2 e *gl. creditum* a D. 12, 1, 2, 3. Il punto non può essere in questa sede approfondito, e merita apposita trattazione. Basti qui soltanto segnalare come il concretizzarsi dopo il biennio di una obbligazione di restituzione di un mutuo di denaro mai ricevuto era non solo presente alla dottrina ispanica a partire dal secolo XVIII (cfr. ad es. I. J. DE ASSO Y DEL RIO Y M. DE MANUEL Y RODRIGUEZ, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, Madrid, 1786⁴, 185 s.), ma viene trasfuso in numerose codificazioni latinoamericane, alcune delle quali ancora vigenti.

tradizione che in parte è endogena al diritto indiano, in parte è invece dettata da influssi esterni ad esso.

Dal primo punto di vista, deve riconoscersi come già l'*Ordenamiento de Alcalá* del 1348 sancì una vera e propria riforma del sistema contrattuale accolto nelle *Partidas*, prevedendo che in tutti i contratti il consenso fosse condizione necessaria e sufficiente per la nascita dell'obbligazione²².

Ord. Alc. XVI ley única: «Paresciendo que se quiso un Ome obligar á otro por promision, ó por algun contrato, ó en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos á quienes se obligó, y no pueda ser puesta excepción, que no fué fecha estipulación...; ma que sea valedera la obligacion ó el contrato que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar á otro, é facer contrato con el».

L'importanza di questa *Ley*, la quale, come è stato correttamente notato, afferma nel *derecho* 'clásico' de *Castilla y León* il principio per cui '*solus consensus obligat*' secoli prima del suo venire in auge in Francia ed in Europa²³, era riconosciuta già nel XVI secolo. Giustamente, infatti, afferma il gesuita messicano Bartolomeo de Albornoz (XVI sec.), primo professore di diritto civile nell'Università di Città del Messico, che: «Esta ley es admirable de grandísimo effecto y importancia. Y... corrige grandísima parte del derecho positivo, assi del Civil como de las Partidas, que con ella cessan»²⁴.

I riflessi per l'istituto che qui stiamo studiando sono evidenti. Alla luce di questa *Ley*, infatti, il sistema contrattuale del diritto romano, ribadito dalle *Partidas*, viene di fatto derogato²⁵: non solo era possibile concludere contratti *inter absentes*, superando la necessità della contestuale presenza dei contraenti imposta dalla *stipulatio*, ma si rimaneva vincolati sulla base del mero consenso, con l'accantonamento, tra le altre cose, anche dell'esigenza della *traditio rei* nei contratti reali, come appunto il mutuo²⁶.

²² Di riforma parla espressamente I. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. V, t. X: I (De las obligaciones), Santiago, 1992 (1° ed. 1927), 579 s.; per l'ispirazione nell'*aquitas* canonica di tale rivoluzionaria riforma, vd. A. LEVAGGI, *Introducción a los contratos en el derecho indiano*, in questa rivista 7/1999, 122 s.

²³ Cfr. A. LEVAGGI, *Manual de historia del derecho argentino (castellano-indiano/nacional)*, vol. II, Buenos Aires, 1982, 24 s.; sul punto vd. anche R. CARDILLA, *La «buona fede» come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina*, in questa rivista 13/2002, 123 ss. (= in *Studi in onore di A. Barilese*, vol. I, Padova, 2003, 283 ss.); Id., «Bona fides» tra storia e sistema, Torino, 2004, 65 s.; ricordo, poi, che il diritto indiano (cfr. soprattutto la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* del 1680) è poco conferente per le tematiche di diritto privato, riguardando per la maggior parte tematiche di diritto pubblico: cfr., per tutti, A. LEVAGGI, *Introducción a los contratos* cit., 121.

²⁴ Cfr. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contratos*, Valencia, 1573, (fol. 5, lib. I, *De las obligaciones y promisiones*, cap. VIII).

²⁵ Vd. Cfr. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contratos*, loc. cit. alla nt. precedente, a giudizio del quale le *Partidas* 'cessano' di essere vigenti sul punto.

²⁶ Cfr. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contratos*, loc. cit. nt. 24; significativa è la definizione di mutuo che lo stesso Albornoz dà (vd. fol. 49, lib. II, Tit. III, *De el emprestido*, cap. I): «Fm-prestido es el Pleyto entre los ombres que prestan los unos de lo suyo a los otros».

In realtà, rifiutata la contrapposizione contratti reali-contratti consensuali, evidenti appaiono le difficoltà concettuali di costruzione dogmatica, che mettono in crisi la tenuta stessa del concetto di contratto. Ad esempio, lo stesso Albornoz elabora una categoria di contratti 'reali' come contrapposta ai contratti 'personali'; nei primi, si porrebbe in primo piano la 'persona' dei contraenti e gli obblighi a questi facenti capo; nei secondi, invece, «se considera por principal la cosa contratada, y la persona es accesorria a la cosa»²⁷.

La *Ley* sopra vista dell'*Ordenamiento de Alcalá* si trova ribadita anche nella *Nueva Recopilación* del 1567 (*Nov. Rec.* 5,16,2), ma è il fatto che la *Novísima Recopilación* dell'anno 1805 accoglia questo testo, collocandolo addirittura in apertura del Titolo X (vd. infatti *Novis. Rec.* 10,1,1), a dare il senso dell'importanza che si attribuiva al principio stesso ancora verso il finire del secolo XIX nel diritto ibero-americano.

Per altro verso, un ruolo verso l'affermarsi del consenso come solo elemento obbligante in tutti i contratti fu giocato in America Latina anche da un testo che trovò ampia diffusione nei territori del Nuovo Mondo, cioè il Progetto di Codice civile spagnolo redatto da Florencio García Goyena (1783-1855) nel 1851: come è noto, questo testo non fu mai adottato come Codice civile in Spagna, ma circolò ampiamente in America Latina, influenzando in maniera più o meno marcata dottrina e legislazioni nazionali²⁸.

Sul punto che qui interessa, García Goyena, sulla scia certamente della tradizione sopra ricordata, ma, verosimilmente, anche di letture di ambito francese²⁹, dove il superamento della categoria dei contratti reali era da più parti auspicato, costruisce il mutuo come un contratto puramente consensuale.

Art. 1630: «Préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra... dinero u otra cosa de las fungibles...».

Il giurista spagnolo afferma altresì che «Ahora todos los contratos son consensuales, en cuanto todos ellos obligan por el solo consentimiento, lo que no sucedía entre los romanos»; egli però, sostiene, con una argomentazione a dir poco sorprendente, che è preferibile continuare a chiamarli 'contratti reali', perché in essi l'obbligazione principale consisterebbe comunque nell'obbligo di consegnare la cosa³⁰.

²⁷ Cfr. B. DE ALBORNÓZ, *Arte de los contratos*, cit., (foli. 37 ss., lib. II, *Prologo*); in tal modo, così come il mutuo anche la vendita è considerata da Albornoz contratto reale, mentre la fidejussione sarebbe un contratto personale, e il deposito un contratto misto, perché in quest'ultimo vengono parimenti in considerazione *res* e *personae*.

²⁸ Sulla diffusione in America Latina del Progetto di García Goyena, vd. A. GUZMÁN BARTO, *La codificación civil* cit., 426 ss.

²⁹ Cfr. soprattutto G. BAUDRY-LACANTINIERE - A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil XXIII. De la société, du prêt, du dépôt*, Paris, 1907³, 359 s.

³⁰ Cfr. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, vol. III, Madrid, 1852 (ist. Zaragoza, 1973), comm. all'art. 976; ma vd. anche F. GARCÍA GOYENA, J. AGUIRRE, J. M. MONTALBÁN, *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*, vol. II, Madrid, 1852³, num. 2635 206 nt. 1.

L'affermarsi del principio del consensualismo, però, non si spinse fino all'esautoramento della categoria del contratto reale, che si mantenne ancora vitale in America Latina, almeno fino alle codificazioni civili del secolo XIX³¹. Nella realtà avvenne che i giuristi continuarono ad adottare il sistema delle *Partidas* e del diritto romano, per la forza intrinseca di quest'ultimo, limitandosi a ricordare la norma dell'*Ordenamiento de Alcalá*, così come il fatto che in Spagna si andava affermando un orientamento diverso in tema di contratti³².

In sostanza si affermò che non sarebbe stato opportuno abbandonare la categoria dei contratti reali, e che interpretare la norma dell'*Ordenamiento de Alcalá* come se avesse invece voluto escludere proprio tale categoria significava non comprenderla correttamente, e spingersi addirittura più in là di dove lo stesso legislatore spagnolo avesse voluto arrivare³³.

Così, per quanto riguarda più strettamente l'America Latina, la categoria del contratto reale, nella quale il mutuo giocava un ruolo decisamente di primo piano, fu con forza riaffermata da Juan Sala (1731-1806), professore a Valencia, nella sua *Ilustración del derecho de España*, opera apparsa per la prima volta nel 1803 e di grande diffusione in America Latina³⁴; da Ignacio Jordán de Asso (1742-1814) nelle *Instituciones*³⁵; da Eugenio de Tapia (1776-1860) con il suo *Febrero Novísimo*³⁶, dal giurista guatemalteco José María Álvarez (1777-1820) nelle sue *Instituciones*, la cui prima edizione è del 1818, e che forse costituirono la prima opera sul diritto indiano da parte

³¹ Cfr. A. LEVAGGI, *Introducción a los contratos* cit., 123 s.

³² Cfr. A. GUZMÁN BARTO, *La promesa obligacional en las "Partidas" como sede de la doctrina general de las obligaciones*, in *Revista chilena de derecho*, 34, 2007, 395 ss.

³³ Cfr. P. GÓMEZ DE LA SERNA - J. M. MONTALBÁN, *Elementos de derecho civil y penal de España*, vol. II, Madrid, 1861⁶, 297 nt. 1 e 446; ma vd. pure L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., 381: «el legislador ... no entendía con ello desnaturalizar los contratos reales» così che «es imposible, en efecto, refundir los contratos reales en los contratos consensuales»; e, da ultimo, D. F. ESFORRAZ, *Contrato y sistema en América Latina*, Buenos Aires, 2006, 143 ss.

³⁴ J. SALA, *Ilustración del derecho real de España*, vol. I, Madrid, 1832³, 390, II, 19,4 (ma vd. però anche J. SALA, *Instituciones romano-hispanae*, vol. II, Valentiae, 1789, I,3,13,1, 289): «Los contratos reales, de que venimos á tratar, llamados así porque necesitan para su constitución, que se entregue alguna cosa, que en latín se dice res, son tres, mutuo, comodato, depósito; di quest'opera, come è noto, esistono varie edizioni pubblicate in diversi Paesi dell'America Latina, così che esiste un Sala messicano, cileno, colombiano ecc.: cfr. M. PESSET, *Novísimo Sala mexicano o el final del viejo derecho hispano*, in *Memoria del IV Congreso de historia del derecho*, t. II, a cura di B. BERNAL, México, 1988, 895 ss., ma vd. anche *infra*, nt. 111; sul punto, cfr. J. DE ASSO Y DEL RIO y M. MIGUEL Y RODRÍGUEZ, *Instituciones del derecho real de Castilla*, II, Madrid, 1806⁷, 60, lib. II, tit. 11: «El contrato de empréstito es aquel por el cual se pasa á dominio de otro la cosa fungible con obligación de volver otro tanto de la misma especie».

³⁵ E. DE TAPIA, *Febrero novísimo, o librería de escribanos, abogados y jueces*, II, Valencia, 1828, 465: «Mutuo se llama la entrega gratuita de alguna de aquellas cosas que se acostumbran medir, pesar ó contar, y que no pueden usarse sin consumirse, á fin de que el mutuario disponga de ellas como dueño, obligándose á devolver al mutuante igual cantidad en especie, bondad y demás calidades».

di un giurista nato in America Latina³⁷; da Joaquín Escriche y Martín (1784-1847) nel suo famosissimo *Diccionario razonado de legislación*, che si diffuse nel Nuovo Mondo grazie all'edizione curata dal giurista messicano Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel³⁸; e, infine, dello stesso Rodríguez de San Miguel (1808-1877) nelle *Pandectas Hispano-mexicanas*, la cui prima edizione risale al 1839³⁹.

2. L'accoglimento del mutuo reale nei cd. Cc. della 'transfusión del derecho romano' o della 'indipendenza'

A. Le opere che prepararono i cd. Cc. della 'transfusión del derecho romano' o della 'indipendenza'

Se si passa all'esame delle Codificazioni nazionali, notiamo come nei cd. Cc. della 'transfusión' del diritto romano e dell'indipendenza⁴⁰, come anche nei Progetti di Codice che li precedettero, l'inquadramento reale del contratto di mutuo non era sostanzialmente mai messo in discussione.

Ciò risulta in modo evidente già, ad esempio, nel cd. *Proyecto Acevedo*, redatto dal giurista uruguayano Eduardo Acevedo Maturana (1815-1863) nel 1852⁴¹.

Art. 2167: «El mutuo es un contrato por el cual se da una cosa de las que se consumen por el uso...»⁴².

³⁷ L'opera, come è noto, si intitolava *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias*, edita per la prima volta in Guatemala negli anni 1818-1820; io cito dall'edizione curata da D. VÉLEZ SÁRSFIELD, dal titolo *Instituciones de derecho real de España*, Buenos Aires, 1834, 338, lib. III, tit. XIV, § 751 (ma vd., anche lib. IV, tit. VI, § 1181): «los contratos que se perfeccionan por la tradición se llaman reales, como el mutuo, comodato, depósito, prenda».

³⁸ Cfr. J. E. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, ó sea Resumen de las leyes, usos, prácticas y costumbres, como asimismo de las doctrinas de los juristas consultos*, Valencia, 1838, 428, il quale, al massimo, ammetteva la vincolatività della promessa di mutuo.

³⁹ Cfr. J. N. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, *Pandectas hispano-mexicanas*, vol. II, México, 1839 (rist. 1980), num. 2900, 518. Su questa figura di giurista, anche con riferimento all'opera di Escriche cit. alla nt. preced., vd. M. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Juan N. Rodríguez de San Miguel, *jurista conservador mexicano*, in *Estudios jurídicos en homenaje a María Noriega*, a cura di N. GONZÁLEZ MARTÍN, vol. I (*Derecho romano. Historia del derecho*), México, 2006, 233 ss.

⁴⁰ Assumo la terminologia di S. SCHIPANI, *I codici latinoamericani della 'transfusión del diritto romano e dell'indipendenza. Verso Codici della 'mezcla' e 'Codici tipo'*, in *Dalraccio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1991, 665 ss. (= in spagnolo in *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, a cura di A. LEVAGGI, Buenos Aires, 1992, 15 ss.) ad indicare i Codici che si affermarono nel primo secolo dell'indipendenza dei Paesi dell'America Latina, sostanzialmente fino al Cc. del Brasile del 1916.

⁴¹ Acevedo, che è altresì famoso per aver collaborato con Vélez Sársfield alla redazione del Codice di commercio argentino (1862), portò a termine ancora giovanissimo il ricordato Progetto di Codice: aveva appena trentasette anni. Ciò nonostante, la sua opera non mancò di lasciare una sensibile impronta nel processo codificatorio non solo dell'Uruguay, ma dell'intera America Latina: cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., 459 ss.

⁴² Cfr. E. ACEVEDO, *Proyecto de un código civil para el Estado Oriental del Uruguay*, Montevideo, 1852.

L'espressione '*por el cual*', reca in sé una ambiguità che, come dimostra il dibattito che proprio su questo punto sorgerà nel Cc. it. 1865⁴³, potrebbe essere scelta tanto in chiave di consensualità (il mutuo è da ritenersi concluso con lo scambio di consensi, per mezzo del quale o in base al quale [*por el cual*] si è tenuti a dare), quanto in chiave di realtà (il mutuo è un contratto reale, per concludere il quale [*por el cual*] si deve necessariamente compiere una dazione). In realtà per quanto riguarda il testo scritto da Acevedo l'ambiguità facilmente si scioglie in quest'ultimo senso, grazie al richiamo fatto in nota al testo delle *Partidas* sopra visto.

Lo stesso modello 'reale', che, nelle intenzioni, si aggancia direttamente alle fonti romane, si trova per il mutuo anche nella *Consolidação das Leis civis* di Teixeira de Freitas (1816-1883) del 1858.

Art. 477: «Quando se empresta alguma coisa, que consiste em numero, pêso, ou medida, e com o uso se consume, o empréstimo chama-se mutuo».

Del resto, lo stesso a., nell'*Exboço* (1859-1867), chiarisce senza ombra di dubbio che:

Art. 1903: «Os contratos são consensuais ou reais. Entram na classe dos contratos reais o mútuo...».

Art. 2208: «O mútuo é um contrato real. No se julgará concluído como tal sem a tradição da coisa emprestada...».

Lo stesso Freitas, poi, aggiunge che, sebbene il mutuo sia senza ombra di dubbio un contratto reale, è comunque ammissibile la promessa di conseguire, la quale, se accettata dalla controparte, vale come contratto consensuale (art. 1905).

B. Il Cile

L'impostazione di derivazione romanistica, quanto alla costruzione dogmatica del mutuo, viene seguita dai principali Cc. dell'America Latina, che appartengono al periodo della 'maturità' del movimento codificatorio latinoamericano⁴⁴.

Nessun dubbio sull'inquadramento reale del mutuo nel Cc. del Cile del 1855.

Art. 1443 Cc. chi.: «El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; ... y es consensual, cuando se perfecciona por el solo consentimiento».

Art. 2196 Cc. Chi.: «El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad...».

⁴³ Cfr. art. 1819 Cc. it. 1865: «Il mutuo o prestito di consumazione è un contratto, per cui una delle parti consegna all'altra...», per i dibattiti su questo punto, vd. in particolare V. GIUFFRÈ, *La «datio mutui»* cit., 17 s.; F. MASTROPALO, *I contratti reali*, in *I singoli contratti*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. SACCO*, Torino, 1999, 19 ss.

⁴⁴ Di '*Códigos de la madurez*' parla a questo proposito A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., 349 s.

Andrés Bello, autore del Cc. cileno, non solo costruisce a livello codicistico la categoria del contratto reale, con una scelta, peraltro ribadita anche da altri codificatori e che non ha mancato di sollevare perplessità⁴⁵, ma vi fa altresì espressamente rientrare anche il mutuo. Egli adotta in pieno il modello della tradizione del diritto romano, che, come vedremo, si trovava già negli stessi termini accolto dal Cc. del Perù del 1852 (vd. *infra*, II, 4, B), e che negli stessi anni veniva elaborando anche Teixeira de Freitas in Brasile. Vedremo come lo stesso modello codificatorio sarà accolto da Tristán Narvaja per il Cc. dell'Uruguay del 1868 e da Dalmacio Velez Sarsfield per il Cc. argentino del 1869⁴⁶.

La dottrina cilena degli anni seguenti, sebbene riconosca che l'accordo delle parti sia di per sé solo sufficiente alla perfezione del contratto, fa salvi i contratti reali e quelli solenni, in quanto «expresamente exceptuados» dal legislatore stesso⁴⁷.

Attualmente, però, in Cile si fa strada un filone dottrinario che considera la categoria del contratto reale «en franca decadencia, y es muy posible que llegue a desaparecer»⁴⁸.

C. L'Uruguay

Anche il Cc. dell'Uruguay del 1868 definisce all'art. 1252 il contratto reale, sul modello del *Código* di Bello:

Art. 1252 Cc. uru.: «... [el contrato] se llama real cuando la obligación principal que nace de él supone necesariamente la tradición de la cosa. Antes de la tradición, la promesa aceptada de entregar o recibir la cosa sobre que versare el contrato, entra en la clase de los contratos consensuales».

Alla luce di queste norme, nessun dubbio può destare la definizione del mutuo contenuta all'art. 2197 dello stesso Codice:

Art. 2197 Cc. uru.: «el mútuo o préstamo de consumo, es un contrato por el cual se da dinero u otra cosa de las fungibles, con cargo de volver otro tanto de la misma especie y calidad».

Per la verità, la dottrina uruguayana ha tentato in vari modi di conciliare la categoria del contratto reale prevista dal Codice e risalente, nella tradizione giuridica di questo Paese, al sopra visto *Proyecto Acevedo* del 1852, con il principio consensualistico suppostamente accolto dallo stesso Codice in tema di contratti.

⁴⁵ Cfr., almeno, i Cc. di Uruguay e Argentina, su cui vd. *infra* nel testo; sul punto, cfr. anche D.F. ESBORRAZ, *Contrato y sistema* cit., 144 e le nrt. 168 e 169.

⁴⁶ Vedremo inoltre come, oltre che in Colombia, dove fu adottato il Codice di Bello, questo modello codificatorio per il mutuo e la stessa definizione di questo contratto ritornano anche in altri Paesi, come la Repubblica Dominicana o il Venezuela. Sul punto, rinvio agli ampi approfondimenti di D.F. ESBORRAZ, *Contrato y sistema* cit., 147 ss.

⁴⁷ Così cfr. L. CLARO SOLAR, *Explanaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. V, t. X-I, cit., 579 s.

⁴⁸ Cfr. R. ABELJUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, vol. I, Santiago, 1993, 74 s. vd. anche J. OSUNA GÓMEZ, *Del contrato real y de la promesa de contrato real*, Santiago 1947, *passim*.

In proposito, alcuni studiosi di questo Paese hanno rispolverato la vecchia teoria della *traditio* come *conditio iuris* nel mutuo⁴⁹, che presenta non pochi punti deboli⁵⁰. Altri invece, sfruttando il secondo comma dell'art. 1252 Cc. uru. sopra visto (prima della *traditio* la promessa accettata di dare vale come contratto consensuale), hanno affermato che per il diritto uruguayano tutti i contratti sono consensuali (e tra questi c'è anche la promessa di mutuo, che, se accettata, produce l'obbligo di perfezionare il contratto definitivo di mutuo), ma la legge prevederebbe, in una sorta di non meglio specificato rapporto *genus-species*, anche contratti in cui si richiede *quoad constitutionem* l'elemento aggiuntivo della consegna⁵¹.

In senso critico, invece, si è sostenuto da parte di alcuni che è opportuno comunque rispettare la scelta fatta dal Codice in chiave di realtà di alcuni contratti, sebbene questa categoria debba essere considerata come un mero relitto storico, che collide con l'idea moderna del principio del consensualismo e che, *de iure condendo*, andrebbe eliminata⁵². Nello stesso senso critico, invece, altri studiosi sono andati ancora oltre, affermando che, seppure senza dubbio il Codice civile uruguayano abbia avuto tutte le intenzioni di consacrare la categoria del contratto reale, ciò non toglie che debba comunque riconoscersi che questa categoria non possa trovare spazio nell'ordinamento giuridico dell'Uruguay: il legislatore uruguayano, infatti, mentre enunciava la categoria all'art. 1252 primo comma, nel secondo comma dello stesso art., così come nel successivo art. 2299 (promessa di pegno), avrebbe consacrato la pozionalità del principio consensualistico, così che i contratti reali dovrebbero essere tutti dissolti nell'idea generale della consensualità, che il legislatore avrebbe considerato predominante nel diritto dei contratti⁵³.

⁴⁹ Cfr. J. PERANO FACHO, *Caso de contratos*, Montevideo, 1962, 204 ss.

⁵⁰ La costruzione del mutuo come un contratto consensuale sottoposto alla *conditio iuris* della *traditio* risale almeno alla Pandettistica tedesca (cfr. K. ADLER, *Realcontract und Vorrang*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen römischen und deutschen Privatrechts* [Jb. röm. s. Jahrbücher], 31, 1892, 190 ss.); in Italia fu caldeggiata da F. MESSINEO, s.v. *Contratto (dir. priv.)*, in *ED*, vol. 9, 1961, 883 (ma in parte vd. anche G. OSTI, s.v. *Contratto*, in *NDI*, vol. IV, 1968, 485 s.); per una versione più raffinata, che vede nella *traditio* una 'concausa di efficacia del contratto, cioè un atto «non obbligatorio volto a rendere efficace il già vincolante contratto», vd. V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, per una critica a queste teorie, che faticano a differenziare i contratti reali da quelli consensuali, vd. ora, invece, F. MASTROPOLLO, *I contratti reali* cit., 38 ss.

⁵¹ Cfr. J. SANCHEZ FONTÀNS, *La teoría del contrato real y el Código civil uruguayo*, in *Rev. C.E.D.*, t. 19, n. 86, Montevideo, 1958, 627 ss. (che però non ho potuto vedere); contro una simile impostazione, vale l'osservazione per cui «tra un contratto reale e un contratto consensuale non sembra possa sussistere un rapporto di continenza, sibbene di incompatibilità»: cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 77.

⁵² Cfr. G. ORDOÑEZ CASTILLA, *Lecciones de derecho de las obligaciones*, vol. I (*La obligación y el contrato*), Montevideo, 1998, 283 ss.: «hoy se trata de una categoría producto de una mera tradición histórica y que debería ser eliminada del derecho contemporáneo».

⁵³ Cfr. J. GAMARRA, G. FERNÁNDEZ J. QUIRO SALDANA, *Contratos reales*, in J. GAMARRA (ET ALII), *Tratado de derecho civil uruguayo*, vol. IX, Montevideo, 2003⁴, 12 ss. (ma vd. anche 36 ss.); «la figura del contrato real no tiene una justificación propia en el plano lógico-jurídico, y debe explicarse por razones de carácter histórico, que mantuvieron, por razones de tradición, una categoría que hoy no tiene razón de ser».

D. *L'Argentina*

Analogamente a quanto finora visto, anche Vélez Sársfield compì la stessa scelta nel Codice civile argentino del 1869. Ciò risulta evidente non solo da una lettura degli artt. 1140-1142, ma anche dagli artt. 2240 e 2242.

I primi tre si riferiscono alla contrapposizione tra contratti consensuali e reali:

Art. 1140 Cc. arg.: «Los contratos son consensuales o reales...».

Art. 1141 Cc. arg.: «Los contratos reales, para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre que versare el contrato».

Art. 1142 Cc. arg.: «Forman la clase de los contratos reales, el mutuo...».

I secondi due, invece, chiariscono in maniera non controversibile che il mutuo appartiene alla *species* dei contratti reali:

Art. 2240 Cc. arg.: «Habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir...»

Art. 2242 Cc. arg.: «El mutuo es un contrato esencialmente real, que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa».

Il Cc. argentino, all'art. 2244, ammette altresì la configurabilità anche di una promessa di mutuo; questa, però, se inadempita, non comporta mai una responsabilità in capo al promittente, in caso di mutuo gratuito, mentre, in caso di mutuo oneroso, comporta solo il diritto al risarcimento del danno, e mai all'esecuzione in forma specifica del contratto stesso, ma soltanto se accettata dalla controparte⁵⁴.

Lo stesso Vélez, nella nt. agli artt. 1141 e 1142, precisa che in materia contrattuale il modello del diritto argentino, piuttosto che non quello francese, è il diritto romano, perché «el consentimiento no basta por regla general para hacer una convención civilmente obligatoria», ma «el comodato, el mutuo, el depósito y la prenda no existen como tales, sino por la entrega de la cosa que forma el objeto»⁵⁵.

⁵⁴ Si tratta di un punto in cui Vélez si allontana nettamente dal modello offerto da Freitas (vd. *supra*, nel testo, lett. A); sul punto, vd. G.A. BORDA, *Tratado de derecho civil*, vol. II (*Partes generales*), Buenos Aires, 1983⁵ (1^a ed. 1955), 775; J.M. APARICIO, *Contratos*, vol. I (*Parte general*), Buenos Aires, 1997, 131; F.J. LÓPEZ DE ZAVALA, *Teoría de los contratos*, vol. I (*Parte general*), Buenos Aires, 1997⁴, 92 ss.; per una critica alla norma, vd. però già il cd. *Proyecto Babiloni* (vd. *infra*, nt. 64) 275 s., alla luce del quale anche il promittente di un mutuo gratuito era tenuto, à meno che le condizioni patrimoniali della controparte non fossero nel frattempo sensibilmente mutate; analogamente, nello stesso senso, vd., più di recente, E.C. WAYAR, *Contratos*, Buenos Aires, 1993, 221 ss.; J.M. ITURRASPE - M.A. PIEDECASAS, in *Código civil comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Contratos. Parte general*, Artt. 1137 a 1216, a cura di J.M. ITURRASPE - M.A. PIEDECASAS, Santa Fe, 2004, 56 s.

⁵⁵ «Bajo este respecto el Derecho Francés difiere esencialmente del Derecho Romano y del nuestro, cuyas disposiciones reposan sobre el principio contrario [a quello del consensualismo], es decir, sobre el principio que el consentimiento no basta por regla general para ha-

La realtà del mutuo, con l'eccezione relativa agli effetti sopra ricordati della promessa accettata di mutuo oneroso, non è assolutamente argomento di discussione per una parte della dottrina argentina⁵⁶, che però non sempre dimostra di avere chiari i termini del problema in discorso⁵⁷.

Ma anche in Argentina non mancano spinte consensualistiche, soprattutto per merito della dottrina più recente, la quale, da un lato, preme per il superamento della categoria del contratto reale, alla luce del riconosciuto dominio del principio consensualistico, dall'altro lato, propende per la costruzione del mutuo come un contratto valido ed efficace a partire dal momento dello scambio dei consensi.

Secondo alcuni studiosi, in materia contrattuale la regola di base deve essere quella per cui il mero consenso fa nascere gli effetti del contratto, ma la legge può stabilire che, in casi particolari, tali effetti risultino 'postergati' dalla necessità di adempiere ad una qualche solennità o dalla volontà delle parti di postergarli⁵⁸, in tale ottica, la realtà è considerata un «arcaismo juridico»⁵⁹, oppure una categoria «hoy huérfana de todo sustento»⁶⁰, e si parla diffusamente di 'consensualizzazione' dei contratti reali⁶¹. Altri ancora, infine, in maniera più raffinata, e facendo leva sulla lettera dell'art. 1141, affermano essere la consegna nei contratti reali un requisito di efficacia e non

cer una convención civilmente obligatoria». Ma che per Vélez il mutuo fosse senza ombra di dubbio un contratto reale è ribadito, qualora ve ne fosse ulteriore bisogno, anche dal richiamo a l. 3, 15, 1 e a D. 12, 1, 1 che si legge nella nt. all'art. 2240.

⁵⁶ Cfr. J.O. MACHADO, *Exposición y comentario del Código civil argentino*, vol. VI, Buenos Aires, s.d. (ma 1898-1922), 94 ss.; B. LIEBENA, *Concordancias y comentarios del Código civil argentino*, vol. VI, Buenos Aires, 1931⁶, 506 ss.; L. SEGOVIA, *El Código de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, 1933, 643 nt. 1 e 4; R.M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino*, vol. I (*Fuentes de las obligaciones*), Buenos Aires, 1957⁴, 41 s.; e vol. III, Buenos Aires, 1954², 536; A.J. RINESSI, s.v. *Préstamo de consumo*, in *Enciclopedia jurídica Omeba*, vol. XXXIII, Buenos Aires, 1967, 36 ss.; R.F. GARIBO - J.A. ZAGO, *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Buenos Aires, 1985, 74 ss.; R.L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, t. III, Santa Fe, 2000, 362 ss. (ma vd. anche l'Id., *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, 2004, 224 ss.), il quale pure conosce ed apprezza (p. 364) l'impostazione consensuale che a tale contratto dà il Progetto di riforma del Cc. del 1998 (vd. *infra*, nt. 67); S. FRUSTAGLI, *Mutuo o préstamo de consumo*, in *Fundamentos de derecho contractual*, t. II (*Parte especial*), a cura di N.L. NICOLAU, Buenos Aires, 2009, 591 ss.; sul punto, vd. anche la nt. successiva.

⁵⁷ Mi riferisco ad es. a J.O. MACHADO, *Exposición y comentario cit.*, 100 ss., che parla di contratto reale e di obbligazione di consegnare a carico del mutante, ma nello stesso senso vd. anche G.A. BORDA, *Tratado cit.*, 774 s., il quale prima afferma essere il mutuo un contratto bilaterale, in cui esiste «para el prestamista la obligación de entregar la cosa» (vd. anche a p. 780, dove l'a. afferma che tale obbligazione si può adempiere contrattualmente alla conclusione del contratto o successivamente ad essa), e poi qualifica il mutuo come contratto reale; per una giusta critica a questa impostazione, vd. R.M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino cit.*, 556.

⁵⁸ Cfr. A.A. ALTERRINI, *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*, Buenos Aires, 1998, 177 ss.

⁵⁹ Cfr. J.M. APARICIO, *Contratos cit.*, Buenos Aires, 1997, 128.

⁶⁰ J. MOSSET ITURRASPE, *Contratos (ed. actualizada)*, Santa Fe, 1998, 65 s.

⁶¹ Cfr. J.M. ITURRASPE - M.A. PIEDECASAS, in *Código civil comentado. Contratos. Parte general cit.*, 48; E.C. WAYAR, *Contratos cit.*, 159 ss.

di validità del contratto⁶², seguendo una linea ampiamente diffusa anche in Italia ed in Europa (vd. *supra*, nt. 50).

Pertanto, la stessa spaccatura si può riscontrare nei numerosi progetti di riforma del Cc. che sono stati predisposti in Argentina fin dagli anni '30 dello scorso secolo.

Infatti, da un lato incontriamo il Progetto del 1954, curato da Jorge Joaquín Llambías, che segue la tradizionale costruzione del mutuo come contratto reale⁶³.

Dall'altro lato, invece, già il Progetto di riforma degli anni 1926-1932 (cd. *Proyecto Babiloni*), seppure in materia di mutuo si limiti a recepire gli artt. 2240 e 2241 del Codice di Vélez Sarsfield, ribadendo quindi in linea di principio l'inquadramento reale di questo contratto⁶⁴, nondimeno non manca di criticare aspramente la distinzione tra contratti reali e contratti consensuali del vigente codice argentino⁶⁵.

Più di recente, in una ideale linea di continuità con questo orientamento critico, non stupisce affatto che la scelta 'consensualistica' per il mutuo si trovi sostenuta anche negli ultimi progetti di riforma del Cc. argentino, quello del 1993, curato da una Commissione incaricata dalla Camera dei deputati⁶⁶, e quello del 1998, curato da una Commissione composta da diversi professori universitari⁶⁷.

⁶² Cfr. C.A. GIBERTI, *Contratos civiles y comerciales*, vol. I (*Parte general y especial. Empresas-Negocios-Consumidores*), Buenos Aires, 1999, 328: «los contratos reales, para producir sus efectos propios...».

⁶³ Cfr. l' *Anteproyecto de Código civil de 1954 para la República argentina*, Buenos Aires, 1968, artt. 1411 ss.: «el mutuo quedará concluido cuando una persona entregue en propiedad a otra una determinada cantidad de cosas fungibles...».

⁶⁴ Cfr. J.A. BIBILONI, *Anteproyecto de reformas al Código civil argentino presentado a la Comisión encargada de redactarlo*, vol. VI (*Obligaciones. Parte especial*), Buenos Aires, 1932, 275; rispetto al Cc. di Vélez, il Progetto di riforma propone soltanto la cancellazione delle parole «o préstamo de consumo».

⁶⁵ Cfr. *Proyecto de reforma del Código civil*, Libro III (*continuación*), IV (*Actas de la sección de derecho civil*), Buenos Aires, 1962, 21 s.; la critica non riguarda solo l'opportunità dell'inserimento nel riformando Cc. di una tale distinzione, di sapore più che altro dottrinario (vd. *supra*, nt. 45), ma pertiene alla utilità in sé della categoria, alla luce del fatto che «hoy por hoy, parece que bastaría el mero acuerdo de voluntades para que el contrato se perfeccione», fatti salvi casi particolari, in cui «recuperar» il meccanismo della realtà.

⁶⁶ Cfr. *Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial*, Buenos Aires, 1994, dove all'art. 1140 si dichiara il mutuo un contratto pienamente consensuale.

⁶⁷ Cfr. *Proyecto de Código civil de la República Argentina* del 1998 (redatto dai Proff. ALEGRIA, A.A. ALTERINI, J.H. ALTERINI, MENDEZ COSTA, RIVERA, ROITMAN), in *Antecedentes Parlamentarios*, 7/1999, dove, all'art. 1404, si definisce così il nostro contratto: «Mutuo es el contrato por el cual el mutuario se compromete a entregar al mutuante en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie». Sulla genesi e gli obiettivi di questo 'Proyecto' vd. A.A. ALTERINI, *El Proyecto de Código civil de 1998. Perspectiva y prospectiva*, in *Instituciones de derecho privado moderno. Problemas y propuestas*, a cura di J.M. ALTERINI, S. PICASSO, J.H. WAINTRAUB, Buenos Aires, 2001, 13 ss.

E. Il Brasile

La realtà del mutuo è assunta anche dai Cc. del Brasile, prima da quello del 1916 e poi dal recentissimo Codice del 2003.

Art. 586 Cc. bra. 2002 (= art. 1256 Cc. bra. 1916): «O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade».

In realtà, in Brasile, la realtà del mutuo ha avuto una storia tutto sommato travagliata.

Nel diritto luso-brasiliano, sebbene la realtà del mutuo emergesse in maniera abbastanza nitida ancora dalle *Ordenações Filipinas* (1603)⁶⁸, si affermò rapidamente il principio della vincolatività del solo consenso, comunque manifestato, ciò che avrebbe comportato un ridimensionamento, se non la vera e propria scomparsa del contratto reale in genere, e la costruzione consensuale del mutuo⁶⁹.

Ma i lavori di Teixeira de Freitas prima (vd. *supra*, 2.A), la lettera del Codice del 1916, poi, si diressero in maniera chiara verso l'accoglimento della nozione di contratto reale⁷⁰. Del resto, che nelle intenzioni del legislatore brasiliano il mutuo appartenesse senza discussioni a questa categoria era affermato senza discussioni già dal redattore stesso del Codice, il giurista Clovis Beviláqua (1859-1944)⁷¹.

Ma ciò non ha impedito che in Brasile si creassero spaccature già all'interno della dottrina sviluppatasi nei primi decenni successivi all'emanazione del Codice stesso e fino agli anni immediatamente precedenti all'emanazione del Cc. vigente: da un lato, infatti, troviamo quanti affermavano quasi acriticamente la necessaria esistenza dei contratti reali, e postulavano l'appartenenza del mutuo a questo *genus* così riaffermato⁷²; dall'altro lato, si col-

⁶⁸ Cfr. *Ord. Fil.* 450: «Toda a pessoa, que empresta a outra coisa alguma, que consiste em numero, peso, ou medida, como dinheiro... tanto que se recebe a tal coisa emprestada... fica sempre obrigado a pagar o gênero...».

⁶⁹ Cfr. P.J. DE MELO FREIRE, *Instituições jurídicas civis lusitani, cum publicis tam privati*, Coimbra, 1800³ (1^a ed. Lisboa, 1789), IV 2-4; L. TRIGO DE ALMEIDA, *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, vol. II, Rio de Janeiro, 1872⁴ (rist. Brasília, 2004), § 656, 232, i quali ripetono, con formula sostanzialmente identica: «hoje todos os contratos são consensuais, e assim, a sua divisão em contratos reais, litteraes, consensuais, nominados e inominados, de que o Direito romano se occupa com grande apparato, não tem uso algum entre nós, visto que as obrigações pacticias só nascem do consentimento das partes contractantes»; cfr. anche M.A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil*, vol. II, Coimbra, 1844 (rist. São Paulo, 1984), § 734, 418.

⁷⁰ Da questo punto di vista, il Codice del 1916 addirittura migliorava sul punto il progetto preliminare, che mentre per il comodato affermava espressamente che questo contratto era «perfetto pela tradição» (art. 1464), non ripeteva una norma simile per il mutuo, né dava la definizione del contratto (vd. artt. 1471 ss.); cfr. *Proyecto do Código civil brasileiro. Trabalhos da Comissão especial da Camera dos Deputados*, vol. I, Rio de Janeiro, 1902, 252.

⁷¹ Cfr. C. BEVILÁQUA, *Direito das Obrigações*, Recife, 1895 (rist. della 5^a ed., Rio de Janeiro, 1977), rispettivamente 186 e 250, dove però non si esclude la possibilità di una promessa di mutuo.

⁷² Cfr. J.M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado principalmente do ponto de vista pátrio*, vol. XVII (*Direito das obrigações* (arts. 1188-1264)), Rio de Janeiro-São Paulo, 1955⁵ (1^a ed. 1947), 432 s., il quale ammette solo la promessa di mutuo.

locano quanti affermavano invece che per il principio del consensualismo tutti i contratti dovevano intendersi come consensuali, e che laddove Codice aveva previsto delle 'eccezioni' (tra le quali veniva annoverato anche il mutuo), queste dovevano essere valutate come una sorta di ossequio alla tradizione giuridica, da eliminare quanto prima⁷³.

Appare significativo come anche nel pensiero di uno dei massimi civilisti brasiliani del XX secolo, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1978), si assiste ad una sorta di evoluzione sul punto. Questo giurista, dapprima, parlando in generale dei contratti reali, afferma, nel 1956, che l'ordinamento giuridico brasiliano conosce solo la figura del mutuo reale, e che pertanto il mutuo consensuale deve essere respinto, potendosi, al massimo, ammettere un precontratto di mutuo reale⁷⁴. Successivamente, nel 1962, lo stesso giurista afferma che «no direito brasileiro, o mútuo é, de regra, contrato real», però aggiunge che nello stesso ordinamento «pode haver o mútuo consensual», il quale, comunque, va tenuto distinto dal precontratto di mutuo⁷⁵. Di conseguenza, Pontes de Miranda coglie una sorta di tripartizione all'interno del contratto di mutuo, ipotizzando l'esistenza sia di un mutuo reale, che costituisce lo schema 'tipico' del contratto, disciplinato anche a livello codicistico; sia di un contratto preliminare di mutuo e, infine, anche di un mutuo consensuale. Quest'ultimo andrebbe a collegarsi in modo quasi naturale con il cd. '*pacto de mittito de prestação*' (o '*mútuo de convenção*'), che in qualche modo corrisponde al '*Vereinbarungsdarlehen*' del diritto tedesco: concluso un contratto, ad esempio una compravendita, il debitore, ad esempio il compratore, pattuisce di ricevere a mutuo il prezzo dal venditore, con la conseguenza di pagarlo poi a rate allo stesso venditore-mutante⁷⁶.

In ogni caso, il Cc. bras. del 2003, all'esito di tutta questa discussione, ha ignorato il filone 'consensualista', che si andava nel corso del tempo riaffiorzando, ed ha significativamente ribadito, all'art. 586 sopra visto, la scelta della realtà del mutuo. In quest'ottica, al giorno d'oggi nella dottrina brasiliana è diffusa l'opinione per cui «a classificação dos contratos em consensuais e reais não anula o princípio do consensualismo»⁷⁷, così che il mutuo può essere tranquillamente inquadrato tra i contratti reali, ciò che però non toglie la possibilità di concludere una promessa di mutuo, che può essere unilaterale o bilaterale⁷⁸. Si tratta di una posizione che, a mio avviso, prende forza dalla previsione del nuovo codice civile, e, nel contempo, la rafforza.

⁷³ Cfr. C.M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. III (*Pontes das Obrigações*), Rio de Janeiro, 1998⁹⁰ (1ª ed. 1963), § 185, 7 ss.; § 191, 36 s.; § 246, 218 ss.

⁷⁴ Cfr. F. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, vol. III (*Parte geral*), São Paulo, 1983⁷¹ (1ª ed. 1954), 18 s.

⁷⁵ Cfr. F. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, vol. XII II (*Parte especial*), São Paulo, 1984⁷² (1ª ed. 1962), 8 ss., dove l'a. precisa che la consegna nel mutuo reale non è un requisito né di efficacia né di validità, ma riguarda l'esistenza stessa del contratto.

⁷⁶ F. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado* cit., 11 s.

⁷⁷ Cfr. O. GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro, 2002⁷³ (1ª ed. 1959), 75.

⁷⁸ Sul punto, oltre a O. GOMES, *Contratos* cit. 319; cfr. anche S. RODRIGUES, *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, vol. III, São Paulo, 2002⁷⁴, 35 e 262; M.H. DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, vol. III (*Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontra-*

3. L'accoglimento del mutuo reale negli altri Cc. latinoamericani nel corso del XIX e XX secolo

A. La Colombia

Anche in Colombia, dove, come è noto, si adottò il Cc. cileno a partire dal 1877, la categoria del contratto reale è riconosciuta a livello codicistico, così come l'apparenza ad essa del mutuo.

Art. 1550 Cc. col.: «El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere...».

Art. 2221 Cc. col.: «El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad».

Art. 2222 Cc. col.: «No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio».

Dal canto suo, il *Código de comercio* di questo Paese (1971), da un lato, accoglie per i contratti commerciali il principio consensualistico, dall'altro lato, fa comunque salvo il caso del mutuo reale, ammettendo però la possibilità di concludere una promessa di mutuo.

Art. 824 Ccom. col.: «Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad. Este principio... prescinde en materia mercantil... de la categoría de los contratos reales, contemplada por el ordenamiento civil».

Art. 1169 Ccom. col.: «Quien prometa dar en mutuo puede abstenerse de cumplir su promesa, si las condiciones patrimoniales del otro contratante se han alterado en tal forma que hagan notoriamente difícil la restitución, a menos que el prometeniente mutuario le ofrezca garantía suficiente».

Anche nella dottrina colombiana, da un lato ci sono autori che rimangono ancorati alla categoria del contratto reale, all'interno della quale senza dubbio viene fatto rientrare il mutuo⁷⁹, anche quando si tratti di contratto commerciale⁸⁰.

⁷⁹ *Ibid.*, São Paulo, 2002⁷⁷, 93 e 298; L. ROLDÃO DE FREITAS GOMES, *Contrato*, Rio de Janeiro-São Paulo, 2002⁷⁸, 65 e 270; *Ibid.*, *Tratado teórico e prático dos contratos*, vol. III, São Paulo, 2002, 169; Á. VILLACA AZEVEDO, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. Curso de direito civil*, São Paulo, 2002, 71 s.; A. RIZZARDO, *Contratos*, Rio de Janeiro, 2005, 79 e 599; P. NADER, *Curso de direito civil*, vol. III (*Contratos*), Rio de Janeiro, 2005, § 15, 48 s. (con qualche dubbio) e § 104, 351.

⁷⁹ Cfr. ad esempio, F. VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, vol. VIII, París, s.d. (ma 1920?), 232 ss., il quale afferma che nel diritto colombiano il principio consensualistico, rifiutato in linea di principio («sólo la tradición de la cosa perfecciona el contrato de mutuo»), non trova ingresso neanche per la promessa di mutuo, che opera solo grazie ad una sorta di *ficção tradicionalis* (vd. in partic. 234 e 236); H. SALAMANCA, *Derecho civil*, t. IV (*Contratos*), Bogotá, s.d. (ma 1988), 225 ss.

⁸⁰ Cfr., ad es., J. OVIEDO ALBÁN, *Apuntes sobre el contrato bilateral de promesa en el derecho privado colombiano*, in *Universitas*, 106, 2003, 652; della stessa opinione appare anche la giurisprudenza recente: vedila richiamata da J.A. DEL CASTILLO, *Estudio sobre el perfecciona-*

Dall'altro lato, non mancano studiosi che evidenziano la collisione tra la categoria dei contratti reali ed il principio consensualistico, che viene presentato come «una de las evoluciones históricas del derecho contractual más importantes y trascendentes» dal diritto romano ai nostri giorni⁸¹; da parte di costoro addirittura si giunge a dire che la richiesta della *traditio* per la perfezione di un contratto è una «formalidad caprichosa y arbitraria»⁸² o è addirittura «inútil»⁸³.

B. La Bolivia

Per quanto riguarda gli altri Paesi latinoamericani, il modello reale si trova applicato al mutuo anche nell'ordinamento giuridico boliviano, dove si possono vedere gli artt. 879 e 895 del Cc. del 1976⁸⁴.

Art. 879 Cc. bol.: «El préstamo es un contrato por el cual el prestador entrega una cosa al prestatario para que éste la use y consuma y se la devuelva o restituya su equivalente después de cierto tiempo».

Art. 895 Cc. bol.: «El mutuo es el préstamo de cosas fungibles que el mutuario está obligado a devolver al mutuante en cosas de igual género, cantidad y calidad».

Per la verità, la lettera dell'art. 895 non fornisce alcun espresso contributo per il problema qui in questione, mentre il '*por el cual*' dell'art. 879 non lascia intendere se la '*entrega*' faccia parte della fase costitutiva del contratto o ne rappresenti solo l'esecuzione⁸⁵.

Ma verso l'inquadramento reale del contratto di mutuo si può notare come nell'art. 899, in cui si elencano le obbligazioni del mutuante, non c'è parola di una eventuale obbligazione di consegnare da parte di questi, mentre, del resto, il mutuo è espressamente inserito tra i contratti reali nel *Código de Comercio* boliviano del 1978.

Art 1331 Ccom bol.: «El contrato de préstamo no se perfecciona sino con la entrega del dinero al prestatario en la cantidad convenida y deberá constar por escrito».

mutuo del contrato de mutuo en el Código de Comercio colombiano, che ho potuto reperire all'indirizzo <http://www.monografias.com/trabajos16/contrato-de-mutuo/contrato-de-mutuo.shtml>.

⁸¹ Cfr. C.J.G. BUSTAMANTE, *Categorías de contratos*, in *Derecho de las obligaciones*, vol. I, a cura di M. CASTRO DE CIFUENTES, Bogotá, 2009, 481 s. e 484; G. OSPINA FERNÁNDEZ - E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, 2009, 66 s., 230.

⁸² Cfr. G. OSPINA FERNÁNDEZ - E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato* cit., 67.

⁸³ Cfr. A. VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, vol. IV, Bogotá, 1988, 159 s.

⁸⁴ Il Cc. della Bolivia del 1976, che fa seguito alle codificazioni avvutesi in questo Paese nel 1831 e nel 1845, è fortemente modellato sul Cc. it. 1942: cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., 522 ss.

⁸⁵ Sostanzialmente identica era la formulazione sul punto del Cc. del 1830 (il famoso *Código de Santa Cruz*, che altro non era se non un riadattamento del *Code Napoléon*: vd. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., 307 ss.), che all'art. 1254 prevedeva: «El mutuo es un contrato por el que una de las partes entrega a la otra una cosa o cosas que se consumen por el uso, con el cargo de que le ha de volver, en la misma especie y calidad»; sulla ambiguità dell'espressione '*por el cual*' (= per cui), vd. quanto detto *supra*, nt. 43.

D'altra parte, anche la dottrina boliviana appare conoscere la categoria del contratto reale, ed approvare la sua estensione, tra gli altri, anche al mutuo⁸⁶.

C. Il Venezuela

In Venezuela, come è noto, si sono succeduti ben dieci Cc., dal primo del 1861 all'ultimo del 1982⁸⁷. Ovviamente, la natura del presente lavoro non consente di seguire dettagliatamente lo sviluppo di ciascuno. Vale però la pena segnalare come dopo il Cc. del 1861, fortemente ispirato al modello del Cc. di Bello e per questo difensore della categoria dei contratti reali, il secondo Cc., entrato in vigore nel 1867, segue da vicino il modello offerto dal *Proyecto* di García Goyena⁸⁸, il quale, come abbiamo sopra visto, propugnava l'abolizione della categoria dei contratti reali, in ossequio al principio per cui 'tutti i contratti sono consensuali': in realtà, però, il Codice in questione mantiene la riferita posizione per il comodato (*préstamo*), il quale ha struttura chiaramente consensuale⁸⁹, ma non per il mutuo (chiamato '*préstamo simple*?'), per il quale viene conservata una definizione che pare rispecchiare un inquadramento reale.

Art. 1545 Cc. ven. 1867: «El que recibe en préstamo dinero u otras cosas fungibles, adquiere su propiedad, y está obligado á devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

L'inquadramento reale del mutuo viene poi mantenuto da tutte le altre codificazioni venezuelane, fino al Cc. del 1982, attualmente vigente.

Art. 1735 Cc. ven. 1982: «El mutuo es un contrato por el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas, con cargo de restituir otras tantas de la misma especie y calidad»⁹⁰.

Anche in questo caso, l'espressione codicistica '*por el cual*', potenzialmente ambigua, non è in grado di nascondere la scelta del legislatore, la quale può essere chiaramente delineata alla luce della dottrina venezuelana; quest'ultima, infatti, difende strenuamente la categoria del contratto reale, ed anzi muove critiche al principio consensualista in materia contrattuale⁹¹,

⁸⁶ Cfr. E. KAUNE ARTEAGA, *Curso de derecho civil. Contratos. Teoría general de los contratos*, vol. I, La Paz, 2001, 25.

⁸⁷ Sul punto, cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., 282 e 513 ss., il quale ricorda come in realtà, a partire dal Cc. del 1873, i Cc. successivi non apportarono che poche modifiche a quelli precedenti.

⁸⁸ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., 428 s.

⁸⁹ Art. 1528: «Préstamo es un contrato, por el cual una de las partes se obliga á entregar á la otra alguna cosa, de las no fungibles...».

⁹⁰ Letteralmente identico era l'art. 1673 del Cc. ven. del 1880; per il Cc. 1893 vd. *infra* nt. seguente.

⁹¹ I giuristi venezuelani sembrano voler interpretare il principio consensualista (insito nella definizione del contratto come accordo) come norma di carattere generale, e la norma sul mutuo come contratto reale come norma speciale: per la dottrina più antica, vd. A. DOMÍNGUI, *Comentarios al Código civil venezolano (reformado en 1893)*, IV, Santo Domingo, 1905 (rist. Caracas, 1982), 169 (basato sul Cc. venezuelano, del 1893); per la dottrina più recente, cfr. A.R.

o, quanto meno, ne ammette una sorta di 'coabitazione' con i contratti reali (come anche con quelli solenni), nei casi particolari in cui il legislatore abbia previsto questi ultimi⁹².

D. *Il Guatemala*

In Guatemala, i Cc. del 1877 e del 1933 non solo avevano una norma che definiva il contratto reale, sul modello dei Cc. cileno e argentino⁹³, ma ribadivano per il mutuo la scelta della realtà non solo nella sistemazione di questo contratto sotto il *Título IV* del Libro III, intitolato '*De los contratos reales*', ma tale struttura era evidenziata anche nella definizione stessa del contratto⁹⁴.

Nella Codificazione del 1963, la cassazione della norma contenente la definizione del contratto reale rivela le intenzioni del legislatore, del resto fatte chiare anche dai lavori preparatori, di accogliere il principio '*solus consensus obligat*' ed abolire così la categoria del *re contrahere*⁹⁵, però poi, stranamente, la definizione del contratto di mutuo contenuta all'art. 1942 continua ad avere una impronta conforme con la struttura reale di questo contratto.

Art. 1942 Cc. gua. 1963: «Por el contrato de mutuo una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles...».

Del resto, quegli stessi lavori preparatori che, nel commentare la definizione di contratto, avevano proposto l'abolizione del contratto reale, qui espressamente definiscono il mutuo proprio come 'contratto reale'⁹⁶.

In ogni caso, la dottrina guatemalteca appare ferma nella critica alla realtà del mutuo e propone fermamente l'inquadramento di questo contratto tra quelli consensuali⁹⁷.

MARIN E., *Contratos*, vol. III, Mérida, 1998, 305 s.; E. MADURO LUVANDO - E. PITTER SUCRE, *Curso de obligaciones. Derecho civil*, vol. III, t. II, Caracas, 2005¹⁵, 549; J.L. AGUILAR GORRONDONA, *Derecho civil*, vol. IV (*Contratos y garantías*), Caracas, 2005¹⁵, 566 ss.

⁹² Vd. J. MELICH OKSINI, *Una visión a la evolución iberoamericana del contrato*, in AA.VV., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo*, Bogotá, 1998, 151 ss.; Id., *Doctrina general del contrato*, Caracas, 1993², 18 ss. e soprattutto 46 ss.; per un orientamento simile, vd. anche J. MEJIA ALTAMIRANO, *Contratos civiles*, Caracas, 2001, 412 ss.

⁹³ Cfr. art. 1367 Cc. 1877 = art. 1877 Cc. 1933: «[Los contratos son]...reales, cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa».

⁹⁴ Cfr. art. 1866 Cc. 1877 = art. 1902 Cc. 1933 («mutuo es un contrato real por el que una persona entrega a otra...»).

⁹⁵ Significative, in questo senso, appaiono non solo la creazione di una parte generale dedicata al negozio giuridico, ma anche le stesse affermazioni che si leggono a proposito della definizione del contratto (vd. *Decreto Ley 106. Exposición de motivos*, 49 nt. 64): «Sin embargo la calificación de reales en oposición a los consensuales, va desapareciendo de la mayor parte de los códigos modernos. No hemos encontrado una razón satisfactoria... para que se conserve todavía esta división».

⁹⁶ Cfr. *Decreto Ley 106* cit., 116 nt. 129.

⁹⁷ Cfr. E.R. VITERI, *Los contratos en el derecho civil guatemalteco (parte especial)*, Guatemala, 1992, 345 ss.

E. *Il Paraguay e altri Paesi*

In Paraguay nel 1876 si adottò il Cc. argentino di Velez Sársfield, e fu solo nel 1985 che si giunse ad una codificazione autonoma⁹⁸. Nel nuovo Codice si mantiene la scelta della realtà del mutuo.

Art. 1292: «Por el contrato de mutuo, o préstamo de consumo, una parte entrega en propiedad a la otra una suma de dinero u otras cosas fungibles que ésta última está autorizada a consumir, con la obligación de restituir las en igual cantidad, especie y calidad, al vencimiento del plazo estipulado».

Sul modello del Cc. argentino, il Cc. par. 1985 riconosce anche l'obbligatorietà della promessa di mutuo, per entrambe le parti, se si tratta di mutuo oneroso, solo per il promittente, se si tratta di mutuo gratuito.

Art. 1293: «La mera promesa de mutuo será obligatoria para ambos contrahientes cuando fuere a título oneroso, y solo para el promitente en caso de serlo a título gratuito».

Per quanto riguarda il mutuo, la dottrina paraguayana ne ribadisce l'inquadramento reale, rifiutando espressamente qualsiasi tentativo in senso opposto⁹⁹. Peraltro non manca chi, anche in questo Paese, nota come la distinzione tra contratti consensuali e reali «tiende a desaparecer en los Códigos modernos, pues la especie de los contratos reales tiende a extinguirse»¹⁰⁰.

Infine, il mutuo è considerato come contratto reales non solo nella Repubblica Dominicana, dove nel 1845 si adottò di fatto il Codice napoleonico¹⁰¹, ma anche in Ecuador, dove, come è noto, si adottò il Cc. cileno (1858-1860)¹⁰², o in altri Paesi dove comunque forte è stato l'influsso dello stesso Codice di Bello, come a El Salvador (1859)¹⁰³, in Honduras (1906)¹⁰⁴,

⁹⁸ Cfr., sul punto, A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., 435 ss. e 526 ss.

⁹⁹ Cfr., ad es. J.R. TORRES KIMBER, B. RÍOS AVALOS, J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho bancario*, Asunción, 1999², 226 ss.; M.A. PANGRATZO, *Código civil paraguayo comentado. Libro tercero*, Asunción, 1998, 530 s., il quale, però, assume delle posizioni che non sempre appaiono limpidissime, perché egli dapprima afferma che il mutuo è un contratto reale, però poi aggiunge che si tratta di un contratto bilaterale, in cui «el mutante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a restituir otro tanto de la misma especie y calidad».

¹⁰⁰ Cfr. R. SILVA ALONSO, *Derecho de las obligaciones en el Código Civil Paraguayo*, Asunción, 2000⁹, 423.
¹⁰¹ Cfr. art. 1892 Cc. rdo.: «El préstamo de consumo es un contrato, por el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso, quedando obligada esta última a devolver otro tanto de la misma especie y calidad».

¹⁰² Cfr. gli artt. 1486 e 2126 Cc. ecu., che corrispondono agli artt. 1443 e 2196 del Cc. chil., sopra ricordati.
¹⁰³ Art. 1954 Cc. sal.: «El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad».

¹⁰⁴ Cfr. artt. 1544 Cc. hon. per la definizione del contratto reale e 1932 Cc. hon. per il mutuo: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

a Panama (1916)¹⁰⁵, ma anche in Costarica (1886)¹⁰⁶. Lo stesso avviene in Nicaragua, dove nel 1904 si adottò il Cc. argentino, rimpiazzando il precedente Cc. del 1867¹⁰⁷, ma anche a Portorico, dove nel 1889 fu esteso il Cc. spagnolo¹⁰⁸.

4. L'accoglimento del mutuo consensuale

A. Il Messico

Il filone 'consensualista' in tema di contratti, che affondava le sue radici soprattutto nel sopra visto *Ordenamiento de Alcalá*, in America Latina trovò il suo primo sbocco a livello Codicistico nel *Código federal* del Messico del 1928, a proposito del quale non mancarono anche di influire sia le Codificazioni europee che nel frattempo si erano mosse nella stessa direzione (soprattutto l'OR svizzero del 1911, ma anche il cd. *Proyecto García Goyena*¹⁰⁹), ma anche alcune letture di ambito dottrinario europeo (soprattutto Baudry-Lacantinerie: vd. *supra*, nt. 29, ma anche Jousserandot, Toullier, Planiol eec.), che da tempo venivano difendendo il principio per cui 'tutti i contratti sono consensuali'.

In realtà la situazione del Messico si presenta come piuttosto complessa. Infatti, in questo Paese, i Codici civili federali del 1870 e del 1884, pur prevedendo che «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento» (art. 1392 Cc. méx. 1870) adottavano per il mutuo una formulazione che evocava la realtà del contratto¹¹⁰, del resto, la dottrina messicana fino alla fine dell'Ottocento non aveva dubbio alcuno nell'affermare che nel mutuo la *traditio* era richiesta per il perfezionamento del contratto stesso¹¹¹.

¹⁰⁵ Cfr. art. 1444 Cc. pan.: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad»; a Panama, per una complessa tradizione, fu vigente il Cc. di Bello fino alla codificazione del 1916, che comunque ne è fortemente influenzata: cfr. O. DEL MORAL, *El Código civil de Bello en Panamá*, in *Revista de Estudios Socios-Jurídicos*, 8, 2006, 169 ss.; più in generale, per gli influssi del Codice di Bello in questi Stati, vd. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., 403 ss. (El Salvador), 420 ss. (Honduras), 423 ss. (Panama).

¹⁰⁶ Art. 1343 Cc. cos.: «El mutuario adquiere en propiedad la cosa prestada y corre de su cuenta a todo riesgo desde el momento en que le fue entregada»; cfr. A. BRENES CORDOBA, *Tratado de los contratos*, San José, 1998, 49 e 325; sulla 'ecleticità' di questo Cc. rispetto ai modelli al tempo circolanti, vd. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., 467 ss.

¹⁰⁷ Cfr. art. 3390 Cc. nic.: «Habrá mutuo o préstamo de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir...».

¹⁰⁸ Cfr. art. 1644 Cc. por.: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad»; sulla «traslación a Puerto Rico del Código civil de España» cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., 480 ss.

¹⁰⁹ Sulla dipendenza del Codice federale messicano del 1928 dai ricordati modelli vd. soprattutto A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., 426 ss.

¹¹⁰ Cfr. art. 2809 Cc. méx. 1870 = art. 2684 Cc. méx. 1884: «El mutuario hace suya la cosa prestada, y es de su cuenta el riesgo desde que se la entregan».

¹¹¹ Cfr. J.N. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, *Pandectas* cit., num. 2900 ss., 518 ss.; J. SALA, *Sala hispano mexicana, ó ilustración del derecho español*, vol. II, París, 1844, 25, II, 19, 4; *Noventa*

L'aggancio del mutuo alla consensualità in Messico si deve all'opera di un giurista messicano dei primi anni del secolo passato, Roberto A. Esteva Ruiz, professore di diritto a Città del Messico, il quale pubblica nel 1928 un lavoro di preparazione al pubblicando nuovo Codice civile federale, nel quale accoglie in pieno il modello offerto dal Codice svizzero delle obbligazioni e le argomentazioni proposte da una parte della dottrina francese, in particolare Baudry-Lacantinerie; seguendo questo giurista francese, Esteva Ruiz si dichiara convinto del fatto che tutti i contratti devono essere consensuali, e altresì del fatto che l'opposto orientamento del *Code Napoléon*, che accoglie la categoria dei contratti reali, si sarebbe dovuto ad una non intelligente riproduzione del pensiero di Pothier¹¹².

Le argomentazioni di Esteva Ruiz risultano decisive. Per questo il Codice federale del Messico del 1928, innovando sul punto rispetto ai Progetti preliminari, espunge in maniera assoluta dall'ordinamento la categoria del contratto reale (con la parziale e discussa eccezione del pegno), e per il mutuo ribadisce la scelta di seguire l'*Ordenamiento de Alcalá* e il *Proyecto* di García Goyena del 1851 sopra visti, oltre che l'OR svizzero¹¹³.

Art. 2384 Cc. méx. 1928: «El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad».

Attualmente, la struttura meramente consensuale del contratto di mutuo in Messico non è posta in dubbio dalla dottrina messicana, che riconosce come sul punto l'ordinamento di questo Paese si distacchi dalla matrice ro-

Sala mexicana, ó ilustración del derecho real de España, vol. I, con notas de J.M. DE LACUNZA, México, 1870, 743, II, 19, 4; C.J. FERRIER, *Paratitla ó exposición compendiosa de los títulos del Digesto*, vol. I, México, 1853, 160, secondo il quale «la convención de prestar nunca puede constituir mutuos»; R. ROA BARCENA, *Manual teórico-práctico y razonado de las obligaciones y contratos en México*, México, 1861, 97 ss.; F.D.P. RUANOVA, *Lecciones de derecho civil*, vol. II, Puebla, 1871, 64 ss.; M. MARTÍNEZ ALARCÓN, *Lecciones de derecho civil. Estudio sobre el Código civil del distrito federal promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884*, vol. V, México, 1896 (rist. México, 2004), 174 ss.

¹¹² Cfr. *Observaciones del Sr. Lic. Don Roberto A. Esteva Ruiz sobre los contratos de comodato, depósito y secreto*, in *El Foro*, t. 9, n. 2, april-junio 1928, 205-207, laddove questo a., critica la costruzione di una categoria unitaria di 'contratti di prestito' (tradizionale da Pothier in poi, e comprendente il prestito d'uso o comodato e il prestito di consumo o mutuo), dichiara espressamente di considerare «un error del Proyecto, conservar la idea tradicional de que el comodato sea un contrato 'real' y 'unilateral', como está ahora»; «Propongo, por consiguiente, que en el nuevo Código se adopte el articulado del Código suizo de las obligaciones (305 al 318) tanto para el préstamo de uso, cuanto para el préstamo de consumo»; sul punto vd. anche C. SEPULVEDA SANDOVAL, *De los derechos personales de crédito u obligaciones*, México, 1996, 103 ss.; R. SANCHEZ MEDAL, *De los contratos civiles. Teoría general del contrato - Contratos en especial - Registro público de la Propiedad*, México, 1998¹⁶, 223.

¹¹³ Cfr. soprattutto I. GALINDO GARRÍAS, *Teoría general de los contratos*, México, 1996, 95 ss.; e R. SANCHEZ MEDAL, *De los contratos civiles* cit., 221 ss.; più in generale, sulle vicende che portarono alla Codificazione federale del 1928 in Messico e sui fattori che su di essa influirono, già a partire dal Progetto di Justo Serra del 1859-60, vd. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., 430 ss.

manistica¹¹⁴. Di conseguenza, nel diritto messicano il mutuo si presenta come un contratto bilaterale, in cui il mutante si obbliga a trasferire al mutuario la proprietà di una certa quantità di cose fungibili, con applicazione, pertanto, delle norme sull'evizione e sulla sopportazione del rischio a carico del mutuario a partire dal momento non della consegna, ma della semplice individuazione dei fungibili da consegnare¹¹⁵.

Mi pare però meritevole di sottolineatura il fatto che in alcuni Stati nazionali della Repubblica messicana, sia anteriori che posteriori al *Código federal* del 1928, il contratto reale sia espressamente riconosciuto ed il mutuo venga chiaramente fatto rientrare all'interno di questa categoria.

Dal primo punto di vista, si può vedere il Cc. del *Estado de Vera Cruz* Lleva del 1868, il quale, all'art. 2103 prevede che:

Art. 2103: «El que recibe en préstamo dinero ú otras cosas fungibles, adquiere su propiedad; pero está obligado á devolver al acreedor otro tanto de su misma especie y calidad».

Dal secondo punto di vista, significativi sono il Cc. di Tlaxcala, riformato nel 1976:

Art. 1278 co. 3: «El contrato será real cuando la ley exija, para su constitución, que al celebrarse se entregue el bien o bienes que sean objeto de las obligaciones creadas por el contrato».

Art. 1990: «El préstamo es un contrato por el cual el prestador transfiere la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles al prestatario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad»¹¹⁶,

il *Código civil* de Puebla:

Art. 1443: «El contrato es real cuando sea necesario para su validez, por exigirlo la ley o convenirlo así las partes, que al celebrarlo éstas, se entreguen material o jurídicamente, el bien o bienes objeto de las obligaciones creadas por el contrato».

Art. 2240: «Mutuo es un contrato por el cual el mutante, transfiere la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles al mutuario, quien se obliga a pagar, en el plazo convenido, otro tanto de la misma especie y calidad».

Art. 224: «El contrato de mutuo se perfecciona por la entrega del bien que constituye su objeto»;

¹¹⁴ Cfr., oltre agli aa. cit. *supra*, alla nt. 112, E. GUTIERREZ Y GONZALEZ, *Derecho de las obligaciones*, México, 2005¹⁵, 248 s., il quale, però, confonde il contratto reale con il contratto ad effetti reali; R. ROJINA VILLEGAS, *Compendio de derecho civil*, vol. IV (*Contrato*), México, 2008², 14 s. e 200 ss.; M.Á. ZAMORA Y VALENCIA, *Contratos civiles*, México, 2000⁸, 161 s.; non fa eccezione sul punto il progetto di riforma del diritto delle obbligazioni pubblicato nel 1979; cfr. I. GALINDO GARCIA, *Código civil. Anteproyecto de las obligaciones*, México, 1979.

¹¹⁵ Cfr. R. ROJINA VILLEGAS, *Compendio de derecho civil* cit., 200 ss.

¹¹⁶ A proposito di questa scelta, nulla si evince dalla *Exposición de motivos* redatta a cura del Lic. J.M. CAJICA CAMACHO, Presidente della Commissione redattrice del Codice stesso, che a p. 395 ricorda come innovazione per il mutuo solo quella relativa alle limitazioni al tasso di usura.

il Codice civile dello Stato di Guerrero pubblicato nel 1993:

Art. 2299: «El mutuo, llamado también préstamo de consumo, será un contrato por el cual el mutante transfiere la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles al mutuario, quien se obligará a devolver otro tanto de la misma especie y calidad»;

e, infine, il Codice civile dello Stato di Quintana Roo:

Art. 225: «Los negocios jurídicos son reales cuando se perfeccionan con la entrega del bien sobre el cual recaen»;

Art. 2650: «El mutuo, llamado también préstamo de consumo, es un contrato por el cual el mutante transfiere la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad».

B. Il Perù

Anche in Perù, in merito al problema qui in esame, si sono verificate delle vicende almeno altrettanto articolate quanto quelle verificatesi in Messico. In Perù, infatti, la qualifica di contratto reale era stata riconosciuta al mutuo non solo dalla dottrina precodificistica¹¹⁷, ma anche dagli stessi Cc. del 1852 (il primo Cc. 'endogeno' dell'America Latina) e del 1936.

Art. 1800 Cc. per. 1852: «El mutuo es un contrato real por el que una persona entrega a otra cierta cantidad de cosas fungibles...»;

Art. 1573 Cc. per. 1936: «Por el mutuo, una persona entrega a otra cierta cantidad de dinero o de cosas que se consumen por el uso...».

La realtà del mutuo non era posta in dubbio né dalla dottrina elaborata sotto la vigenza del Codice del XIX secolo¹¹⁸, né da quella del tempo in cui imperava il Codice del 1936¹¹⁹.

La più recente codificazione del 1984, invece, ha compiuto una decisa scelta di campo in favore della consensualità, evidente da una lettura dell'art. 1648, che conferma sul punto le stesure dei precedenti progetti del 1980, 1981 e 1984¹²⁰.

¹¹⁷ Cfr. ad es., J.E. DE OCHOA, *Manual del Abogado americano*, vol. I, París, 1827, 151 e 216; più cauto è il Progetto di Cc. elaborato negli anni 1835-1836 dal dr. Manuel Lorenzo de Vidaurre (cfr. M.L. VIDAUURRE, *Proyecto del Código civil peruano dividido en tres partes*, 2° Parte, *Dominio y contratos*, Lima, 1835, 193), il quale si limitava a prevedere che: «mutuo es el préstamo de una cantidad de dinero...»; del resto, nota è l'avversione di Vidaurre per il diritto romano e le sue tradizioni: cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., 272 e 332 ss.

¹¹⁸ Cfr. J. SILVA SANTESTEVAN, *Derecho peruano. Parte civil*, Piura, 1893 (rist. 1936), 145; O. TUDELA, *Curso de derecho civil romano*, Lima, 1868, 102.

¹¹⁹ Cfr. G. APARCIO Y GOMEZ SANCHEZ, *Código civil. Concordancias*, t. XIV (*Legislación y derecho civil* [Arts. 1328 a 1602]), Lima, 1943, 28 ss.; F. GUZMÁN FERRER, *Código civil. Antecedentes - Concordancias - Exposición de motivos - Comentarios - Doctrina - Jurisprudencia*, IV (*De los contratos*), Lima, 1977¹, 1067.

¹²⁰ Cfr. il Progetto del 1980 di M.A. SCHREIBER PEZET; l'art. 1684 redatto dalla *Com. Reformadora* e l'art. 1611 curato dalla *Com. Revisora* del 1984.

Art. 1648 Cc. per. 1984: «Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad».

E lo stesso Cc. per. 1984 per evitare ogni possibile ambiguità, stabilisce all'art. 2112 altresì che:

Art. 2112: «Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los art. 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio.

La dottrina peruviana ha affermato che questo cambio non è «ni exótico, ni original», ma alla sua base si pone il fatto che non deve esistere alcun impedimento al principio della libertà che le parti si accordino sul prestito prima della consegna della cosa¹²¹. Chiara e dichiarata è l'ispirazione sia al Cc. federale del Messico sopra visto ed al principio consensualistico ivi adottato, sia a letture dottrinali di ambito tedesco (soprattutto Laurenz) o francese (soprattutto Mazeaud)¹²².

Certo, la scelta di campo del legislatore peruviano appare adottata in maniera netta e consapevole. Mi pare però che nello stesso Cc. per. 1984 siano rimasti residui dell'impostazione reale che del mutuo accoglievano i Cc. precedenti di questo Paese. Un esempio mi pare l'art. 1664, che dichiara concluso il mutuo per la quantità effettivamente ricevuta, e non per quella dichiarata.

Art. 1664 Cc. per. 1984: «Si en el mutuo se declara recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, el contrato se entiende celebrado por esta última, quedando sin efecto en cuanto al exceso».

Ora, se il mutuo è concluso con il semplice scambio dei consensi, la *trahitio* rimane un requisito di efficacia del contratto, che è comunque '*celebrado*' per l'importo convenuto, anche se, come è ovvio, il mutuario restituirà solo quello che ha effettivamente ricevuto¹²³.

C. Cuba

Anche Cuba presenta una evoluzione per certi versi analoga a quella del Perù. Il Cc. del 1889, che era in realtà una adozione del Cc. spagno-

¹²¹ Cfr. M. ARIAS SCHREIBER PEZET, *Mutuo*, in AA.VV., *Código civil*, vol. VI (*Exposición de motivos y comentarios*) a cura di L. REVOREDO DEBAKEY, Lima, 1985, 318 s.

¹²² Vd. M. CASTILLO FREYRE, *Los contratos típicos*, in *Instituciones del derecho civil peruano*, a cura di V. GÓNEVRA PEZO, vol. III (*Visión histórica*), Lima, 1996, 2086 ss.; ID., *Tratado de los contratos típicos*, vol. XII, t. II (*Mutuo. Arrendamiento*), Lima, 2002, 34 ss.; sul punto, cfr. anche M. DE LA PUENTE Y LAVALLÉ, *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código civil*, t. I (*Primera parte*), Lima, 1996¹, 180 ss.; L. ROMERO ZAVALA, *El derecho de los contratos en el Código civil peruano de 1984*, vol. I (*Teoría general de los contratos*), Lima, 1999, 70 ss.

¹²³ Cfr. M. CASTILLO FREYRE, *Tentaciones Académicas. La reforma del Código civil peruano de 1984*, t. II, Lima, 1998, 1001, il quale propone l'abolizione di questo art., ma non per i motivi indicati nel testo, bensì perché a tal fine basterebbero le norme sulla simulazione.

lo¹²⁴, pur codificando all'art. 1258 il principio consensualistico ('*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento*'), nella definizione del mutuo considerava come presupposta la *dato*:

Art. 1753 Cc. cub. 1889 = Cc. spa.: «El que recibe en préstamo dinero ú otras cosas fungibles, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

Invece il nuovo Cc. cubano del 1987¹²⁵, pur non ribadendo la norma sul valore fondante del mero consenso nei contratti, fa del mutuo tra privati un contratto consensuale, mentre mantiene la struttura reale per il mutuo bancario.

Art. 379 Cc. cub. 1987: «Por el contrato de préstamo una de las partes se obliga a entregar a la otra una cantidad de dinero o de bienes designados solamente por su género, y está obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad dentro del plazo convenido».

Art. 447 Cc. cub. 1987: «Por el contrato de préstamo bancario, el banco pone a disposición del interesado una suma de dinero para aplicarla a un determinado fin, obligándose este a su devolución y al pago del interés convenido, que no puede exceder del legal».

La dottrina cubana, dal canto suo, non fatica a trovare nella rivalutazione del sopra visto *Ordenamiento de Alcalá* le radici di questo cambiamento¹²⁶. In ogni caso, si riconosce però che la distinzione tra contratti reali e contratti consensuali «resulta de la naturaleza de las prestaciones contractuales, naturaleza que el legislador no puede modificar a su albedrío»¹²⁷: pertanto la categoria dei contratti reali deve essere comunque riconosciuta e mantenuta, ma ad essa appartengono il pegno con spossessamento e la donazione di beni mobili, ma certamente non il mutuo tra privati (ma sì il mutuo concluso da un privato con una banca)¹²⁸.

¹²⁴ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, 484 s. e 528 ss.; L.B. PÉREZ GALLARDO, *¿Quo vadis derecho de contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del Código civil cubano (a propósito de los veinte años del Código civil cubano)*, in questa rivista, 24/2007, 109 ss.

¹²⁵ Su questo Cc., oltre al volume *El Código civil de Cuba e il diritto latinoamericano*, Progetto Italia-América Latina. *Ricerche giuridiche e politiche*, Materiali X, Università di Roma, Tor Vergata-CNR, Roma, s.d. (Atti dell'incontro di studi, Roma, 20 novembre 1990), cfr. L.B. PÉREZ GALLARDO, *De la codificación civil*, in *Derecho civil. Parte general*, a cura di C. VALDÉS DÍAZ, La Habana, 2005, 32 ss.; ID., *¿Quo vadis derecho de contratos?* cit., 103 ss. e *infra*, nt. 126.

¹²⁶ Cfr. T. DELGADO VERGARA, *El contrato como institución central en la sociedad moderna*, in *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, a cura di L.B. PÉREZ GALLARDO, La Habana, 2000, 142 s.

¹²⁷ Cfr. N. DE LA C. OJEDA RODRÍGUEZ, *Clasificación de los contratos*, in AA.VV., *Derecho de contratos*, vol. I (*Teoría general del contrato*), La Habana, 2003, 115 s.

¹²⁸ Cfr., oltre all'a. cit. alla nt. preced., anche J. FERNÁNDEZ BUITÉ - V. RAPA ALVAREZ, *El Código civil cubano y el sistema jurídico latinoamericano*, in *El Código civil de Cuba e il diritto latinoamericano* cit., 66 s.; L.B. PÉREZ GALLARDO, *¿Quo vadis derecho de contratos?* cit., particolarmente 120 ss.

III. Conclusioni

In sede di conclusioni, mi pare opportuno sottolineare due profili emersi dall'analisi finora condotta, l'uno, relativo alla natura reale o consensuale del mutuo dal punto di vista della tradizione giuridica; l'altro, relativo alla costruzione giuridico-dogmatica delle operazioni di prestito (prevalentemente di denaro).

Dal primo punto di vista (il profilo della ricostruzione storica), le testimonianze riportate dimostrano come nel sistema giuridico romanistico non esista un inquadramento unitario del mutuo. In particolare, non vi è dubbio che il diritto romano classico strutturava questo contratto come reale, sia nella costruzione dogmatica che di esso facevano i giuristi, sia nelle vicende pratiche, laddove la *datio*, per quanto smaterializzata, ne costituiva pur sempre il presupposto di esistenza.

Nello stesso tempo, però, gli stessi romani non ignoravano l'esigenza di concludere fattispecie diverse ed in qualche modo più articolate, in cui la *datio* fosse 'spiritualizzata', fin quasi al punto di scomparire. D'altro canto, la pratica dei ritrovamenti epigrafici dimostra come sempre più spesso l'obbligo di restituzione del mutuatario risultasse formalizzato in *stipulationes* (cd. *Stipulationsdarlehen*), che non sempre erano come tali precedute da *datio*es; nella stessa linea, poi, va considerata la problematica della '*non numerata pecunia*', che testimoniava l'ingiustizia di dover essere tenuti a restituire quanto non si era mai ricevuto. In tali casi, l'operazione creditizia si reggeva sul solo scambio dei consensi, o, al massimo, sulla formalizzazione di questi all'interno del meccanismo stipulatorio, e l'elemento di realtà (la *traditio*) serviva solo, al massimo, a rendere inoperante l'*exceptio (doli, prima, non numeratae pecuniae, poi)* che era a disposizione del promittente contro lo stipulante doloso.

Come contrappeso rispetto a questa situazione, troviamo la previsione da parte dei giuristi della possibilità di concludere promesse di mutuo nella forma di '*stipulationes de mutuo dando*', che non vincolavano mai lo stipulante all'accettazione del denaro, ma obbligavano sempre il promittente inadempiente al risarcimento del danno (vd. D. 45,1,68; *supra*, nt. 16).

Questa situazione si trova riflessa in una linea di ideale continuità all'interno del sistema giuridico latinoamericano, laddove le evidenti linee di unità di sistema stesso non nascondono le specificità di alcuni singoli ordinamenti. In particolare, già il *derecho de Castilla e León*, sulla spinta della *sopra vista Ley única dell'Ordenamiento de Alcalá* del 1348¹²⁹, sancisce il principio per cui in tutti i contratti *solus consensus obligat*. Questo principio, che viene recepito all'interno della dottrina ibero-americana, e traslato nei territori del Nuovo Mondo, finisce per costituire una specificità del sistema giuridico latinoamericano, in un momento (XIV sec.) in cui in Europa tale principio era ancora lontano dall'affermarsi, per quanto diffusamente ribadito nel corso dei secoli XVII e XVIII. In America Latina, tale principio del

¹²⁹ Cfr. *supra*, II, 1.

consensualismo rimane in qualche modo quiescente nel corso del processo di Codificazione del secolo XIX e degli inizi del XX: infatti tutti questi Cc. (cd. '*Códigos de la independencia y de la trnsfusión del derecho romano*') continuano a considerare il mutuo come un contratto reale, pur evidenziando in generale il ruolo predominante del consenso al momento della conclusione dei contratti.

La linea presente nell'*Ordenamiento de Alcalá*, rafforzata altresì da elementi interni al sistema latinoamericano (ad. es. il *Proyecto García Goyena*), come anche da elementi in qualche modo esterni al sistema stesso (la pubblicazione dell'*OR* svizzero nel 1911 o le opere di alcuni studiosi francesi o tedeschi sopra richiamati) riemerge prepotente con il Cc. federale del Messico del 1928, il quale codifica il mutuo come un contratto puramente consensuale, alla stregua di qualsiasi altro contratto.

Dal secondo punto di vista (costruzione giuridico-dogmatica del mutuo), la domanda a cui bisogna rispondere è se convenga costruire il mutuo come un contratto reale o piuttosto come un contratto consensuale, considerato che entrambe le costruzioni sono presenti nel sistema giuridico romanistico (tanto nel sottosistema europeo, quanto in quello latinoamericano, che qui interessa).

Io credo che non esista una risposta unitaria a questo quesito, come dimostra la diversità di modelli circolanti nello stesso sistema: non è vero che il mutuo reale è migliore o tuzionistico del mutuo consensuale, o viceversa.

A mio avviso esistono diverse fattispecie negoziali, a cui è giusto che corrispondano diverse costruzioni dogmatiche, quasi come se si trattasse di diversi vestiti per modelli parzialmente convergenti, ma comunque dotati di distinte specificità.

In particolare, nelle operazioni di prestito di denaro, allorché l'esigenza del mutuatario è quella di avere la immediata disponibilità della somma, ad es. perché deve acquistare una casa, o un'automobile o qualsiasi altra cosa, non c'è dubbio che il contratto maggiormente rispondente all'esigenza di entrambe le parti (mutuante e mutuatario) sia il mutuo reale, in cui la *traditio* è il presupposto necessario all'esistenza stessa del contratto: senza la consegna il mutuo non viene ad esistenza, perché senza la consegna non trova soddisfazione l'esigenza che ha spinto il mutuatario a chiedere il prestito ed il mutuante a concederglielo, che è quella di avere immediatamente a disposizione la somma *de quo*.

Al contrario, non va misconosciuto il fatto che la pratica moderna (ma, come abbiamo visto, anche quella antica) richiede l'esistenza di una figura 'obbligatoria di prestito, tale che «il mutuatario sappia di poter fare affidamento sulla promessa del mutuante»¹³⁰.

Questo avviene allorché per il mutuatario è sufficiente poter contare sulla 'assicurazione' del mutuante (che normalmente è una banca, o comunque un contraente 'forte'), che gli presterà quella determinata somma.

¹³⁰ Così cfr. già B. GARDELLA TEDESCHI, s.v. *Mutuo (contratto di)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 11, 1994¹, 538.

Si tratta di una operazione di prestito, che, se vogliamo, possiamo chiamare anch'essa mutuo o mutuo obbligatorio, che va tenuta rigorosamente distinta dalla mera promessa di mutuo, ma che si differenzia dal mutuo reale sopra considerato perché la consegna effettiva del denaro attiene in questo caso alla fase esecutiva del contratto, e non alla fase della conclusione dello stesso.

A mio avviso, però, come già insegnano le fonti romane, questo mutuo consensuale andrebbe comunque bilanciato con due aggiustamenti, tesi soprattutto a tutelare il contraente 'debole' del rapporto, ma non solo.

Da un primo punto di vista, è necessario garantire al mutante la possibilità di non dover più erogare le somme promesse, se accerti che le condizioni patrimoniali del mutuario sono così mutate, da far legittimamente dubitare della sua capacità di restituire il prestito¹³¹.

Da un secondo punto di vista, mi pare necessario garantire al mutuario la possibilità di non essere obbligato a ricevere tutta la somma pattuita, qualora in seguito non ne abbia più necessità, senza che debba essere condannato ad alcunché. Si tratta di uno sbilanciamento dell'equilibrio contrattuale, che tiene conto della differenza di potere contrattuale tra una banca e un debitore da mutuo¹³², e che, del resto, è in linea con il modello che emerge già dalle fonti romane sopra viste.

DOCUMENTI

<i>Antecedentes y Exposición de Motivos del Título Preliminar del Código civil peruano de 1984</i>	pag.	261
--	------	-----

PAGINE SCELTE

<i>El serviniakuy, da H. CORNEJO CHANTZ, Derecho familiar peruano, t. I (Sociedad conyugal), Lima, 1985</i>	pag.	277
---	------	-----

NOTIZIE DEL CENTRO

SEMINARIO INTERNAZIONALE: <i>Unificazione del diritto commerciale e civile nel Codice civile del Brasile del 2002</i>	»	285
SEMINARIO: <i>Orientamenti e tendenze del Diritto ecclesiastico in Argentina. A proposito di recenti pubblicazioni</i>	»	285
CONFERENZA: <i>L'importanza della traduzione del Codice civile del Brasile in Cina</i>	»	286
CONFERENZA: <i>Anomalia del contratto e rinodi</i>	»	286
<i>Collaboratori di questo numero</i>	pag.	289
<i>Libri inviati alla Redazione della Rivista</i>	pag.	291

¹³¹ Di 'notevole difficoltà di restituzione' e di 'mancanza di idonee garanzie' parla l'art. 1822 Cc. it. 1942 a proposito della promessa di mutuo.

¹³² Vd. *supra*, nt. 16, a proposito di D. 46,1,68,1.